ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 112 • jan.-fev. / 2015

Coordenação

Heloisa Estellita e Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

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

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

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

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan

Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Boletim
José Carlos Abissamra Filho

Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello

Convênios
Matheus Pupo

Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira

Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito

Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo

Monografias
Fábio Roberto D'Avila

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti

Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque

Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito

Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay

Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti

Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna

Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

21.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo

Secretário-geral
Rafael Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 112 • jan.-fev. / 2015

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editora: Bruna Schlindwein Zeni

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Analista de Qualidade Editorial: Cíntia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos e Victor Bonifácio.

Equipe de Jurisprudência

Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

Sumário

Caderno Especial – 20.º Seminário Internacional de Ciências Criminais

Execução Penal Socializadora e o novo capitalismo – Uma relação (im) possível?
Anabela Miranda Rodrigues 17

Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal
Claus Roxin
Traduzido por Alaor Leite 33

La ricostruzione del fatto nel processo penale
Giulio Ubertis 41

Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria
Imme Roxin
Traduzido por Adriano Teixeira e Alaor Leite 61

Sociedad de la Información y Derecho Penal: a la luz del XIX Congreso Internacional de Derecho Penal
José Luis de La Cuesta Arzamendi 79

Para um sistema renovado do facto punível
Jorge de Figueiredo Dias 107

Formas de delincuencia organizada en América Latina, la simbología del narcotráfico y técnicas de control
Lola Aniyar de Castro 125

A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa
José Roberto Franco Xavier 149

A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador
Gustavo Badaró 165

Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção
Maira Rocha Machado 189

Habeas corpus nos tribunais superiores – Propostas para reflexão
Thiago Bottino 213

Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil
Geraldo Prado, Carlos Eduardo Martins, Antonio Pedro Melchior, Amanda Moreira da Silva, Ana Casarin, Gisela Baer, Letícia Sampaio, Roberta Miranda, Thais Mota Lima Valle e Rafael Serra 245

Direito Penal Econômico

Crimes informacionais: da compatibilidade internacional do ordenamento jurídico nacional e da proposta de reforma
Eduardo Baker Valls Pereira 263

A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira
Sara carvalho Matanzaz 297

Processo Penal

Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada
Rafael Francisco França 331

Sistema Prisional

Indulto de crimes não impeditivos em concorrência com crimes impeditivos e outras reflexões: constitucional?
Leonardo Melo Moreira 369

Jurisprudência Comentada

Agressão física à gestante e morte do feto: algumas considerações sobre o julgamento do *HC* 85298 no Superior Tribunal de Justiça
Gustavo de Oliveira Quandt 393

Resenha

Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal – La concepción del ilícito. Su relación con la teoría de la imputación objetiva. ¿Fundamentación subjetiva a partir de Jakobs?, de Marcelo A. Sancinetti.

Resenha por José Danilo Tavares Lobato e Mayra Danielle Bastos Dias 423

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 437

Temas 439

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 445

Execução Penal Socializadora e o novo capitalismo – Uma relação (im)possível?

Socializing criminal enforcement and new capitalism Is this an (im) possible relationship?

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Catedrática convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Presidente do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Membro de várias associações internacionais de Direito Penal e Penitenciário (AIDP/IPLA; FIPP/IPPF; SIC/ICSSIDS/ISDS). Secretária-Geral para os Assuntos Europeus.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: A questão equacionada é a da incidência de uma nova compreensão do modelo de Estado social ao nível de uma execução penal socializadora. Nesta análise, à luz da crise da cultura de *welfare*, aprecia-se o desenvolvimento de uma racionalidade penal securitária e de controlo – "tecnocrática" –, que tem expressão no incremento de uma estratégia punitiva institucional, favorecida pela expansão de sanções comunitárias sem conteúdo educativo. A este movimento opõe-se uma intervenção socializadora, em que o "direito à socialização" é reinterpretado de acordo com uma perspetiva contratualista, em que se faz emergir a responsabilização do recluso pela sua socialização e são colocadas em evidência as implicações ao nível da modelação da execução. Salienta-se que a "linha de fuga" do "novo" direito à socialização reside na preservação intransigente do seu carácter não coativo.

Palavras-chave: Contrato – Segurança – Socialização – Individualização – *Work State*.

Abstract: The question herein discussed refers to the comprehension of the social State regarding a socializing criminal enforcement. In this analysis, the development of a securitary and control oriented – "technocratic" – penal rationality, with expression in the increase of an institutional punitive strategy favored by the expansion of community sanctions with no educational content, is assessed in the light of the welfare culture crisis. This movement is opposed to the one of a socializing intervention, in which the "right to socialization" is reinterpreted according to a contractualist perspective. In said perspective, the accountability of the inmate for his socialization is arisen, and the implications on the level of criminal enforcement modeling are put in evidence. It is underlined that the "escape line" of the "new" right to socialization lies in the uncompromising preservation of its non coercive character.

Keywords: Contract – Security – Socialization – Individualization – Work State.

Sumário: I. Introdução – II. A crise da cultura de *welfare* e a racionalidade penal securitária e de controlo – III. Estado neoliberal e execução penal socializadora: III.1 O lugar das penas de prisão

e das penas de substituição nos sistemas punitivos atuais; III.2 A "revolução sociológica" do Estado social: a "individualização" (na justiça penal); III.3 A reinterpretação dos direitos sociais no âmbito do *Work State*; III.4 O direito à socialização do recluso no novo modelo de Estado emergente – IV. A concluir.

I. INTRODUÇÃO

O impressionante incremento das estruturas de execução penal está no epicentro do discurso político-criminal contemporâneo. Uma autêntica obsessão pela pena domina a sociedade – obsessão que deu lugar ao que já se chamou de "indústria contra o crime".[1]

A análise do que hoje é vulgarmente conhecido como "*business* penitenciário"[2] tem de enquadrar-se num contexto mais amplo do que o da execução penal. A questão passa por equacionar os vínculos entre o sistema punitivo e as mudanças políticas e económicas que se vêm produzindo nas últimas três décadas, no âmbito da "pós-modernidade. Esta noção põe em evidência a questão que pretendo abordar e que é a de saber qual a incidência, em sede de uma execução penal socializadora, de uma nova compreensão, ao nível sociológico, do valor da "solidariedade" no Estado Social.

II. A CRISE DA CULTURA DE *WELFARE* E A RACIONALIDADE PENAL SECURITÁRIA E DE CONTROLO

Importa, para esta análise, começar por interrogar o contexto em que se desenvolveu – ou que favoreceu o desenvolvimento de – um tipo de racionalidade penal marcadamente "tecnocrática". O que implica apreciar se a crise da cultura de *welfare* tem aqui alguma responsabilidade.

Impõe-se fazer uma breve alusão às transformações que se produziram, nos últimos decénios, na forma de Estado, que, no modelo britânico e norte-americano, se pode referir a uma cultura de *welfare* e, no modelo europeu, assenta no "constitucionalismo social".

---

1. Sobre isto, cf. Anabela Miranda Rodrigues, "L'exécution de la peine privative de liberté. Problèmes de politique criminelle", *l'exécution des sanctions privatives de liberte et les impératifs de la sécurité/The implementation of prison sentences and aspects of security* (sous la direction/under the direction of Peter Tak et/and Manon Jendly), Actes du Colloque de la FIPP, Budapest; Hongrie 16-19 février 2006/Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Budapest, Hungary, 16-19 February 2006, p. 49 e ss.
2. A expressão é utilizada por Inaki Rivera Beiras, "Prologo", Gilberto Giacoia e Denise Hammerschmidt, *La cárcel. La experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*, Lisboa, Juruá Editorial, 2012, p. 9.

Há assim que recordar o que, nos Estados Unidos da América, ficou conhecido como a "crise fiscal" do Welfare State,[3] anunciada por O'Conner há mais de 40 anos. E que levou a que se colocasse em causa o "complexo penal" que tinha surgido à sombra daquele modelo estadual e perdurado por cerca de um século, até meados de 70 do século XX. A verdade é que o "aparelho punitivo" que se nutria do ideário "reabilitador ou socializador" só podia funcionar se o Estado pudesse ter e sustentar, não só numerosas "agências de justiça" que lhe servissem de suporte – policiais, jurisdicionais e penitenciárias –, mas também um vasto número de "agentes de justiça". Os custos que este sistema implicava, quando já se fazia sentir um aumento de população prisional, foram conduzindo à crise económica do modelo de *welfare* no sistema punitivo, com tradução palpável na ruptura de orçamentos para alimentar a máquina penal.

No Continente americano, abandonaram-se, assim, por um lado, as "indeterminate sentences" e puseram-se em prática diversos modelos de *sentencing* que, de uma forma geral – salvo pelo que se referiu ao *justice model*, mais preocupado com a "justa punição" do mal do crime –, foram dominados por uma racionalidade económica e tecnocrática: as *mandatory penalties* – cuja versão mais conhecida é a comummente designada como lei "three stikes and you are out" – e as *guidelines sentences* – cujo objectivo era fornecer "escalas penais" que podiam ser aplicadas de maneira fixa e pré-determinada. E, outro passo foi dado, posteriormente, com o desenvolvimento da "teoria da incapacitação", tanto na sua versão "absoluta", teorizada por criminólogos como James Q. Wilson, quanto na versão "seletiva", de Peter Greenwood.

Na Europa, o fim da Segunda Guerra Mundial e o "desastre" que esta significou marcaram o início de uma (nova) forma de Estado, que, sustentado num modelo constitucional social, teve o seu "momento de ouro" no "garantismo penal", traduzido numa ampla consagração de direitos, não só civis, mas sobretudo económicos e sociais, que anunciaram a "juridificação" da execução penal e asseguraram ao recluso um estatuto jurídico e a entrada no mundo do Direito. E que, pelo que agora me importa destacar, se traduziu, numa parte, num "dever de auxílio" do Estado ao recluso, com fundamento na obrigação – constitucional – de intervenção social do Estado. Nomeadamente, pelo que se refere à promoção do bem-estar social e da igualdade real entre os cidadãos, elas impunham uma série de prestações estaduais ao cidadão-recluso, dada a particular situação de necessidade em que este se encontra. E que não era certamente inferior ao dever que existia para com os cidadãos desfavorecidos em geral, tanto mais quanto a reclusão é ordenada pelo Estado para satisfazer um interesse próprio – a restauração da confiança da comunidade no direito e, através dela, a coesão social em torno dos bens protegidos pelo direito penal. As Constituições europeias, de que a portuguesa é um exemplo paradigmá-

3. Sobre isto, cf. Inaki Rivera Beiras (nota 2), p. 10.

tico, conjuntamente com as italiana, alemã, francesa ou espanhola, acolheram a tradição do *welfare*, reinterpretada e adaptada à cultura jurídica europeia continental, com implicações decisivas ao nível da legitimidade e finalidade da intervenção penal. Aos Estados incumbia um "específico dever jurídico de prestação ao cidadão recluso". Era, ao nível da execução penal, no Continente europeu, o auge da socialização não coativa,[4] que, atravessada embora por várias vicissitudes, veio a sedimentar-se na oferta do auxílio necessário ao recluso para que este, querendo, conduza a sua vida futura sem praticar crimes.

Mas, também neste Velho Continente, o Estado e a sociedade, entretanto, mudaram.

Foi já há mais de vinte anos que Ulrich Beck[5] definiu a "sociedade do risco" como aquela que, juntamente com os progressos da civilização, apresentava a contrapartida da produção de novos riscos conaturais àqueles progressos, por exemplo, perigos nucleares e ambientais. Hoje em dia, como o próprio Beck destaca,[6] a lista dos "riscos" poderia ser ampliada: riscos laborais (precariedade, flexibilidade laboral e despedimentos); riscos sanitário-alimentares (contaminações, adulterações, transgénicos, pestes de animais); riscos derivados da alta sinistralidade (laboral e em acidentes com veículos); riscos próprios de desajustamentos psíquico-emocionais e derivados das "patologias do consumo" (anorexias e bulimias). Interagindo com o "risco", a globalização é o outro fenómeno responsável pela emergência de uma sociedade que, na sua paradoxal forma de organização caótica e de fluxos instáveis, se impregna de uma ideologia neoliberal, alimentando os individualismos, uma lógica eficientista da ponderação custos-benefícios e um discurso da segurança.

Com a expansão – mundial – da revolução neoliberal, em que o mercado é apresentado como o meio óptimo para "enquadrar" a acção humana, não só na economia, mas também no trabalho, na saúde ou no ensino, assiste-se, então, a uma reconversão significativa do modelo do Estado social.[7] Na relação contratual

4. Sobre este movimento de socialização e seu sentido, Anabela Miranda Rodrigues, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas e medidas Privativas de Liberdade*, 2. ed., Coimbra Ed., 2002, p. 29 e ss. (e bibliografia aí citada).

5. A referência é a Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1986.

6. Ulrich Beck and Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, Polity Press, 2003, p. 34. Também neste sentido, exactamente, Inaki Rivera Beiras (nota 2), p. 15.

7. Sobre isto, Paul de Hert, Serge Gutwirth, Sonja Snacken, Els Dumortier, "La montée de lÉtat penal: que peuvent les Droits de l' Homme?", Les Droits de l'Homme, bouclier ou épée de droit penal?, Sous la direction de Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove et Sébastien Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 235 e ss., especialmente, p. 238 e s. Cf., também, Pierre

que o Estado estabelece com o indivíduo, este é responsável por si próprio, pelo seu percurso de vida, pelo seu sucesso ou insucesso no mundo do mercado; e a filosofia do Estado é a da redistribuição de bens sociais de acordo com os princípios do mercado. Nesta passagem do *Welfare State* para o *Work State* no domínio social – no domínio económico é o Estado regulador ou supervisor –, o reclamar de "menos Estado" é contrabalançado, na realidade, por "mais Estado" para controlar os "perdedores" – os que não ganharam no jogo do mercado.

É neste cenário que se inscreve, ainda, uma nova fenomenologia criminal, globalmente disseminada, que tem na criminalidade organizada e no terrorismo a sua expressão paradigmática.[8] Acrescendo ao "passivo" da globalização, estes fenómenos criminais surgem como ameaças omnipresentes a avassaladoras, num quotidiano de "medo", que se alarga hoje a cada vez mais áreas do Mundo.

Já não é de agora que, do lado dos sociólogos (Jean de Maillard), se chama a atenção para que o crime se tornou "invisível, banal, gasoso", não é um comportamento facilmente identificável. Ele é menos "essência" e mais "relação", Dissolve-se na estrutura ambiental, com a qual desenvolve relações simbiônticas. Na sua forma acabada, o crime é hoje "global" e difunde-se em rede.

Ele é afinal expressão de novo modelo de compreensão das sociedades contemporâneas em que, perante o recuo dos Estados, as redes são a contrapartida da nova configuração espacial global. Elas multiplicam-se num espaço reconfigurado, onde redes legais e ilegais cumprem a mesma função socializadora de base. É esta homologia de grupos, ao mesmo tempo todos diferentes no seu conteúdo e todos semelhantes na sua estrutura, que impede a marginalização do crime.

Fala-se de uma "teoria da relatividade criminológica" (Georges Kellens) para compreender a criminalidade na sociedade global, caótica e entrópica, de um perspectivismo descentrado e não hierarquizado, de fluxos instantâneos, com referências na nova "mitologia" fractal.

O criminoso, ao contrário do que nas fórmulas mediatizadas pela literatura era tradicional, "não está entre nós", ele "é um de nós". Se preferirmos, numa formulação mais temerária: o delinquente pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operação.

Este é o "clima" em que crime e castigo se tornam um tema dominante na política. O crime tende a estar obsessivamente sobrerepresentado no discurso e im-

---

Rosanvallon, *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Buenos Aires, Editiones Manantial, 1995, passim (especialmente, p. 75 e ss.).

8. No que se segue, Anabela Miranda Rodrigues, "Política criminal – novos desafios, velhos rumos", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes (orgs.), Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 208 e ss. (e bibliografia aí citada).

pregna, designadamente, as campanhas eleitorais, e a atenção dos media tornou-o a metáfora preferida para todas as formas de ansiedade social. A pena, por sua vez, é a metáfora que serve para apontar o remédio.

É tudo isto que fomenta o desenvolvimento e impregna uma cultura securitária e de controlo, que progressivamente ganha terreno.

O livro de David Garland, "The culture of control", de 2001,[9] é já hoje um clássico da criminologia. A sua tese central[10] é a seguinte: o novo liberalismo regulador – ou, para utilizar a expressão com que o cunhou, do lado americano, Braithwaite, o "regulatory capitalism"[11] – tem por efeito reduzir o Estado às suas funções de controlo.[12] A "politização" da segurança surge menos como um problema e mais como uma solução. E a partir daqui é apenas um pequeno passo até à "penalização" da segurança. Perante um espaço que se abre e se alarga ao tamanho do Mundo, nasce, contraditoriamente, uma cultura de controlo estadual, fechada e monolítica e a segurança emerge com um novo estatuto, cujo traço é a "redução ao penal". O "Estado penal" é "também" o resultado desta reorientação do *Welfare State* e da nova legitimidade do Estado – que não se contesta – para assumir o controlo dos "novos e grandes riscos", mas cujo poder e competências não cessam de aumentar em matéria de criminalização generalizada, polícia, repressão e segurança.

Esta nova "cultura de controlo" é ainda estimulada – volto a Garland – pelo que o autor chama de "an angry and an anxious public".

Quando uma economia está em crise e os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade "discute o crime" e reivindica o "direito à segurança". A sociedade de comunicação reforça, por seu turno, a tendência dos poderes públicos para recorrerem ao *instrumentarium* punitivo.

III. ESTADO NEOLIBERAL E EXECUÇÃO PENAL SOCIALIZADORA

Neste quadro de um Estado Social em crise, importa fazer uma renovada e aprofundada aproximação à questão da execução penal. A pergunta central que importa colocar é a de saber se haverá ainda lugar para a socialização, dada a importância decisiva que esta dimensão assume na conformação do sistema punitivo em geral e da execução das penas em especial.

---

9. A referência é a David Garland, The culture of control. Crime and social Order in contemporary cociety, Oxford University Press, 2001, passim.
10. Sobre isto, cf., também, Paul de Hert, Serge Gutwirth, Sonja Snacken, Els Dumortier (nota 7), p. 239.
11. A referência é a John Braithwaite, The new regulatory state and the transformation of criminology, British Journal of Criminology, vol. 40, 2000, p. 197e s.
12. Sobre a "democracia do controlo", vide Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia. La politica en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007, p. 49 e ss.

III.1 O lugar das penas de prisão e das penas de substituição nos sistemas punitivos atuais

O aspeto que primeiramente é necessário equacionar prende-se com o lugar que ocupam, no sistema punitivo, a pena de prisão e as penas de substituição da prisão.

A este propósito,[13] convém lembrar que, se os anos 60 do século anterior foram marcados, na Europa, por um movimento de "desinstitucionalização", assinalado pelo *slogan* de que era preciso "esvaziar as prisões", ao mesmo tempo que se verificava o surgimento de penas de "substituição" da prisão, a verdade é que esta tendência se inverteu e a crescente utilização da pena de prisão tem de ser enfrentada no discurso político-criminal contemporâneo. Paradoxalmente – pelo menos, à primeira vista! –, sem se ter abandonado a invocação de penas diferentes da prisão.

Para perceber esta evolução, é preciso compreender as mudanças – e o sentido das mudanças – que se produziram nas formas de controlo dos indivíduos.

Desde logo, mudanças ligadas à utilização da prisão.

Trata-se, aqui, do incremento da utilização da prisão e da sua utilização por um tempo cada vez mais longo. Este é um aspeto de verificação generalizada, que atinge, quer os países europeus quanto os países da América do Sul como os Estados Unidos, na América do Norte, dando azo ao fenómeno da superpopulação carcerária,[14] um factor em grande parte responsável pelo fracasso de uma política socializadora na execução penal.

Esta tendência está ligada ao "desenvolvimento autoritário da justiça criminal" – como então lhe chamou Alessandro Baratta – e assume-se como o resultado do clima repressivo e securitário que já se descreveu. Se surgiu associada, primeiramente, a um movimento de pura retribuição, meramente punitivo (*just desert*), posteriormente ligou-se a uma "nova penologia" – uma orientação com origem nos Estados Unidos, mas que rapidamente se expandiu para a Europa, por exemplo, para um país como a Holanda, tradicionalmente conhecido pela sua política criminal de tolerância e abertura,[15] baseada na análise de riscos, em que os conceitos-chave eram segurança e perigosidade.

---

13. Sobre isto, cf. Anabela Miranda Rodrigues (nota 1), p. 51 e ss. e Novo olhar sobre a questão punitiva, *Educar o outro. As questões do género, dos direitos humanos e da educação nas prisões portuguesas,* humana global, publicações humanas, 2007, p. 117 e ss.

14. Cf. Anabela Miranda Rodrigues, Superpopulação carcerária. Controlo da execução e Alternativas, *Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP – GB,* Ano 1, vol. 1, n. 1, jun. 2013; e Jean-Paul Céré, "La surpopulation carcérale entre contraentes européennes et réalité française", loc. cit.

15. A este propósito, cf. Paul de Hert, Serge Gutwirth, Sonja Snacken, Els Dumortier (nota 7), p. 244.

Interessante é, desde já, notar que ambos os movimentos obedeceram a propósitos, em si, louváveis. O primeiro, teve como objetivo a revalorização dos direitos fundamentais do recluso, para reagir a um tratamento coativo e coisificador; mas acabou por sobrevalorizar o factor punitivo em detrimento da socialização. O segundo, teve em vista a realização das aspirações legítimas de segurança da sociedade; mas acabou por subvalorizar o facto de que elas se tornam ilegítimas quando se entroniza a segurança e isso significa absolutização do seu valor em detrimento do factor culpa e socialização.

Entretanto, aquela "nova" orientação penológica merece uma palavra, (aqui) necessariamente breve.

Apesar de apelidada de "nova",[16] esta corrente vem prosseguindo um desejo muito antigo de erradicação do crime, incorporando a ponderação custos-benefícios (económicos) na discussão sobre a finalidade da punição. Absolutizado o conceito de segurança e reinterpretado o de perigosidade à luz da racionalidade económica – típica do enfoque neoliberal que abdica da solidariedade –, fez ressurgir, assim, o conceito, velho, de "inocuização" agora chamada de "incapacitação", e, além do mais, seletiva, já que apresenta significativas vantagens económicas perante a incapacitação indiscriminada. O que a incapacitação seletiva significa é a manutenção na prisão, pelo máximo de tempo possível, de um número de delinquentes escolhidos em função da sua perigosidade. A identificação dos indivíduos perigosos (*risk offenders*) é feita pelo método de análise de riscos (*risk assessment*) para "governar o risco" (*risk management*). Isto supõe tomar como base "indicadores", cuja quantificação é o ponto de partida para fazer juízos de prognose sobre a perigosidade de certos grupos ou classes de indivíduos. A punição e a sua duração não dependem da natureza do crime, nem da personalidade do delinquente, mas sim da avaliação do perfil de risco, o que determina a duração do controlo: mais ou menos prolongado consoante a perigosidade.

Estamos, em pleno, no âmago de uma política punitiva de filiação na "criminologia administrativa", também chamada de "justiça actuarial", e levada às últimas consequências na penologia norte-americana e no âmbito anglo-saxónico.

A alteração é substancial.[17] Enquanto a "velha" penologia era baseada no indivíduo e estava preocupada com as causas do crime, tendo em vista a sua "correção", por contraposição, à "nova" penologia passou a interessar o grupo de risco em que o indivíduo se insere, para o incapacitar, vigiar e controlar. Surgem novas técnicas penológicas – a monitorização eletrónica ou as técnicas estatísticas –, que têm por objetivo estabelecer níveis de risco e prever a perigosidade, para assim adequar o controlo aos níveis de risco apresentados por certos grupos de indivíduos. Em sede

16. Cf. Anabela Miranda Rodrigues (nota 8), p. 216 e ss.

17. Cf. Anabela Miranda Rodrigues (nota 1), p. 51.

de segurança, cujo valor é sacralizado, isto implica que, substituída a culpa pela perigosidade, ao Estado exige-se que faça a gestão do risco (o crime), no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco. Quando a culpa define a fronteira absoluta da distribuição de riscos entre o indivíduo e a sociedade, recai sobre a sociedade o risco de reincidência; já na gestão eficientista do risco, todo o risco recai sobre o indivíduo, submetendo-o a uma intervenção de segurança e controlo de máxima intensidade.

À luz desta lógica securitária, promove-se a ideia de que "a prisão funciona" e fomenta-se uma estratégia punitiva institucional. Se a prisão não pode fazer mais nada, pode retardar o reinício da atividade criminosa por parte dos indivíduos perigosos. Esses períodos de tempo produzem a redução do(s efeitos do) crime na sociedade, embora sem mudar nem o delinquente nem a sociedade.

É neste contexto que renasce o "interesse" pelas penas alternativas à prisão.

O que, agora, importa perguntar é qual o sentido da súbita manifestação de interesse por estas penas, radicadas, na sua origem, num cenário de luta contra a pena de prisão, em relação à pequena e média criminalidade, e orientadas por um objetivo de socialização. É necessário, de um lado, interrogar estas "sanções" quanto ao significado político-criminal que encerram no novo contexto securitário e, de outro lado, prevenir o risco de que sejam subvertidas no seu sentido.

Impõe, neste contexto, então, uma atenção muito especial à expansão do sistema punitivo, perante os efeitos do alargamento em rede (*netwidening effects*) de um crescente e complexo "mosaico de sanções" diferentes da prisão.

É importante lembrar que a estas sanções poderá não é alheio, em muitos casos, o espírito do "*new bahaviorism*", não tendo qualquer objetivo de reformar, corrigir ou reabilitar. Podem ser, também elas – tal como a prisão-confinamento –, "*managerialist tecnics*", que se destinam meramente a limitar a liberdade de movimentos. Em última análise, são a demonstração – agora para estas medidas – de que "*nothing works*", porque não aliam o tratamento ao controlo. Logo por aqui se podendo questionar se à sua (aparente) eficácia não se podem apontar os mesmos vícios da prisão como mera técnica de confinamento.

O maior perigo que se deteta é elas serem vistas como "alternativas à liberdade e não à privação de liberdade", dado o desvirtuamento de sentido que sofrem, com a confluência dos fenómenos de erosão do seu cariz educativo e a intensificação da sua natureza de controlo sobre o indivíduo.

Para além disso, a bifurcação pretendida do sistema punitivo – prisão para a criminalidade mais grave e sanções comunitárias para a criminalidade menos grave – não resiste a uma análise do movimento dos delinquentes ao longo de um certo período de tempo. Assinala-se "uma corrente contínua de indivíduos" entre a comunidade para cumprimento de sanções e a prisão, ligada a uma menor tolerância que, não por acaso, se verifica quanto à violação das condições que possibilitam o

cumprimento das sanções na comunidade. O aspeto em causa é o da "transincarceração", resultante do sistema autopoiético criado pela proliferação de sanções que se reforçam mutuamente, e que permite o que já se chamou a "reciclagem" do indivíduo, favorecendo a sua circulação por diferentes instâncias de controlo.

Desta forma, é, ainda, e mais uma vez, a utilização acrescida da prisão que está em causa, agora potenciada por uma expansão do sistema punitivo que favorece o encarceramento.

III.2 A "revolução sociológica" do Estado social: a "individualização" (na justiça penal)

Neste contexto, a questão que emerge é a da eficácia do sistema de execução penal, num cenário repressivo que não apresente tendência para se contrair ou para resistir a tornar-se menos despersonalizado e inflexível.

Quanto a isto, é importante começar por fazer notar que os resultados da política securitária e de controlo não são satisfatórios: os objectivos de redução do crime e de defesa da sociedade não se estão a alcançar, as prisões estão cada vez mais sobrelotadas, o clima intramuros piorou notoriamente e a motivação profissional em queda do pessoal penitenciário levou a índices muito baixos de produtividade.

Depois, a verificação real do facto de que é necessário construir cada vez mais prisões para se alcançar (apenas!) os objectivos de reprimir e confinar (controlar) os delinquentes, faz-se sentir como "um sinal de alerta", provocando alterações de orientação político-criminal que procuram traduzir o objetivo de limitar a utilização da prisão. Na verdade, os custos económicos elevadíssimos de um sistema de execução penal puramente securitário e de controlo colocam em causa os seus próprios fundamentos economicistas, baseados na análise custos-benefícios.

Com este enquadramento, e sob o pano de fundo da crise do Estado social, o tema da "intervenção socializadora" reentra então no discurso da execução penal. Embora a crise do Estado social não se tenha colocado na Europa da mesma maneira que nos Estados Unidos, em ambos os continentes leva a interrogar, mais do que nunca, o significado do "direito à socialização".

III.2.1 Em primeiro lugar, há que reconhecer que o direito à socialização se inscreve num Estado Social que enfrenta hoje uma espécie de "revolução sociológica", no sentido de que "os seus sujeitos mudaram".[18] Deixaram de ser "grupos" ou "classes" relativamente homogéneas. Regressam os "indivíduos" – regressa a "pessoa" – que se encontram em situações específicas.

O que está em causa é que, por variadas razões – entre elas, a desregulação estadual-económica –, é hoje muito difícil "decifrar a sociedade", que não é mais uma sociedade de grupos, organizada hierarquicamente e de movimentos relativa-

18. Exatamente assim, Pierre Rosanvallon (nota 7), p. 189.

mente lentos, mas, como comecei por referir, é caótica e de redes e fluxos instáveis. E em que, por isso, o enfoque "estatístico" é inadequado para a sua compreensão.[19]

O que se diz – é Rosanvallon que o afirma – é que a redefinição do Estado Social está a passar por uma "evolução cognitiva" e que as sua formas de intervenção se reconformam, abrindo-se ao "miolo social".[20]

O que isto significa[21] é um novo enfoque (do) social, em que "as variáveis topológicas e biográficas" adquirem uma maior importância na compreensão da realidade: "o que há que descrever já não são identidades colectivas, mas sim trajectórias individuais". Assim, por exemplo, a propósito dos fenómenos de exclusão – de que a delinquência pode ser um deles –, o que se observa é que não faz qualquer sentido tentar apreender os excluídos através de uma "classificação categorial". O que importa é antes tomar em conta os "processos de exclusão" e "analisar a natureza das "trajectórias" que conduzem às situações de exclusão, na medida em que estas são resultantes de um processo específico e particular".[22]

Para além disso, a par desta redefinição dos "sujeitos da acção social", o Estado converte-se num "Estado Serviço":[23] o objetivo do Estado (social) é agora oferecer a cada um os meios específicos – "propor ajudas diferenciadas" – para "modificar o curso de uma vida", "superar uma ruptura" ou "prever um problema".

A partir daqui, assiste-se a uma transformação global da relação dos indivíduos com as instituições sociais, no sentido da sua cada vez maior individualização, a que a justiça penal não está imune.

Assim, é reconhecido – e louvável – que a justiça penal está em plena mutação. No entanto, deve desde já prevenir-se que ela assume por vezes uma dimensão perigosamente tutelar em relação a adultos livres e responsáveis quando se lhe pede – e se lhe permite – que se pronuncie sobre a personalidade mais do que sobre o comportamento da pessoa. Uma cada vez mais significativa individualização da pena pode fazer regressar a confusão desta com "resposta social" e fazer ressurgir

19. Como afirma Rosanvallon (idem, ibidem): "os métodos de conhecimento estatístico estão globalmente desfasados da realidade (...). Já não se adaptam a uma leitura da sociedade atual, ou, pelo menos, não captam dela mais do que uma parte limitada (...)".

20. Idem, p. 202 e 201, respetivamente.

21. Assim, Pierre Rosanvallon, idem, p. 194 e ss.

22. Neste contexto, explicita Rosanvallon (idem, p. 195) que "os excluídos formam mesmo uma "não classe", no sentido de que constituem a sombra projetada das disfuncionalidades da sociedade, resultam de uma (...) dessocialização no sentido forte do termo (...). Os fenómenos de exclusão são manifestações da diferença e da não agregação social (...). Neste sentido, a exclusão não é um novo problema social, é uma outra maneira de descrever as dificuldades para estabelecer solidariedades (...). Falar de inserção é então tratar das diferentes formas de agregação social existentes ou por promover".

23. Idem, p. 210.

o juiz como um terapeuta social, que administra a autonomia do indivíduo e intervém ao nível dos seus vínculos fundamentais (familiar, conjugal, profissional e outros) e quase governa os seus afetos.[24]

Desta forma, é o perigo de uma "nova" reforma "moral" do indivíduo que retorna, contra a qual o direito de execução penal do Estado Social se impôs – pelo menos em alguns Estados sociais de expressão continental europeia, dos quais Portugal é um bom exemplo.[25]

III.3 A reinterpretação dos direitos sociais no âmbito do Work State

Entretanto, a problemática do Estado de *workfare* e, com ela, a reinterpretação dos direitos sociais não deixou de se fazer sentir na compreensão do direito à socialização.

Importa, ainda que brevemente, lembrar as discussões que, nos Estados Unidos da América, por volta dos anos 80 do século passado, se suscitaram em torno da noção de *workfare*,[26] que, relativamente a certas políticas sociais, por exemplo, de emprego, pretendia romper com a lógica tradicional do *welfare*,[27] desenvolvendo-as de acordo com a ideia da obrigatória "contrapartida" ao subsídio, no fim um certo tempo, com o trabalho.[28]

---

24. A este propósito, em França, Antoine Garapon fala de "magistraturas do sujeito" para designar essas práticas, em que juiz e trabalhador social se aproximam e ambos são "os novos magistrados do social". Cf., Pierre Rosanvallon, idem, p. 202 e ss. (especialmente, p. 205).

25. Note-se, de resto, que também a propósito deste enfoque individualizante, no âmbito das políticas sociais, se procura esconjurar o perigo de "requalificação moral", a partir de uma ideia de "socialização" a que não é alheia uma análise de custos-benefícios e em que se justifica a reação aos comportamentos individuais invocando "imperativos coletivos". O que se diz é que se tem em vista a "incidência social dos comportamentos individuais", o que, dado hoje o maior grau e o maior conhecimento das interdependências sociais, torna o indivíduo mais responsável. O custo social dos acidentes rodoviários justifica, por exemplo, a obrigação de usar cinto de segurança. Mas já se alerta para que, em nome de um controlo dos gastos com a segurança social, se corre o risco de "resvalar", no futuro, para uma sociedade "higienicamente correta", em que se penalize o consumo de tabaco ou de álcool. Cf., Pierre Rosanvallon, idem, p. 206.

26. Salientando que a palavra é difícil de traduzir, tendo em conta a simetria com a ideia de *welfare* (bem-estar), e, assim, situando-a entre a "ajuda pelo trabalho" e "Estado de trabalho", Pierre Rosanvallon, idem, p. 161, nota 2.

27. Dando conta de como Bill Clinton, na sua campanha eleitoral, em 1992, se propôs "to end welfare as we know it", Pierre Rosanvallon, idem, p. 164.

28. Quer no sector privado, quer efetuando tarefas a favor da comunidade. Sobre o debate, nos Estados Unidos da América, a propósito do Workstate, cf. Pierre Rosanvallon, idem, p. 164 e ss.

O que estava em causa, como se observa, era uma reinterpretação dos direitos sociais, de acordo com uma perspectiva contratualista, que articula direitos e deveres.

Nesta abordagem, a referência da socialização é a noção de contrato: compreende-se a relação entre o Estado e o indivíduo, que tem direito ao auxílio por parte daquele, como uma relação contratual, que – nas palavras de um trabalhador social que podia bem ser da estrutura prisional[29] – traduz "uma relação de reciprocidade, uma responsabilização do beneficiário considerado como actor do seu próprio futuro, uma obrigação de meios da parte da sociedade". Embora possa estar numa situação de carência – é agora Rosanvallon que o destaca[30] – "o sujeito da acção social é considerado como uma pessoa autónoma responsável, capaz de assumir compromissos e honrá-los". O "contrato de inserção" permite voltar a ligar o indivíduo "ao princípio gerador" da sociedade, "o contrato social", prossegue Rosanvallon, que conclui: A "obrigação" que o acompanha "não é uma forma de restrição da liberdade, é antes um momento da construção do social".[31]

O que importa sobretudo aqui destacar – com interesse imediato para a compreensão do direito à socialização do recluso – é que, nos Estados Unidos, os debates em torno do *Workstate* avançaram com vacilações e reticências entre Republicanos e Democratas, com a própria ala esquerda do Partido Democrático a agitar o espectro do surgimento de uma cultura de "*slavefare*".[32] Na Europa, fala-se agora de risco de transformar o Estado em "instância de gestão e controlo de comportamentos" e de regresso às suspeitas de "intenções normalizadoras" coactivas, que se denunciaram ao Estado Social nos idos dos anos 60. Os programas sociais de "*learnfare*" e de "*wedfare*", desenvolvidos nos Estados Unidos,[33] apontam-se como exemplos destes perigos, ao visarem como objectivo exercer uma "pressão educativa" ou inclusivamente actuar directamente sobre a forma de estrutura social. Alguns autores americanos falam, a este respeito, de "novo paternalismo", de "democracia de vigilância" ou de "implicações que podem parecer orwellianas".[34]

---

29. Cf. Pierre Rosanvallon, idem, p. 172, apud Antoine Garapon, "La déontologie du travailleur social", Révue de Droit Sanitaire et Social, oct.- déc., 1993.

30. Idem, p. 172-173.

31. Cf. Pierre Rosanvallon, p. 174, que fala ainda, neste contexto, da via de um "individualismo contratual", em que "o respeito essencial pelo indivíduo vai de par com a reconstrução do vínculo social" (p. 180).

32. Idem, p. 169.

33. Sobre estes programas, cf. Pierre Rosanvallon, idem, p. 203.

34. Assim, respetivamente, Charles Murray, The Coming of Custodial Democracy, *Commentary*, sep., 1988, e Lawrence Mead, *Beyond Entitlement*, p. 87, apud Pierre Rosanvallon, idem, p. 204, notas 22 e 23.

III.4 O direito à socialização do recluso no novo modelo de Estado emergente

Na execução penal, a questão da crise do Estado Social não se reflecte tanto na legitimação do direito à socialização, quanto na compreensão do conteúdo desse direito.

Relembra-se, aqui, de uma forma necessariamente enxuta, o conceito de socialização que lhe aponta o sentido de "prevenção da reincidência", isto é, que apela ao dever, por parte do Estado, de oferecer ao recluso condições que lhe permitam prosseguir a sua vida em sociedade sem que pratique crimes.

O que se quer acentuar[35] é que será muito difícil recusar que é tarefa do Estado acorrer a situações especiais de necessidade dos cidadãos, tendo em vista a realização desta finalidade – mesmo reconhecendo que ganham protagonismo soluções assentes na racionalidade económica em detrimento das de solidariedade. Não se nega que os modelos de decisão têm de levar em conta a escassez de bens a distribuir. Mas, exactamente de uma perspectiva utilitária ligada àquela racionalidade, eles obrigam a aceitar que "a melhor prevenção é a socialização"; e, da vertente da defesa da dignidade humana do recluso, não podem recusar proteger a sua cidadania e garantir eficazmente os seus direitos fundamentais.

Assim, vem-se assistindo, mesmo naqueles países em que "oficialmente" tinha sido abandonado, a um ressurgimento do ideário de socialização do recluso. Que se pode explicar pela cultura de participação e de consenso – a cultura contratual, numa palavra –, em que se busca hoje, cada vez mais a relegitimação do penal; ou procurar-se no movimento de revalorização dos direitos humanos, que, de um lado, afasta o sentido coactivo que pudesse ligar-se à socialização e, para além disso, promove uma nova ética solidária, de responsabilidade, nas relações sociais, diferente da ética individualista, de cariz egoísta. Mas que, em última análise tem de reconhecer que os resultados de uma política repressiva e securitária não se mostraram satisfatórios: os objectivos de redução do crime e de defesa da sociedade não se alcançaram e as prisões continuam sobrelotadas.

A evolução da intervenção de socialização deve voltar a ser equacionada pelo que significa em si mesma e no quadro das garantias jurídicas consubstanciadas no princípio do Estado de direito democrático.

Uma forma de socialização renovada funda-se no reconhecimento da necessidade de colocar o recluso em condições de "aderir" à intervenção – a palavra-chave é aqui "motivação" – e na importância e vantagens da utilização da noção de "contrato" para se obter a participação voluntária do recluso nos programas de tratamento.

Na ótica contratualista de intervenção, nada obsta – pelo contrário, tudo aconselha – a um alargamento do campo de incidência de programas orientados para problemáticas específicas do recluso. A adesão e a participação – em termos claros, o consentimento do recluso – excluirá qualquer hipótese de intervenção coactiva.

---

35. Sobre o que se segue, cf. Anabela Miranda Rodrigues (nota 4), p. 35 e ss. e 143 e ss.

Trata-se de sublinhar a necessidade de colocar "serviços" na disponibilidade do recluso. São várias as hipóteses: prestar ajudas aos reclusos desfavorecidos, promovendo a igualdade real; restabelecer a saúde física e mental e diminuir as taxas de suicídio; dotá-los de competências sociais tais como, criar o seu próprio trabalho ou arranjar emprego.

A questão reside sempre em saber se a colocação da tónica na participação e no êxito – eficácia – do tratamento socializador não corre o risco de fazer ressurgir os problemas da discricionariedade na execução penal e da falta de respeito pelos direitos dos reclusos, que, não o esqueçamos, lançaram o descrédito sobre a finalidade de socialização. Estes receios nunca devem ser desvalorizados e por isso se insiste em que, qualquer forma potencialmente lesiva dos direitos fundamentais seja submetida ao escrutínio que nesta matéria os diplomas internacionais proclamam.

Toca-se, assim, o núcleo do conceito de socialização, que apela a que o recluso, como sujeito activo (e não passivo) do auxílio que o Estado lhe oferece, participa voluntariamente no tratamento com vista à socialização. O que se acentua é esta dimensão de "voluntariedade" da participação do recluso no seu próprio processo de socialização, que, se de um lado afasta qualquer perigo de tratamento coactivo, por outro lado o responsabiliza, comprometendo-o nesse mesmo processo.

Julgo poder dizer que este caminho permite conferir novas perspectivas à socialização. Desde logo, abrindo o tratamento a todas as medidas que, de acordo com a evolução dos conhecimentos, se considere que favorecem a socialização, e alargando-o ao campo total de interacção e comunicação entre reclusos e pessoal encarregado da execução. A importância deste aspecto prende-se com a reconformação da instituição penitenciária no sentido da "normalização" (possível) da vida prisional, o que implica evitar a dessocialização e promover a não dessocialização do recluso. Para além disso, com este sentido, a socialização assenta necessariamente num sistema de planificação individualizada, construído na base da ideia da adequação da execução às necessidades do recluso. A planificação da execução, com tradução num "plano individual de readaptação", em que este é alterado em função da avaliação de progresso, é o sistema que se mostra mais em sintonia com os pressupostos de participação-responsabilização do recluso que devem presidir à execução. E que – digo-o de forma necessariamente sincopada – não se compadece – ou convive mal – com um modelo sinalagmático progressivo, em que o tratamento é "faseado", através da alteração do "regime de execução". O que sempre encobre uma certa "coactividade" ou carácter "premial" ou de automaticidade da execução e significa reverter a uma linguagem de "benefícios" e não de "direitos" dos reclusos, para além de enfatizar o aspecto de "disciplina" – indução a manter certos comportamentos para obter um certo resultado –, em detrimento da socialização (e da aplicação de programas dirigidos a favorecê-la). O sistema "progressivo" é comparativamente mais rígido, mais propenso a ser modelado e função de escalas temporais pré-estabelecidas ("faseado"), que dificultam a real individualização, a participação e a responsabilização. Aspectos cuja ausência dificulta a socialização.

Finalmente, está em qualquer caso salvaguardado que a socialização, embora aberta à contratualização, onde busca um fundamento de eficácia, não põe nunca em causa o direito do recluso, que como membro de uma sociedade na qual tem direito a ocupar um lugar lhe cabe, de recusar voltar a "viver em sociedade". O que, no caso do cidadão-recluso, não colocará em causa a finalidade de prevenção da prática de futuros crimes que se visa com a execução da pena de prisão, que estará sempre legitimada e justificada para "apenas" privar o cidadão de liberdade e, assim, realizar "tão só" o objectivo de prevenção especial meramente negativa, de advertência, sem lhe conferir qualquer sentido positivo.[36]

IV. A CONCLUIR

As coisas não são simples...

De facto, no enfoque mais individualizado e contratualizado do "social" neste início de século, mistura-se "o velho" e "o novo". A dualidade é percetível.

Entre a ajuda social paternalista e o direito social ao auxílio fica a via de uma implicação recíproca da sociedade e do indivíduo. Por aqui passará o caminho – sinuoso – do "novo" direito à socialização do recluso.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A atuação da sociedade civil no apoio a egressos do sistema penitenciário, de Ligia Mori Madeira – *RBCCrim* 53/277 (DTR\2005\177);
- A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social, de Viviane Coêlho de Séllos Gondim – *Ciências Penais* 6/353 (DTR\2007\23);
- O direito de execução penal brasileiro: uma análise à luz do pensamento criminológico, de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub e Josué Modesto Passos – *RBCCrim* 23/155 (DTR\1998\280);
- Os benefícios fiscais como uma forma de incentivo à contratação de presos, egressos do sistema prisional e cumpridores de medidas e penas alternativas, de Cláudio Tessari – *RTrib* 115/245 (DTR\2014\1240); e
- Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade e adequabilidade, como estratégia humano-dignificante da execução penal, de Luiz Antônio Bogo Chies e Flávia Lucimeri Rodrigues – *RT* 847/419 (DTR\2006\335).

---

36. E sem que nisto vá implícita qualquer cedência a uma execução penal de raiz securitária ou controladora. O que está em causa é preservar o recluso de uma qualquer "hygiene moral" que sustente a socialização, em último termo, salvaguardar o seu "direito a não se socializar".

Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal

Political-criminal and dogmatic fundaments of criminal law

Claus Roxin
Professor emérito, Dr. Dr. h. c. mult., Universidade de Ludwig Maximilian Munique, Alemanha.

Traduzido por
Alaor Leite
Mestre pela Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, Alemanha.
Doutorando na mesma instituição.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo é um apanhado dos principais paradigmas do autor para a teoria do delito, e, ainda, para toda a sua teoria do direito penal. A política criminal é deslocada para o papel de limitadora da finalidade do direito penal, interferindo diretamente nos elementos analíticos do delito e na aplicação da pena. A criação do risco não permitido e suas consequências no sistema penal também são exploradas ao longo do texto.

Palavras-chave: Teoria do delito - Política criminal - Proteção de bens jurídicos - Tipicidade - Risco não permitido.

Abstract: The purpose of the essay is to describe the main concept of criminal law developed by the author. The author describes shortly his ideas of action, causation, imputation and responsibility.

Keywords: Criminal law theory - harm principle - Causation, imputation and responsibility.

O meu tema não poderá ser desenvolvido argumentativamente dentro dos poucos minutos de que disponho, de modo que me limitarei a enunciar as minhas teses. Creio que todas as questões suscitadas poderão ser debatidas no tempo disponível para a discussão.

I. No âmbito da tipicidade, o meu ponto de partida é a finalidade do direito penal. A partir dessa finalidade é que se poderá determinar, desde uma perspectiva político-criminal, o que o Estado pode sancionar com pena, e, desde uma perspectiva dogmática, quais características um comportamento deve apresentar para que se possa imputá-lo a um causador a título de realização do tipo.

II. Segundo a minha concepção, a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Compreendo por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos. Isso vale tanto para bens jurídicos individuais, como vida, saúde ou propriedade, quanto para bens jurídicos coletivos, tais como a organização do Estado ou a Justiça.[NT1] Afinal, uma convivência livre a pacífica pressupõe o funcionamento do aparato estatal e da Justiça.

III. Contudo, a finalidade do direito penal deve sofrer uma limitação ulterior decorrente da exigência político-criminal segundo a qual apenas se pode ameaçar com pena aquelas lesões de bens jurídicos que não possam ser evitadas por meio de medidas menos incisivas. Ruídos perturbadores e estacionamentos em lugares proibidos estorvam igualmente a convivência humana. No entanto, bastam para a sua evitação as multas do direito administrativo sancionador, de caráter menor e sem o conteúdo discriminatório do direito penal. Para a compensação de violações contratuais simples bastam as sanções do direito civil.

Tudo isso conduz à seguinte tese: A tarefa do direito penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos. Na teoria do Estado, o princípio da subsidiariedade encontra seu fundamento na proibição de excesso, segundo a qual o Estado não pode limitar a liberdade dos cidadãos em maior medida do que aquela necessária para assegurar a paz e a liberdade.

IV. Também a finalidade do direito penal repousa em uma premissa da teoria do Estado, a saber, o modelo do contrato social. Segundo este, o soberano – isto é, o povo – deve apenas repassar ao Estado a tarefa de assegurar uma convivência livre e pacífica sob a égide dos direitos humanos. A tarefa de tutelar os cidadãos em sentido moral, religioso, ideológico ou apenas paternalista, ao contrário, não lhe foi repassada pelo detentor do poder estatal (o povo).

V. Essa concepção produz consequências consideráveis na legislação. Assim, o Estado não está autorizado, por exemplo, a punir o comportamento homossexual ou o incesto entre irmãos adultos. Ao Estado é igualmente defeso punir a negação não discriminatória de fatos históricos, a posse de determinadas drogas, quando destinada exclusivamente para consumo próprio, ou um transplante de órgãos realizado por um médico e por meio do qual um doador vivo almeja contribuir para salvar a vida de um terceiro. Afinal, nenhum desses comportamentos implica violação da paz e da liberdade.

Todavia, todos esses comportamentos são sancionados penalmente na Alemanha, à exceção da homossexualidade – e mesmo esta era punível até 1969. O fato de que a minha concepção limitadora da punibilidade não representa uma opinião meramente lateral e isolada pode ser comprovado pelos senhores ao observarem

---

NT1. Justiça no sentido de Poder Judiciário; como instituição, não como conceito.

que: a manutenção da punibilidade do incesto por nosso Tribunal Constitucional encontrou amplo rechaço; a punibilidade da negação de fatos históricos (por exemplo, um genocídio praticado pelos turcos na Armênia) foi declarada inconstitucional na França; por fim, o Tribunal Constitucional argentino declarou inadequada a punição da posse de drogas para consumo próprio. Estamos diante, portanto, de um problema de grande atualidade também no plano internacional.

VI. Os efeitos dogmáticos do princípio da proteção de bens jurídicos são igualmente significativos na teoria do tipo. A resposta à pergunta sobre como devem ser formuladas normas que se destinam a assegurar a proteção de bens jurídicos é apenas uma: a norma deve proibir todo comportamento que represente um risco não permitido para o bem jurídico protegido. A criação consciente de um risco desses moldes configura uma tentativa; a sua realização no resultado deve ser imputada ao autor como fato consumado. O injusto penal não deve ser fundado sobre dados ônticos, tal como os defensores da teoria causal e final da ação propuseram. Ele deve, ao contrário, ser deduzido das condições normativas de uma proteção eficiente de bens jurídicos.

A teoria da imputação objetiva, fundada por mim em sua conformação moderna, e que se impôs amplamente na Alemanha e também no plano internacional, fundamenta o injusto penal na realização de um risco não permitido. Ela não é, ao contrário do que por vezes se supõe, um desenvolvimento ulterior da teoria da adequação, mas sim um princípio de imputação independente da causalidade.

VII. É possível deduzir da teoria da imputação objetiva um sistema de regras de imputação como um todo. Não tenho como discorrer minuciosamente a esse respeito na presente sede, mas pretendo ao menos esclarecer que a criação, bem como a realização de um risco não permitido, dependem cada uma de três pressupostos:

A criação de um risco não permitido é excluída, em primeiro lugar, nos casos de diminuição do risco; em segundo, quando está ausente um aumento juridicamente relevante do risco e, em terceiro, nos casos de risco permitido. Uma realização do risco, que possibilita uma imputação do resultado, deve ser negada, em primeiro lugar, nos casos de cursos causais completamente invulgares e, em segundo, quando o resultado teria certamente ocorrido também no caso de o sujeito ter se atido ao risco permitido. Ademais, a realização do risco, em terceiro lugar, estará também excluída quando, apesar da criação de um risco não permitido, a forma como o resultado ocorreu não estiver compreendida pelo fim de proteção da norma violada. É possível esclarecer de maneira ilustrativa todos esses pontos por meio de exemplos práticos durante a discussão.

A rede de deduções que surge nesse contexto substitui uma inabarcável casuística por uma concepção normativa total. É completamente equivocada, pois, a crítica dirigida à teoria da imputação objetiva pelos seus adversários, segundo a qual esta seria uma conjunção um tanto artificial de problemas individuais, sem qualquer ponto de vista condutor.

VIII. As formas específicas de aparição do injusto – dolo e culpa, tentativa, autoria e participação, omissões impróprias – deixam-se igualmente explicar a partir da ideia de proteção de bens jurídicos.

Assim é que o dolo pode ser compreendido como uma decisão – ainda que tomada de forma eventual – em favor de uma possível lesão de bens jurídicos, enquanto o autor culposo ou não enxerga a possibilidade de ocorrência do resultado, ou confia em um desenrolar feliz da situação. A tentativa deve ser compreendida como a criação, que ultrapassa o estágio de preparação, de um risco não permitido para o bem jurídico. A punição de uma tentativa que não represente qualquer perigo desde um juízo objetivo, isto é, inofensiva, permitida pelo direito alemão, é, portanto, equivocada desde um ponto de vista político-jurídico.

A autoria não encontra fundamento, ao contrário do que em parte pensa a jurisprudência alemã até os dias de hoje, em uma vontade de autor, mas no domínio do acontecer lesivo ao bem jurídico, o chamado domínio do fato. Todavia, também para a participação a referência ao bem jurídico é essencial, pois aquela pressupõe uma lesão ao bem jurídico ocorrida sem o domínio do fato. Quando essa lesão falta, a contribuição é impunível. Essa posição possui consideráveis efeitos práticos, a saber: deve permanecer impunível o *agent provocateur*, isto é, o instigador que prende em flagrante o autor antes da consumação, na medida em que aquele resguarda o bem jurídico em vez de agredi-lo. Deve igualmente permanecer impunível a instigação para uma tentativa inidônea, pois esta não conduz a nenhuma lesão de bem jurídico. Também impunível devem permanecer a instigação ou cumplicidade para um homicídio tentado da própria pessoa por um terceiro. Afinal, apenas as lesões de bens jurídicos alheios são puníveis.

Da mesma forma, as posições de garantidor na omissão não podem ser deduzidas, tal como se supôs por um longo tempo, da lei, do contrato ou de uma ação precedente. Também elas devem ser explicadas a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos. O garantidor deve ou proteger todos os bens jurídicos de terceiros dos perigos advindos de seu âmbito de domínio (posição de garantidor de vigilância), ou deve proteger os bens jurídicos que estão confiados aos seus cuidados – como vida ou integridade física de seus filhos – de perigos de todas as sortes (posição de garantidor de proteção).

O entendimento aqui defendido, segundo a qual o injusto típico deixa-se reconduzir em todas as suas formas de aparição a diferentes aspectos da proteção de bens jurídicos, ainda não conseguiu se impor de forma geral. Considero-o, no entanto, uma concepção dogmática fundamental.

IX. Ao lado das lesões a bens jurídicos, há ainda um ulterior requisito do injusto penal: a ausência de causas de justificação. As causas de justificação lidam com a regulação de conflitos sociais. Na legítima defesa, por exemplo, trata-se do conflito entre agressor e agredido, enquanto no estado de necessidade justificante

o conflito regrado é aquele entre o salvamento e a vítima que decorre do salvamento. Minha tese é:

A solução desses conflitos deve ocorrer a partir de fundamentos político-criminais que se refletem em determinados princípios sociais ordenadores. Gostaria de esclarecer esse ponto, de forma breve, por meio dos exemplos da legítima defesa e do estado de necessidade justificante.

X. A legítima defesa baseia-se, nos termos do direito alemão (§ 32 StGB), no princípio da proteção e no princípio da defesa da ordem jurídica.

Isso significa: O agredido está, ali onde o Estado não puder intervir, autorizado a tomar todas as medidas de defesa necessárias para sua proteção, ainda que com isso ele produza maiores danos do que aqueles contra os quais ele se defendera. Ele está autorizado, portanto, caso não haja outro modo de se socorrer, a realizar um disparo de arma de fogo para se defender de uma agressão física.

Além disso, vige, nos termos do direito alemão, também o princípio da defesa da ordem jurídica: ainda que o agredido pudesse fugir, ou seja, ainda que o disparo de arma não fosse necessário para a sua defesa própria, está ele autorizado ainda assim a utilizar a arma para se defender. Por trás disso está a ideia de que se contribui para a imposição do direito quando alguém se posiciona contra o injusto em vez de sucumbir diante dele.

Daqui se podem extrair igualmente limitações ao direito de defesa quando o agredido provocou a agressão por meio de um comportamento antijurídico. Nesses casos, o agredido não está em condições de impor o direito, na medida em que ele próprio violara o direito anteriormente. Ele está ainda assim autorizado a se proteger, necessita, todavia, fazer uso das possibilidades de fuga.

Os princípios ordenadores mencionados possibilitam, desse modo, soluções diferenciadas, que se sustentam em ideias fundamentais unívocas. O legislador pode, evidentemente, optar por outras soluções e, por exemplo, submeter a legítima defesa ao princípio da proporcionalidade, como muitas ordens jurídicas de fato o fazem. Dessa forma, deve o agredido levar os bens jurídicos do agressor em muito maior conta do que o exige o direito alemão. Contudo, também aqui estamos diante de uma decisão político-criminal tomada com o auxílio de um princípio social ordenador.

XI. De outro lado, o estado de necessidade justificante baseia-se, nos termos do direito alemão (§ 34 StGB), em dois outros princípios sociais ordenadores: o princípio da ponderação de bens e o princípios da autonomia.

Quando a vítima de um acidente necessita, para que sua vida seja salva, ser transportada rapidamente para um hospital, está permitido que se utilize para isso um carro alheio ainda que contra a vontade de seu proprietário, desde que outro automóvel não esteja à disposição. Afinal, o valor da vida humana é consideravelmente superior à perda temporária da posse.

Quando, ao contrário, a vida da vítima do acidente apenas pode ser salva por meio de um transplante de rim, o médico não está autorizado a retirar à força cirurgicamente o rim de um parente do paciente. É verdade que também nesse caso a ponderação de bens conduz ao resultado de que a vida representa um bem jurídico de maior valor se comparado à integridade corporal, especialmente diante da constatação de que a perda de um rim não representa necessariamente o encurtamento da expectativa de vida. É, contudo, a autonomia pessoal que possui todo ser humano que proíbe a intervenção forçada, fora de situação de legítima defesa, no núcleo duro da existência humana.

XII. Tipicidade e antijuridicidade compõem, juntas, o injusto. Com o juízo de injusto comunica-se que o autor realizou algo proibido penalmente. O terceiro escalão do delito que se constrói por sobre os dois já mencionados é designado por mim de responsabilidade. Sua tarefa político criminal é responder à pergunta, que deve ser separada da determinação do injusto, sobre se o autor deve ser punido no caso concreto. Para que se possa responder positivamente a essa pergunta é preciso que ao injusto adicionem-se outros dois requisitos: a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena.

XIII. Defino como um comportamento culpável o atuar injusto apesar da capacidade de ser destinatário de normas. Esta pode ser compreendida como aquela capacidade que o autor possui de compreender normas e se orientar a partir delas. Essa capacidade pode ser verificada empiricamente, por meio de peritos, caso seja necessário.

É duvidoso se a existência da capacidade para ser destinatário de normas pressupõe uma liberdade de vontade. A possibilidade de uma liberdade de vontade dos seres humanos é discutível e é atualmente negada de forma decisiva pelos defensores da moderna neurociência. Todavia, a existência da liberdade de vontade não interfere na determinação da culpabilidade em sentido jurídico-penal, na medida em que o direito penal não se refere aos cursos neuronais que ocorrem no cérebro, mas procura, isso sim, estabelecer uma regra normativa. Assim é que a ordem jurídica deve tratar pessoas que possuem capacidade para ser destinatárias de normas como capazes de uma decisão livre e, assim, deve considerar uma violação da norma como culpável. Afinal, sem uma atribuição recíproca de liberdade e responsabilidade torna-se impossível uma convivência juridicamente organizada. Liberdade e culpabilidade não são, pois, fatos comprováveis empiricamente, mas atribuições. Seu substrato ôntico se limita à capacidade de ser destinatário de normas.

XIV. A culpabilidade está ausente em crianças, em doentes mentais e outros inimputáveis, quando ocorre um erro de proibição inevitável e também nas lesões que ocorrem a partir de *déficits* corporais inevitáveis. Em todos esses casos, a norma não está em condições de adquirir uma função motivadora de comportamento na consciência do autor. Sua culpabilidade ausente exclui, assim, qualquer punição.

XV. No entanto, ainda que reste uma culpabilidade reduzida, pode o legislador renunciar à pena quando a ele uma punição soe, de um ponto de vista preventivo, desnecessária. Dessa forma é que, por exemplo, o excesso na legítima defesa, isto é, quando o sujeito ultrapassa os limites da defesa necessária "por confusão, medo ou susto" (§ 33 StGB), deve permanecer impunível, muito embora o legislador parta do pressuposto de que uma pessoa imputável está em condições de se orientar pelos padrões do necessário ao se defender. Contudo, uma punição lhe parece desnecessária preventivamente, pois: o lesionado é coculpável pela reação desproporcional do agredido; o autor não age por impulsos criminais, e sim por medo; não há perigo de repetição do fato em condições normais e, por fim, porque a generalidade das pessoas manifestará compreensão face a uma renúncia de pena em casos como esses.

Algo parecido vige no estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB), no qual alguém apenas pode salvar a si mesmo ou a uma pessoa próxima de um perigo atual para a vida, integridade física ou liberdade cometendo um fato antijurídico. É verdade que o nosso legislador afirma que o autor agiria "sem culpabilidade" em um tal salvamento às custas de inocentes. Há, todavia, fortes elementos a indicar que as pessoas podem, sim, se orientar a partir de normas nessas situações de perigo e não se encontram coagidas a escapar do perigo através de uma lesão de inocentes. Ainda assim, o legislador considera uma pena criminal desnecessária, porque também aqui o autor não atua com motivos criminais e essas situações são únicas na vida.

A necessidade preventiva de pena deve, portanto, ser reconhecida como elemento autônomo na categoria da responsabilidade criminal, embora isso seja raramente percebido.

XVI. Assim é que pude expor aos senhores um sistema jurídico-penal em sua completude da maneira mais breve possível. Em razão disso, temos agora tempo para discutir com mais vagar a esse respeito.

Agradeço os senhores pela atenção.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Controle do crime no século XXI – Analisando uma nova realidade, de René Van Swaaningen – *RBCCrim* 42/103, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1093 (DTR\2003\623);
- Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social, de Carolina Barreto Lemos e Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – *RBCCrim* 97/393 (DTR\2012\450327);
- Da "política criminal" à política da igualdade, de Dimitri Dimoulis – *RBCCrim* 29/209 (DTR\2000\12); e
- O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 64/78 (DTR\2007\921).

La ricostruzione del fatto nel processo penale

Reconstruction of the facts in criminal proceedings

Giulio Ubertis

Professore ordinario di Procedura penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma dal 1985-1986 al 1997-1998, dell'Università di Milano-Bicocca dal 1998-1999 al 2011-2012 e dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano dal 2012-2013. Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma dal 1996-1997 al 1997-1998. Direttore del Dipartimento dei sistemi giuridici ed economici dell'Università di Milano-Bicocca dal 1998-1999 al 2004-2005. È direttore presso la Casa editrice Giuffrè del *Trattato di procedura penale* e della Collana di *Epistemologia giudiziaria*. Fa parte del Comitato di direzione delle riviste *Cassazione penale* e *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, della Direzione della *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nonché del Comitato scientifico delle riviste *Diritto penale contemporaneo* e *L'indice penale*. È responsabile della sezione "Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale" della rivista *Cassazione penale*; cura i profili processuali della sezione "Corte europea dei diritti dell'uomo" interna alle "Rassegne di giustizia penale sovranazionale" della *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. È componente della Commissione scientifica permanente "Enrico de Nicola" per il diritto e la procedura penale, costituita presso il Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, e del Comitato per i diritti umani, costituito presso la Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale.

Área do Direito: Internacional; Processual

Riassunto: Se nell'evoluzione storica è riscontrabile il passaggio dalla concezione della prova come argomentazione a quella della prova come dimostrazione, occorre ora coniugare le due prospettive accogliendo una concezione dialettica della prova. Essa implica il riconoscimento della neutralità metodologica del giudice nella ricostruzione del fatto, che deve però essere ritenuta attendibile per potersi riconoscere la giustizia della decisione. Ma la verità della ricostruzione fattuale, per essere da tutti condivisa, deve conseguire a una neutralità epistemologica del processo, poiché in una società multiculturale non possono essere privilegiate alcune impostazioni filosofico-gnoseologiche rispetto ad altre: risponde a tale esigenza la concezione semantica della verità. Per l'ottenimento di quest'ultima serve la prova, di cui sono esaminati i profili concettuali e i criteri di valutazione. Viene quindi individuato nell'epistemologia giudiziaria uno specifico

Abstract: If the passage can be found in the historical evolution from the concept of the evidence as argumentation to that of the evidence as demonstration, it is now necessary to combine the two perspectives by adopting a dialectical conception of the evidence. It implies the recognition of the methodological neutrality of the judge in the reconstruction of the facts and this must be considered reliable in order to recognize the justice of the decision. But the truth of the factual reconstruction, to be shared by all, must derive from an epistemological neutrality of the process, because in a multicultural society certain philosophical-epistemological approaches cannot be favoured over others: the semantic conception of truth responds to this need. To obtain the latter, proof is needed, of which conceptual profiles and valuation criteria are examined. Judicial epistemology is therefore identified as a specific

ambito di studio, volto ad analizzare criticamente i metodi e la validità della conoscenza giudiziale.

PAROLE CHIAVE: Epistemologia giudiziaria - Multiculturalismo - Neutralità metodologica del giudice - Prova - Verità giudiziale.

field of study that aims to critically analyze the methods and the validity of judicial knowledge.

KEYWORDS: Evidence - Judicial epistemology - Judicial truth - Multiculturalism - Methodological neutrality of the judge.

SOMMARIO: 1. Concezione dialettica della prova - 2. Neutralità metodologica del giudice - 3. Neutralità epistemologica del processo - 4. Concezione semantica della verità e processo - 5. Le componenti della sequenza probatoria - 6. Distinzione delle massime d'esperienza dalle leggi logiche e scientifiche (non probabilistiche) - 7. La conclusione probatoria - 8. La valutazione probatoria (e la distinzione tra indizio e prova in senso stretto) - 9. L'epistemologia giudiziaria.

1. CONCEZIONE DIALETTICA DELLA PROVA

Poiché[1] davanti al giudice si discute sull'applicazione della legge a un evento passato, occorrono strumenti gnoseologici che ne consentano la ricostruzione, cioè "prove".

Infatti, la nozione giuridica di *prova* è *in senso lato* identificabile con quanto utilizzato per la conoscenza del fatto originante la controversia giudiziaria;[2] ma è noto come nel corso del tempo si siano succedute due concezioni antitetiche nella configurazione dell'istituto probatorio.[3] La prima ha inteso la *prova come argomentazione* e ha caratterizzato il periodo che nel mondo occidentale è andato dall'antichità classica al XIII secolo; la seconda, debitrice degli influssi del razionalismo e dell'empirismo nel passaggio dall'epoca medioevale a quella moderna, ha concepito la *prova come dimostrazione*.

Il qui solo accennato contrasto tra le due impostazioni può attualmente trovare una composizione e una sintesi in quella che può essere denominata *concezione*

1. Relazione svolta a São Paulo – Brasil il 26 agosto 2014 al 20.° Seminário Internacional del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

2. Già F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 15, nota 1, aveva rilevato come fosse ormai consueto nel linguaggio giuridico utilizzare il vocabolo "prova" con riguardo al "processo di fissazione del fatto", escludendo quello di posizione della norma. "Poiché la norma si presume nota a tutti, il problema della conoscenza della norma non può essere allora se non un problema di interpretazione della norma: il problema della conoscenza della esistenza materiale della norma è un problema risolto fuori del piano processuale e può sorgere soltanto come problema pratico non anche come problema giuridico" (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 93).

3. Per questa prospettiva, cfr. A. GIULIANI, Prova in generale: a) filosofia del diritto, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 549 ss., dove viene fornita, per così dire, una sintesi sistematica degli studi sull'argomento pubblicati in un trentennio dall'autore: al loro apparato bibliografico si rinvia quindi per ulteriori approfondimenti.

dialettica della prova. Con essa si ottiene sia di accordare rilievo agli aspetti argomentativo-retorici delle attività giudiziali senza abbandonarle a istanze soggettivistiche ed emotive sia di non svalutare gli eventuali apporti scientifici ritenuti necessari durante lo svolgimento processuale, riconoscendo che "un loro adeguato apprezzamento non può avvenire al di fuori del contesto selettivo-pragmatico-teleologico, giuridicamente orientato, in cui si svolge la vicenda processuale, poiché l'"argomentazione' si trova sempre a dover prima guidare e poi vagliare l'"empiria"".[4]

La *dialettica probatoria* è, poi, esaminabile da due prospettive.

Quella *interna* attiene al procedimento conoscitivo seguito dall'organo procedente, il quale raggiunge il proprio convincimento conclusivo attraverso un succedersi dialettico di decisioni parziali: "quando si giudica che certe prove sono da prendersi in considerazione e che certe norme di legge (...) sono applicabili piuttosto di altre, *qualcosa* è già sistemato. È attraverso una serie di sistemazioni intermedie che si raggiunge la sistemazione finale".[5]

La seconda, invece, inerisce alla *dialettica probatoria esterna* e si manifesta sulla "scena processuale", rendendo palese l'intenzione di reputare lo "scambio di proposte, di risposte e di repliche; [l']incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controspinte, di attacchi e di contrattacchi"[6] alla stregua del metodo più adatto per il migliore assolvimento della funzione giurisdizionale. Emerge quindi come anche nella ricostruzione del fatto l'attività giurisdizionale si compia al termine di un percorso in cui le diverse posizioni hanno potuto manifestare il loro disaccordo ed esprimersi nella loro unilateralità. L'itinerario seguito, infatti, si fonda sul riconoscimento che il metodo dialettico – tradotto, per così dire, in termini giuridici con il vocabolo "contraddittorio" – è finora quello migliore escogitato dagli uomini per l'ottenimento di una verità,[7] che non può non aspirare a essere condivisa poiché, "al di fuori della cornice valoriale in cui opera, [il giudice] non potrebbe né comprendere la questione problematica che attende una soluzione giuridica, né farsi comprendere dai destinatari della sua decisione".[8]

---

4. G. Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 144.
5. J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine* (1939), trad. it., Torino, 1965, p. 178.
6. P. Calamandrei, La dialetticità del processo (1952), in ID., *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 123.
7. G. Ubertis, Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova (1992), in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, cit., p. 268. Che l'art. 111 Cost. faccia del contraddittorio l'"elemento nucleare" e lo "statuto epistemologico" della giurisdizione penale è evidenziato icasticamente da G. Giostra, Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale, *Enc. giur. Treccani, Agg.*, X, 2002, p. 6.
8. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 268-269.

2. NEUTRALITÀ METODOLOGICA DEL GIUDICE

Tra i requisiti per un accoglimento dell'esito processuale a opera delle parti e dell'intera collettività rientra quello che il soggetto cui è affidata la soluzione della disputa sia esterno a essa e in grado di coglierne i valori sottesi: è così salvaguardata la fiducia che i consociati pongono nei giudici quali garanti che la decisione non sia inquinata da interessi estranei alla giustizia o da pre-giudizi rispetto a uno dei contraddittori.

In proposito, le norme di ordinamento giudiziario e quelle processuali volte a individuare un organo giurisdizionale per ciascun procedimento contribuiscono ad assicurarne i generali requisiti di imparzialità, terzietà, indipendenza, precostituzione e naturalità,[9] mentre quelle relative alla disciplina dei suoi poteri istruttori nella ricostruzione del fatto tutelano peculiarmente la *neutralità metodologica del giudice*.

Infatti, sia dalla presunzione d'innocenza per quanto attiene specificamente ai rapporti con l'accusa (poiché il giudice non può essere coinvolto in compiti implicanti "un'adesione all'*opinio delicti* che di questa costituisce la necessaria forza propulsiva")[10] sia dalla terzietà giurisdizionale deriva l'inammissibilità per il giudice di procedere alla verifica delle affermazioni delle parti tenendo comportamenti che siano influenzati da una delle prospettazioni afferenti alla regiudicanda o ne sottintendano l'accoglimento.

In primo luogo, occorre quindi che egli sia esente da condizionamenti derivanti dalla preventiva conoscenza di una soltanto delle impostazioni su cui è chiamato a decidere. Ciò può ottenersi con due metodi alternativi: o si garantisce che il giudice ignori quanto compiuto anteriormente alla fase dibattimentale (salvi eventualmente i dati conoscitivi ritualmente acquisiti con modalità per loro natura irripetibili: è quanto accade in Italia con il meccanismo del cosiddetto "doppio fascicolo" di cui agli art. 431 e 433 c.p.p.); o si prevede che egli sia informato "contemporaneamente dai contraddittori e non prioritariamente da uno solo di essi"[11] riguardo agli atti eseguiti prima della comparizione giudiziale (la cui documentazione viene inserita nel fascicolo che nel processo ordinario gli viene trasmesso dal pubblico ministero, essendo però salvaguardati anche per la difesa il tempo e le facilitazioni necessari a svolgere ricerche probatorie e sottoporne il loro esito all'attenzione dell'organo

9. Per un inquadramento di tali nozioni alla luce non solo dei principi costituzionali italiani, bensì pure degli Atti internazionali sui diritti umani, sia consentito rinviare a G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 115 ss. e 121 ss.

10. O. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 234, con richiamo ai lavori dell'Assemblea costituente in proposito.

11. G. UBERTIS, Neutralità metodologica del giudice e principo di acquisizione processuale (2007), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 10.

giurisdizionale: ciò che avviene a seguito della notifica all'indagato dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, *ex* art. 415-*bis* c.p.p.).

In secondo luogo, bisogna evitare che la condotta del giudice sia "condizionata dall'avere assunto e personalmente coltivato, magari in via semplicemente provvisoria, una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito",[12] perché "nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione".[13] Se all'organo giurisdizionale non possono precludersi "interventi necessari ad acclarare la vicenda ipotizzata nell'imputazione",[14] essi devono limitarsi "all'esercizio di una funzione integratoria volta a chiarire o approfondire anteriori risultanze processuali oppure meramente sollecitatoria nei confronti delle parti per quanto attiene all'estensione delle investigazioni".[15]

In quest'ottica ed esemplificativamente, è così consentito "in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento ... indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame" dei testimoni e delle parti private (art. 506 comma 1 c.p.p.), ma non è permesso sostituirsi ai contraddittori nell'intraprenderli, giacché al riguardo "l'iniziativa della prova spetta alle parti, ... [mentre] il giudice ha solo un ruolo di controllo e di sussidiarietà".[16] Questo emerge altresì dall'art. 507 comma 1 c.p.p., che attribuisce al giudice il potere di "disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova": sviluppando però la sua iniziativa "solo all'interno delle lacune, dei vuoti probatori lasciati dall'inerzia delle parti ... [Invece,] l'abuso che converte il giudice in investigatore, è la *ricerca* di prove sulla base di un'autonoma ipotesi ricostruttiva dei fatti".[17]

3. NEUTRALITÀ EPISTEMOLOGICA DEL PROCESSO

Non può tuttavia ignorarsi che l'istruzione probatoria serve a evitare che il provvedimento finale abbia una base fattuale rilevata come erronea o inattendibile, poiché ciò ostacolerebbe l'attribuzione della qualifica di "giusta" alla decisione applicativa della legge al caso concreto, "indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione",[18] cioè a prescindere

12. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale* cit., p. 119-120.
13. P. CALAMANDREI, Il giudice e lo storico, *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 110.
14. C. cost., sent. 26 marzo 1993 n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 917.
15. G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principo di acquisizione processuale* cit., p. 13.
16. C. cost., sent. 24 maggio 1991 n. 221, in *Giur.cost.*, 1991, p. 1953.
17. P. FERRUA, I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1073.
18. M. TARUFFO, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu – F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, 2, 1, p. 43.

dal condividere le teorie procedurali o quelle sostanziali di giustizia.[19] Ne deriva un nesso inscindibile tra verità e giustizia, normativamente confermato dalla formula del giuramento prevista per i giudici popolari (art. 30 comma 1 l. 10 aprile 1951 n. 287), dove si scolpiscono i caratteri della sentenza, disponendo che essa "riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia".

In proposito, si impone il bisogno di risolvere un problema di specifico rilievo, sia epistemologico che politico.

Sintetizzando le riflessioni altrove esposte,[20] vanno invero soddisfatte due esigenze. Per un verso, in una società multiculturale, la sentenza non deve essere né apparire come l'esito dell'adesione a *una* delle impostazioni filosofico-gnoseologiche sostenute all'interno di una determinata collettività. Per l'altro, la ricostruzione fattuale che ne sia alla base, deve approssimarsi il più possibile (nei limiti dell'umano) alla "realtà" (chiarendo che il termine è volutamente virgolettato per segnalare che non si intende contraddire la dimensione linguistica in cui, come emergerà tra poco, si svolge l'attività giudiziaria), così da acquisire il consenso dei consociati sul risultato del processo.

Ciò può ottenersi partendo dal riconoscimento che "un 'fatto' non lo si può provare *a posteriori*, ma se mai esperire o constatare al momento del suo verificarsi"[21] e che "non esistono 'fatti veri' o 'fatti falsi': un fatto 'è' o 'non è'; unicamente la sua enunciazione può essere 'vera' o 'falsa'. Di un fatto che si sostiene accaduto nel passato può essere predicata l'esistenza, ma non la verità".[22] Pertanto il giudice, alla stregua di qualunque indagatore di un evento trascorso, si trova a instaurare relazioni probatorie non con "fatti", ma con "enunciati fattuali",[23] dato che "si può parlare di 'verifica' solo in relazione a proposizioni".[24]

---

19. La loro differenza viene sintetizzata rilevando che, "mentre un atteggiamento si sforza di tenere distinti i problemi di natura politica, morale e giuridica, l'altro considera artificiale e inopportuna questa separazione" (M.A. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), trad. it., Bologna, 1991, p. 129).

20. G. UBERTIS, Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio), *Criminalia*, 2009, p. 324 ss. (e in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 173 ss.).

21. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 91.

22. G. UBERTIS, Prova, II) teoria generale del processo penale, *Enc. giur. Treccani, Agg.*, XVII, Roma, 2009, p. 2.

23. Anche per evitare fastidiose ripetizioni, continueremo a impiegare sinonimicamente termini quali "enunciato", "proposizione", "asserzione", "asserto" o "affermazione" (dei quali, comunque, manca nella letteratura sul tema un uso uniforme), poiché ciò non incide sulle nostre considerazioni, dal cui contesto dovrebbe facilmente emergere quando ci si riferisca all'espressione linguistica o quando si intenda richiamarne il contenuto (tale distinzione è recentissimamente esemplificata in un lavoro di epistemologia giudiziaria da P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014, p. 20 ss.).

24. O. NEURATH, *Proposizioni protocollari* (1932-1933), trad. it., in ID., *Sociologia e neopositivismo*, Roma, 1968, p. 59.

4. CONCEZIONE SEMANTICA DELLA VERITÀ E PROCESSO

Viene quindi in rilievo la *concezione semantica della verità*, con la quale, come emerge dal notissimo esempio dell'equivalenza tarskiana per cui "l'enunciato 'la neve è bianca' è vero se e solo se la neve è bianca",[25] si stabilisce unicamente un rapporto tra linguaggio e metalinguaggio, senza dover affermare una "effettiva corrispondenza tra linguaggio e mondo".[26] E tale concezione, che ben si attaglia al giudizio di verità inerente alla ricostruzione giudiziale del fatto, può appunto – in quanto nominale (e non reale) – essere accettata "senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano; possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici – qualunque cosa fossimo prima. La concezione semantica è completamente neutrale nei confronti di tutti questi indirizzi".[27] E pure per essa, d'altronde, come per il giurista, "le entità extralinguistiche non sono né vere né false; di tali entità non linguistiche, può essere affermata o negata la esistenza, ma non propriamente la verità o la falsità".[28]

Si conseguono così due risultati:

1) non si incorre nella "verofobia, che conduce ad abbandonare la nozione di verità (...) [e] ad abbracciare definizioni del tutto assurde e/o rinunciare a definire la conoscenza e la giustificazione epistemica",[29] ma

2) non si è costretti professare il superamento dello iato tra le parole e gli oggetti su cui vertono attraverso l'assunto che una descrizione creduta vera della realtà sia conforme a una ipostatizzata realtà: restano pertanto impregiudicati l'accettazione o il rifiuto sia della classica teoria corrispondentista della verità sia di altre (scettiche, irrazionalistiche o idealistiche).

Né al giudice né alle parti è richiesto di condividere l'una o l'altra impostazione filosofica, bastando applicare quei *criteri di verità* sulla cui base chiunque è disposto ad asserire (cioè, a dichiarare che è vero) l'enunciato rappresentativo della ricostruzione fattuale operata alla fine del processo. Essi sono individuati nella *coerenza* di tale ricostruzione con le proposizioni relative ai dati gnoseologici portati in giudizio e nella *accettabilità giustificata* della medesima in virtù della sua capacità esplicativa.[30]

---

25. A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), trad. it., in *Semantica e filosofia del linguaggio* (1952), a cura di L. Linski, Milano, 1969, p. 30.
26. S. NANNINI, Il concetto di verità in una prospettiva naturalistica, *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti – M. Marsonet, Milano, 2007, p. 60.
27. A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* cit., p. 55.
28. R.S. RUDNER, *Filosofia delle scienze sociali* (1966), trad. it., Bologna, 1968, p. 127.
29. N. VASSALLO, Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità, *Conoscenza e verità*, cit., p. 20-21.
30. A criteri analoghi si riferisce L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* cit., p. 40-41 e 129.

Poiché "il controllo delle sue proposizioni *protocollari* il giudice deve compierlo attraverso il raffronto con altre proposizioni dello stesso tipo",[31] anche per il processo tutto avviene all'interno di un *universo linguistico*. Per la decisione è necessario verificare se coincidano o no l'enunciato iniziale (affermante il referente "storico" – come "Tizio ha ucciso Caio" – costituente la base per la domanda al giudice) e quello finale (integrante la ricostruzione fattuale reputata persuasiva: ossia, per il caso considerato, "Tizio ha [oppure: non ha] ucciso Caio"); qualora, poi, quest'ultimo nemmeno potesse venire formulato poiché, per ipotesi, gli esperimenti probatori fossero stati solo di genere testimoniale e si fossero tutti conclusi con dichiarazioni di incapacità a ricordare le informazioni richieste, la soluzione di tale eventualità andrebbe parificata a quella di "non coincidenza".

Né, sebbene talvolta si affermi il contrario,[32] è necessario accogliere una visione corrispondentista (radicalmente non epistemica perché indipendente da quanto da noi conosciuto: verità o falsità degli enunciati sussisterebbero a prescindere da noi e dalle nostre credenze) per poter contestare una pronuncia. Infatti, la concezione semantica della verità consente la possibilità di una critica a decisioni considerate ingiuste perché pervenute alla condanna di un innocente (o all'assoluzione di un colpevole) sul fondamento di una ricostruzione fattuale ritenuta sbagliata, per carenza di elementi conoscitivi o per diversa valutazione di quanto introdotto nel processo. Senza aderire alla teoria corrispondentista della verità, è sostenibile l'errore della sentenza sulla base non solo di un diverso corredo di proposizioni, di cui almeno alcune derivino da dati ignoti durante la celebrazione del processo, ma altresì di una differente apprezzamento del patrimonio gnoseologico acquisito durante il procedimento. Anche in evenienze siffatte, comunque, si tratterebbe sempre di emettere un giudizio (nelle ipotesi formulate, di erroneità) fondato su un confronto linguistico, che viene effettuato tra due alternativi asserti descrittivi della "realtà" – ovvero, con riguardo all'esempio precedente, tra una enunciato descrittivo di quest'ultima e un enunciato asserente la mancata descrizione della medesima –, di cui solamente uno è creduto vero: appunto senza la necessità di supporre un loro collegamento con una ipostatizzata realtà esterna al linguaggio con cui se ne parla.

5. LE COMPONENTI DELLA SEQUENZA PROBATORIA

La ricostruzione fattuale deve dunque essere vera e la sua verifica dipende dalle prove che la sorreggono. Ma, chiarito che ciascuna prova verte sulla verità o no di un enunciato funzionale a questa ricostruzione, il quale perciò rappresenta propriamente il *tema* (o *oggetto*) *di prova*, resta da approfondire la stessa nozione

31. V. DENTI, *La verificazione delle prove documentali*, Torino, 1957, p 6-7.

32. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, p. 50-51.

di prova, poiché varia è la terminologia usata in ambito giudiziario.[33] Sarà così possibile individuare le componenti strutturali in cui appare scindibile la *sequenza probatoria* e che, nella loro successione, costituiscono il fenomeno probatorio.

Il primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo della sequenza probatoria è l'*elemento di prova*, rappresentato da ciò *che*, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva inferenza (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via).

Il soggetto o l'oggetto *da cui* può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la *fonte di prova*, che a sua volta può essere tanto *personale* (come nel caso del teste) quanto *reale* (come nell'ipotesi del documento).

L'attività *attraverso cui* viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova è il *mezzo di prova* (testimonianza, confronto, perquisizione, intercettazione telefonica, ecc.), per la cui esecuzione possono essere coinvolte più fonti di prova (si pensi ai soggetti che partecipano a un confronto).

Sulla base dell'elemento di prova così conseguito (o di più elementi di prova, quali le impronte digitali sull'arma del delitto e quelle dell'imputato, necessarie per l'analisi dattiloscopica di comparazione), si svolgerà l'*inferenza* del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio *risultato di prova* (da non confondere con la conclusione probatoria raggiunta al termine della valutazione probatoria, di cui si parlerà più avanti).[34]

Sarà solo allora che, nel *momento decisorio*, potrà effettuarsi il *controllo* di veridicità del tema di prova attraverso il *confronto* tra enunciati fattuali. E l'oggetto di prova potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la sua coincidenza con il risultato di prova; si dirà pertanto che, in sé e per sé (ma salva la valutazione di elementi, fonti e mezzi di prova, tutti appartenenti alla categoria dei *fatti secondari*), "la prova è riuscita", nel senso che ha dato esito positivo. Nell'ipotesi, invece, di non coincidenza tra risultato di prova e affermazione probatoria, ci si esprimerà asserendo che "la prova è mancata, fallita", intendendo con ciò sostenere che prova vi è stata, ma ha dato esito negativo: sebbene vada chiarito, più specificamente, che ciò potrà avvenire sia quando l'esperimento probatorio si sarà rivelato vano perché da esso non si è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale (ad esempio,

33. Poiché il prosieguo del presente contributo espone riflessioni inizialmente presentate in G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* cit., p. 100 ss., ulteriormente elaborate in ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, e ancora recentemente riprese in ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 66 ss., si eviteranno ulteriori citazioni di tali lavori.

34. *Infra*, § 7.

perché il teste non ha ricordato o non ha riferito alcunché di utile) sia quando si saranno conseguiti risultati incompatibili rispetto all'oggetto di prova.

6. DISTINZIONE DELLE MASSIME D'ESPERIENZA DALLE LEGGI LOGICHE E SCIENTIFICHE (NON PROBABILISTICHE)

Per lo studio della sequenza probatoria e specificamente dell'inferenza dall'elemento al risultato di prova assumono una importanza particolare le cosiddette *massime d'esperienza*, esplicitamente individuate alla fine dell'ottocento[35] e intese quali enunciazioni di tipo generale tratte dall'osservazione di eventi passati. Non a caso, si è sostenuto che negare l'impiego delle massime d'esperienza[36] significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva,[37] se non addirittura alla più completa afasia.[38]

Non si può prescindere, però, almeno dalla constatazione secondo cui, sebbene le massime d'esperienza debbano "obbedire a buone regole epistemologiche",[39] "il massimo che si può indurre dalla osservata regolarità di caratteristiche presenti in un certo numero di eventi particolari, è un'illazione ipotetica circa l'eventualità che le stesse caratteristiche si presentino o si siano presentate nei casi non osservati".[40]

La massima d'esperienza, "né irrefutabile né autonoma",[41] può quindi fungere solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego delle massime d'esperienza avrebbe perciò una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente defini-

35. Come noto, la prima delineazione sistematica della nozione è stata offerta da F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (1893), Aalen, 1969.

36. ... come, ad esempio, si è espresso M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, spec. p. 74 ss.

37. E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 208-209; F. CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 639; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 976.

38. Lo stesso F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* cit., p. 11, 19 e 20, aveva sostenuto la necessità delle massime d'esperienza anche solo per comprendere gli usi linguistici.

39. P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova* cit., p. 240.

40. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 207.

41. M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado* cit., p. 87.

bile come dialettico o retorico: la sua conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile.[42]

In maniera nettamente diversa si pone la questione relativa all'uso delle *leggi logiche* in ambito giudiziario. Esse sono, infatti, conoscenze intrinsecamente universali, che non possono essere disapplicate nel corso dello svolgimento processuale. Altrimenti, il giudice finirebbe per incorrere nella incomunicabilità delle proprie decisioni: la contraddittorietà interna della motivazione oppure quella tra motivazione e dispositivo o tra capi di una medesima sentenza rendono incomprensibile il provvedimento per la coesistenza di argomentazioni e/o di comandi incompatibili.[43]

Meno lontana da quella relativa alle massime d'esperienza appare invece la tematica concernente le leggi scientifiche, considerando però che d'ora in avanti con quest'ultima locuzione ci si riferirà esclusivamente (salvo diversa ed esplicita indicazione) alle *leggi scientifiche non probabilistiche* (o *universali*). Nella nostra attuale prospettiva d'indagine, infatti, l'impiego di *leggi probabilistiche* non potrebbe offrire una garanzia conoscitiva sostanzialmente differente da quella originata dalle massime d'esperienza, cui pertanto tali leggi vanno equiparate sotto questo profilo.

Tuttavia, gli stessi argomenti impiegati per contestare l'assolutezza di una massima d'esperienza potrebbero essere utilizzati anche nei confronti di una legge scientifica di forma universale, dato che entrambe sembrerebbero fondarsi, in ultima istanza, su un procedimento induttivo concludentesi con una generalizzazione di dati empirici; ad ambedue potrebbe quindi opporsi il "rilievo che l'esperienza empirica non è di per sé in grado di pervenire ad asserzioni generali, e si limita necessariamente a constatare delle uniformità nel verificarsi di eventi tra loro abbastanza simili".[44]

Non si può peraltro evitare di rilevare una loro differenza strutturale. Essa consiste nella peculiarità delle leggi scientifiche di essere inserite in (e giustificate da) un sistema di asserti generalmente accettato, a differenza delle massime d'esperienza che vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Come conseguenza di siffatta particolarità, le leggi scientifiche si sottraggono alle limitazioni delle generalizzazioni meramente empiriche; per effetto del loro riferimento ad un apparato nomologico o teorico, sono infatti formulate "su basi almeno in parte diverse da quelle costituite dai dati d'esperienza, singolarmente o globalmente presi, e comunque si [va] oltre i limiti intrinseci dell'esperienza em-

42. Cfr. Aristotele, *Primi analitici*, II, 23, 68 b 10 (in ID., *Opere*, trad. it., I, Roma-Bari, 1973, p. 246); ID., *Secondi analitici*, II, 8, 93 a 15 (ivi, p. 346); ID., *Topici*, VIII, 11, 162 a 16 (ivi, p. 590); ID., *Retorica*, I, 2, 1356 a-b (in ID., *Opere*, trad. it., IV, Roma-Bari, 1973, p. 332).

43. Cfr. E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale* cit., p. 249 ss.

44. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova* cit., p. 205.

pirica,[45] poiché ciascuna legge scientifica "indicherà che vi sono altre ragioni per credere in essa oltre alla prova dei suoi singoli esempi".[46]

Infine, il giudice può non soltanto utilizzare ma, in maniera razionalmente giustificabile, anche costruire o reperire le massime d'esperienza richiamandosi al bagaglio delle proprie osservazioni (pure professionali); invece, riguardo alle leggi scientifiche, egli si trova in una situazione analoga a quella dello storico, che "non è un produttore di leggi generali, ma un consumatore delle medesime"[47] (senza che ciò significhi l'accettazione di una concezione meccanica nell'applicazione della legge scientifica all'evento considerato).[48] E va aggiunto che per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche – che per lui, nonostante la loro determinatezza socio-storica,[49] assumono la funzione di premesse "certe" del ragionamento – trova il suo fondamento anche in ambito dogmatico. Sostenere il contrario,[50] infatti, implicherebbe almeno, qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima.

7. LA CONCLUSIONE PROBATORIA

Per giungere all'emanazione del provvedimento, tuttavia, il giudice deve compiere un *giudizio assertorio* di *concludenza probatoria*.

Esso riguarda ogni singola prova e verte sull'idoneità e la sufficienza sia dei fatti secondari sottoposti all'attenzione del giudice che dei conseguenti risultati di prova e delle relative inferenze a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale.

---

45. Idem, p. 206.

46. R. B. BRAITHWAITE, *La spiegazione scientifica. Uno studio sulla funzione della teoria, della probabilità e delle leggi nella scienza* (1953), trad. it., Milano, 1966, p. 280. Analogamente, cfr. E. NAGEL, *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica* (1961), trad. it., Milano, 1968, p. 66 ss.; a sua volta, C.G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali* (1966), trad. it., Bologna, 1968, p. 91-92, sostiene che un'asserzione di forma universale priva di fondamento teorico, anche se empiricamente ben confermata, può qualificarsi "legge scientifica" solo quando non escluda accadimenti ipotetici considerati possibili da una teoria generalmente accettata (mentre *ivi*, p. 103-104, è delineata la distinzione tra leggi universali e leggi probabilistiche).

47. C. B. JOYNT; N. RESCHER, *Il problema dell'unicità in storia* (1961), trad. it., in *La spiegazione storica. Prospettive recenti nella filosofia analitica*, a cura di R. Simili, Parma, 1984, p. 39.

48. Cfr. J. HABERMAS, *Epistemologia analitica e dialettica. A proposito della controversia fra Popper e Adorno* (1969), trad. it., in *Dialettica e positivismo in sociologia*, Torino, 1972, p. 176.

49. V., per tutti, T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), trad. it., Torino, 1969, spec. p. 195 ss.

50. Sembra questa la posizione di M. MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, p. 214-215, nota 65.

E va sottolineato che siffatta valutazione è effettuata senza pretendere che debba avvenire atomisticamente per ogni singolo procedimento probatorio in maniera avulsa dalla sua connessione con tutti gli altri.

Quando poi essa ha esito positivo, risaltano le due accezioni fondamentali del vocabolo "prova", occultate nel lessico italiano dalla circostanza che mancano due termini distinti per designarle. Superato il giudizio di concludenza probatoria, infatti, la "prova" come esperimento gnoseologico (al cui proposito si fruisce nella lingua inglese del termine *evidence*) diventa "prova" come epilogo conoscitivo (che in inglese si identifica con la *proof*, riferentesi appunto a quanto il giudice ritiene conosciuto a seguito dell'attività espletata),[51] rispetto al quale si può adottare la locuzione di *conclusione probatoria* e rilevare che rappresenta un elemento basilare per la ricostruzione del fatto giudizialmente compiuta.

Ciò accade perché tale conclusione è costituita da quello stesso enunciato che al livello della singola sequenza probatoria integrava il risultato di prova e che ora è positivamente valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva: dopo che, ad esempio, sono state accertate l'affidabilità del testimone o l'autenticità del documento o la sufficiente chiarezza dell'impronta lasciata sull'oggetto sequestrato, come pure la fondatezza dell'inferenza nel passaggio dall'elemento al risultato di prova, nonché la compatibilità di quest'ultimo con quelli eventualmente ottenuti da altre acquisizioni probatorie e reputati ugualmente convincenti.

8. La valutazione probatoria (e la distinzione tra indizio e prova in senso stretto)

Riguardo appunto al momento della *valutazione probatoria* compiuta in vista del giudizio di concludenza si rende ora necessario distinguere analiticamente il vaglio effettuato in relazione alla totalità delle risultanze istruttorie da quello anteriore attinente a ciascun esperimento gnoseologico; quest'ultimo viene eseguito eventualmente pure coordinando il suo apprezzamento atomistico con la sua inclusione, di stampo olistico, nell'insieme di ciò che sia stato giudizialmente acquisito: ad esempio, stimando l'efficacia persuasiva di ciascuno (eventualmente comparandolo agli altri), applicando la cosiddetta "tecnica della riprova" o verificando l'esistenza di "elementi di riscontro".[52]

---

51. R. Eggleston, *Prova, conclusione probatoria e probabilità* (1983), trad. it., Milano, 2004, spec. p. 191-192.

52. O. Dominioni, La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti, *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 745-747. Lo stesso O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi o di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 297, individua due "stadi della valutazione", distinguendo quello riguardante "la singola operazione" da quello inerente al "contesto complessivo", ma inserisce nel secondo (*ivi*, p. 321) anche la "verifica

Tuttavia, per adempiere al proprio compito valutativo, l'organo procedente deve sostanzialmente operare su base argomentativa, con ampio impiego delle massime d'esperienza.[53] Ai fini dell'analisi delle "circostanze qualificanti".[54] concernenti i fatti secondari, invero, sono poco di ausilio le leggi logico-scientifiche, essendo ancora valida l'affermazione secondo cui "sans doute on ne saurait prétendre, en justice, à une exactitude rigoureuse, comme en science".[55]

Pertanto, non si può certo disconoscere un fondamento alla tesi di chi ritenga la ricostruzione fattuale realizzata in sede giudiziaria comunque soggetta al dubbio. Ne deriva la convinzione che "qualsiasi prova è sempre indiziaria",[56] spesso ripetuta nella forma del rifiuto di qualunque possibilità di discriminare tra prova in senso stretto e indizio.[57]

Occorre però precisare che una conclusione così radicale si evidenzia solo a un livello che attiene ai fatti secondari, cioè alle *singole componenti* della sequenza probatoria *inizialmente* conseguite in sede acquisitiva. La distinzione tra le *species* "prova in senso stretto" e "indizio" all'interno del *genus* "prova in senso lato" emerge invece esaminando la *struttura* degli strumenti gnoseologici utilizzati per la ricostruzione fattuale e concerne la differente natura della *successiva* inferenza condotta a partire dall'elemento di prova. Il loro parametro discretivo, cioè, è individuabile quando si concentra l'attenzione non su quanto ottenuto attraverso il procedimento probatorio, bensì sulla disamina dell'inferenza giudiziale, dopo averne individuate le premesse.

Esso è costituito dalla *modalità logica* della conclusione relativa al procedimento intellettivo fondato sull'elemento di prova, la quale nell'*indizio* si ottiene utilizzando massime d'esperienza (cui vanno assimilate – come detto precedentemente[58] – le

---

incrociata" di ciascun esperimento probatorio e la sua "misurazione comparativa del grado di efficacia dimostrativo-persuasiva".

53. F. CORDERO, *Procedura penale* cit., p. 964; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993, p. 60; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* cit., p. 238. Ma già più anticamente cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale* (1834), trad. it., Milano, 1858, p. 166 ss., 476 e *passim*.

54. F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale (Il concetto giuridico della prova)*, Roma, 1915, p. 240.

55. F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Paris, 1947, p. 470.

56. F.M. PAGANO, *Teorie delle prove* (1806), in ID., *Opere*, III, Lugano, 1832, p. 73.

57. Ad esempio, cfr. E. BATTAGLINI, Gli indizi nel processo penale, *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – Sezioni penali*, 1946, p. 228; E. FASSONE, *Riflessioni sul tema della prova*, in *Questione giustizia*, 1985, p. 511 e 514 (dove prima si sostiene che "tutto è prova" e poi si conclude che "tutto è indizio ... nel senso che tutto, anche la prova, deve essere verificato"); V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, cit., p. 169; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 49 (dove esplicitamente sono identificati indizio e prova critica).

58. V. *supra*, § 6.

leggi scientifiche probabilistiche), cosicché la sua validità, "sotto l'aspetto puramente logico, è nulla".[59] Nella *prova in senso stretto* (tanto rappresentativa quanto critica), invece, vi è esclusivamente l'applicazione di leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, con la conseguenza che al suo riguardo il passaggio dall'elemento al risultato di prova è univocamente determinato.

D'altronde, quando si pone in dubbio, ad esempio, l'affidabilità di un teste oculare o l'autenticità di un documento, si dice che la decisione che ne facesse uso sarebbe fondata (non su "indizi", ma) su "prove ingannevoli" o addirittura "false", certamente senza parlare di "processo indiziario". A questa locuzione, invece, si ricorre quando ci si riferisce non alla carente credibilità della fonte di prova, all'inattendibilità del mezzo di prova od all'insufficiente comprensione dell'elemento di prova, bensì alla mancanza di un criterio che consenta di trarre, dagli elementi di prova emersi, conclusioni sicure sulla sussistenza del fatto e/o sulla responsabilità dell'imputato.

Nonostante l'esame dei fatti secondari e dell'inferenza applicata a ciascuna prova possa svolgersi anche attraverso il raffronto di momenti appartenenti a sequenze probatorie diverse, questa fase valutativa è tuttavia distinguibile da una successiva.

Tale ultimo stadio dell'attività giudiziale concerne la *valutazione probatoria complessiva*, connotata non dalla disamina dei singoli esperimenti gnoseologici, bensì dall'utilizzo combinato dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell'emissione della pronuncia, sebbene non possa ignorarsi il collegamento reciprocamente dialettico tra i due momenti, realizzantesi nell'interazione tra apprezzamento di ogni strumento probatorio e formulazione di ipotesi ricostruttive del fatto.

E giova rilevare come siffatta valutazione complessiva vada effettuata comunque, indipendentemente dalla circostanza che i risultati di prova conseguiti al termine dell'istruzione consentano la formulazione di differenti ricostruzioni. Pure quando ci si trovi in presenza di più prove convergenti, ad esempio, verso una conclusione di condanna, compete al giudice decidere se l'insieme dei singoli risultati non goda di un'efficacia persuasiva così labile da farla ritenere insufficiente per la pronuncia di condanna.

Essenziale è che il giudice tenga conto in sentenza di tutti i dati disponibili, svolga un ragionamento internamente coerente e formuli una decisione non contrastante con le prove acquisite,[60] secondo i caratteri peculiari di ogni corretta ricostruzione fattuale, conforme ai criteri di verità indicati a suo tempo.[61]

---

59. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da G. CONSO – G.D. PISAPIA, III, a cura di G.D. PISAPIA, Torino, 1970, p. 526.

60. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* cit., p. 399.

61. V. *supra*, § 4.

In ambito penale, tuttavia, per giungere alla condanna, non basta che le prove come esperimenti gnoseologici siano prevalentemente orientate verso una descrizione ricostruttiva del fatto che implichi tale conseguenza sfavorevole all'imputato, ma occorre che esse, per venire reputate concludenti, servano da base al giudice per ritenere confermata l'accusa secondo la regola di giudizio (denominata anche "di decisione") dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", in Italia desumibile dall'art. 27 comma 2 Cost. ed esplicitata nell'art. 533 comma 1 c.p.p.

9. L'EPISTEMOLOGIA GIUDIZIARIA

Peraltro, una prospettiva idonea a comprendere l'attività del giudice non può prescindere da una concezione comportamentistica della *sentenza*, intesa quindi come atto giuridico rilevante per il diritto e incidente sulla realtà non perché rappresentativo degli stati psicologici dell'organo giurisdizionale, ma perché veicolo di una decisione attraverso cui si conseguono determinati effetti; la sua *motivazione* non è altro che il discorso con cui si intende giustificare il comando, utilizzando gli argomenti che si ritengono maggiormente idonei a difendere la sentenza di fronte alle parti e all'eventuale giudice dell'impugnazione, nonché al popolo nel cui nome la giustizia è amministrata ai sensi dell'art. 101 comma 1 Cost.[62]

In secondo luogo, va ricordato che il ragionamento del giudice è intessuto di elementi "di volta in volta definibili secondo una o più forme logiche, oppure secondo schemi di qualificazione quasi logici o puramente topici, valutativi o retorici".[63]

Infine, occorre chiarire quali sono i piani su cui si svolge il lavoro dell'organo giurisdizionale e quali sono i loro reciproci rapporti e interazioni. Da un lato, infatti, bisogna tenere conto dei livelli del pensiero e del linguaggio; dall'altro, non è sufficiente ricorrere alla differenza (sorta nell'ambito della filosofia della scienza) tra *context of discovery* e *context of justification* trasferendola all'analisi dell'operato del giudice con il riferirla, senza le dovute specificazioni, ai contesti, rispettivamente, di decisione e di giustificazione.[64]

---

62. E. AMODIO, *Motivazione*: I) *motivazione della sentenza penale* cit., p. 188-189 e 215-216.

63. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 212. La situazione viene quindi efficacemente sintetizzata da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* cit., p. XVII, quando attribuisce all'"idea del giudizio come sillogismo perfetto e del giudice come bocca della legge ... [una] totale inattendibilità epistemologica e [una] conseguente impraticabilità giuridica".

64. Espone sinteticamente i profili problematici della distinzione in ambito epistemologico-scientifico e del suo trasferimento in campo giudiziale T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, p. 111 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche in argomento.

Riguardo alla distinzione tra essi – al cui interno, si ripete, va eseguita la diversificazione tra le attività intellettuali afferenti alla decisione e alla motivazione e gli esiti linguistici attraverso cui queste vengono espresse -, si evidenzia l'arbitrarietà dell'opinione favorevole al riconoscimento di un'irriducibile "asimmetria tra procedimento decisorio e motivazione".[65] Anche su un piano più generale di quello giuridico, emerge che una separazione rigida tra decisione e motivazione confonde un *prius* cronologico con un *prius* logico.

Dalla circostanza che la scelta precede la giustificazione (posto che ciò sia vero nella generalità dei casi: e andrebbe dimostrato di non essere fuorviati dal modello processuale, che ammette la *stesura* del dispositivo prima di quella della motivazione) non può *tout court* derivarsi che la prima sia indipendente dalla seconda.

Quando invero la persona che effettua una opzione sa di doverla motivare (ed è la situazione tipica in cui si trova il giudice), non può prescindere completamente da tale obbligo e pertanto già si trova il campo delle eventuali soluzioni ridotto a quello delle scelte ragionevolmente giustificabili: sarebbe costretta a rifiutare una opzione determinata, sebbene magari conforme alle sue convinzioni, qualora non riuscisse ad argomentare favorevolmente in merito. Occorre cioè non ignorare che, se la giustificazione fa perno sulla decisione, vale anche il contrario, almeno nella misura in cui la stessa possibilità di giustificare è un elemento di determinazione della scelta concreta. Se così si vuol dire, il giudice è "costretto" a emettere il suo provvedimento decisorio pure in funzione della giustificazione che è tenuto a rendere al fine di dar conto del proprio operato.

Ciò che inoltre non viene considerato quando ci si limita a dissertare della giustificazione e della decisione è un terzo livello su cui si muove il giudice, preliminare ai due indicati: quello euristico, che potrebbe definirsi inerente al *contesto di ricerca*. E se per tale ambito potrebbe continuare a impiegarsi il termine "logica", sembra più opportuno, anche per evitare ulteriori equivoci, utilizzare quello di "epistemologia", intesa come analisi critica dei metodi e della validità della conoscenza: oggetto della *epistemologia giudiziaria* sono dunque i criteri e gli strumenti usati dal giudice per conseguire l'acquisizione – e quindi provvedere alla valutazione (le cui cadenze diventano pure oggetto di studio epistemologico) – del materiale fattuale, sulla cui base compiere le scelte decisorie.

Appare, d'altra parte, evidente che la necessità di parlare di un "contesto di ricerca" oltre a quelli "di giustificazione" e "di decisione" è l'esito dell'introduzione nell'ambito processuale della distinzione tra *context of discovery* e *context of justification*, poiché la sua trasposizione dall'ambito scientifico ha generato un mutamento semantico delle due locuzioni e un radicale cambiamento delle questioni da esse implicate. Nella scienza, infatti, il *context of discovery* concerne i problemi del come

65. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* cit., p. 221.

si pervenga alla formulazione di un'ipotesi e il *context of justification* i problemi del come la stessa ipotesi venga convalidata, senza che peraltro una sua accettazione abbia mai carattere assolutamente definitivo; quando, invece, si discorre dei due contesti riferendoli all'attività giudiziaria, l'attenzione non è più volta al momento del sorgere di un'ipotesi, ma a quello dell'emanazione di un provvedimento finale. La "teoria dei due contesti" viene, per così dire, spostata "in avanti", tanto che il termine *discovery* è tradotto dai giuristi con "decisione" anziché, letteralmente, con "scoperta".

Ne deriva un "vuoto" riguardante il periodo anteriore all'emanazione del provvedimento, venendo addirittura perso l'impiego del concetto di ipotesi. Non si rileva con sufficiente chiarezza che, anche nel processo, esiste un'ipotesi (iniziale) da verificare: quella, prospettata dell'attore nel processo civile e dal pubblico ministero in quello penale, su cui il giudice deve provvedere. E ugualmente si pone nel processo il problema del come avvenga la convalida, effettuata attraverso l'istruzione probatoria.

In conclusione, e schematicamente, mentre la *sequenza scientifica* (dove manca un "giudice" ed è quindi chi "scopre" che deve pure "giustificare") è: 1) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi; 2) contesto di giustificazione ed eventuale convalida; la *sequenza giudiziaria* è: 1) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi (è il momento dell'istruzione primaria, in cui peraltro, se il suo risultato è "ipotesi" per il giudice, per la parte che la formula è già "decisione": non a caso si è sostenuto che, per chi attiva il processo, la "domanda" equivale al "modello" dell'auspicata sentenza);[66] 2) contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o secondaria, che si sviluppa davanti al giudice); 3) contesto di decisione; 4) contesto di giustificazione.

E sembra in ogni caso opportuno ribadire che, sebbene non manifestato in tutte le occasioni perché "il modo di esporre un argomento deve distinguersi formalmente dal modo di compiere l'indagine",[67] un legame dialettico tra i contesti di scoperta, ricerca, decisione e giustificazione sussiste sempre. Non solo la scelta e la motivazione finali si basano sugli esiti dell'indagine, ma quest'ultima, proprio perché derivante dall'ipotesi iniziale e svolta in funzione delle prime, non potrà non risentire dell'indirizzo che le venga impresso;[68] e trattasi di concezione tanto più valida quanto più si osservi come nell'ambito giudiziario siano dati, addirittura anche normativamente, i binari – sia sostanziali che processuali – del percorso da

66. F. BENVENUTI, L'istruzione nel processo amministrativo cit., p. 52, nota 54; P. CALAMANDREI, La genesi logica della sentenza civile, *Riv. crit. scienze soc.*, 1914, n. 5, p. 214; C. VOCINO, *Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p. 687.

67. K. MARX, *Poscritto alla seconda edizione* (1873) de *il Capitale. Critica dell'economia politica*, trad. it. I, 1, Roma, 1970, p. 27.

68. Cfr. J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine* cit., p. 189-190.

compiere, in fondo al quale il giudice avrà conosciuto la "realtà" attraverso non una mera riflessione passiva, ma una cosciente sistematizzazione attiva. L'oggetto di dubbio, da cui scaturivano determinate ipotesi di soluzione da sottoporre a verifica (se non altro, quelle proposte dalle parti in causa), sarà allora convertito nella descrizione ricostruttiva di un fatto, definito nelle sue configurazioni e relazioni giuridicamente rilevanti.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório, de Flávio Meirelles Medeiros – *RT* 710/245, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/565 (DTR\1994\492);
- Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano, de Paolo Tonini – *RBCCrim* 48/194, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1153 (DTR\2004\840);
- Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas, de Jardel Luís da Silva e Yuri Felix – *RBCCrim* 111/209-226 (DTR\2015\243);
- Prova e sucedâneos da prova no processo penal, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 66/193, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/283 (DTR\2007\318); e
- Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RBCCrim* 65/175, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/253 (DTR\2007\189).

Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria

Liability of a business manager in crimes of criminal omission

Imme Roxin
Advogada, München.

Traduzido por

Alaor Leite
Mestre e Doutorando pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, Alemanha.

Adriano Teixeira
Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, Alemanha.

Área do Direito: Comercial/Empresarial; Processual; Penal

Resumo: O texto aborda a questão da responsabilidade dos administradores de empresa por omissão. Além dos pressupostos para a caracterização dos delitos omissivos impróprios, o texto detalha as situações de responsabilização dos administradores e os pressupostos para a consolidação da posição de garante. Comparando-se o direito alemão e o direito brasileiro, conclui o texto que a tipificação dos crimes omissivos impróprios passa, necessariamente, pela análise das funções assumidas por determinado administrador e seu círculo de tarefas.

Palavras-chave: Crimes omissivos impróprios - Posição de garante - Omissão - Administradores.

Abstract: The text adresses the question about the responsability of the corporation principal by omission. Beyond the requirements for the caracterization of the derivative omission offences, the text details the situations of principals accountability and the requirements for the setting of the duty of care. Comparing the Brazilian and the german laws, the text concludes that the punishment of derivative omission offences necessarily depends on the analysis of the functions assumed by the principal and his circle of tasks.

Keywords: Derivative omission offences - Duty of Care - Omission - Principals

Sumário: I. Apresentação do problema - II. Pressupostos do delito de omissão imprópria - III. Casos da jurisprudência alemã - IV. Fundamentação da responsabilidade do administrador do negócio: 1. Relação de subordinação (*Weisung*) e de autoridade interna à empresa; 2. Poder organizacional e de domínio; 3. Ingerência; 4. Posição de garantidor de vigilância - V. Extensão da responsabilidade do administrador do negócio: 1. Perigos derivados de coisas ou produtos da empresa; 2. Perigos derivados dos funcionários da empresa; 3. Limitação da posição de garanti-

dor nos riscos derivados de pessoas – VI. Dolo – VII. Posição de garantidor do administrador da empresa em face dos integrantes da empresa: 1. Posição de garantidor com deveres de vigilância; 2. Posição de garantidor com deveres de proteção – VIII. Resultado – IX. Perspectivas futuras.

I. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

As empresas modernas são estruturadas hierarquicamente. Nesse contexto, ocorre uma espécie de transferência de responsabilidade da direção da empresa para trabalhadores subordinados, que atuam de forma autorresponsável, e, muitas vezes, essa transferência passa por várias camadas da hierarquia. Caso esses trabalhadores cometam delitos, evidentemente serão responsabilizados pelos fatos que cometeram. Além disso, surge a questão sobre se e, em caso afirmativo, sob quais pressupostos o administrador da empresa também pode ser penalmente responsabilizado caso tenha se omitido em intervir para evitar os crimes dos subordinados.

O problema da responsabilidade do administrador da empresa é discutido na Alemanha sob o ponto de vista da chamada responsabilidade do administrador do negócio (*Geschäftsherrenhaftung*). Embora a expressão ofereça uma ilustração gráfica do problema, não apresenta, porém, uma fundamentação para a responsabilidade do administrador da empresa. Na literatura alemã, pode-se ler em nova edição de renomado comentário que a admissão de uma tal responsabilidade do administrador do negócio seria problemática, se "retirada do nada".[1]

É necessário, portanto, que sejam brevemente esclarecidos, de saída, os pressupostos que devem estar fundamentalmente presentes para que se possa sequer cogitar de uma punição por um delito de omissão imprópria.

II. PRESSUPOSTOS DO DELITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

Na Alemanha, como no Brasil, há dispositivo no Código Penal que equipara a omissão à conduta comissiva. Em primeiro lugar, é necessário que exista uma chamada posição de garantidor do omitente, a qual é descrita no CP brasileiro como "dever de agir". O omitente tem de possuir um dever de garantir (*Einstehenspflicht*) o bem jurídico protegido, que foi agredido por seu subordinado. Além disso, a evitação do resultado deve ser-lhe possível. Deve existir uma relação causal entre a omissão e ocorrência do resultado, isto é, a ação mandada deveria ter evitado o resultado com probabilidade próxima à certeza. Nos delitos dolosos, deve-se, adicionalmente, exigir que o garantidor omita a evitação do fato punível com, no mínimo, dolo eventual. Penso que esses pressupostos devem valer, ao lado do dever

1. Münchener Kommentar, 2. ed., 2014 – Schmitz, comentários prévios aos §§ 324 e ss., nm. 135.

de agir, para o direito penal brasileiro, de modo que os problemas que surgem no âmbito empresarial possuem estruturas semelhantes.

Em relação aos deveres do garantidor, distingue-se, na Alemanha, diferentemente do que ocorre no Brasil, entre garantidores com deveres de proteção (*Beschützergaranten*) e garantidores com deveres de vigilância (*Überwachergaranten*). Garantidores com deveres de proteção possuem dever de salvaguardar um determinado bem jurídico. Garantidores com deveres de vigilância são pessoas que, em razão de sua responsabilidade sobre determinada fonte de perigo, estão oneradas com deveres de segurança.[2] Para que se possa avaliar se o administrador da empresa está em uma posição de garantidor e, em caso afirmativo, qual é a natureza dessa posição, deve-se distinguir vários grupos de casos, razão pela selecionei alguns exemplos da jurisprudência alemã.

III. Casos da jurisprudência alemã

1. Uma empresa de produtos químicos fabricava, dentre outras coisas, *sprays* de impermeabilização de jaquetas e sapatos de couro animal. Durante a aplicação dos produtos, ocorrida em conformidade com as indicações de utilização, houve reclamações de problemas respiratórios da parte de alguns compradores. As reclamações foram comunicadas ao administrador da empresa. Em razão disso, testes minuciosos foram realizados em laboratório. Não foi possível, porém, estabelecer uma relação entre o uso do produto e as lesões corporais reportadas. O *Bundesgerichtshof* (= Tribunal alemão correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça; sigla BGH) entendeu, todavia, que a direção da empresa deveria ter retirado o produto suspeito do mercado. Como a retirada não ocorrera, os administradores da empresa foram condenados por lesões corporais culposas. A posição de garantidor exigida para a imputação foi deduzida pelo Tribunal da ingerência: colocação no mercado de produtos perigosos.[3]

2. Há pouco, o *Bundesgerichtshof* confirmou uma decisão do Tribunal de Berlin que condenara o administrador do departamento jurídico e de controles internos do órgão municipal de saneamento da cidade de Berlin (*Berliner Stadtreinigungswerke*) por cumplicidade por omissão no delito de estelionato de cobrança (*Abrechnungsbetrug*).

Na Alemanha, proprietários de imóveis devem pagar taxas para a limpeza da cidade por meio de um determinando modo de cobrança. O acusado, responsável pelos controles internos (*Innenrevision*), era competente para avaliar a correção do sistema de cobrança. Muito embora ele soubesse que os critérios usados para efetuar os cálculos das cobranças individuais estavam errados, não evitou as cobranças

2. Fischer, StGB § 13 nm. 14.

3. BGH NJW 1990, 2560 = BGHSt 37, 106.

equivocadas. Em razão disso, foram emitidos documentos de cobranças de taxas excessivamente altas para os moradores das ruas em questão.[4]

3. Três empregados de uma empresa estatal de construção civil humilharam, agrediram e lesionaram fisicamente um empregado de outro setor por várias vezes, durante um longo período de tempo e no horário de trabalho. O superior hierárquico dos três empregados estava presente durante as agressões corporais, sem, todavia, delas participar. Ele omitiu, sem dúvida, tentar evitar os crimes. O BGH reformou a decisão absolutória do Tribunal nesse caso, conhecido como caso do *mobbing*, mas não ocorreu, todavia, uma condenação por lesões corporais omissivas.[5]

Os casos expostos colocam de forma exemplar três possíveis constelações de casos nas quais pode ocorrer uma punição do administrador da empresa por um delito omissivo impróprio:

– Há perigos para terceiros decorrentes dos produtos da empresa (perigos decorrentes dos produtos da empresa);

– Há perigos para terceiros decorrentes de condutas dos empregados da empresa (perigos decorrentes das pessoas que trabalham na empresa);

– Há perigos para os funcionários da empresa decorrentes dos produtos ou de outros funcionários (perigos internos à empresa).

4. Não fiz referência aos perigos para bens jurídicos da própria *empresa* decorrentes de ações de funcionários. Pense-se sobretudo nos casos em que o funcionário toma para si parte do patrimônio da empresa ou o utiliza com desvio de finalidade e o administrador da empresa não o impede de fazê-lo. Essa constelação de casos, muito embora frequente no passado alemão recente (escândalos de corrupção na Siemens, MAN, Ferrostahl e outras empresas), não possui relevância no que diz respeito à punição por omissão imprópria. Isso porque na Alemanha há um dispositivo penal de infidelidade patrimonial, a *Untreue*. Assim, dito de modo geral, o administrador da empresa e funcionários em cargos de direção possuem um dever de lealdade na administração do patrimônio da empresa (*Vermögensbetreuungspflicht*).[6] Eles devem aumentá-lo e fazer tudo o que for possível para evitar sua redução. Consequentemente, a omissão é punível quando eles não intervêm diante de um desvio (*Beiseiteschaffen*) do patrimônio cometido por um funcionário. Por tal razão, não é necessário que se fundamente, adicionalmente, uma posição de garantidor.[7]

4. BGHSt 54, 44 e ss. = NJW 2009, 3173 e ss.

5. BGH 57, 42 e ss. com o comentário de Roxin JR 2012, 305 e ss.

6. Fischer, § 266 nm. 32: "Caso se veja na omissão uma ação negocial (*rechtsgeschäftlich*), surge uma posição de garantidor do dever de administração do patrimônio".

7. Roxin, FS-Schünemann, p. 5: "Nos delitos de dever a distinção entre ação e omissão perde o seu significado".

IV. Fundamentação da responsabilidade do administrador do negócio

Esses exemplos demonstraram os perigos que partem de uma empresa e que podem conduzir à lesão de bens jurídicos. Por isso é que as empresas são consideradas, na literatura alemã, como fontes de perigo.[8] Uma posição de garantidor, em sentido jurídico-penal, do administrador da empresa é fundamentada na doutrina alemã a partir dos seguintes pontos de vista:

– Relação de subordinação e autoridade interna na empresa;

– Domínio sobre a empresa como fonte de perigo ou poder organizacional do administrador do negócio;[9]

– Ingerência;[10]

– Dever de vigilância da empresa como fonte de perigo.[11]

1. *Relação de subordinação (Weisung) e de autoridade interna à empresa*

Não se pode simplesmente deduzir um dever de evitação de resultado do direito à veiculação de ordens/instruções (*Weisungsrecht*) decorrente do direito do trabalho.[12] O direito à emissão de ordens se baseia no contrato de trabalho. Este contém, todavia, apenas direitos e obrigações mútuos das partes contratantes, isto é, do administrador da empresa e do funcionário. Uma posição de garantidor do administrador da empresa em relação a terceiros externos à empresa não pode, já por esta razão, ser deduzida do direito à emissão (*Weisungsrecht*) de ordens.

Beulke chama a atenção, corretamente, para o fato de que o poder diretivo (*Direktionsrecht*) que possui o administrador não é estabelecido para evitar perigos, mas apenas como meio para a administração da empresa.[13]

2. *Poder organizacional e de domínio*

Da mesma forma, não se pode deduzir uma posição de garantidor do administrador da empresa do domínio da empresa como fonte de perigo ou do poder

8. Schall, FS-Rudophi 2004, 279; Schramm JZ 2012, 969; Roxin JR 2012, 305, 306; próximo também BGH-Mobbingfall, BGHSt 57, 42 e ss.; Nietsch CCZ 2013, 192, 193; Park, Kapitalmarktstrafrecht 3. ed. 2013/Bottmann Kapitel 2 nm. 32; Schlösser, NZWiSt 2012, 281, 284; Rotsch in Achenbach/Ransiek Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed., 2011, 4. cap. nm. 32.
9. Fischer StGB § 13 nm. 38; ver também Dannecker NZWiSt 2012, 441, 443; LK-Schünemann, 12. ed., 2007, § 14 nm. 67.
10. Beulke, FS-Geppert, 2010, 23, 39.
11. Roxin, FS-Beulke, no prelo.
12. Fischer, 58. ed., 2011, nm. 38; Schall FS-Rudolphi 2004, 267, 271.
13. Beulke FS-Geppert, 2010, 1, 38: responsabilidade por ingerência em casos de organização perigosa da organização.

organizacional sobre esta. Delitos de funcionários da empresa não são produtos do poder de domínio que possui o administrador da empresa, mas sim de decisões de praticar o fato tomadas pelos próprios funcionários.[14] Quando delitos são praticados por empregados da empresa ou lesões de bem jurídico decorrentes de perigos decorrentes dos produtos ou coisas (*Sachgefahren*) da empresa, o poder organizacional e de domínio, a rigor, fracassou.[15]

3. *Ingerência*

Como o meu primeiro exemplo demonstra (a decisão do caso do *spray* de couro), o *Bundesgerichtshof* fundamentou a condenação do administrador do negócio na ingerência. O art. 13, § 2, *c*, do CP brasileiro conhece, igualmente, a figura da ingerência no contexto de equiparação entre ação e omissão. Nesse artigo, prescreve-se que surge um dever de agir quando o omitente criou o risco de ocorrência do resultado com o seu comportamento anterior.

A opinião dominante na Alemanha exige que o comportamento anterior seja ilícito e que tenha conduzido a um aumento de um perigo iminente.[16]

Um comportamento prévio ilícito nesses moldes pode, evidentemente, ter ocorrido no caso concreto. Por exemplo, é possível que, em indústrias químicas, ocorram falhas no processo de fabricação que conduzam a danos ambientais e a lesões corporais de pessoas que moram nos arredores. No entanto, precisamente essa ilicitude do comportamento anterior não pôde ser provada no meu exemplo n. 1. Ali, faltou uma causalidade comprovada entre a utilização do produto e os danos corporais ocorridos. O *Bundesgerichtshof*, na decisão citada, substituiu o critério da ilicitude do comportamento prévio pelo da desaprovação jurídica do resultado de perigo por meio de uma perspectiva *ex post*.[17] Isso parece, todavia, equivocado. Afinal, a ilicitude da ação deve preceder a omissão que depois será reprovada. Doutro modo não se poderia deduzir da ação prévia um dever de agir. No meu segundo exemplo, pode-se ver que o próprio BGH não adotou o raciocínio empregado na decisão do caso do *spray* de couro. mas exigiu, expressamente, como pressuposto da posição de garantidor decorrente de ingerência, um comportamento anterior ilícito.[18]

Mesmo Beulke, que lança mão da ideia de ingerência para a fundamentação de uma responsabilidade do administrador do negócio, apenas deduz da ingerência uma posição de garantidor em sentido jurídico-penal para o administrador do ne-

14. Beulke FS-Geppert, 2010, 1, 32.

15. Roxin FS-Beulke, no prelo.

16. Fischer, § 13 nm. 47 es. com ulteriores referências, nm. 52.

17. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT 2. ed. 2007, nm. 182; BGH...

18. BGH, NJW 2009, 3173 nm. 21.

gócio quando há uma organização perigosa da empresa. A partir dessa ideia, uma responsabilidade por ingerência do administrador da empresa ocorrerá em especial quando o perigo decorrer imediatamente de um funcionário subordinado; além disso, o perigo deve decorrer de forma mediata de uma organização ilícita da empresa.[19] Para isso, contudo, é preciso analisar os casos concretos.

A ideia de ingerência não serve, assim, para a fundamentação de uma responsabilidade geral do diretor da empresa por delitos de seus subordinados. De outra forma, ter-se-ia que considerar já como em si ilícita a fundação de uma empresa que fabrique produtos perigosos. E tal não se pode sustentar porque essa fundação está evidentemente abrangida pela liberdade geral de ação e em geral foi previamente autorizada pelos órgãos estatais competentes. A autorização contém, nesses casos e em regra, um grande número de exigências que devem ser satisfeitas.

A ingerência não está, pois, em condições de fundamentar uma posição de garantidor no sentido de uma responsabilidade geral do administrador do negócio.

4. *Posição de garantidor de vigilância*

A ideia de ingerência é, de qualquer forma, muito próxima da dedução de uma posição de garantidor do administrador da empresa de um dever de vigilância ligado à criação da fonte de perigo "empresa". Tal como a posição de garantidor da ingerência, também o dever de vigilância surge de um comportamento anterior do administrador do negócio – lícito, todavia –, a saber: a criação da empresa. Com isso, cria-se uma fonte de perigos para determinados bens jurídicos de terceiros. Como a empresa é administrada a partir das instruções de seu administrador, é dever deste manter a fonte de perigo sob controle e também cuidar do desenrolar regular e ordenado de sua empresa.[20] Por essas razões é que se justifica tornar o administrador do negócio garantidor de vigilância, no sentido de que a atividade empresarial não acarrete danos jurídico-penalmente relevantes a terceiros.[21] Esse é o outro lado da moeda da liberdade de fundar e administrar uma empresa.[22] O CP brasileiro também prevê uma posição de garantidor de vigilância (art. 13, § 2.º, *a*). Ela pressupõe, todavia, um dever legal de vigilância e é, por isso, inaplicável à situação por mim problematizada.

A responsabilidade do administrador de negócio corresponde na Alemanha – como dito, com fundamentações diversas – à doutrina dominante. Ela foi reconhe-

19. Beulke, FS-Geppert, 2010, 23, 39 e ss.

20. Roxin comentário á decisão BGH JR 2012, 305, 306.

21. Roxin, FS-Beulke, p. 10.

22. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. ed., 2013, § 13 RN 53; Schall FS-Kühl 2014, 417, 423 e s.; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 991; Dannecker NZWiSt 2012, 441, 444; Rotsch in: Achenbach/Ransiek Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed., 2011, 4. cap. nm. 32; Mansdörfer/Trüg StV 2012, 432, 436.

cida expressamente pelo *Bundesgerichtshof* no caso do *mobbing*, meu terceiro exemplo, sem que fosse apresentada, contudo, uma fundamentação para a dedução.

Altamente controvertida é, contudo, a extensão dessa responsabilidade do administrador do negócio.

V. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DO NEGÓCIO

1. Perigos derivados de coisas ou produtos da empresa

Os autores que consideram a empresa como uma fonte de perigo para bens jurídicos de terceiros transferem para os casos empresariais a teoria das posições de garantidor desenvolvida para os deveres de segurança (*Verkehrssicherungspflichten*). É nessa ideia que se baseia a opinião incontroversa na doutrina alemã segundo a qual o administrador da empresa tem uma posição de garantidor de vigilância em relação aos *perigos derivados de coisas ou produtos* da empresa.[23] Aquele que cria uma fonte de perigo deve garantir, dentro do âmbito dos deveres de segurança que lhe incumbem, que terceiros não sejam lesionados em seus bens jurídicos.[24] Coisas ou instalações perigosas devem ser vigiadas por aquele que possui o domínio fático já pelo fato de que a posse desse domínio exclui, em regra, a interferência de terceiros na fonte de perigo e, além disso, limita somente a ele o conhecimento necessário a respeito da existência e da intensidade desse perigo.[25]

2. Perigos derivados dos funcionários da empresa

Controvertida é, porém, a pergunta sobre se o administrador da empresa possui também um dever de garantidor em relação a perigos decorrentes dos funcionários da empresa em face de terceiros. Nesse sentido, posso remeter ao meu segundo exemplo, o do estelionato de cobrança (*Abrechunungsbetrug*) da empresa de limpeza da cidade de Berlin em relação aos moradores dos endereços afetados. Isso é negado, em parte, na Alemanha com respaldo no princípio da autonomia, isto é, na autorresponsabilidade do empregado que comete o delito.[26] Alega-se que não seria possível descrever os delitos cometidos de forma autorresponsável pelos funcionários da empresa como decorrentes da empresa como fonte de perigo. Beulke, por exemplo, afirma que deveres de responsabilidade que criem deveres de garan-

23. Roxin FS-Beulke...; Beulke FS-Geppert, 2010, 1, 29; ambos com ulteriores referências.

24. BGH, NStZ 2002, 421, 422 e s.

25. Beulke, FS-Geppert, 2010, 23, 34 com ulteriores referências; conferir Schall, FS-Kühl 2014, 417, 424.

26. Beulke, FS-Geppert, 2010, 1, 34, 38, 39; contra também MüKo-Schmitz, 2. ed., 2014, comentários aos §§ 324 ff. nm. 135 com ulteriores referências; Schönke/Schröder/Bosch § 13 nm. 53, 53a.

tidor (*garantenmäßige Einstandspflichten*) devem ser apenas reconhecidos ali onde o perigo foi criado (também) pelo administrador do negócio, mas não quando foi (apenas) uma consequência de uma livre decisão do autor comissivo.

Essa argumentação ignora que o administrador da empresa não precisa provocar o perigo concreto do delito praticado pelo funcionário. Em tais hipóteses, haveria já uma posição de garante por ingerência, que Beulke admite em muitos casos desse tipo. Na verdade, o fundamento para a posição de garantidor do administrador da empresa, como dito, deve ser visto já na criação de uma fonte de perigo, que é a constituição da empresa, fonte de perigo em relação à qual lhe toca um dever próprio de vigilância geral. Essa fonte de perigo é constituída por coisas e pessoas.[27]

Acresce-se que o assim chamado princípio da autonomia é intensamente criticado na doutrina alemã, dentre outros por meu esposo em um artigo que será publicado em breve no livro em homenagem a Beulke. Não há nenhum princípio ou regra que determine que pessoas autorresponsáveis não possam ser responsabilizadas pelos delitos praticados por outras pessoas igualmente autorresponsáveis. Isso decorre já da própria existência da coautoria, prevista no Código Penal alemão. Ademais, deve-se lembrar da autoria mediata através de aparatos organizados de poder, figura mundialmente reconhecida. Também neste caso, existem ao menos dois – normalmente até mais de dois – autores completamente autorresponsáveis. Além disso, deve-se aludir ao § 14 do Código Penal alemão. É verdade que ele trata da responsabilização do comitente (*Auftraggeber*) e do comissário (*Beauftragte*) nos delitos especiais. Extrai-se desse dispositivo, no entanto, que o legislador parte da concepção de que a responsabilidade penal do comissário não exclui a responsabilização criminal do comitente. É plenamente possível, portanto, haver dois autores, lado a lado.[28] Desse dispositivo, Schünemann deriva a posição de garantidor com deveres de vigilância do administrador da empresa.[29]

Por fim, deve-se considerar que, na responsabilidade do administrador do negócio, não se trata de uma responsabilização por ação alheia, mas, sim, da própria responsabilidade pela vigilância deficiente da fonte de perigo empresarial criada.[30]

3. *Limitação da posição de garantidor nos riscos derivados de pessoas*

3.1 É certo que relações de direção e autoridade não bastam para fundamentar a posição de garantidor do administrador da empresa (veja acima subitem 1 do item IV). Por outro lado, elas são pressupostos indispensáveis para a posição de garante

27. Schall, FS-Kühl 2014, 417, 421.

28. Isso segue da palavra "também" (auch) no § 14 inc. 1 e 2 StGB.

29. LK-Schünemann, 12. ed., 2007, § 14 nm 67.

30. Roxin FS-Beulke...; Park Kapitalmarktstrafrecht, 3. ed., 2013/Bottmann, capítulo 2 nm 32.

com deveres de vigilância.[31] Uma responsabilidade de garante só entra em consideração quando se tem uma relação de super/subordinação e, com isso, o direito direcional (*Weisungsrecht*). Pois apenas quando o administrador da empresa pode determinar o comportamento do funcionário subordinado é que existe, para ele, também um dever de supervisão.[32] Sem a autoridade para comandar, ao administrador do negócio faltaria o poder jurídico e fático de impedir crimes dos empregados. A possibilidade de evitar o resultado é, porém e sem dúvida, um requisito de toda omissão punível.[33]

3.2 Há consenso, porém, a respeito de que o administrador da empresa não pode ser responsabilizado, de modo geral, pela condução de vida isenta de delitos de seus funcionários durante o período de trabalho.[34] Por isso, a posição de garantidor refere-se, segundo a opinião dominante, somente aos *delitos referidos à atividade empresarial* (*betriebsbezogene Straftaten*). A razão disso encontra-se no fato de que a posição de garantidor do administrador do negócio procede do dever de vigilância da empresa enquanto fonte de perigo.[35] Apenas com essa limitação se satisfaz o princípio da determinação ou taxatividade ancorado na Constituição Alemã, a qual determina que uma responsabilidade penal deve ser de tal forma concretizada, que o destinatário seja capaz de reconhecer sob quais circunstâncias ele viola a norma e se faz, assim, punível.[36] Por isso, em regra, o administrador da empresa não pode ser penalmente responsabilizado por atos de excesso dos funcionários da empresa, como, por exemplo, furtos, abusos sexuais, lesões corporais, que são cometidos simplesmente *por ocasião* de uma atividade da/na empresa.[37-38]

3.3 A referência à atividade empresarial dos delitos dos funcionários da empresa

Há diferentes posições sobre a questão de o que se deve entender por "delitos referidos à atividade empresarial". Posto que esse elemento é decisivo para a caracterização e delimitação da posição de garante com deveres vigilância do administrador da empresa, deve-se perquirir as duas diferentes definições.

Um delito referido à atividade empresarial de um funcionário da empresa está presente, conforme a opinião do Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*) na decisão do *mobbing*, quando o crime apresenta uma conexão interna com a atividade-

31. Mansdörfer/Trüg, StV 2012, 432, 436; Roxin Beulke-FS p. 11.
32. Beulke, FS-Geppert, 2010, 23, 37; Basualto, FS-Frisch 2013, 333.
33. Roxin, FS-Beulke, p. 6.
34. Dannecker NZWiSt 2012, 441, 445; BGH (Caso do Mobbing) JR 2012, 303 nm 17.
35. Roxin, Comentário a BGH JR 2012, 305, 306.
36. Cf. sobre a constitucionalidade da posição de garantidor no sentido do § 13 StGB: Bülte, NZWiSt 2012, 176, 177.
37. Schall, FS-Kühl, 2014, 417, 426.
38. BGH JR 2012, 303 ff. nm 13, 17; Schönke/Schröder-Bosch, 29. ed., 2014, § 13 nm 53; opinião dominante.

de empresarial do autor comissivo ou com a forma de funcionamento da empresa. Aos delitos "que não emanam da atividade empresarial ou de perigos decorrentes do campo de atividade de seus funcionários, mas que podem de todo modo ocorrer fora da atividade empresarial", falta a referência à atividade empresarial (*Betriebsbezogenheit*), segundo o Tribunal Federal Alemão.[39]

Essa definição do BGH, que se agarra ao perigo inerente à concreta atividade empresarial (no caso do *mobbing*, uma construção) e exclui perigos que podem produzir-se igualmente fora da atividade empresarial, é considerada, com razão, muito estreita.[40] Se fizermos referências apenas à atividade negocial da empresa concreta, excluem-se outros processos que igualmente procedem da fonte de perigo "empresa" e que devem ser supervisionados. Todo administrador de empresa precisa, por exemplo, cuidar de que impostos e contribuições sociais sejam corretamente recolhidos ou de que não ocorram estelionatos nos processos de pagamento com parceiros negociais, clientes e fornecedores.[41] Esses tipos de delitos podem, porém, ocorrer também fora da concreta atividade em qualquer empresa. A delimitação proposta pelo Tribunal Federal Alemão não convence na medida em que se aferra à *concreta* atividade empresarial. Um perigo referido à atividade empresarial existe, na realidade, quando o perigo decorre propriamente das condições estruturais que são típicas para cada empresa.[42] Isso é de afirmar-se nos exemplos mencionados por mim.[43]

De igual maneira excessivamente estreita é a posição de Schünemann. Segundo ele, um delito deve ser considerado referido à atividade empresarial apenas quando os funcionários agem no interesse da empresa e não por interesse próprio.[44] Também ações egoísticas podem surgir de processos empresariais e não apenas serem praticadas por ocasião de uma atividade empresarial. Pode-se pensar, por exemplo, em uma corrupção praticada por um empregado detentor de um cargo de coordenação com vistas a obter um contrato para sua empresa. Quando o empregado combina com o contratante um pagamento de uma comissão (Kick-Back) para si, ele age em interesse próprio, mas no âmbito dos processos empresariais. Não pode fazer diferença para a posição de garante do administrador da empresa se o funcionário guarda a vantagem obtida para si ou

39. BGH JR 2012, 303 RN 13, 17.

40. Schall, FS-Kühl 2014, 417, 428; Bülte, NZWiSt 2012, 176, 178; Schramm, JZ 2012, 969, 971; Kudlich HRRS 2012, 177, 180.

41. Barsualto, FS-Frisch 2013, 333, 346.

42. Schall, FS-Kühl, 2014, 417, 428.

43. Como Bosch (Schönke-Schröder § 13 nm 53) corretamente assinala, não há necessidade proposta de Bülte de incluir no conceito de referência à atividade empresarial também delitos referidos apenas indiretamente à atividadade empresarial: Bülte, NZWiSt 2012, 176, 178 e ss.

44. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 106.

a dirige à empresa. Isso porque o comportamento do empregado representa um perigo, em face dos clientes, a ser evitado.[45]

Igualmente estreita era a posição originária de Roxin, segundo a qual delitos referidos à atividade empresarial são aqueles que os funcionários cometem no cumprimento das tarefas que lhes incumbem.[46] Assim, não estariam compreendidas justamente ações criminosas que dizem com a responsabilidade do administrador do negócio, pois naturalmente elas não pertencem às tarefas da empresa que são repassadas aos empregados.[47]

Estende-se demais a posição de garantidor do administrador da empresa, por outro lado, quando se consideram como referidos à atividade empresarial todos os delitos que um funcionário comete com a utilização das possibilidades fáticas ou jurídicas de ação na empresa.[48] Afinal, também as condutas de excesso dos funcionários acima supramencionadas, que podem ser praticadas simplesmente por ocasião de uma atividade empresarial, acontecem, em regra, sob utilização das possibilidades fáticas geradas pela empresa.

Certo é, segundo todos e na concepção do BGH expressa na decisão do *mobbing*, que, para a configuração da referência à atividade empresarial (*Betriebsbezogengeit*) de um delito de um funcionário, deve haver uma relação interna do fato com a empresa. O fato delituoso do funcionário tem de ser visto, do ponto de vista de um observador objetivo, como um ato que traduz uma *interação da empresa* com a vítima. Através dessa interação, tem de ser criado um perigo para terceiros que decorre dos processos empresariais.[49] Admite-se a presença de uma tal situação no seguinte caso: numa discoteca, um segurança, a fim de apartar uma briga, reage de forma desproporcional e espanca o convidado. O dono da discoteca não o impede.[50]

Do contrário, não se pode falar em uma interação da empresa com a vítima quando funcionários lesionam colegas corporalmente,[51] furtam de seus colegas ou clientes, ou mesmo no caso de abusos sexuais. Apenas quando os delitos decorrem dos processos empresariais é que poderão ser imputados ao administrador da empresa, porque somente em relação aos perigos procedentes dos processos empresariais deve ele responder pela criação da fonte de perigo "empresa" (Betrieb).

---

45. Roxin, FS-Beulke, 19; também assim Basualto, FS-Frisch 2013, 333, 343.
46. Roxin, Strafrecht AT Band 2, 2003, § 32 nm 141. Diferentemente agora Roxin, FS-Beulke, p. 19.
47. Otto, FS-Friedrich Christian Schröder, 2006, 339, 342.
48. Assim porém Schall, FS-Rudolphi 2004, 279, 282f.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 4. ed., 2013 – Wohlers/Gaede § 13 nm 53; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 985.
49. Otto, FS-Friedrich Christian Schröder 2006, 343; Roxin, FS-Beulke, p. 20.
50. Como aqui Roxin, FS-Beulke, p. 10.
51. BGH JR 2012, 303 e ss. (Caso do Mobbing).

3.4 Em seu novo artigo sobre a responsabilidade do administrador do negócio, Roxin aponta para uma outra peculiaridade dos perigos pessoais. Essa peculiaridade reside no fato de que a presença de um perigo digno de um dever de vigilância pode ser verificada de modo menos unívoco que perigos decorrentes de coisas. Se máquinas apresentam defeitos ou se determinado produto não foi produzido de acordo com as normas correspondentes, tudo isso é verificável a qualquer tempo por meio de um perito. Por outro lado, fraudes e ações corruptas dos funcionários não são tão facilmente perceptíveis pelo administrador da empresa.[52] Uma intervenção decorrente de um dever de garante é de todo modo obrigatória quando os perigos pessoais aparecem de forma manifesta, como, por exemplo, no caso do segurança da discoteca que reagiu de forma desproporcional. Também no caso de estelionatos, só se há de cogitar um dever de intervenção do administrador do negócio quando irregularidades vêm à tona por meio de informações do departamento financeiro e de controle ou mesmo oriundas de uma reclamação de um cliente.

Não é tão claro se nos casos expostos, conforme a posição de Roxin, o dever de garantidor do administrador do negócio deve surgir apenas no momento em que o delito do funcionário passa a ser detectável, e com isso se, ao lado da autoridade para dar ordens e da referência à atividade empresarial, faz-se da detectabilidade do delito uma terceira limitação da posição de garante com deveres de vigilância.

Ao meu ver, a detectabilidade dos delitos dos funcionários não é uma questão pertinente à presença de uma posição de garante com deveres de vigilância, mas simplesmente um evidente pressuposto para uma punibilidade do administrador da empresa. Afinal, como expus no início, a punibilidade do administrador do negócio por omissão imprópria também pressupõe também um elemento subjetivo, como o dolo ou a culpa. É aqui que se insere a detectabilidade do perigo da ocorrência de delitos por funcionários da empresa.

VI. Dolo

Na literatura, trata-se apenas de forma esporádica do dolo do administrador da empresa no contexto da responsabilidade do administrador do negócio.

Em Achenbach, lê-se que a problemática da responsabilidade do administrador do negócio é superestimada. Na maioria dos casos, falta a necessária quase causalidade e o dolo. Afinal, o dolo pressupõe que o administrador da empresa considere ao menos possível e assuma o risco do cometimento de um determinado crime de um determinado funcionário (*dolus eventualis*).[53] Isso quase nunca existe.

52. Roxin, FS-Beulke, p. 11e s.

53. Achenbach/Ransiek (org.) Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed., 2012, 1.ª parte, 3. cap., nm 35 ss.; igualmente Wittig, 3. ed., 2014, rn 59; Kudlich HRRS 2012, 177, 180.

De outro lado, duvida-se de que se atenue, assim, o problema da responsabilidade do administrador do negócio. Os órgãos de persecução penal eventualmente avaliariam a não intervenção do administrador da empresa como indício para um dolo eventual.[54] De fato, a prática ensina que os órgãos de persecução penal raramente se preocupam com o tipo subjetivo.

Tiedemann não apresenta uma posição assim tão exata. Segundo ele, e de forma semelhante a Roxin (assim subitem 3.4 do item V), é necessário conhecimento da ameaça do cometimento do crime por parte do administrador da empresa.[55]

Já que no contexto da responsabilidade do administrador do negócio a atividade empresarial é vista como fonte de perigo e trata-se de *perigos* de pessoas e de coisas, parece natural que o dolo na responsabilidade do administrador do negócio tome como parâmetro o dolo de perigo no âmbito dos delitos de perigo concreto. O dolo de perigo refere-se somente à ocorrência da situação de perigo, e não à ocorrência do dano.[56] De acordo com esse entendimento, é suficiente para a afirmação do dolo de perigo que o autor considere possível e assuma o risco de que o objeto protegido seja exposto a um processo que seja capaz de gerar dano ou que seja colocado em situação propícia a lesões.[57] Assim – diversamente do que os autores supracitados sustentam – não é necessário que o administrador do negócio tenha como possível a prática de um determinado delito por um determinado funcionário e nela consinta. No caso de estelionato construído por Roxin, de fato, basta que as irregularidades sejam indicadas pelo contador, sem que o administrador da empresa ao mesmo tempo receba a indicação de qual funcionário é responsável pela conta diante de qual cliente. Uma fonte de perigo com a possibilidade de comportamento fraudulento está configurada. Quando o administrador do negócio não intervém nessa fonte de perigo, responde eventualmente por estelionato por omissão.

VII. POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO ADMINISTRADOR DA EMPRESA EM FACE DOS INTEGRANTES DA EMPRESA

1. *Posição de garantidor com deveres de vigilância*

Na doutrina alemã, há vozes que até reconhecem fundamentalmente uma posição de garantidor do diretor da empresa, mas querem restringi-la a perigos para *terceiros* (*Außenstehende*). Em face dos funcionários da empresa, não deveria haver

54. Park Kapitalmarktstrafrecht – Bottmann, nm 32.

55. Tiedemann 4. ed. 2014, nm 296.

56. Fischer § 15 nm 10.

57. LK-Vogel § 15 nm 130.

um dever de intervenção desse tipo.[58] Com isso, no meu terceiro exemplo, no caso do *mobbing*, estaria excluída uma responsabilidade do administrador da empresa sob o ponto de vista da posição de garante com deveres de vigilância. Essa opinião minoritária não pode, contudo, ser seguida. O funcionário da empresa tem, no mais das vezes, tão pouca influência sobre a organização empresarial e os comandos do administrador da empresa quanto pessoas externas. Daí que tanto a posição dominante na Alemanha na doutrina, quanto o BGH no meu terceiro exemplo admitam, em tese, uma posição de garante de vigilância do administrador da empresa também em face de integrantes da empresa.[59]

2. *Posição de garantidor com deveres de proteção*

É também controversa na doutrina alemã a questão referente a se, ao lado da uma posição de garantidor com deveres de vigilância, também uma posição da garante com deveres de proteção em face dos integrantes da empresa, no caso de perigos decorrentes de coisas ou pessoas, pode obrigar o administrador da empresa a intervir. O Tribunal Federal Alemão a considera possível no caso do *mobbing*, rejeita-a, porém, em razão das peculiaridades do caso concreto.[60]

Esse tribunal, e, seguindo-o, Roxin[61] reportam-se ao dever jurídico-trabalhista de assistência (*Fürsorgepflicht*) em face dos integrantes da empresa para fundamentar esse tipo de posição de garantidor com deveres de proteção.

A tal proceder, objeta-se que o dever de assistência é apenas um dever acessório decorrente do contrato de trabalho, que é secundário quando comparado aos deveres principais de trabalho, como, por exemplo, o de prestar o serviço (Arbeitsleistung) e o de remuneração.[62] Esse argumento não convence, ao menos em relação à ordem jurídica alemã. Afinal, o dever trabalhista de assistência na Alemanha é regulamentado em lei (§ 618 BGB). Segundo a jurisprudência do BGH, uma posição de garantidor pode ser derivada da lei. O art. 13, § 2.º, do CP brasileiro prevê isso expressamente. O dever trabalhista de assistência, na Alemanha, está, no entanto, restrito a determinados bens jurídicos: vida e saúde. Nessa medida, porém, trata-se de bens jurídicos importantes para o trabalhador. Pela preservação desses bens no âmbito da atividade empresarial, deve, assim, responder o administrador da empresa. De qualquer modo, é opinião unânime que o administrador do negócio não

58. Schall, FS-Rudolphi, p. 279.

59. Na sua mais nova contribuição, Schall também renunciou a sua posição contrária, FS Kühl 2014, 417, 424.

60. Ver sobre isso Schlösser NZWiSt 2012, 281, 282.

61. Roxin, Comentário JR 2012, 305, 307 s.

62. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed., 2014, § 6 nm 57a.

é, ademais, obrigado a proteger a propriedade de seus funcionários contra colegas ladrões (veja subitem 3.3 do item V).

VIII. RESULTADO

1. O administrador da empresa possui uma posição de garante com deveres de vigilância por:

– perigos decorrentes de coisas oriundas de sua empresa;

– delitos referentes à atividade empresarial cometidos por funcionários da empresa.

2. Ele tem, ademais, uma posição de garantidor com deveres de proteção com relação ao corpo e à vida dos funcionários da empresa no âmbito de sua atividade empresarial.

IX. PERSPECTIVAS FUTURAS

Na decisão do *mobbing*, o BGH iguala o administrador da empresa a cada superior (*Vorgesetzte*) no que se refere à posição de garante com deveres de vigilância.[63] É questionável se isso procede, especialmente tendo em vista a delegação de tarefas horizontal e vertical em uma empresa. A distribuição de tarefas significa, reconhecidamente, que a cada administrador, no âmbito da divisão de trabalho, toca apenas um determinado círculo de deveres para o qual essa pessoa é, em regra, especialmente competente. Uma posição de garantidor deve se orientar, no que diz respeito ao conteúdo e à amplitude, por esse concreto círculo de deveres que o responsável assumiu.[64] Uma ampla posição de garante com deveres de vigilância também de outros administradores aniquilaria uma estrutura de responsabilidades baseada na divisão de trabalho em uma empresa.[65] Os problemas relacionados a essa questão teriam que ser discutidos em uma outra conferência, pois eles não pertencem ao hoje por mim tratado.

---

63. BGHSt 57, 42, 45 nm 13.

64. BGHSt 54, 44, 49 nm 26.

65. MüKo-Schmitz, 2. ed., 2014, Comentário prévio ao § 324 ss. nm 135.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Governança corporativa, de Danilo Augusto Ruivo – *RDB* 56/401 (DTR\2012\44745);
- Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (À luz do novo Código Civil), de Irineu Mariani – *RT* 834/58, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 3/107 (DTR\2005\324);
- Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas, de Gustavo Saad Diniz – *RDPriv* 18/42, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 3/315 (DTR\2004\242); e
- Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada, de Daniela Zaitz – *RT* 740/11 (DTR\1997\242).

Sociedad de la Información y Derecho Penal: a la luz del XIX Congreso Internacional de Derecho Penal

Information Society and Criminal Law: in the light of the XIXth International Congress of Penal Law

José Luis De La Cuesta Arzamendi

Prof.Dr.Dr.h.c. Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL). Director del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco (UPV-EHU). San Sebastián. España. Grupo consolidado de investigación en Ciencias Criminales (GICCAS, IT-585-13 y UFI 11/05). UFI 11/05 UPV/EHU.

Área do Direito: Processual; Penal

Resumen: La sociedad de la información conlleva una importante transformación de las relaciones sociales, estructuras, instituciones políticas, sistemas de control... Las transformaciones afectan igualmente y de manera decisiva al ámbito de la justicia penal donde tanto los mecanismos tradicionales de imputación y exigencia de la responsabilidad penal, como la definición y alcance de las incriminaciones existentes suscitan dificultades a la hora de la adecuada protección de los bienes jurídicos. Lo mismo sucede en el plano procesal o en el marco penal internacional, en relación con unos delitos que presentan como una de las características más destacada la imposible o muy difícil ubicación conforme a los parámetros tradicionales, y su transnacionalidad.

Palabras clave: Sociedad de la información - Ciberespacio - Cibercriminalidad -Proveedores de Internet (ISP) - Justicia penal - Política criminal.

Abstract: Information society provokes an important transformation of the social structures and relations , political institutions, control systems... These transformations equally affect, and in a decisive manner, the criminal justice system where not only the traditional liability mechanisms but also the definition and extent of the existing incriminations pose difficulties for an adequate protection of the relevant values. Similar problems arise in the procedural field and within the framework of international criminal law, concerning a number of offences which are mainly characterized by their impossible or very difficult location in accordance with traditional parameters, and by their transnationality.

Keywords: Information society - Cyberspace - Cybercriminality - Internet service provider (ISP - Criminal justice - Criminal policy.

I. Uno de los efectos más llamativos del fenómeno globalizador en el que nos encontramos inmersos (y que igualmente se ve decisivamente influido por el mismo) es el desarrollo sin precedentes de la sociedad de la información, resultado de las increíbles posibilidades de producción y de almacenamiento de datos, susceptibles de transmisión y comunicación en tiempo real. Ciertamente, el concepto de

sociedad de la información sigue estando sometido a un intenso debate, y conviene evitar que las maravillas de la innovación tecnológica nos lleven a olvidar sus importantes repercusiones en otros aspectos de la organización y de la vida social. Y es que en estos tiempos de comunicación *online* permanente y en los que la información y el conocimiento se erigen en recursos claves, se está generando una complicada y potentísima infraestructura tecnológica en red que lleva a una profunda transformación tanto de las relaciones sociales, como de las propias estructuras, instituciones políticas y hasta sistemas de control de una sociedad que, altamente preocupada por el riesgo y la inseguridad, abraza sin prevención alguna el modelo de vigilancia como método alternativo de control social.[1]

Las vulnerabilidades de esta *network society* frente a los más diversos ataques son patentes, y se conocen igualmente las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para su aprovechamiento en actividades criminales, en particular de carácter económico.[2] De otra parte, a nadie se le ocultan las dificultades que suscita el abordaje de los comportamientos delictivos que se producen desde y en el ciberespacio[3] a unos sistemas penales pensados tradicionalmente para su intervención en el marco territorial de la soberanía estatal, y que acaban observando con perplejidad las barreras que se alzan para la aplicación en la lucha contra el delito de las mismas facilidades de transporte y comunicación que tan bien saben aprovechar las organizaciones delictivas[4] internacionales en beneficio de sus actividades y tráficos ilícitos.

II. Múltiples son, en suma, los retos de adaptación a la nueva situación para un Derecho penal cuya misión sigue siendo intervenir, como instrumento de *ultima ratio*, contra los ataques más graves a los nuevos bienes jurídicos fundamentales, así como frente a las nuevas formas de comisión de los crímenes tradicionales. En este sentido, el repaso de la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en el sistema penal pone pronto de manifiesto el interés y la necesidad de su más

1. J. Vervaele, "Annex I", [www.penal.org/IMG/pdf/Introduction_Vervaele_EN.pdf], p. 1.
2. C. M. Romeo Casabona; F. Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, 2012.
3. Destaca Sieber como rasgos característicos de los cibercrímenes: la transnacionalidad, el alto componente técnico, su complejidad y variedad, Mastering Complexity in the Global Cyberspace, en M. Delmas-Marty; M. Pieth; U. Sieber (éd), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, 2008, p.128 e s. Ver también J. L. de la Cuesta Arzamendi; A. I. Pérez Machío C. San Juan Guillén, Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos, en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.); N. J. de la Mata Barranco (coord.), *Derecho Penal Informático*, Cizur Menor (Na), 2010, p. 79 e ss.
4. Se estima que más del 80% los ciberdelitos se conectan de alguna forma con la delincuencia organizada. UNODOC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, Draft- February 2013, United Nations, New York, 2013, p. 39. También U. Sieber, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet. Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag*, München, 2012, p. 14.

completo estudio y resolución,[5] dada la importancia de las cuestiones planteadas no sólo para la prevención y de cara a la persecución penal, sino igualmente y sobre todo en cuanto a los bienes a proteger, la tipificación de las figuras delictivas y hasta en el plano de la sanción.

Así, partiendo de una adecuada identificación de la ciberdelincuencia – "generación posterior"[6] que supone un "cambio de (la) época"[7] respecto de la delincuencia informática y abarca el conjunto de figuras delictivas asociadas en general con los sistemas, redes y datos contenidos en los ordenadores y cometidas por medio de las TIC o en el propio ciberespacio (nube y bases de datos cibernéticas) pudiendo atacar tanto a bienes jurídicos tradicionales como al buen funcionamiento de los sistemas o a los intereses específicos de internet –, es extenso el elenco de áreas problemáticas que se detectan, como:

– adecuada delimitación de los bienes jurídicos a proteger, punibilidad o no de los meros actos preparatorios, discriminación entre autoría y participación y tratamiento de la responsabilidad (y obligaciones) de los proveedores (ISP), sanciones específicamente pensadas para los ciberdelincuentes y respuestas para las cibervíctimas,[8] consecuencia del incumplimiento de los deberes de autoprotección y límites al anonimato, alternativas a la criminalización...;

– apropiada técnica legislativa que evite tanto la sobrecriminalización como la rápida obsolescencia (por la velocidad de los cambios tecnológicos) de las nuevas incriminaciones penales dirigidas a tipificar las infracciones específicas en materia de TIC y ciberdelitos, generadoras de una creciente victimización que, por permanecer fundamentalmente oculta, presenta una altísima impunidad;[9]

– legitimidad y alcance de las nuevas bases de datos y posiciones de información construidas para la aplicación de la ley; empleo de las TIC en la investigación penal y de cara a la prueba, al igual que en el juicio oral...

– en el plano internacional, junto a la imprescindible armonización,[10] los problemas de competencia y jurisdicción respecto de unos hechos con un alto com-

5. J. L. de la Cuesta Arzamendi; C. San Juan Guillén, La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad, *Derecho Penal Informático* cit., p. 57 e ss.
6. C. M. Romeo Casabona, De los delitos informáticos al cibercrimen: Una aproximación conceptual y político-criminal, en C. M. Romeo Casabona (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, p. 10.
7. L. Picotti, Internet y Derecho Penal: ¿un empujón únicamente tecnológico a la armonización internacional?, en C. M. Romeo Casabona, idem, p. 364.
8. J. L. de la Cuesta Arzamendi; A. I. Pérez Machío, Ciberdelincuentes y cibervíctimas, *Derecho Penal Informático* cit., p. 99 e ss.
9. N. J. de la Mata Barranco, Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal, *Derecho Penal Informático* cit., p. 21.
10. U. Sieber, Mastering..., cit., p. 137 e ss.

ponente extraterritorial[11] y difíciles de localizar, para cuya persecución las propias TIC abren la posibilidad de investigaciones extraterritoriales y hasta al autoservicio en la obtención de las pruebas, poniendo en cuestión la utilidad y el sentido de las reglas tradicionales de cooperación policial y judicial en materia penal.

III. Ciertamente, desde la *Parte general del Derecho penal*[12] frecuentemente se destacan las dificultades de aplicación y estricto encaje de los conceptos y categorías tradicionales del derecho penal, cuya adaptación flexible a las características de las TIC y del ciberdelito acaba reclamándose. Estas y otras consideraciones llevan a la apertura de líneas de intervención que no sólo suscitan cuestionamiento técnico por su amplitud y falta de taxatividad, sino que igualmente plantean importantes reservas desde el prisma de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, muy en particular, la subsidiaridad y *ultima ratio*.

El análisis de las incriminaciones propuestas por la normativa internacional y regional (en particular, la europea), así como de la amplia mayoría de las legislaciones nacionales, revela en efecto que la preocupación por el aseguramiento de los bienes jurídicos frente a las nuevas modalidades de ataque y para facilitar la prueba, empuja con frecuencia al adelantamiento de las barreras de protección. Esto se traduce en una clara inversión de la regla tradicional que sólo por excepción entendía admisibles las técnicas incriminadoras de peligro, considerando lo apropiado la protección de los bienes jurídicos a partir de delitos de lesión y con base en comportamientos productores de un determinado resultado, susceptibles igualmente de sanción en caso de tentativa. De manera similar a lo sucedido con anterioridad en otras esferas,[13] en el caso de los ataques a las TIC y ciberdelitos lo ordinario es la construcción de tipos de simple (in)actividad – esto es, no precisados de un resultado exterior objetivamente imputable a la conducta –, y de mero peligro abstracto, en los que la afectación del bien jurídico por parte de la conducta típica es presumida por el legislador directamente y de manera formal, sin posibilidad de prueba en contrario, en clara infracción del criterio de antijuridicidad material imprescindible para la calificación de cualquier comportamiento típico como un hecho penalmente injusto. La producción del resultado, de tener lugar, suele contemplarse entonces como circunstancia agravante.

La extendida utilización de la técnica tipificadora de peligro abstracto se combina además frecuentemente con la generosa admisión del dolo eventual, en el

11. A juicio de los expertos entre un 30 y 70% de los actos de ciberdelincuencia tienen una dimensión transnacional. UNODOC, *Comprehensive Study* cit., p. 183 e ss.

12. Th. Weigend, "Relación General" al Coloquio Preparatorio de Verona (Sección I), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2013 (1-2), p.77 e ss.

13. L. Picotti, "Relación General", al Coloquio Preparatorio de A Coruña (Sección I), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2007 (3-4), p. 453 e ss.

tipo subjetivo, a lo que se añade el castigo tanto de múltiples figuras imprudentes, como de simples desobediencias y hasta la incriminación como figura autónoma de la mera preparación, no pocas veces asimilada en lo punitivo a la consumación, violando el principio de proporcionalidad. Particular relevancia alcanzan en este punto las conductas concernientes a dispositivos o software diseñados (o susceptibles de ser aprovechados) para interferir o atacar redes, elementos y sistemas de TIC o las relativas a contraseñas, códigos o similares que permiten acceder a sistemas informáticos con el fin de realizar delitos, recogidas por el Convenio sobre Ciberdelincuencia e introducidas ampliamente en muchas legislaciones incluso copiando literalmente lo allí dispuesto. La exigencia, al menos, de la intención de comisión de un delito relacionado con las TIC o un ciberdelito, permitiría en estos casos limitar el alcance de unas disposiciones incriminadoras que encuentran su manifestación más excesiva en el castigo de la mera posesión, conducta a la que en el marco de la pornografía infantil llega a asimilarse la visualización por internet de material pornográfico estrictamente virtual, esto es, sin participación en el mismo de persona real alguna.

También la regulación de la posible responsabilidad penal de los proveedores de internet (ISP) suscita importantes problemas desde el prisma de los principios tradicionales del Derecho penal. En la actualidad, cuando el ISP es algo más que conducto o vía de comunicación en la red y, por ejemplo, sirve hipervínculos a sitios con contenidos ilícitos o, a sabiendas de su existencia en su ámbito no los elimina, las legislaciones no dudan en declarar la posible responsabilidad penal. Para ello y a pesar de tratarse, estrictamente, de formas de colaboración (probablemente necesaria) respecto de hechos ajenos, con objeto de eludir limitaciones derivadas del principio de accesoriedad, van fijándose deberes a los ISP (como la eliminación del contenido ilícito depositado en el servidor), cuya infracción pueda ser sancionada penalmente por la vía de la omisión punible. Sin embargo, el establecimiento de una simple obligación general de supervisión no debería resultar suficiente, a tal efecto, y así lo establece la Directiva UE de comercio electrónico; ni debería incurrirse en responsabilidad respecto de contenidos que se desconocen o que no se pueden conocer o controlar...

En todo caso, el repaso de las cuestiones más relevantes concernientes a la parte general del derecho penal pone de relieve que, junto a importantes temas específicos ligados a las técnicas de incriminación, el punto fundamental es el del análisis de la verdadera incidencia que corresponde al Derecho penal en este campo. Y es que, como sucediera anteriormente en otras áreas, tampoco aquí el recurso irreflexivo y automático al Derecho penal se presenta como la vía necesariamente más apropiada para la mejor prevención de los ataques y la más efectiva protección de los bienes jurídicos.

Frente a lo tantas veces proclamado por el populismo punitivo contemporáneo, si el Derecho penal tiene algo que decir en la adecuada instrumentación protectora

de los bienes e intereses en juego en relación con las TIC y el ciberespacio, ha de ser una vez más como último recurso y en el marco de una política criminal apoyada, por tanto, y en primer término, en la articulación y aprovechamiento de los oportunos mecanismos no penales. No es, en efecto, a través del Derecho penal ni incluso a través de reglas jurídicas sino con "medidas de protección técnicas, organizativas y personales"[14] como debe garantizarse en primer término la seguridad de los modernos sistemas cibernéticos, destacando entre ellas las respuestas privadas:[15] como el fomento de la autoprotección por parte de los usuarios, de la autorregulación por parte de los suministradores y la colaboración público privada. En el seno de una política criminal de esta suerte, que integre lo anterior con las correspondientes medidas de carácter civil, mercantil y administrativo (como las dirigidas a limitar el anonimato, mediante el registro obligatorio ante el proveedor, el almacenamiento de datos con las debidas garantías, la restricción del cifrado de archivos...), es cuando tiene pleno sentido la utilización del Derecho penal, como instrumento de *ultima ratio*, dirigido a hacer frente a los comportamientos más graves que afecten a los bienes jurídicos fundamentales, algo que difícilmente cabe identificar con las meras desobediencias o con aquellas conductas que, por su alejamiento de la efectiva afectación del bien jurídico (v.gr. por su naturaleza exclusivamente preparatoria), no pueden merecer la calificación de injusto penal, al menos a la luz de los que generalmente entendemos han de ser los principios limitadores de la potestad punitiva estatal.

Con base en estas y otras consideraciones el *Coloquio Preparatorio de la Sección I*, celebrado en Verona del 28 al 30 de noviembre de 2012, elevó al XIX Congreso Internacional de Derecho Penal, una completa propuesta de resolución[16] que, tras ser debatida por la Sección I del Congreso, fue aprobada en septiembre de 2014, en Río de Janeiro. Puntos centrales de la resolución aprobada son:

1) Reconocimiento de la importancia y necesidad de protección de los intereses específicos generados por las TIC y el ciberespacio, así como constatación de las posibilidades que ofrecen de realización de no pocos delitos tradicionales con mayor peligrosidad o en circunstancias específicas. Todo lo cual requiere una especial atención y políticas legislativas eficientes, plenamente respetuosas de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, proporcionadas y coherentes.

Particular llamada de atención merece la evitación de toda suerte de hiperrregulación y sobrepenalización del ciberespacio, que hipotecando la libertad de

14. U. Sieber, *Straftaten...*, cit., p. 3.

15. S. D. Moitra, *Managing Risk from Cybercrime. Internet Policy and Security Management for Organizations*, Freiburg i.Br., 2008.

16. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2013 (1-2), p. 113 e ss. Para un comentario general, U. Sieber, "XIX. Internationaler Strafrechtskongress der AIDP vom 31. August bis 6. September 2014 in Rio de Janeiro zum Thema, Information Society and Penal Law", *ZStW*, 2013, 125(4), p. 975 e s.

comunicación acaban atacando e interfiriendo con derechos tan fundamentales como la libertad de expresión y la recepción, procesamiento y revelación de información, los cuales merecen igualmente pleno respeto y garantía en un estado de derecho. Debería constituir en este sentido criterio básico de actuación el huir de la penalización de conductas simplemente infractoras de normas morales o religiosas, o de mera desobediencia, que no suponen lesión ni puesta en peligro concreto de intereses personales o colectivos precisados de protección, entre las que han de incluirse la confidencialidad, integridad y disponibilidad de las redes TIC y del ciberespacio.

2) Importancia de la instrumentación de verdaderos mecanismos preventivos y de alternativas a la sanción penal, que permitan concentrar la intervención punitiva en los hechos realmente merecedores y necesitados de protección, encauzando la prevención y resolución primarias de conflictos por vías de naturaleza administrativa (bloqueo no desproporcionado, exigencias razonables de almacenamiento de datos que faciliten la identificación, con respeto del principio de proporcionalidad), civil y judicial, incluida la justicia restaurativa.

Relevancia a estos efectos de la instrumentación de sistemas efectivos de autorregulación por parte de los ISP y hasta de autoprotección por los propios usuarios: ahora bien, sin castigar penalmente el descuido en la adopción de medidas de seguridad, salvo en caso de violación de obligaciones muy específicas por parte de los responsables de la seguridad de los datos, y sin que la infracción de normas de seguridad por parte de los usuarios pueda eximir automáticamente a los ciberdelincuentes de su responsabilidad penal.

3) Insistencia en la observancia del principio de legalidad, tanto a la hora de la tipificación de los delitos relacionados con las TIC y el ciberespacio, como en cuanto a la definición de los deberes de personas físicas y/o jurídicas cuya violación pueda generar responsabilidad penal, con empleo de términos que permitan una precisa descripción de las conductas prohibidas a interpretar por los tribunales en su sentido usual.

4) Necesidad de respeto igualmente del principio de lesividad, habida cuenta de la tendencia legislativa a la penalización de actos simplemente preparatorios de ataques a las TIC y en el ciberespacio, que sólo deberían resultar punibles en caso de generación de riesgo de causación de un daño o peligro concreto para los bienes jurídicos ajenos o la confidencialidad, integridad y disponibilidad de las redes TIC, y con penas inferiores a las del delito consumado. Lo mismo habría de decirse de la simple posesión y visualización de datos, cuya punición debería quedar limitada a los supuestos de realización intencional y, al menos, puesta en peligro concreto de los intereses protegidos.

En cuanto a los ISP, frente a los riesgos de su conversión en censores de los contenidos que procesan, remisión de su responsabilidad penal a los supuestos de infracción intencional de normas específicas de control de contenidos, previamente a

su acceso por los usuarios, así como a la no adopción inmediata, conscientemente, de medidas razonables para imposibilitar el acceso a los contenidos ilegales, una vez avisados de forma fiable y específica de los contenidos prohibidos existentes en su dominio.

5) Por último, aunque no en importancia, dada la indudable dimensión transnacional de las TIC y el ciberespacio, intensificación de los esfuerzos de armonización a nivel mundial de las políticas relacionadas con la protección de las redes TIC y del ciberespacio, así como de las relativas a los intereses de los usuarios para, evitando graves discrepancias entre las legislaciones internas, mejorar la cooperación internacional y prevenir conflictos jurisdiccionales.

IV. Encuadrada la problemática general de los delitos relacionados con las TIC y ciberdelitos, el interés desde la *Parte especial del Derecho Penal*[17] va principalmente referido a las figuras específicas generadas para hacer frente a la variada fenomenología delictiva propia de una realidad cada vez mejor aprovechada para las actividades criminales (incluidas obviamente las del crimen organizado), y cuya presencia en las estadísticas criminales de todos los Estados (a pesar de su todavía altísima cifra negra)[18] aumenta en progresión vertiginosa, a la par que la demanda de su mayor criminalización y penalización.

Del estudio de las legislaciones mundiales concernientes a los delitos relacionados con las TIC y ciberdelitos, se deduce que se trata de un "área jurídica en construcción",[19] con relevantes diferencias en el tratamiento jurídico penal de estos fenómenos, a los que muchos Estados no han prestado todavía suficiente atención legislativa; no obstante, en Europa y América del Norte, el desarrollo penal es ya importante (aunque no siempre se vea acompañado por igual avance en el plano procesal). En todo caso, en las prácticas legislativas de los Estados resulta clara la influencia de los conceptos y contenidos del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de 2001 y su Protocolo adicional de 2008, centrado en la difusión de material racista y xenófobo a través de medios electrónicos, así como de la normativa de la Unión Europea.

Entrando en la tipología de figuras delictivas específicas, cabe distinguir entre

- las que atacan a la integridad y funcionalidad de los sistemas;
- las contrarias a la confidencialidad e intimidad;
- las referidas a contenidos ilícitos almacenados o que circulan por la red;

17. E. C. Viano, "Relación General" al Coloquio Preparatorio de Moscú (Sección II), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2013 (3-4), p. 357 e ss.

18. Se dice que sólo el 1% de la victimización generada por la ciberdelincuencia es denunciada a la policía. UNODOC, *Comprehensive Study* cit., p. 117.

19. E. C. Viano, "Relación general"..., cit., p. 359.

• otros ataques cibernéticos punibles: contra la libertad, contra la propiedad, contra los derechos de autor y propiedad industrial...;

• el incumplimiento de los deberes de cooperar con las agencias policiales y/o de persecución de los ciberdelitos;

1. Delitos contra la integridad y funcionalidad del TIC

Dentro de esta categoría delictiva se reúnen aquellas figuras en las que lo sustancial es el ataque al sistema en sí, en su integridad y funcionamiento, destacando los casos de acceso ilegal, interceptación de transmisiones, interferencias en el sistema y sus datos, falsificación de los mismos y abuso de los dispositivos de piratería informática.

A) Se extiende la penalización del *acceso ilegal a un sistema y la interceptación de las transmisiones,* bastando para ello de manera muy extendida la falta de autorización o su abuso, y sin necesidad por tanto de que el acceso venga acompañado de otros elementos, como intenciones o actos adicionales (perturbación del sistema o la red; aprovechamiento del acceso para la copia de algunos de informaciones, preparación y/o facilitación de otros delitos...) o, en particular, del empleo de dispositivos o software específicos, que en otros lugares operan como tipos cualificados, al lado de la distribución y difusión de lo obtenido. Algunas legislaciones procuran, con todo, perfilar mejor la figura del acceso ilegal con el fin de evitar la criminalización de los llamados "hackers éticos", que tan útiles resultan para detectar las vulnerabilidades de los sistemas y permitir su corrección.

B) También se castiga penalmente la *interferencia no autorizada con datos y sistemas*, comprensiva de las diversas formas típicas de los llamados "*crackers*", otras formas de borrado, alteración de la información y datos almacenados o en transmisión, así como la obstrucción del acceso y ataques de denegación de servicio.

C) En cuanto a la *falsificación de datos auténticos y la producción de datos falsos* (con inclusión del uso y procesamiento fraudulento de los mismos), resulta generalmente punible, bien por medio de las incriminaciones tradicionales en materia de falsificación, bien a través de disposiciones específicas, entendiendo en todo caso el término "datos" como comprensivo de los programas de software.

D) Se extiende, por fin, la tipificación del *abuso de dispositivos,* identificado ampliamente con la producción, venta, obtención, importación, distribución y puesta a punto de software, contraseñas, códigos de acceso, datos informáticos o dispositivos de piratería, y hasta de su posesión, lo que, como ya se ha visto y criticado, se trata como delito autónomo a pesar de su naturaleza preparatoria. Ahora bien, por la misma complejidad de las situaciones susceptibles de incardinarse en este plano y con el fin de evitar la excesiva criminalización y adelantamiento de las barreras de intervención penal, en el caso de la posesión frecuentemente se demanda la intención de su utilización como medio para la comisión de algún ciberdelito o infracción relacionada con las TIC.

2. Delitos contra la confidencialidad e intimidad

En relación con las TIC o ciberdelitos, los atentados contra la intimidad se refieren fundamentalmente a la violación del secreto de datos privados o la confidencialidad profesional, el procesamiento ilegal de datos profesionales y privados, y el robo de identidad *on-line*.

A) El *secreto de los datos personales y privados* –como los referidos al estado civil, orientación sexual, estado de salud y tantos otros que comunicamos a través de nuestras cuentas electrónicas y las cookies que aceptamos– se considera generalmente violado a través de su procesamiento ilegal, esto es, su uso, transferencia y distribución no autorizada y sin necesidad de fines de aprovechamiento comercial u otros ilícitos. Si bien en algunos lugares, como los EE.UU., los conflictos suscitados en este plano entre particulares se remiten a la jurisdicción civil, esto es algo crecientemente contemplado como delito por las legislaciones, hasta con nuevas incriminaciones específicas como la *difusión rápida de fotos e imágenes de personas sin su consentimiento o contra su voluntad.*

Las dificultades a la hora de la protección de los datos privados de los ciudadanos han llevado, además, a la demanda de regulación incluso a nivel internacional y a la exigencia de una estricta disciplina normativa (hasta mediante la autorregulación) de las prácticas establecidas por los recolectores de datos para garantizar su confidencialidad, integridad y calidad, y de las que los interesados deben mantenerse estrictamente informados. Se suscita entonces si la infracción de los deberes y obligaciones derivados de lo anterior han de castigarse penalmente o si, como parece más razonable desde la perspectiva de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, deben ser tratados por la vía civil o, a lo sumo, con sanciones administrativas.

B) Los datos personales o familiares obtenidos en el marco del *secreto profesional* están asimismo sujetos a confidencialidad, debiendo perseguirse penalmente su divulgación o transmisión, salvo en supuestos justificados (como, por ejemplo, para evitar la comisión de un delito grave o la acusación o condena de una persona inocente), de aquí que el procesamiento de datos sensibles por profesionales vaya siendo igualmente objeto de regulación, para garantizar unas prácticas aceptables y respetuosas de los derechos individuales de los ciudadanos.

C) En todo caso, en el campo de las agresiones contra la intimidad relacionadas con las TIC y el ciberdelito, alcanza en la actualidad el mayor interés el llamado *robo de identidad*, a través del cual se tipifican diversos comportamientos de adquisición ilegal (p.e. mediante *phishing*) de datos privados e información personal, en particular los referidos a documentos de identificación, tarjetas de crédito, cuentas bancarias, direcciones IP..., para su ulterior transferencia o uso en actividades criminales, usurpando la identidad (la real o la que uno utiliza para la comunicación en la red). Con todo, tal vez por falta de un instrumento internacional específico al respecto, el tratamiento legislativo de esta modalidad delictiva no es nada unifor-

me y mientras algunos Estados han introducido incriminaciones específicas, otros consideran que las figuras delictivas tradicionales (en particular, defraudaciones) bastan para hacer frente a los mismos y no acaban de calificarlo expresamente como delito.

3. Conductas relativas a contenidos ilícitos

A) En relación con los contenidos ilícitos, resalta el peso de las figuras delictivas relativas a la *pornografía infantil*: La exigencia de penalización de la producción, transmisión, transporte, suministro, exportación, acceso, descarga y almacenamiento de imágenes de pornografía infantil (no tanto de materiales de audio) es generalizada y lo mismo cabe decir del uso a tal efecto de medios electrónicos. Al margen de diferencias terminológicas y en cuanto a la edad, las cuestiones fundamentales que se suscitan en este ámbito tienen que ver con la extensión y alcance de las incriminaciones: si las conductas han de ser "a sabiendas" o cabe incurrir en ellas por negligencia y, en particular, si basta la simple posesión (hasta de reproducciones no de personas reales, sino simplemente virtuales) o es preciso algún elemento subjetivo transcendente como la intención de distribución etc., cuestiones que deberían resolverse exigiendo el estricto respeto de los principios de lesividad y *ultima ratio*. En cuanto a los ISP se les considera obligados a eliminar todo contenido de pornografía infantil detectado, debiendo castigarse la negativa a su eliminación.

B) Algunos países incriminan, además, otros actos cometidos en el mundo virtual como los grafiti virtuales con contenido ilícito. Igualmente existen disposiciones referidas a la *apología del genocidio, la violencia, el terrorismo, el nazismo, la provocación a la discriminación y a la difusión de material con violencia virtual* que puede resultar punible, por ejemplo, si ensalza o minimiza la violencia o se viola la dignidad de las personas, así como si hay violencia pornográfica.

4. Otros ataques cibernéticos punibles:

A) En cuanto a otros ataques contra la libertad, recientemente han surgido las figuras del acoso electrónico (*cyber-bullying* y *cyber-stalking*), si bien se mantiene el debate en torno a la necesidad o no de su incriminación específica.

B) También se postula la tipificación del *cyber-grooming*, consistente en la conducta dirigida a generar la confianza y amistad de la persona menor de edad, estableciendo unos lazos afectivos que faciliten la superación de las inhibiciones del niño y dejen expedita para el sujeto activo su explotación sexual, directamente o mediante su iniciación a la prostitución, la participación en la producción de pornografía infantil...

C) En el marco de los atentados al honor es frecuente la *difamación*, debatiéndose cuál deba ser el tratamiento de la *manipulación de la identidad virtual* de una persona susceptible de causar graves daños al nombre de esa persona en el ciberespacio.

D) Por lo que respecta a los *ataques a la propiedad (incluida la propiedad intelectual), relacionados con las TIC,* son manifestaciones más destacadas de estas modalidades delictivas, las *estafas y fraudes por internet* (con usurpación creciente de la identidad real o virtual) y la *violación de los derechos de autor*, generalmente cubiertas por el Derecho penal en la mayoría de los países, al igual que sucede con el *espionaje industrial*. La controversia en torno a si los ciberbienes pueden ser o no asimilados a los bienes del mundo real a efectos de los ataques a la propiedad ha sido ya resuelta en sentido positivo en algunas jurisdicciones, mientras que en otras se siguen reclamando disposiciones expresas que permitan el castigo del apoderamiento de objetos cuyo valor se circunscriba de manera exclusiva al mundo virtual.

E) Delitos de incumplimiento

La seguridad de la red, así como el refuerzo de las garantías de confidencialidad, integridad y calidad de los datos ha llevado, por fin, al establecimiento de regulaciones y deberes específicos para los ISP y, en general, para los recolectores de datos, cuya simple infracción se suscita si debe ser o no objeto de sanción penal.

Particularmente relevantes son en este ámbito las obligaciones de cooperación con las autoridades policiales y/o de persecución de los delitos mediante la cesión de datos de tráfico o instalación de dispositivos que facilitan su recogida y la interceptación de contenidos, cuya infracción constituye en muchos lugares delito; también la exigencia de comunicación a las autoridades de los delitos cibernéticos conocidos.

En el seno de la AIDP las figuras delictivas reconducibles a la ciberdelincuencia fueron objeto del *Coloquio Preparatorio de la Sección II*, reunido en Moscú del 24 al 27 de abril de 2013. Este elevó al XIX Congreso Internacional de Derecho Penal su propuesta de resolución,[20] que fue debatida por la Sección II del Congreso. Elementos centrales de la resolución aprobada por el Congreso de Río de Janeiro son:

1) La existencia de crecientes y completas regulaciones en relación con las TIC y el ciberespacio aumenta el riesgo de realización de comportamientos ilegales. Ahora bien, frente al exceso de confianza que tantas veces se observa en relación con el Derecho penal, éste debería centrar su intervención en los ataques contra aquellos bienes jurídicos realmente dignos, necesitados y susceptibles de la protección penal: en particular, en este ámbito, la confidencialidad, la integridad y disponibilidad de los datos y sistemas TIC, la autenticidad de la información, la vida e integridad física, la integridad de los niños, la privacidad, la protección contra daños y pérdida

20. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2013 (3-4), p. 391 e ss. Para un comentario general, U. Sieber, "XIX. Internationaler Strafrechtskongress...", cit., p. 977.

de la propiedad (incluida la propiedad virtual), los derechos de autor, el honor, la libertad de expresión y otros derechos humanos y fundamentales.

Además, las disposiciones penales deberían estar perfectamente coordinadas con la legislación en materia de recogida de datos y de tráfico comercial y financiero por internet, en la que la protección de los consumidores y el consentimiento informado, así como el derecho a la cancelación, rectificación y notificación han de constituir valores-guía principales.

2) Entrando en las concretas figuras delictivas:

a. El respeto de la privacidad por parte de los procesadores comerciales de datos personales (como los proveedores de internet y telecomunicaciones), las plataformas de medios sociales y los desarrolladores de aplicaciones debería quedar asegurado no solo por medio del diseño y aplicación de políticas obligatorias, sino también mediante la previsión de sanciones penales o de otro tipo en caso de violación de sus exigencias.

b. Los actos dolosos y perjudiciales contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y de los sistemas TIC deberían ser objeto de intervención penal, asegurando la prevención y persecución coordinadas, al igual que la sanción penal efectiva, del acceso ilegal a sistemas informáticos, la intercepción ilegal de transmisiones no públicas de datos electrónicos, la interferencia no justificada con datos y sistemas, el abuso de dispositivos, software, contraseñas y códigos, el fraude y la falsificación informáticos y el acceso no autorizado por parte de organismos gubernamentales. La interferencia en el funcionamiento de infraestructuras de información y comunicación críticas debería constituir un tipo agravado.

c. También se requiere la previsión y sanción penal firme y efectiva de la producción y distribución, difusión, importación, exportación, oferta, venta, compra, posesión y acceso a sabiendas a pornografía infantil, así como la cooperación o participación en estos hechos, en particular si afectan a niños reales y salvo que se destinen al propio uso privado, si se trata de menores con mayoría de edad sexual.

d. En cuanto al robo de identidad y fraude (incluido por *phishing*) deberían poder perseguirse penalmente bien a través de las disposiciones existentes o mediante la introducción de nuevas incriminaciones que, en el caso de la mera posesión de información relacionada con la identidad, habrían de limitarse a los actos cometidos con intención criminal de causar daño, no debiendo restringir ni criminalizar la libertad de pensamiento y de expresión, especialmente en el ámbito literario o artístico.

e. La penetración y gravedad de fenómenos como el *cyber-stalking*, el *cyber-bulling* y el *cyber-grooming* reclaman un esfuerzo acentuado de prevención, educación, concienciación y aplicación de vías y sanciones alternativas, y no sólo la pura aplicación de la legislación penal.

f. Las infracciones del derecho de autor no deberían alcanzar la categoría delictiva si no se producen con fines comerciales significativos o graves daños.

g. La gestión temeraria o por negligencia grave de infraestructuras críticas de las TIC y de grandes cantidades de datos sensibles, como los de las tarjetas de crédito, debería poder sancionarse tanto por la vía penal como no penal, lo mismo que la no adopción de medidas de seguridad razonables y/o la revelación de la información necesaria sobre las violaciones de seguridad por parte de los ISP.

V. El análisis de la incidencia e impacto en los sistemas penales de la utilización de las TIC, obliga también a considerar detenidamente las transformaciones derivadas de las mismas en el *plano procesal*,[21] y muy en particular en las formas de investigación, persecución y enjuiciamiento no sólo de los cibercrímenes, sino de todos los delitos, al igual que a su valoración desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales de los acusados (especialmente, su privacidad), ámbito en el que la emergencia de regulaciones apropiadas resulta acuciante si se quiere garantizar el necesario equilibrio.

1. Cuestiones generales

En realidad, y con la excepción de unos pocos países, es grande el déficit de regulaciones internas en torno a las herramientas, técnicas, mecanismos o medidas de investigación relativos a las TIC dentro del proceso penal. Esto lleva en la práctica a apoyarse en las definiciones del Convenio de Budapest y demás textos normativos europeos para completar los conceptos usuales del lenguaje de las TIC. Además, clara es la necesidad de armonización de la investigación y de los mecanismos de cooperación policial y penal en un ámbito caracterizado por la transnacionalidad de los comportamientos potencialmente generadores de responsabilidad penal.

La especialización parece igualmente imprescindible en lo relativo a la investigación penal de los ciberdelitos, donde la creación de unidades especializadas es la norma más extendida, si bien se reclama su mejor capacitación en no pocos países.

También resulta ya una constante, a la hora del abordaje tanto de la seguridad del Estado como en relación con fenómenos criminales tan graves como el terrorismo o la delincuencia organizada transnacional, la elaboración de posiciones de información, que no precisa en general de previa autorización judicial, salvo que suponga una intromisión en derechos fundamentales, y en cuyo marco es frecuente, entre otras, el empleo de la videovigilancia incluso desde satélites, así como el rastreo y análisis de cantidades masivas de datos en estrecho contacto con las unidades de inteligencia o servicios secretos de seguridad nacional. Parece en todo caso elemental contar con una regulación que determine las actuaciones, procedimientos (v.gr. *data mining* y *data matching*) y medidas (hasta coercitivas, como la interceptación de telecomunicaciones) a disposición de las autoridades policiales y

21. L. Bachmaier Winter, "Relación General" al Coloquio Preparatorio de Antalya (Sección III), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2014 (1-2), p. 129 e ss.

de seguridad, así como los procedimientos y requisitos a respetar para su aplicación y aprovechamiento en la investigación penal, algo por el momento ignorado por la legislación de la mayor parte de los países.

El acceso a bases de datos públicas y/o privadas *open source* por parte de las fuerzas policiales y de seguridad se considera generalmente permitido. Respetando algunas formalidades, la policía tiene igualmente acceso abierto a bases de datos de huellas digitales, documentos de identidad, matriculación de vehículos, así como a la información sobre los huéspedes registrados en los hoteles, aduanas, registro de licencias de armas, archivos policiales, y sistemas de intercambio de información como Europol e Interpol, por lo general sin necesidad de autorización judicial. Además, siempre que sea necesario para la prevención, detección o investigación de un delito de terrorismo u otro de naturaleza grave, las autoridades policiales en la UE pueden consultar el Sistema de Información de Visados (VIS, *Visa Information System*), el Sistema de Información Aduanera de la UE (*Customs Information System*, CIS) y la base de datos EURODAC, con algunas restricciones. En cuanto a las bases de datos privadas cabe acceder a ellas para la investigación penal de un delito (no con fines preventivos o de elaboración de posiciones de información), contando con previa orden judicial, salvo que sean de acceso abierto.

Por su parte, las compañías telefónicas e ISP están usualmente obligadas no sólo a la *retención y conversación de datos*, sino igualmente a *cooperar con las fuerzas policiales y de seguridad* si así lo ordena el juez (en ciertos lugares también el Fiscal), pudiendo incurrir en responsabilidad penal, susceptible de ser sancionada en no pocos lugares hasta con pena privativa de libertad. (La Directiva 2006/24/CE, que establecía con carácter general un tiempo de conservación de seis meses, ha sido, con todo, anulada por la Sentencia de 8 de abril de 2014 del Tribunal de Justicia de la UE).

Lo mismo sucede respecto de las interceptaciones o intervenciones, cuya confidencialidad ha de mantenerse, incurriendo en otro caso en responsabilidad.

2. Las TIC en la investigación penal

La interceptación electrónica en tiempo real de datos suele aceptarse bien a partir de la regulación general de escuchas telefónicas o de intervención de comunicaciones (lo que no deja de plantear frecuentes problemas), o bien con base en una normativa específica adoptada al efecto, exigiendo por lo general autorización judicial (salvo en ciertos Estados respecto de los metadatos) y con previsión expresa de posibilidades excepcionales de intervención para ciertos delitos y en caso de urgencia. Lo mismo se aplica a la interceptación de su contenido, aun cuando no cabe duda de que la intromisión en este caso es mayor, por lo que serían aconsejables estándares más altos para su admisión.

También se autoriza a fuerzas policiales y de seguridad a acceder, bloquear, investigar y decomisar sistemas de información o para obtener datos relativos al

tráfico de comunicaciones y a su contenido, con el fin de evitar su borrado, con sujeción, analógicamente, a las normas tradicionales existentes, diseñadas para objetos físicos. Ahora bien, la complejidad de determinadas actuaciones (como cuando se trata de intervenir sobre datos integrados en un sistema o sólo accesibles en red) aconsejaría la aprobación de reglas específicas que clarifiquen conceptos (como el registro y decomiso de un ordenador), al igual que, por razones de seguridad jurídica, la extensión y límites permisibles.

Al lado de las cámaras fijas o móviles en espacio públicos con fines de información o de seguridad, cada vez es más frecuente el uso de videovigilancia por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad para el esclarecimiento de un determinado delito. Sin embargo, su empleo, incluso en espacios públicos,[22] no deja de considerarse problemático y se restringe en no pocas legislaciones refiriéndolo a determinados delitos y requiriendo, además, autorización judicial previa.

En cuanto a la grabación audiovisual de interrogatorios de sospechosos o testigos, se contempla generalmente como posibilidad y no como algo obligatorio. Esto sorprende en una sociedad como la contemporánea con tanta presencia de las TIC a todos los niveles, dada la utilidad que la videograbación puede tener, en especial, de cara al aseguramiento de la prueba.

3. Las TIC y la prueba

Amplio es el cuestionamiento doctrinal acerca de de la fiabilidad y admisibilidad de las pruebas electrónicas y relacionadas con las TIC, por las posibilidades de manipulación y alternación que ofrecen. Este debate no ha tenido, sin embargo, una gran incidencia en la legislación procesal, admitiéndose ya la prueba relacionada con las TIC, sin perjuicio del análisis de su autenticidad si resulta cuestionada por alguna de las partes. En caso de ausencia de normativa específica, la jurisprudencia suele establecer los criterios a seguir a la hora de su admisión, valoración y exclusión.

Parece en cualquier caso conveniente insistir en la necesidad de adopción de reglas claras para el aseguramiento y comiso de los datos electrónicos y de la cadena de custodia.

4. Las TIC en la fase de juicio

En lo concerniente a la presentación en juicio de las pruebas relacionadas con las TIC, allí donde no existen normas especificas suelen aplicarse las reglas en materia de prueba documental, reproduciéndose en juicio las grabaciones de audio y/o imagen a partir del soporte en que se encuentren, completadas con su transcripción

22. Conviene recodar que el TEDH (*Rotaru v Romania*) ha declarado que la grabación sistemática o continua, incluso en lugar público, constituye una auténtica intromisión en la privacidad. Ver, al respecto, L. Bachmaier, "Criminal investigation and the right to privacy in the case law of the European Court of Human Rights", *Lex et Scientia*, n. XVI, vol. 2/2009, Bucharest, p. 9-29.

por escrito en caso de que así lo hayan sido; todo ello sin perjuicio del interrogatorio de las autoridades que hayan practicado la prueba con el fin de conocer mejor las circunstancias en que se produjo. De todos modos, a nadie se le oculta la oportunidad y conveniencia de la regulación precisa del modo de presentación de las pruebas relacionadas con las TIC, determinando en qué casos procede su transcripción por escrito y cuándo su reproducción debe ser preferente a la escucha del testimonio de los intervinientes en las grabaciones o la lectura del texto transcrito. Y es que, como indica Lorena Bachmaier, "cuando la fuente directa de la prueba no puede ser escuchada en el juicio, sería preferible visionar o escuchar las declaraciones grabadas durante la instrucción, más que hacer testificar a los agentes que interrogaron a los testigos o leer la transcripción de sus declaraciones: una grabación de vídeo –como regla general, si bien también puede implicar riesgos– parece una opción mejor y más precisa, pues permite al juez o al jurado una más directa valoración de esas declaraciones".[23]

También son crecientemente posibles, por muy diversas razones (imposibilidad de comparecencia, coste excesivo del desplazamiento, programas de protección de testigos y víctimas de ciertos delitos...), los interrogatorios a distancia de testigos, llegándose en algunos lugares a admitir excepcionalmente la comparecencia en juicio del acusado por medio de vídeo o teleconferencia. Por lo que respecta a la reconstrucción de los hechos mediante técnicas digitales y virtuales, se acepta en la práctica totalidad de países, incluso sin regulación expresa.

En general, cabe decir que el empleo de las técnicas audiovisuales para la presentación de todo tipo de pruebas en juicio resulta ampliamente asumido, si bien las prácticas de los diferentes países (e incluso entre los distintos tribunales en un mismo país) pueden resultar muy distantes. Por contra, parece todavía lejos la administración de justicia verdaderamente electrónica: aun cuando hay una digitalización parcial (de las denuncias y notificaciones, de ciertos documentos e información, de las decisiones de los órganos judiciales), la sustitución de los expedientes procesales penales en papel por expedientes electrónicos camina con mucha lentitud, enfrentándose a no pocas dificultades (y no sólo de financiación).

Las cuestiones procesales suscitadas por la utilización de las TIC en el proceso penal fueron objeto en el seno de la AIDP del *Coloquio Preparatorio de la Sección III*, celebrado en Antalya (Turquía), del 24 al 27 de septiembre de 2013. Sus recomendaciones[24] fueron debatidas por la Sección III del XIX Congreso (Río de Janeiro). Este aprobó una completa resolución en la que destacan como pautas principales:

23. L. Bachmaier Winter, "Relación general"..., cit., p. 188.

24. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2014 (1-2), p. 207 e ss. Para un comentario general, U. Sieber, "XIX. Internationaler Strafrechtskongress...", cit., p. 977 e s.

– La intromisión que en los derechos humanos puede suponer el uso de las TIC en el proceso penal y la recogida de información con fines preventivos o de inteligencia, exige que sólo deba considerarse admisible si respeta los derechos siguientes:

• Privacidad, que exige sujetar toda restricción a los principios de legalidad, proporcionalidad, legitimidad y necesidad, con arreglo a los parámetros de la sociedad democrática.

• Protección de datos de carácter personal, que

■ remite la admisibilidad de cualquier intromisión al análisis de su proporcionalidad con los fines de prevención e investigación en cada caso, entendiendo que los datos personales sólo pueden ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos;

■ ordena la restricción de su uso a los fines para los que se autorizó su obtención, aplicable igualmente a su procesamiento y transferencia a las autoridades policiales, salvo en casos de prevención o persecución de un delito grave y con respeto del principio de proporcionalidad;

■ exige la regulación legal del acceso, tratamiento de los datos almacenados, así como de su control por parte de una autoridad independiente, debiendo las compañías públicas y/o privadas obligadas a la retención de datos digitales y preservación de su integridad respetar el derecho a la protección de datos.

• Defensa, en el supuesto de uso de las TIC en los procesos penales, lo que incluye el derecho a un proceso público, a la confrontación contradictoria de la prueba, al acceso a los autos y a la prueba pericial especializada también en relación con medios de prueba electrónicos, como garantía del principio de igualdad de armas.

– La regulación del uso de las TIC en la elaboración de inteligencia y recogida de datos con carácter preventivo debe hacerse por ley. Esta debe:

• Determinar las posibles medidas a utilizar en la recogida de datos con fines preventivos o de inteligencia, al igual que los fines, el ámbito y los requisitos a los que quedarán sometidas, incluidas las condiciones del almacenamiento y borrado de los datos, así como de la destrucción de los soportes de almacenamiento.

• Impedir el empleo a tal efecto de medidas coercitivas, salvo con autorización judicial, que habrá de ser igualmente necesaria para la recogida de datos con los mismos fines mediante técnicas de rastreo y/o cotejo de datos (*data mining y data matching*) no susceptibles de acceso libre.

• Exigir el respeto del derecho a la privacidad y demás derechos fundamentales en la aplicación de vigilancia dirigida a la obtención de información con fines preventivos o de inteligencia.

• Asegurar el control del acceso a las correspondientes bases de datos mediante técnicas adecuadas y, para los datos sensibles, bajo la supervisión de una autoridad independiente.

• Fijar los casos y condiciones en que los datos recopilados con aquellos fines pueden ser transmitidos a otra autoridad.

– El uso de las TIC en la investigación penal deberá estar igualmente regulado por ley, que deberá:

• Determinar las medidas de investigación permitidas –como por ejemplo la vigilancia electrónica, la geo-localización, el acceso a datos almacenados o en tiempo real, la investigación encubierta *on-line*, el registro y confiscación de ordenadores, los registros extensivos de redes interconectadas, las órdenes de entrega o decodificación de datos informáticos o automatizados, el análisis de datos de comunicación en móviles, la utilización de instrumentos de acceso remoto y la interceptación de cualquier tipo de comunicación–, las cuales sólo deberán aplicarse cuando la información requerida no pueda obtenerse por medios menos intrusivos.

• Especificar el alcance, duración máxima de los actos de investigación admisibles y las condiciones de almacenamiento y/o destrucción de los datos, así como las medidas de registro y obtención de datos electrónicos.

• Sujetar, con carácter general, la aplicación de las medidas de investigación que impliquen el uso de las TIC y que representen una intromisión significativa en el derecho a la privacidad, como el acceso al contenido de las comunicaciones, la interceptación y acceso de datos en tiempo real o la utilización de técnicas de investigación remota, a la existencia de

■ autorización judicial previa, y

■ sospecha razonable de

• la comisión de un delito que pueda calificarse como grave y

• vinculación del destinatario de la medida con ese hecho delictivo.

• Garantizar el derecho a la información de las personas afectadas en su privacidad, salvo que ello ponga en peligro los fines de la medida y/o los resultados de la investigación penal, estableciendo legalmente las medidas y recursos a emplear frente a la posible ilicitud y para garantizar el derecho a la confidencialidad.

• Asegurar el respeto del secreto profesional de las comunicaciones entre abogado y defendido por parte de quienes estén autorizados a la realización de actos de investigación con uso de las TIC y acceso a datos contenidos en ordenadores o comunicaciones electrónicas, adoptándose las medidas necesarias para prevenir el acceso y tratamiento de datos no relacionados con el proceso penal.

• Fijar los supuestos, finalidad, condiciones y requisitos de toda posible cooperación con las autoridades policiales en la investigación criminal por parte de las empresas privadas y proveedores de tecnología de información y comunicaciones (TIC), que cuando pueda afectar a los derechos fundamentales sólo podrá realizarse conforme a lo previsto por la ley y no será fuente de responsabilidad civil frente a los clientes.

Los Estados deberán además asumir la obligación de proveer a las fuerzas policiales de los medios técnicos, las capacidades y la formación especializada en el uso de las TIC, no sólo para luchar de manera eficaz contra las formas sofisticadas de cibercrimen, sino también para obtener y manejar correctamente la prueba electró-

nica en general, promoviendo el desarrollo de guías de buenas prácticas en el uso las TIC con fines de investigación criminal.

– En relación con las pruebas:

• La ley deberá establecer las normas para la rápida conservación y almacenamiento de los datos digitales, empleándose las herramientas forenses adecuadas conforme a un protocolo ordinario con el fin de prevenir y evitar su manipulación o alternación.

• La fiabilidad de la prueba electrónica u obtenida por medio de las TIC exigirá la acreditación del cumplimiento de la cadena de custodia, debiendo garantizarse a la defensa el acceso a los datos electrónicos de manera efectiva y sin restricciones para la verificación de su autenticidad y su presentación en juicio.

• Serán inamisibles las pruebas digitales obtenidas en vulneración directa o indirecta de los derechos y libertades fundamentales, infringiendo el derecho a un proceso con todas las garantías.

– En cuanto al uso de las TIC durante el juicio se propugna:

• La habilitación de las salas de vistas con el equipamiento necesario para la utilización de las TCI en los juicios penales.

• La facilitación, en los casos y condiciones previstos por la ley, del uso de la videoconferencia para la retransmisión de declaraciones e interrogatorio de testigos cuya comparecencia se presente imposible o no indicada debido a su vulnerabilidad o otras dificultades, garantizando la identidad del testigo.

• La grabación en vídeo del interrogatorio contradictorio de niños víctimas de delito realizado en fase de investigación, evitando así la posterior comparecencia en el juicio oral, si contraindicada a la luz del desarrollo y bienestar del menor.

• La remisión únicamente a casos excepcionales, de la posible autorización de la presencia del imputado por medio de videoconferencia, quedando siempre garantizados sus derechos a la no autoinculpación, a la asistencia letrada (incluida la comunicación confidencial con el abogado) y al examen contradictorio de los testigos.

VI. Las propias características del mundo cibernético y, en general, de los comportamientos relacionados con las TIC (si no todos, al menos, de una gran parte de los mismos) determinan que sean muchos los perfiles internacionales potencialmente ligados tanto a los aspectos materiales como procesales de la intervención penal en materia de ciberdelincuencia, de aquí el gran interés que suscitan los aspectos de *Derecho penal internacional*.[25]

1. Jurisdicción

25. A. Klip, "Relación General" al Coloquio Preparatorio de Helsinki (Sección IIV), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2014 (1-2), p. 429 e ss.

La primera cuestión suele ser la de la *aplicación espacial de la Ley penal*, pues, como se viene repitiendo, la transnacionalidad es un rasgo característico de los ciberdelitos y la competencia jurisdiccional en materia penal se rige prioritariamente, en la generalidad de los países, con base en el principio de territorialidad. Ciertamente, y al lado de las posibilidades ofrecidas por el principio de personalidad (en su versión activa o incluso pasiva), allá donde el resultado se haya producido en el territorio del Estado normalmente la competencia jurisdiccional no planteará problemas. Sucede, con todo, que son muchas las figuras de mera (in)actividad en este ámbito, que no requieren por tanto la producción de un resultado. Por otra parte, cabe debatir qué ha de considerarse "resultado" en la ciberdelincuencia: ¿basta, p.e., el mero acceso al sistema situado en el territorio estatal? ¿es preciso un daño directo o al menos una "interferencia"?[26]

En realidad, una parte fundamental del problema jurisdiccional viene determinado por la dificultad de fijación del *locus delicti* en unos delitos de imposible o muy difícil ubicación conforme a los parámetros tradicionales, lo que lleva a aceptar que puedan considerarse cometidos, por ejemplo, en todos los lugares desde los que se pueda ver o acceder a los sitios web delictivos o a propugnar la intervención del sistema penal nacional sin determinación del lugar de comisión del delito y hasta, directamente, la aplicación del principio de jurisdicción universal. Ahora bien, como recuerda A. Klip esto supone necesariamente aceptar "que la conducta criminal puede tener más de un *locus delicti*"[27] y genera, sin duda, un riesgo de multiplicación de los conflictos jurisdiccionales.

La determinación del lugar de comisión es potencialmente fuente de controversias en unos delitos en los que la deslocalización puede asimismo darse entre los distintos intervinientes (tanto a título de (co)autores como de partícipes), algo que se complica aún más en relación con aquellas personas jurídicas que operan en diversos Estados con diferentes regímenes de responsabilidad (penal, cuasipenal, administrativa...).

Se demanda por esto la intensificación de los esfuerzos de armonización de las reglas de competencia (en particular, del sentido y alcance del principio de territorialidad en este campo) y de los criterios de resolución de las cuestiones jurisdiccionales, dada su relevancia en la lucha contra los ciberdelitos. Todo ello, junto a la potenciación y mejora de la necesaria cooperación internacional en los distintos niveles de la intervención penal (prevención, detección, investigación y enjuiciamiento) en un campo precisado, por la propia naturaleza de los datos electrónicos, de procedimientos caracterizados por su agilidad, rapidez y discreción.

En todo caso, conviene tener presente que la exigencia de responsabilidad penal en delitos a distancia debería requerir no sólo que el autor haya sido capaz de cono-

26. Th. Weigend, "Relación general"..., cit., p. 100 e s.

27. A. Klip, "Relación general"..., cit., p. 439.

cer la norma prohibitiva, sino igualmente, y como presupuesto de lo anterior, que fuera capaz de saber que con su actuación alcanzaría al territorio del Estado que se pueda declarar competente. Pues bien, allá donde el sujeto se limita, p.e., a colocar en la red contenidos admisibles en el Estado en que actúa, pero que pueden resultar ilegales para la legislación de otros Estados desde los que otros individuos acceden a los mismos, admitir la competencia jurisdiccional de estos últimos respecto de los hechos de quien coloca los contenidos en la red, a disposición de quien quiera descargárselos, entraría gravemente en contradicción con los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Otra cosa es la posible responsabilidad de quien descargue esos contenidos, lícitos en el Estado del productor, pero prohibidos por su propio sistema legal.

2. Investigaciones en el ciberespacio

En el apartado relativo a las cuestiones de carácter procesal se han visto las potencialidades y riesgos que las nuevas tecnologías de la información y comunicación ofrecen de cara a la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos, áreas en las que la necesidad de potenciación y mejora de la cooperación internacional resulta esencial, como en otros ámbitos relacionados con la ciberdelincuencia.

Al igual que en el caso de esta última, las nuevas herramientas de la información y comunicación aportan una tecnología que ofrece a los Estados la posibilidad de desarrollo de actos de investigación en el mundo cibernético (p.e. interceptación de datos o registros por acceso remoto) y hasta en otros lugares, sin pasar necesariamente por los procedimientos ordinarios de asistencia penal recíproca, lo que no deja de suscitar importantes cuestionamientos desde el prisma de la legalidad y del derecho a la intimidad. Dejando al margen los supuestos de *open source*, esto lleva a no pocos Estados a limitar su aplicabilidad a los delitos más graves, de modo que cuando el lugar de la información o la IP del ordenador son extranjeros ha de tramitarse por lo general el auxilio internacional para poder llegar a la información protegida (a la que podía accederse técnicamente *hackeando*) o para hacerse con el control remoto del ordenador. Con todo, ¿a quién ha de dirigirse la solicitud de asistencia cuando los datos se encuentran en la nube o, como resulta técnicamente muy habitual, están programados para su transferencia automática de un servidor a otro con el fin de aprovechar del modo más eficiente el espacio disponible en servidores interconectados? De otra parte, ¿cómo hacer que funcionen razonablemente los mecanismos internacionales de auxilio si los datos pueden moverse automáticamente de un servidor a otro en países diversos mientras se tramita el correspondiente permiso para que la policía pueda registrar un servidor localizado en otro país? O, en el caso de una conversación telefónica internacional por teléfono móvil que involucra a varios Estados, ¿deben todos ellos acordar la autorización? Obviamente las prácticas estatales tratan de hacer frente a estos problemas, entre otras formas mediante la imposición de obligaciones a los proveedores, pero no

siempre con pleno respeto de la legalidad, de aquí la necesidad de regulaciones armonizadoras.

Lo mismo cabe defender en relación con el llamado *self-service* en el ciberespacio. Y es que, si bien la percepción es que en estos casos el ataque a la soberanía extranjera es menor que en los supuestos de intervención física directa, salvo que existan normativas específicas o se consiga demostrar que no hay propiamente una actuación extraterritorial, la aplicación automática al plano virtual de las reglas generales que prohíben o restringen la presencia y/o intervención de agentes de policía extranjeros en el territorio de otro Estado, debería llevar a imposibilitar las actuaciones directas de los agentes de policía extranjeros en redes u ordenadores localizados en otros Estados, sin contar con la autorización de estos últimos.

En suma, ante las prácticas unilaterales ya aplicadas y que progresivamente se irán sin duda extendiendo, favorecidas por los mismos avances tecnológicos, parece oportuno reclamar "un acuerdo internacional sobre investigación para recogida de pruebas y aplicación de la ley, para poner al ciberespacio bajo el imperio de la ley".[28]

3. Cooperación y asistencia mutua en asuntos penales

La presencia en la práctica de las nuevas técnicas investigadoras (y de transferencia electrónica, p.e. de documentos) es evidente en materia de asistencia mutua en asuntos penales. Además, se detectan nuevas necesidades: en particular, la exigencia de una mayor agilidad y rapidez en los procedimientos para poder hacer frente con eficacia a la velocidad de los datos y, en general, la vida en el plano virtual.

Una primera respuesta es, en este orden de cosas, y como ya hemos visto *supra*, el establecimiento y mantenimiento de posiciones informativas con fines preventivos y de preservación de pruebas de comportamientos todavía no producidos, así como el intercambio de datos relativos a transacciones económicas y visados, medidas ya contempladas por acuerdos internacionales en materias como terrorismo, a pesar de los problemas que suscitan desde el prisma tanto del derecho a la intimidad, como de la integridad y calidad de los datos existentes.

La creación de bases de datos supranacionales y la posibilidad de consulta *online* de bases de datos ajenas se inscriben en esta misma línea, permitiendo la obtención de esas informaciones sin solicitarla al Estado que dispone de ella, aun cuando por lo general se necesitará su permiso si se desean utilizar como prueba.

En cuanto a la exigencia de la doble incriminación la tendencia es a la disminución de su importancia e incluso, donde se extiende el principio de reconocimiento mutuo, a su no exigencia para la cooperación.

28. Idem, p. 464.

La clave para la cooperación internacional parece seguir estando, en todo caso, en la resolución de las dificultades que suscita la localización de la información o prueba que se precisa; también en el logro de la cooperación por parte de ISP sin sede en el propio Estado. En este sentido, junto a la unificación de las normas de protección de datos, sería muy de desear el despliegue de esfuerzos adecuados

– para lograr un acuerdo internacional que permitiera regular las obligaciones de las partes privadas en cuanto a la obtención y suministro de las informaciones, y/o

– para la fijación acordada de las condiciones y límites de aceptación de las acciones unilaterales estatales y técnicas específicas aplicables.

Lo anterior parece asimismo necesario de cara a permitir la ejecución de sentencias y de medidas provisionales (como, p.e., cierre o denegación de acceso a sitios web en el extranjero, orden de borrado de contenidos ilegales...) que, en su caso, podría hacerse de manera directa por los Estados aplicando las TIC. Y es que la previsión en un acuerdo internacional de las condiciones y límites de este tipo de actuaciones serviría en estos supuestos tanto a los intereses de la investigación y persecución, como a los de la defensa.

En lo relativo al desarrollo de las vistas, las posibilidades que las TIC ofrecen de contactar directamente (esto es, sin la ayuda de las autoridades del Estado en que se encuentren) con los participantes en el proceso pueden acabar marginando a los mecanismos tradicionales de asistencia mutua en relación con notificaciones y hasta para la audición de acusados, víctimas, testigos y peritos. No parece que esto debiera suscitar controversias siempre que quede asegurado el respeto de las reglas esenciales relativas a los derechos fundamentales de las personas contactadas, lo que requerirá mecanismos eficaces de verificación de la identidad, garantías de seguridad de los datos y, sobre todo, la plena información de los interesados sobre sus derechos, así como de las circunstancias y consecuencias de su participación en la diligencia o prueba.

4. Derechos Humanos reales en un mundo virtual

En realidad, lo importante no es tanto aferrarse a las reglas y mecanismos tradicionales, que el uso de las TIC puede fácilmente rodear y evitar, sino caminar hacia un mundo virtual en el que las garantías y derechos fundamentales de los individuos, en particular, el derecho a la intimidad y la libre expresión, queden igualmente garantizados en el marco de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento de carácter penal que han de seguir respetando los estándares de un juicio justo.

El respeto a la soberanía estatal del Estado en el que se localizaba el individuo ha sido durante años la vía para garantizar los derechos humanos en el seno de los procedimientos internacionales de cooperación. En la actualidad, es preciso dar pasos eficaces para que la incapacidad por parte de los Estados de aplicación de su legislación en el mundo virtual no lleve a la desprotección de los derechos humanos en el ciberespacio.

Frente a la deslocalización se requieren por ello acuerdos internacionales efectivos que ayuden a localizar también los deberes y obligaciones en materia de de-

rechos humanos, a cuyo efecto la referencia al Estado del proveedor resulta del mayor interés. Y es que, como recuerda Klip, "si los Estados no son capaces de encontrar una vía para diseñar su responsabilidad sobre internet y llevarlo al estado de derecho, el ciberespacio se asimilará a un estado de anarquía. Y esto resultaría en un mundo en el que las reglas relativas al crimen organizado y en materia de derechos humanos quedarían sin sentido".[29]

En el marco de la preparación del XIX Congreso Internacional de Derecho Penal, el estudio de las cuestiones suscitadas por la utilización de las TIC en el Derecho penal internacional correspondió al *Coloquio Preparatorio de la Sección IV,* celebrado en Helsinki (Finlandia), del 9 al 12 de junio de 2013. Las recomendaciones[30] fueron elevadas a la Sección IV del Congreso, donde tras el correspondiente debate se integraron en la resolución final, con el contenido principal siguiente:

– Necesidad de que se desarrollen por los Estados respuestas legislativas y en la práctica apropiadas a los continuos retos planteados por el ciberdelito, así como fomento de la firma y ratificación de los instrumentos internacionales ya existentes sobre ciberdelincuencia, generando otros nuevos (con inclusión de estándares de cumplimiento normativo para las empresas multinacionales) para asegurar el estado de derecho en el ciberespacio y evitar los conflictos entre las jurisdicciones estatales en un marco de apropiado respeto de los derechos fundamentales y humanos.

– En relación con los problemas de competencia y *locus delicti*,

• con el fin de prevenir los conflictos de competencia, los Estados deberían contenerse en cuanto a la apertura de vías de extraterritorialidad y muy en particular en lo concerniente a la aplicación de la jurisdicción universal, de hecho o de derecho, a los supuestos de contenido prohibido en el ciberespacio;

• en el mundo virtual las infracciones penales pueden tener más de un lugar; ahora bien, con el fin de evitar excesos, se propone

■ restringir los supuestos de ejercicio de la competencia jurisdiccional a los casos en que el efecto ha sido "atraído" al Estado por un individuo (y no cuando el efecto ha sido "empujado" por el autor hacia el Estado), permitiendo la exigencia de responsabilidad incluso si el contenido atraído es lícito con arreglo al sistema jurídico del productor;

■ considerar la exigencia de

• un nexo particular con la infracción, como la intención del autor, la disposición de servicios de pagos nacionales u ofrecidos en una ciudad específica, así como

• la existencia de una expectativa razonable por parte del autor de que su conducta causaría efecto en aquel país.

29. Idem, p. 481.

30. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2014 (1-2), p. 491 e ss. Para un comentario general, U. Sieber, "XIX. Internationaler Strafrechtskongress...", cit., p. 979 e s.

Se incluye igualmente en esta parte de la propuesta la consideración por los Estados del establecimiento de exigencias de cumplimiento normativo corporativo y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para estos delitos.

– Respecto de las investigaciones en el ciberespacio, se considera que

• al igual que no cabe aceptar soberanía estatal exclusiva alguna sobre las redes públicamente accesibles, tampoco las agencias de persecución de delitos o los ciudadanos pueden ver limitado su derecho a navegar y operar libremente por las redes y contemplar contenido almacenado, salvo si se trata de aplicar medidas coercitivas o encubiertas;

• parece apropiado el establecimiento por los Estados y por parte de la comunidad internacional de obligaciones preventivas para los proveedores de servicios, de software y desarrolladores de aplicaciones u otras personas implicadas en las TIC, así como la obligación de los suministradores de servicios, previa autorización judicial, de cooperar con las agencias de persecución de los delitos, haciendo que la transferencia de datos en el mundo cibernético sea trazable, dando acceso a contraseñas, desencriptando contenido o instalando mecanismos de búsqueda con fines de investigación, todo ello con respeto del principio de proporcionalidad y de los derechos humanos internacionalmente reconocidos o fundamentales;

• los Estados deberían garantizar a los ciudadanos involucrados tanto la protección nacional ordinaria como la del Estado en el que las medidas de investigación se lleven a cabo o en el que se encuentren mientras se procede a la investigación.

– Por lo demás, la cooperación internacional en materia penal y de ejecución respecto de los ciberdelitos exige de los Estados la implementación de las medidas técnicas necesarias, con respeto del principio de proporcionalidad. Además,

• es fundamental que los Estados sean capaces de prestar asistencia técnica con rapidez y hasta aplicar órdenes provisionales de preservación de datos, por un tiempo razonable y sin afectar indebidamente a los derechos de las partes;

• en supuestos de entendimiento común de los ciberdelitos la eliminación del requisito de la doble incriminación como condición de la asistencia legal mutua, puede considerarse razonable y debería en todo caso aplicarse en relación con aquellos delitos cibernéticos cuya incriminación venga exigida internacionalmente;

• si así lo establece un acuerdo internacional o la ley del Estado donde se localiza el suministrador del servicio o se encuentra ubicado el servidor del comando y control de la *botnet*, la decisión (provisional) de un tribunal penal de cierre de un servidor, sitio web o solicitud estatal de acabar con una *botnet* deberían poder ser ejecutadas de manera directa, restringiendo al territorio del Estado requirente (siempre que sea posible) el efecto de inaccesibilidad al sitio web para evitar de este modo una limitación innecesaria de la libertad cibernética;

• el uso posterior en materia penal de la información recogida por los servicios de inteligencia debería limitarse a los supuestos cubiertos por los mecanismos regulares de cooperación judicial o policial en asuntos penales.

– Se demanda el pleno respeto y garantía, por parte de los Estados y en el contexto digital, de los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos. A tal efecto,

• los Estados, cuando actúen extraterritorialmente al investigar en el ciberespacio, deberían observar no sólo los estándares aplicables en su jurisdicción (*agent control standard*), sino también los aplicables en el Estado donde se lleven a cabo las investigaciones y donde se encuentren las personas implicadas mientras aquéllas tienen lugar;

• con el fin de asegurar la responsabilidad estatal en caso de violaciones de derechos humanos, se aconseja grabar las investigaciones en el ciberespacio, remitiendo la grabación también a la defensa.

– En cuanto a la *Sala judicial virtual,*

• siempre que los acusados, testigos, víctimas y peritos se encuentren físicamente fuera del Estado, las autoridades podrán, naturalmente, enviarles comunicaciones directamente, en idioma comprensible por el destinatario y con especificación de sus derechos y obligaciones al respecto, y muy en particular en cuanto a la defensa letrada, deber de presentarse, desacato y perjurio;

• convendría, además, extender en la justicia penal internacional las posibilidades de uso de la tecnología digital (v.gr. videolinks), contando con el consentimiento de la persona afectada, para reducir la aplicación de mecanismos intrusivos, como la extradición o evitar traslados temporales innecesarios de personas detenidas o de los peritos y testigos;

• los Estados deberían potenciar la recogida de pruebas mediante tecnología digital, incluso aun cuando el individuo no se encuentre físicamente presente en la vista;

• ha de garantizarse que la seguridad, integridad y confianza de la comunicación digital en uso por parte de las autoridades sean al más alto nivel, con infraestructuras adecuadas y protegiendo la inviolabilidad de la confidencialidad de las comunicaciones digitales utilizadas en la justicia penal internacional.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Condutas ilícitas na sociedade digital, de Marco Antonio Zanellato – *RDC* 44/206 (DTR\2002\757);
- Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual, de Luciana Boiteux – *RBCCrim* 47/146, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/945 (DTR\2004\156);
- Direito informacional: direito da sociedade da informação, de Paulo Hamilton Siqueira Júnior – *RT* 859/743 (DTR\2007\750); e
- Inovações tecnológicas no direito processual penal dialética entre eficácia e garantia na produção da prova, de Denis Sampaio – *RBCCrim* 102/243 (DTR\2013\3302).

PARA UM SISTEMA RENOVADO DO FACTO PUNÍVEL

FOR A RENEWED SYSTEM OF THE CRIMINAL FACT

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Diretivo da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Membro do Conselho Fiscal do Banco Português de Investimento. Diretor da Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Redator e Comproprietário da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Membro do Internationaler Beraterkreis da Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Sócio emérito do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Detentor da Grã-Cruz da Ordem Militar de Cristo.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo pretende introduzir algumas modificações no sistema do direito penal mais vulgarizado nas doutrinas europeias e brasileira. O sistema dogmático não deve ser comandado por orientações filosóficas apriorísticas (positivistas, normativistas ou ônticas), mas por proposições político-criminais derivadas do cerne do pensamento do Estado Democrático sob a forma do Estado de Direito. A proposição primordial reside em que a categoria fundamental do sistema não deve ser a da ação, nem tão pouco a da tipicidade formal-abstrata, mas a do concreto ilícito-típico (ou tipo de ilícito) iluminada pelo bem jurídico: por isso *todo o direito penal é direito penal do bem jurídico*. A segunda é a de que a categoria sistemática da culpabilidade é limitada pelo axioma básico de qualquer regime democrático: o do respeito integral pela eminente dignidade da pessoa humana. Por isso *todo o direito penal é direito penal da culpabilidade*. A terceira proposição é a da necessidade de dar acolhimento à categoria da punibilidade como expressão da necessidade ou carência de pena do concreto caso da vida: por isso *todo o direito penal é direito penal preventivamente necessário*.

PALAVRAS-CHAVE: Pensamento sistemático - Pensamento problemático - Ação - Tipicidade - Ilicitude - Tipos de ilícito - Culpabilidade - Tipos de culpabilidade - Punibilidade - Necessidade de punição.

ABSTRACT: This article intends to introduce some changes in the most common criminal law systems within the European and Brazilian jurisprudence. The dogmatic system must not be driven by aprioristic philosophical orientations (positivist; normative or ontic), but by criminal policy propositions which derive from the core of the Democratic State's way of thought, through the form of the Rule of Law. The primary proposition resides in the fact that the system's main category must not be the action, nor the formal-abstract typicality, but of the actual typical-crime (or type of crime) enhanced by the legal good: *therefore all criminal law is criminal law of the legal good*. The second one is the systematic category of culpability through the basic axiom of every democratic system: full respect for the eminent dignity of the human being. *Therefore all criminal law is criminal law of culpability*. The third proposition is the need to engage the category of punishability as an expression of the need or lack of punishment in the precise real-life case: therefore *all criminal law is preemptively necessary criminal law*.

KEYWORDS: Systematic thinking - Problematic thinking - Action - Tipicality - Wronfgulness - Types of crime - Culpability - Types of culpability - Punishability - Need of punishment.

Foi em agosto de 1981 – já lá vão 33 longos e conturbados anos – que proferi no Rio de Janeiro, a convite da Ordem dos Advogados, a minha primeira conferência no Brasil, que intitulei "Direito Penal e Estado de Direito material". Tenho consciência de que essa conferência obteve alguma ressonância entre os meus irmãos brasileiros. Mas sei também que isso se não deveu tanto à qualidade do orador, quanto sim à circunstância de versar uma problemática que, se em Portugal correspondia já à situação político-constitucional vigente, instaurada pelo Movimento do 25 de abril de 1974, soava aos democratas brasileiros, mergulhados ainda em tempos de ditadura militar, como um anseio profundo que queriam com toda a sua força concretizar. No entrementes, encontrei em São Paulo, particularmente no seio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a minha casa e a parte da minha família deste lado do Atlântico. A ela volto sem cansaço nem lassidão. Aqui estou de novo, caminheiro de longa viagem, disposto a prestar contas, dizendo no menor número possível de palavras aquilo que tentei fazer, nos terrenos que cultivei, ao longo de tanto tempo. Desculpar-me-eis por isso, assim o espero, se esta intervenção for para mim sobretudo um exercício de recordação.

Decidi por isso, depois de aturada reflexão, dar parte de algumas das minhas meditações sobre o sistema e a dogmática jurídico-penais: no fundo, voltar ao meu tema de 1981, mas sob um pressuposto que agora (felizmente) já é diferente não apenas em Portugal, mas também no Brasil: o da existência jurídico-constitucional de um Estado de Direito consolidado. Dirão alguns que o tema relativo ao sistema e à dogmática jurídico-penal é um tema antigo e fora da moda do nosso tempo e dos seus problemas. Responderei: é mais que antigo, é eterno. Mediático seguramente não o é. Mas isso só porque se não pode exigir à mídia que compreenda que, sobretudo em ordens jurídicas que, como a portuguesa e a brasileira, não se baseiam na *case law*, mas na *norma legal*, o sistema e a dogmática penais constituem as bases imprescindíveis sem as quais se não poderá ter a esperança fundada de encontrar a solução justa e correta de um caso penal da vida, da passada, da atual e da futura.

I

Ainda como aluno, uma das mais importantes ideias que insistentemente me foi inoculada pelos meus Mestres foi a de que a Ciência que então aprendia deve ser comandada por um ponto de partida *metodológico* e nela deve ser buscado o *fundamento* e o *sentido* do pensamento jurídico. Era o tempo em que a chamada "jurisprudência dos interesses", como reação contra o legalismo positivista e lógico-subsuntivo, continuava a constituir nota distintiva do pensamento jurídico conimbricense, temperada já embora pelas especificidades de cada disciplina jurídica; e em que por isso o meu Mestre Eduardo Correia acentuava, na cadeira de Direito Criminal, que a metódica da atenção pelos interesses em jogo tinha de ser combinada, sem contradição, com a particular incidência em matéria incriminatória do princípio da legalidade, aparentemente formal, mas na verdade ético-politicamente fundado em nada menos que

no princípio democrático primordial do respeito pela dignidade humana. Mas, mal assomada a era dos anos 60 do século passado, era o tempo já em que, sobretudo nos fins de semana, no ambiente magnífico da *sala A* do nosso Instituto Jurídico coimbrão, os mais jovens assistentes – em contradição flagrante com a fama da Faculdade como instituição altamente formalista no trato e nas distâncias – eram admitidos a uma participação democrática e igualitária nas discussões sobre Direito (mas também sobre religião, política, economia, literatura, cinema ou mesmo futebol) em que se encorreavam os mais venerados dos professores. Aí nos confrontávamos com novidades metodológicas fundamentantes como as do pensamento "tópico" e "retórico", das teorias da "argumentação" e do "consenso", da dimensão "prática" da aplicação do direito, do "sistema aberto"; e éramos incentivados a meditar sobre dicotomias radicais como as da ética *versus* funcionalismo, do ontologismo *versus* normativismo, da teleologia *versus* logicismo.

Hoje, relativamente a estes temas, são (ai de mim!) muito mais numerosas e maiores as dúvidas do que as certezas. Mas, cingindo-me ao pensamento jurídico-penal, mantenho-me fiel a algumas convicções sólidas: a de que aquele pensamento deve apresentar-se como teleológico-funcional; a de que, na sua parte incriminatória – uma vez ultrapassado o momento "inicial" de subsunção lógico-formal, substancialmente imposto pelo conteúdo e sentido materiais do princípio da legalidade penal –, deve aceitar-se a prioridade de princípio do "problema" sobre o "sistema", se bem que este não possa ser abandonado ou minimizado, sob pena de se renunciar a uma proteção indispensável da certeza e da segurança cidadãs; a de que, por conseguinte, há que manter até ao limite o sistema pensado a partir da "existência" do Homem (socializado e aberto aos outros), mas disposto a cada momento a ser refeito ou reinventado face à solução dada a casos da vida ainda não pensados (há que manter o "*sistema aberto ao problema*", na feliz expressão de Costa Andrade em interpretação da minha conceção).[1]

Acrescentarei só o seguinte. Influenciado, de forma decisiva, primeiro pelas lições teóricas que recebi do meu professor de Processo Civil, Castanheira Neves, e depois pela circunstância de, desde os meus 24 anos de idade, ter sido encarregado pela Faculdade da regência teórica do curso de Processo Penal (que mantive por décadas), sempre guardei em mim a ideia de uma certa "dominância" do processo sobre o direito substantivo, de acordo com o princípio de que *in principio erat processus non ius*. Interrompida pela pandectística, e incentivada depois pela filosofia jurídica de teor kantiano e neokantiano, a evolução pós-positivista não fez senão somar razões para repor a validade do princípio. Reposição que correu e corre por vias diversas, das quais posso destacar a deslocação progressiva do centro das

1. Costa Andrade, *Outros mares, outros céus, a mesma alma (A "última aula" do Prof. Jorge de Figueiredo Dias)*, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 36.

atenções metodológicas do momento contemplativo da norma geral e abstrata para o processo de aplicação da norma ao caso da vida. Compreensão, esta, que vejo reforçada nos tempos atuais, quando os problemas da legitimação do jurídico são conexionados com as questões fulcrais da teoria constitucional e da democracia deliberativa. Orientações que acima referi como as do pensamento tópico e retórico e da teoria da argumentação, divergindo em muitos e importantes pontos, parecem-me convergir em ideias decisivas como a de que a participação, a discussão e o discurso são as únicas vias possibilitadoras do consenso; a de que a intersubjetividade discursiva e o consenso intersubjetivo são critérios práticos da "verdade"; e a de que é todo este processo que cria as bases de legitimação democrática deliberativa. Na eterna e sempre renovada pergunta "como pode o Direito ser justo?", não diviso hoje alternativa *a uma fundamentação e a uma construção "processuais" da Justiça.*[2]

II

O que analisarei em seguida não constitui nenhum tema particular da ciência jurídico-penal, senão uma daquelas questões centrais que por sua natureza se propõem englobar, em alto grau de abstração, a generalidade problemática do respetivo ramo do saber; uma daquelas questões que se não são por si mesmas suscetíveis de oferecer soluções a concretos casos da vida, são, todavia, de consideração obrigatória na descoberta daquelas soluções. Do que pretendo curar é das ideias básicas do *sistema* jurídico-penal do facto punível próprio da sociedade democrática, pluralista e laica tal como as compreendo; e das questões *dogmáticas* centrais que aquele sistema suscita.

Parto da ideia de que o *fundamento do sistema* jurídico-penal se não deve procurar em qualquer conceção filosófica pressuposta de ordem naturalista, normativista ou ontologista, como até há pouco se pensou e hoje ainda muitos continuam a pensar. Fundamento do sistema jurídico-penal é antes *o conjunto das proposições político-criminais que emergem do modelo de sociedade democrática constitucionalmente pressuposto* que se quer defender e melhorar e que ao direito penal, como subsistema do sistema social, cumpre realizar. Tal como foi intuído claramente pelo ideário iluminista e pela sua ideia madre do "contrato social", *função* do direito penal – função de cumprimento dificílimo, porque inevitavelmente antinómico – é o asseguramento a cada um do exercício da mais completa liberdade pessoal e, simultaneamente, a garantia à comunidade das mais latas margens de paz e segurança.

---

2. V. por último Alex Tschentscher, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009. Mal será necessário anotar que, quando no texto falo de "processo" e de "processuais", não tenho em vista unicamente o processo jurisdicional, de qualquer espécie, mas "a via metodológica" que conduz à decisão ou à deliberação – judiciária, política... – democraticamente justas.

A partir deste suposto básico se erguem as *três colunas* sobre as quais deve continuar hoje a se basear o sistema jurídico-penal. A *primeira* coluna assenta na convicção de que, nos quadros da "ciência global do direito penal" (da *gesamte Strafrechtswissenschaft* pensada há mais de um século por v. Liszt), tal como dela julgo dever continuar a falar-se, a prioridade funcional deve ser concedida à *política criminal* e não à dogmática jurídico-penal: é aquela que comanda esta nas determinações teleológicas e racionais. A *segunda* radica em que à função do direito penal no corpo social não pertence a defesa de mandamentos de ordem religiosa, ética ou ideológica, mas – na expressão consagrada de Claus Roxin – *exclusivamente* a *proteção subsidiária de bens jurídico-penais,*[3] isto é, de bens dotados de dignidade penal (avaliada à luz da ordem axiológica da Constituição) e necessitados de pena. A terceira coluna traduz-se em que as penas criminais possuem finalidades *exclusivamente preventivas* (de prevenção geral e de prevenção especial) e não natureza de castigo, paga ou retribuição do mal do crime, se bem que a sua aplicação tenha de ficar sempre na dependência da existência de *culpabilidade* do agente. Um sistema que respeite estes pressupostos – que corresponda a este verdadeiro "paradigma" – revela-se pelo melhor compatível com o modelo do Estado-de-Direito e os seus valores supremos de respeito pela dignidade da pessoa e de defesa da comunidade; encontrando, deste modo, lastro num património comum de valores suscetível de fornecer a base de consenso imprescindível à sua solidez.

O sistema do facto punível de natureza categorial-classificatória foi, como é sabido, construído e propulsionado há mais de um século, pela doutrina alemã primeiro de raiz naturalista-positivista, depois neokantiana, depois ôntica, tendo podido resistir vitoriosamente à arremetida, nos anos 30 do século passado, de um pensamento ordinalista concreto que se pretendia baseado numa certa interpretação do pensamento jusfilosófico de Hegel; um pensamento – acrescentarei – que vejo com alguma estranheza obter ressonâncias muito atuais numa conceção "global" do sistema jurídico-penal baseado numa alegada compreensão da doutrina da "imputação" de Puffendorf.[4] Este sistema analisava-se na exigência de um conceito de ação pré-jurídico como base da construção de um edifício tripartido, constituído sucessivamente pelas categorias, de cada vez menor extensão e maior compreensão, da ação típica, ilícita e culposa. A este sistema, dito "tripartido", pude eu, desde tempos precoces do meu contacto com estas matérias,[5] opor um outro

3. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I. Grundlagen der Verbrechenslehre, München: Beck, 1992, § 2.

4. V., entre outros, Paulo de Sousa Mendes, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária de imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

5. Logo na minha dissertação de mestrado: Jorge de Figueiredo Dias, *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*, Coimbra, copiografado, 1961.

sistema, ele também tripartido, formado pelas categorias do *ilícito típico*, da *culpabilidade* e da *punibilidade*. É a este sistema que dedicarei aqui breves considerações.

III

A *primeira proposição* do sistema do facto punível deve, em meu parecer, rezar da forma seguinte: *a categoria do ilícito típico, na qual a primazia cabe à essência da ilicitude jurídico-penal, apresenta-se como direta decorrência da função protetiva do direito penal no corpo social. Função que, à luz aqui preconizada, só pode analisar-se na tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal e cuja lesão os torna carentes de punição criminal.* Legitimação de todo o sistema é assim que as incriminações penais se possam justificar, sem exceção, à luz de um *direito penal do bem jurídico*.[6]

Com efeito, se a função do direito penal se restringe à proteção de bens jurídicos dignos e carentes de pena; e se a noção de bem jurídico constitui o elemento *material* fundamental, se bem que possuidor de uma função trans-sistemática, da valoração de um concreto comportamento como *objetivamente ilícito* – então é este mesmo elemento do crime não na sua conotação formal abstrata como "ilicitude" ou "antijuridicidade", mas na sua concreta realidade material, na forma de *ilícito típico* ou (o que é o mesmo) *de tipo-de-ilícito*, que deve constituir a pedra angular e possuir prioridade ôntica e normativa na construção do sistema jurídico-penal.

1. Recuso, desta maneira, o valor prioritário que as conceções sistemáticas positivistas, normativistas e finalistas, ou mesmo as modernas conceções "mistas" (incluídas as que se reivindicam de uma conotação teleológico-funcional, como a de Claus Roxin) concedem, na construção do sistema, ao conceito de *ação*. Tenho por certo que um tal conceito, como quer que se assuma – como naturalístico, normativo, final, social, pessoal... –, nem tem legitimidade material para se arvorar

6. Esta proposição político-criminal fundamental, que eu penso assente na Constituição da República Portuguesa (sobretudo no seu art. 18.°-2), tem sido seguida, quase sem exceções, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional português: Jorge de Figueiredo Dias, "O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações", *Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Lisboa, 2008*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009; publiquei uma versão atualizada deste artigo no Brasil sob o título: Direito Penal Estudos em Homenagem a Juarez Tavares "O 'direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa", In: Luís Greco; Antonio Martins (orgs.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares*, Marcial Pons: Madri, 2012, p. 249. Por último Jorge de Figueiredo Dias, "Das Rechtsgutstrafrecht" als Verfassungsrechtliches Prinzip unter dem Blickwinkel der Recthsprechung des portugiesischen Verfassungsgericht", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 4/2014, p. 201.

em fundamento do sistema; nem pode ser concebido de modo unitário, capaz de suportar todas as formas de aparecimento do facto penal (ativo e omissivo, doloso e negligente); nem tão pouco poderá manter-se como entidade autónoma (como o imporia um puro sistema categorial-classificatório), estranha ao tipo e a ele previamente dada, que não antecipe alguma ou algumas das posteriores predicações sistemáticas. É tempo – desde há muito o venho afirmando – de a doutrina do crime renunciar a encontrar a sua última *Thule* nos resultados da abstração generalizadora e classificatória e aceitar o que houve de premonitório a este respeito no pensamento de Gustav Radbruch.[7]

Por isso penso ser inevitável assinalar a um conceito geral de ação o desempenho de um papel secundário no sistema: atribuindo-lhe a mera função negativa (ou de "delimitação", na terminologia do saudoso professor Hans-Heinrich Jescheck) de excluir da construção os comportamentos *ab initio* jurídico-penalmente irrelevantes. E, mesmo aqui, fruto da carga inevitavelmente normativista que o sistema há-de conter, com os cuidados necessários para não colocar injustificadamente fora do sistema comportamentos como os dos entes coletivos, os quais são no direito penal português, como em tantos outros direitos europeus e americanos, autores idóneos de factos penais. Não consigo convencer-me que para um sistema jurídico-penal só a pessoa individual possa ser capaz de ação; e isso tem sido reconhecido, p. ex., por legislação proveniente do seio da própria União Europeia. Logo aqui, um apressado doutrinarismo seria decerto impeditivo da criação de uma gramática dogmática jurídico-penal europeia ou mesmo global. E tanto mais quanto – este é o argumento decisivo – a consagração da possibilidade de responsabilização penal de entes coletivos constitui uma exigência político-criminal para que possa ter êxito a tutela jurídico-penal dos bens jurídicos (em especial, dos chamados "bens jurídicos coletivos") postos em grave perigo pela grande e nova criminalidade, própria da "sociedade do risco".

2. Mas a afirmação do tipo-de-ilícito como categoria primordial do sistema jurídico-penal não releva só do ponto de vista da desvalorização dogmática do conceito de ação, quanto sobretudo de uma outra perspetiva: a de que se não justifica a separação de tipo e ilicitude como elementos autónomos do sistema, antes eles hão de ser reunidos numa unidade categorial; nem muito menos se justifica que o tipo se considere, como continua a ser ainda doutrina dominante, a *primeira* valoração jurídico-penal, o *prius* face à ilicitude, enquanto o ilícito seria apenas a predicação, o *posterius*, a consequência. Antes *ilicitude e tipo se reúnem numa unidade axiológico-funcional*; numa unidade que diretamente se ligue à função social do direito

7. Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Srafrechtssystem*, Berlin: Guttentag, 2004 e depois "Zur Systematik der Verbrechenslehre", *Frank –Festgabe*, I, 1930, p. 162.

penal de assegurar aos cidadãos a plena realização da personalidade de cada um e em que sejam respeitados os direitos humanos reconhecidos a nível internacional, no quadro de uma livre e pacífica convivência em sociedade. Com a categoria do tipo-de-ilícito se traduz assim o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um concreto comportamento humano numa concreta situação, atentas todas as condições reais de que ele se reveste ou em que tem lugar; e que permite a afirmação, aparentemente simples mas na realidade inúmeras vezes da mais alta complexidade, de que *este* concreto comportamento é, na situação, *jurídico-penalmente proibido*. Com o que de resto tomo já posição na controvérsia sobre a questão de saber se existe apenas *um* ilícito jurídico "geral", ou se é aceitável e necessária a conceitualização de um ilícito *especificamente* penal. Adiro a esta última alternativa, embora por razões de brevidade tenha de me ficar por esta afirmação apodítica.

Só a partir da conceção explanada do *ilícito típico* como categoria primordial do sistema jurídico-penal ganha de resto o "tipo" o seu verdadeiro significado, nesta aceção podendo reabilitar-se a já antiga asserção de Hardwig de que "sem ilícito não há tipo"; ou, dito rigorosamente à luz do meu entendimento, de que *todo o tipo é tipo-de-ilícito*. Como em certo momento muitas doutrinas, entre as quais a portuguesa e a alemã, pareciam dar-se conta – antes que a questão se tivesse complicado (e obscurecido) com a querela à roda da doutrina dita dos "elementos negativos do tipo" ou do "tipo conjunto" –, o tipo-de-ilícito surge como tipicização ou sedimentação concreta de um ilícito: é um ilícito cunhado tipicamente, é (nas palavras de Eduardo Correia) "o interposto da valoração jurídico-penal", o "portador da valoração de um concreto comportamento como ilícito".[8] Critérios de delimitação da extensão e do sentido do tipo – dos quais depende, portanto, algo de decisivo, a saber, se um concreto comportamento é penalmente proibido ou permitido – como, entre outros, os da imputação objectiva, da área de proteção da norma, da adequação social, dos tipos abertos, são para mim critérios obtidos a partir mesmo da sublinhada essência do ilícito típico e da sua função no sistema.

Nem a existência das chamadas *causas de justificação ou de exclusão da ilicitude* põe minimamente em causa esta concepção do tipo-de-ilícito como pedra angular do sistema ou obriga à reabilitação da doutrina dos elementos negativos do tipo. O que se passa é tão só que a mencionada mostração de um ilícito tipicamente cunhado se serve de dois instrumentos diferentes ou mesmo de sinal contrário, mas funcionalmente complementares. A um deles chamo *tipos incriminadores*, ou conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à fundamentação do ilícito e onde, por isso, assume papel primacial a configuração do bem jurídico protegido e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode

8. Eduardo Correia, logo em *Unidade e pluralidade de infrações*, Coimbra: Atlântida, 1945, p. 108 e ss., nota 1.

ser considerado ilícito. O outro são os *tipos justificadores* (ou causas de justificação) que, servindo igualmente à concretização do conteúdo ilícito de uma conduta concreta, assumem o carácter de limitação dos tipos incriminadores.

3. Uma outra observação analisa-se em que também por esta forma se não torna mais difícil a distinção tradicional entre *ilícito típico* e *culpabilidade*. A evolução doutrinária mais recente só confirma a minha convicção já antiga de que a distinção – seja qual for a extensão das consequências que a ela se liguem – é elemento imprescindível de um sistema do facto punível moderno e democrático. E é garantia irrenunciável de um correto tratamento dos casos jurídico-penais. Pôr em causa a distinção – ou, ainda pior, abandoná-la – significaria o retrocesso de mais de um século na evolução científica da nossa disciplina.

4. Uma última observação desejaria fazer ainda. Na dogmática jurídico-penal dos últimos anos ganhou especial atualidade a questão de saber se o ilícito deve ser perspetivado como lesão de *bens jurídicos* (como insistentemente acentuam, por exemplo, Claus Roxin e os seus seguidores) ou antes (como querem Günther Jakobs e os seus discípulos) como lesão do *dever* e consequentemente da *norma* de ilicitude. Já há muito exprimi a ideia[9] de que não é indispensável ver neste binómio uma alternativa inevitável; podendo razoavelmente afirmar-se que o ilícito penal se exprime *materialmente*, enquanto direta decorrência da função social do direito penal, como violação da ordem de proteção subsidiária de bens jurídico-penais; e que a essência da punição se pode exprimir *formalmente* como estabilização contrafáctica das expetativas comunitárias na validade da norma violada. Ou, aproximando-me da impressiva formulação de Alcacer Guirao, que o fim do direito penal – e, com ele, a essência do ilícito – radica *primordialmente* na proteção de bens jurídicos e *secundariamente* na proteção da vigência da norma,[10] sem prejuízo de se tratar aqui de fins intimamente vinculados do ponto de vista funcional.

IV

A *segunda proposição* definidora de um sistema jurídico-penal teleológico e racional dirá deste modo: *a categoria sistemática da culpabilidade é imposta – entre nós e em outros países pertencentes ao nosso contexto jurídico-cultual até jurídico-constitucionalmente imposta – pelo axioma ôntico-axiológico que preside ao ordenamento jurídico democrático: o do respeito integral pela eminente dignidade da pessoa humana.*[11] O

9. No meu *Direito Penal II. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1993, § 303.

10. Alcacer Guirao Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico?, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 15, 2005, p. 511.

11. De "axioma antropológico" falou a este propósito, também com razão, António Barbosa de Melo, *Democracia e utopia*, 1980, p. 17.

princípio da culpabilidade surge deste modo como a forma por excelência de defesa ética irrenunciável daquela dignidade, limitando os excessos e abusos que poderiam provir não só, no plano prático, de excessos do poder punitivo estadual, como, no plano teorético, do necessário ponto de partida *funcional* da construção sistemática do facto punível. Por isso toda a aplicação de uma pena tem de se apresentar como produto de um *direito penal da culpabilidade*. Chegados assim à temática da culpabilidade como categoria indispensável do sistema do facto penal, devo reconhecer que é aqui (ou a partir daqui) que ainda hoje continuam a revelar-se as maiores dúvidas e dificuldades de construção de um novo sistema do direito penal.

1. Quereria, em primeiro lugar, opor-me a uma desconsideração possível do tema na base da argumentação seguinte: se o sistema teleológico-funcional é político-criminalmente fundado, e de forma essencial a partir da consideração das finalidades da pena; e se estas finalidades são, como atrás afirmei, exclusivamente preventivas – então o dilema parece estar posto: *ou* se vai ao ponto de eliminar a culpabilidade como categoria constitutiva do sistema, substituindo-a por outras categorias como a da proporcionalidade – o que, não se perca a consciência, deveria então supor a integral substituição do sistema das penas criminais por um qualquer sistema de "medidas"; *ou*, quando a categoria da culpabilidade se mantenha, ela não poderá ser outra coisa, como uma vez afirmou Jakobs, senão um mero "derivado da prevenção" e das exigências desta.

A procedência de uma tal argumentação constituiria, a meus olhos, uma perda irreparável no sistema do facto punível e não é de modo algum imposta. Se as finalidades da pena são na verdade exclusivamente preventivas, só o podem ser legitimamente quando do mesmo passo se chame a debate, para justificar a intervenção penal, o princípio da culpabilidade enquanto elemento *limitador* do poder e do intervencionismo estatais, comandado por exigências éticas irrenunciáveis de respeito pela *dignidade da pessoa*. Decerto, a culpabilidade não é a *única* forma pensável de defesa daquela dignidade (como logo o revela a legitimidade de aplicação de medidas de segurança criminais que não supõem a culpabilidade, ou mesmo de medidas administrativas de caráter punitivo); mas é a mais perfeita e completa que o pensamento jurídico até hoje descobriu e o penhor mais seguro de que as exigências da prevenção geral de integração e da prevenção especial de socialização (da prevenção geral e da prevenção especial *positivas*, podemos nesta aceção também dizer) se legitimem perante o agente imputável. Por isso vejo no princípio da culpabilidade uma autêntica máxima de civilização e de humanidade; e por isso não consigo descortinar ainda hoje alternativa para um direito penal da culpabilidade ético-jurídica.

2. Em segundo lugar, continua a ser frequente o entendimento – explícito ou pressuposto – de que, com a comprovação do carácter ilícito típico do facto punível, está também afirmada *prima facie* a culpabilidade; de modo que toda a questão da culpabilidade se reduziria dogmática e praticamente à da sua *exclusão* em certas

situações. Mas, que pese ao valor "prático" que ao argumento possa ser atribuído no processo da aplicação do direito, ele não possui, em meu parecer, valor seguro para a discussão jurídico-penal. Também a culpabilidade deve ser dada através de *tipos-de-culpabilidade*, devendo inclusivamente distinguir-se, nesta compreensão das coisas (e segundo os diferentes tipos de " *atitude interna*" manifestados pelo agente no facto), um tipo-de-culpabilidade doloso e um tipo-de-culpabilidade negligente, cada um com os seus pressupostos próprios e que se não esgotam nos pressupostos do dolo e da negligência como tipos subjetivos de ilícito, que são também.

De resto, a afirmação de uma culpabilidade "de princípio" terá sido teoreticamente incentivada pela geralmente aceite indemonstrabilidade prática do *liberum arbitrium indifferentia*; problema que nunca deixou de me acompanhar[12] e que alguns pensam assumir hoje um novo contorno. Um novo contorno derivado do facto de as novas neurociências reivindicarem – uma vez mais, na história já multimilenar do problema – a plena demonstrabilidade neurobiológica de um determinismo férreo e sem hiatos do ato (psicológico) da vontade.[13] Quem, porém, conheça o que tenho pensado a propósito da questão "determinismo *versus* indeterminismo" aceitará que – ressalvado o respeito pelas aquisições das ciências ditas "exatas" ou "estritas" – eu não me sinto estorvado pelo argumento que dali muitos julgam poder retirar. O problema da determinação ou indeterminação científico-natural do ato psicológico da vontade do indivíduo e o da liberdade pressuposta pelo juízo de culpa e consequente responsabilidade jurídico-penal são, a vários títulos, radicalmente diferentes.

Não vejo sentido no recurso às neurociências para validar ou invalidar proposições jurídico-penais político-criminalmente fundadas. A pretensão, por aquelas ciências, de transpor a "verdade" do determinismo neuronal para o domínio ético da vida em sociedade estaria ao mesmo nível da "verdade" do patologista que pretendesse afirmar a inexistência da alma por nunca a ter encontrado na ponta do seu bisturi. O problema do direito penal não é esse, mas o de encontrar soluções para questões de convivência social na base da culpabilidade e da responsabilidade: seria um mundo de autómatos aquele em que – no âmbito do direito (penal, mas tam-

12. V. o meu estudo *Liberdade – Culpa – Direito penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1976 e, sobre ele, a compreensiva análise de Kai Ambos, A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. ,In: Manuel da Costa Andrade; Maria João Antunes; Susana Aires de Sousa (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009, vol. I, p. 54.

13. De uma hoje já extensíssima bibliografia sobre o assunto referirei aqui só dois títulos de natureza profundamente diversa – de especializada e esclarecida natureza jornalística, um: *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente* (Hrsg. Ghristian Geyer), Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2004; de índole jurídico-penal, o outro: Luzón Peña; Hassemer; Demetrio Crespo; Mercedes Pérez Manzano, todos em "Neurociencias y derecho penal", *InDret* 2/2011.

bém constitucional, civil, laboral...), da política, da economia, da cultura – a autodeterminação "moral" fosse pura e simplesmente negada; e sem que à viabilização ajudasse no que quer que fosse a fábula de um qualquer *big brother* ou *minority report*. Do ponto de vista jurídico-social e da necessária comunicação interpessoal, a liberdade do "eu", a culpabilidade e a responsabilidade são decerto, como acentua Habermas, "construções sociais", mas não, como alegam muitos neurocientistas, "uma ilusão":[14] do que se trata é sim da necessidade (e legitimidade) de uma "perspetiva dualista" que tem de ser aceite em toda a comunicação interpessoal e social, seja qual for a posição que no problema da determinação ou indeterminação se assuma em perspetiva científico-natural.

Aceite este pressuposto, não sinto prejudicada, no que quer que seja, a minha já antiga ideia – que julguei poder colher numa interceção (talvez surpreendente para alguns...) do pensamento teológico católico e da filosofia da existência nas duas décadas posteriores à II Guerra Mundial – de que o que importa, para efeitos de culpabilidade e de responsabilidade jurídicas, é a necessária superação de uma liberdade indeterminista do ato de vontade com vista a alcançar uma liberdade pessoal; ou – para dizer com Karl Rahner – do recuo da liberdade como propriedade da ação em favor da liberdade como *"caraterística do ser-que-age"* como um todo.[15] Daqui se concluirá que o homem, no seu concreto existir, é sempre ser-livre. E a partir daqui se tornará possível lograr um conceito jurídico-penal de culpabilidade da pessoa sistemática e dogmaticamente exequível, além de eticamente e político-criminalmente aceitável.[16] Uma conceção, esta, em que a aceitação da liberdade do ser do agente é pressuposto (pessoal, espiritual, ideal) da culpabilidade jurídico-penal sem que todavia se torne em critério de aferição do seu conteúdo material ou da sua medida.

Terá, de resto, residido porventura nesta problemática a razão mais funda que levou Roxin a substituir o lugar tradicional do conceito de culpabilidade no sistema por uma categoria complexa – a da *responsabilidade* (*Verantwortung*) – que reuniria duas subcategorias em princípio distintas: a da culpabilidade, à qual continuaria a ser atribuída a já referida função limitadora do poder do Estado; e a da carência de pena, que conduziria à exclusão da responsabilidade (e assim também da própria

14. Criticamente Habermas, "Um uns als Selbsttäuscher zu entlarven, bedarf es mehr", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15-11-2004.

15. Karl Rahner, "Schuld, Verantwortung, Strafe, in der Sicht der katholischen Theologie", In: Frey (Hrsg.), *Schuld – Verantwortung – Strafe. Im Licht der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie*, 1964, p. 153, 156. Não deixarei de anotar a convergência conclusiva, neste ponto, da chamada "terceira escola psiquiátrica de Viena" (logoterapia): Viktor Frankl, *Ärztliche Seelsorge. Grundlagen der Logotherapie und Existenzanalyse. Mit den "Zehn Thesen über die Person"*, dtv: amazon.de e, do *mesmo*, *O homem incondicionado. Lições metaclínicas*, Coimbra: Arménio Amado, 1968.

16. V. o meu livro já citado na nota 10, p. 256, 259.

culpabilidade) em função da inexistência *in casu* de exigências preventivas a que a pena devesse responder. Creio todavia fundada a crítica – a que Costa Andrade dedicou minuciosa análise[17] – de que na categoria da "responsabilidade" se misturam coisas diferentes e porventura à partida inconciliáveis. Não é só – ou não é tanto – o sentido emblemático e simbólico (e todavia, como disse, político-criminalmente insubstituível) da culpabilidade que assim se esbate. Aquilo a que deste modo se abre a porta é à eventual confusão dos dois planos de análise que ali se entrecruzam, podendo verificar-se uma intromissão perturbadora de considerações de prevenção ao nível do próprio juízo ético-jurídico de culpabilidade, e, assim, a perversão do significado que reveste a consagração deste. Por exemplo, a ideia-mestra da não exigibilidade, que está mesmo na base do estado de necessidade subjetivo, é substancialmente análoga à que fundamenta a exclusão da culpabilidade por falta de consciência do ilícito não censurável; e nenhuma delas tem a ver, em primeira linha, com a insubsistência de exigências preventivas, antes sim com a própria essência da ideia de culpabilidade jurídico-penal como *atitude interna* reprovável do agente, manifestada no facto, perante o dever-ser jurídico-penal. E mais ainda: o não se manterem completamente distintas as exigências da culpabilidade e as da prevenção torna-se suscetível de subverter o modelo de determinação da *medida da pena*. O que é particularmente grave em direitos, como o português e o alemão, que dispõem que aquela determinação seja feita em função da culpabilidade *e* da prevenção; e que conduz a construções artificiosas como a de uma "culpabilidade para efeito de *medida* da pena" como entidade dogmática e político-criminalmente diversa da "culpabilidade para efeito de *fundamentação* da pena".

3. Gostaria ainda de deixar claro – para maior esclarecimento de algumas das afirmações que fiz – como é que, na minha conceção sistemática, se deve resolver a questão (que décadas atrás constituiu o campo por excelência da controvérsia entre normativistas e finalistas) da conceitualização e integração sistemáticas do *dolo* e da *negligência*: se como elementos do tipo-de-ilícito (como queriam os finalistas), se do tipo-de-culpabilidade (como defendiam os normativistas). Hoje, a maioria da doutrina penal aceita – e bem, como desde a primeira hora defendi[18] – que eles conformam tipos subjetivos de *ilícito*. Mas uma parte significativa dessa mesma doutrina reconhece também que, sendo função do princípio da culpabilidade indicar máximos de pena que não podem ser ultrapassados; e prevendo a lei diferentes máximos de pena para o mesmo facto, consoante ele seja cometido com dolo ou só com negligência – isso há de por força significar que *no dolo e na negligência se trata de entidades que, já em si mesmas, revelam diferentes conteúdos materiais de culpabilidade que o direito penal entende graduar ou tipificar*. Como é isto possível?

17. V. infra nota 19.

18. Na minha referida (nota 5) dissertação de mestrado de 1961, p. 52 e ss.

Não, penso eu – diferentemente da ainda hoje doutrina maioritária –, considerando que o dolo e a negligência, como tipos subjetivos de ilícito, relevam também *automaticamente*, ou de forma puramente *reflexa*, como graus de culpabilidade. Nem tão pouco, julgo – como defendem Jescheck, Hünerfeld e outros –, que se trata aqui, tão só, de uma *dupla valoração* do dolo e da negligência no tipo-de-ilícito *e* no tipo-de-culpabilidade. Do que se trata, em parecer que venho apresentando já há décadas, é que dolo e negligência são entidades complexas, constituídas por elementos pertencentes ao tipo-de-ilícito e de elementos próprios do tipo-de-culpabilidade. O dolo, enquanto *conhecimento e vontade de realização de um tipo objetivo de ilícito* constitui o tipo subjetivo de ilícito respetivo; enquanto *expressão, atualizada no facto, de uma atitude interna ou pessoal de contrariedade ou indiferença perante a valoração da ilicitude* constitui o cerne do tipo de culpabilidade dolosa. Por seu turno a negligência, enquanto *violação de um dever objetivo de cuidado* constitui o tipo subjetivo de ilícito negligente; enquanto *expressão, atualizada no facto, de uma atitude pessoal de descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico-penal* constitui o âmago do tipo-de-culpabilidade negligente. Conceção, esta, que apresenta enorme interesse *prático* no tratamento de problemas concretos, máxime, o da falta de consciência do ilícito.

Em suma, só quando aos elementos do tipo subjetivo de ilícito doloso e negligente *acrescerem* os elementos específicos do tipo de culpabilidade doloso ou negligente se perfecionam *o dolo* e *a negligência* e pode legitimamente desencadear-se a punição respetiva.

V

Finalmente, a *terceira proposição* integrante de um sistema renovado do crime como aqui se preconiza deriva de se dever tomar verdadeiramente a sério, também em contexto sistemático, o princípio político-criminal do direito penal como *ultima ratio* da política social, do chamado nesta aceção "direito penal mínimo". Ligando este princípio à ideia da natureza exclusivamente preventiva das sanções penais, daí decorre a exigência da *categoria da punibilidade como expressão da necessidade ou carência de pena do concreto caso da vida.* Por isso se devendo afirmar como condição de legitimação do sistema que toda a punição tem de surgir como fruto de um *direito penal preventivamente necessário.*

Deve assim reconhecer-se que com a afirmação do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpabilidade se não esgota o conteúdo do sistema do facto, antes se torna indispensável completá-lo com uma categoria *autónoma*[19] que justificadamente se poderá chamar da "*punibilidade*". Uma categoria dentro da qual atua e lhe empresta

19. Como sempre pensei e foi agora minuciosamente e de forma procedente, em meu juízo, mostrado por Costa Pinto, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, 2 tomos, Lisboa, 2012 (em via de publicação).

sentido a ideia madre do *merecimento de pena do facto concretamente cometido*. Esta ideia, procurei eu traduzi-la usando o designativo – de resto com direito de cidade dogmático-sistemático também neste preciso contexto – "*dignidade penal*" (propositadamente contrastante com o designativo, também frequentemente usado, "necessidade penal" ou "carência de punição").[20] Mas verdade é que – por razões que ultrapassam a questão terminológica, para se nutrirem do conteúdo material – a utilização da expressão "dignidade penal" neste enquadramento nunca me satisfez. Não só por o seu uso se poder tornar equívoco perante a invocação, para mim essencialíssima, da dignidade penal *do bem jurídico* tutelado pela ilicitude típica como condição jurídico-constitucionalmente imposta da sua legitimação. Mas sobretudo porque, depois do estudo a que procedi das consequências jurídicas do crime,[21] pensei aperceber-me da alta conveniência de distinguir, no tratamento jurídico-penal do caso, a categoria da "punibilidade" (iluminada pela dignidade penal do caso de espécie), pertinente ao sistema e à teoria do *facto*, e a categoria que intitulei "pressupostos positivos e negativos da punição" (esta, sim, iluminada exclusiva ou prioritariamente pela ideia da necessidade penal ou carência de punição), pertinente ao sistema e à teoria da *pena*. E ambas, acrescentarei, distintas da categoria dos "pressupostos processuais" pertinente ao sistema e à teoria do processo.

Talvez pois, em suma, que a utilização do designativo "merecimento de pena" se adeque pelo melhor à realidade dogmático-sistemática que com ele se pretende significar, sem, a meus olhos, ter de se alterar o conteúdo material que lhe atribuí já em tratamentos anteriores. É este "merecimento" que permite que hipóteses de tão diversa natureza como, por exemplo, a da não punibilidade da desistência voluntária da tentativa, de factos bagatelares, do incitamento ou ajuda ao suicídio ou dos crimes de insolvência quando o suicídio ou a insolvência não vêm a ter lugar, sejam com razão remetidos para a categoria da punibilidade e para o denominador comum da falta de merecimento de pena. Porque do que em qualquer destes casos se trata é de que, apesar do preenchimento de um tipo-de-ilícito e de um tipo-de-culpabilidade, a "*imagem global do facto*", já "definitivamente" ilícito e culposo, é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica *aquém* do limiar mínimo do merecimento de pena.

E se assim for, como penso, pergunto-me se, em geral, não será nesta precisa sede – na da *punibilidade* do facto *concreto* praticado, visto na sua imagem global

20. V. a este propósito o estudo – importante e ainda hoje muito atual – de Costa Andrade, "A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (2002), p. 173. É interessante notar que Costa Pinto, cit. na nota 19, depois de minuciosamente distinguir as ideias da dignidade penal e da necessidade penal (p. 1038 e ss.), acaba por considerar ambas, num certo entendimento da sua distinção, integrantes da categoria da punibilidade.

21. E que deu origem ao meu livro citado supra, na nota 9: v. sobretudo § 1056 e ss.

e no contexto humano e social em que ocorre – que podem excecionalmente encontrar resposta dogmática conveniente alguns dos mais dramáticos casos-limite da vida sobre cuja punibilidade hoje mais e mais a doutrina penal se interroga. *V. g.*, em sede de eutanásia ativa direta quando o que vai morrer em sofrimento atroz não pode suicidar-se; ou de interrupção da gravidez por motivos sociais inultrapassáveis; ou de reação contra o terrorismo maciço e indiscriminado ou a tomada de reféns; – que, em geral, implicam o sacrifício de vidas humanas como única forma de tutelar outra ou outras vidas. De casos-limite, em suma, em que a decisão do agente assume a dimensão trágica de um conflito existencial[22] ou de um autêntico "caso de consciência". Sobre isto, naturalmente, terá a doutrina penal ainda muito que discutir. Mas só um doutrinarismo a meus olhos inaceitável pode partir do axioma de que em casos de sacrifício, ilícito e culposo embora, de uma vida alheia inocente, está posta em absoluto de parte a hipótese, excecional embora, de se negar a responsabilidade penal do agente em nome da impunibilidade. Se tal for de admitir, não estará aqui claramente documentado um exemplo daquela "abertura" do sistema ao problema de que comecei por falar?

VI

Continuo a ver, num sistema como o que apresento, duas vantagens aparentemente antagónicas mas, quando se aprofunda a análise, expressão de um mesmo pensamento fundamental. Um tal sistema – dada a sua funcionalidade e a flexibilidade com que é dotado, mas também o limite ético e axiológico inultrapassável que pressupõe e aceita – permite encontrar soluções político-criminalmente corretas e dogmaticamente justas, mesmo perante os casos mais difíceis que ao direito penal são postos na atual sociedade do risco. Questões aqui não especificamente consideradas como as da aceitação dogmática de bens jurídicos coletivos, da responsabilização penal de entes coletivos ou dos chamados delitos cumulativos constituem, a meus olhos, provas do que afirmo. Mas um sistema que permite ao mesmo tempo continuar a aceitar-se o já referido axioma ôntico-axiológico do Estado de Direito em que deve assentar todo o pensamento jurídico: o da preocupação com o Homem e com a defesa da sua humanidade. Assim, espero, ter-se-á logrado a aproximação a um sistema jurídico-penal do facto punível verdadeiramente humano. Um sistema que busca incessantemente a mais ampla concordância possível entre a lógica da justiça individual e a da justiça comunitária.

---

22. Que já em seu tempo considerou Heinrich End, *Existentielle Handlungen im Strafrecht. Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers*, München: Beck, 1959.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal, de Fernando Antonio N. Galvão da Rocha – *RT* 707/276, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/387 (DTR\1994\376);
- Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível), de Luiz Flávio Gomes – *RT* 816/415 (DTR\2003\583);
- Breve análise sobre a teoria geral do crime, de Rodrigo Iennaco de Moraes – *RT* 815/446 (DTR\2003\466);
- Conteúdo material da culpabilidade, de Fernando A. N. Galvão da Rocha – *RCP* 15/133 (DTR\2011\5209); e
- Punibilidade abstrata, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 840/725 (DTR\2005\718).

Formas de delincuencia organizada en América Latina, la simbología del narcotráfico y técnicas de control

Forms of Organized Crime in Latin America, Drug Trafficking Symbology and Control Techniques

Lola Aniyar de Castro

Profesora Doutora e investigadora emérita de la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela) y Docente en otras Universidades latinoamericanas. Miembro del Jurado del Premio Internacional Estocolmo en Criminología, equivalente al Nobel. Ex -coordinadora y fundadora de los Grupos Latinoamericanos de Criminología Crítica y de Criminología Comparada.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumen: Variedad y oportunismo de las definiciones de Delincuencia Organizada, y prioridad internacional al narcotráfico. Formas diferentes de organización, formal o no, y en cantidad y violencia del fenómeno, en países de América Latina. La juventud como material humano.

Palabras clave: Técnicas de control – Políticas económicas y organizaciones delictivas.

Abstract: Definitions of Organized Delinquency at local and international levels are opportunistic. The international priority is assigned to drugs trafficking. What are the countries with the biggest presence of violence from organized delinquency. The easy but huge social damage derived from recruiting young people.

Keywords: Control techniques – Economic policies and criminal organizations.

Sumario: 1. Definición del objeto: delincuencia organizada: 1.1 Formas variadas de posible delincuencia organizada ; 1.2 Los controles y sus dificultades en Venezuela y el mundo; 1.3 Controles a corto plazo; 1.4 El caso de las "maras" o pandillas; 1.5 Controlar las organizaciones; 1.6 Las fronteras: violencia, guerrilla, corrupción y contrabando en América Latina; 1.7 Fraudes electrónicos; 1.8 Recomendaciones para un buen plan de control; 1.9 Políticas de prevención a mediano y largo plazo: 1.9.1 El narcotráfico y el baño de sangre latinoamericano. La solución más impactante: ¿Jaque mate al mercado, dejándolo sin mercancías?; 1.10 Técnicas democráticas de control; 1.11 Medidas formales de control: 1.11.1 El lavado de dinero o legitimación de capitales.

1. DEFINICIÓN DEL OBJETO: DELINCUENCIA ORGANIZADA

Como hemos dicho otras veces,[1] definir es una tarea difícil y frágil, ya que toda definición "congela" un estadio, siempre temporal de las sociedades y el pensamiento, y deja afuera los hitos de los cambios. Y así como no hay preguntas finales en la sociedad, tampoco hay respuestas definitivas.[2]

El Juez Falcone, cuyo nombre ha sido conmemorado por su lucha contra las mafias de todo tipo en Italia, solía decir que si no podemos identificar los rasgos esenciales de un fenómeno ("non si puó fare di tutt'erba un fascio"), no estaremos en condiciones de luchar contra él. Así que trataremos, si no buscar una definición unívoca, si al menos cuál es la esencia que – objetivamente – debería preocupar a los Estados sobre la importancia de manejar el tema de la organización delictiva.

En el 2002, Naciones Unidas elaboró, y se aprobó, una Convención contra La Delincuencia Organizada Trasnacional. El adjetivo "transnacional" circunscribía, aparentemente, el objeto del control. De manera que no se trataba solamente de cualquier "organización" delictiva. La Convención agrupa y acepta algunos criterios definitorios: La *cantidad* de personas (3 o más); su *duración* (que exista durante un cierto tiempo), la *concertación* en la acción, la *gravedad* en los hechos (una especie de tipo penal en blanco porque no los tipifica de manera exclusiva, (pues aún cuando define algunos, deja a la subjetividad y oportunismo de las Agencias, su calificación); y su finalidad: el *provecho material*. Sin embargo, en el Siglo de las Comunicaciones y de la Información, que se iniciaba formalmente ese año, toda organización delictiva estaba llamada a ser fundamentalmente trasnacional.

En realidad, es el fantasma del narcotráfico el que transcurre a través del articulado de la Convención. Menciona algunos elementos que le son característicos. Se habla de "entrega vigilada"; de la "vigilancia del movimiento de bienes del contrabando"; de "fortalecer los métodos del control en los países en desarrollo o con economía de transición"; de "impulsar el desarrollo económico" (es decir, se intenta una lucha o competencia entre los mercados lícitos y los ilícitos); de "considerar la asistencia financiera"; de "conocer las rutas o las técnicas"; de "vigilancia de equipos e instrumentos"; de "métodos de ocultación del producto del delito". Y también, ya en general, se prevé aplicar tanto las tecnologías modernas como las existentes para controlar el "lavado de dinero"; elaborar "Códigos de Conducta para Abogados y Notarios"; "protección de los testigos", y "sensibilizar la opinión pública".

Hay una cierta contradicción entre la mínima cuantificación de los sujetos de la organización (3 ó más) y los otros mecanismos, altamente sofisticados, que pueden

---

1. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Entre la Dominación y el Miedo. Nueva Criminología y Nueva Política Criminal, Ediciones Nuevo Siglo* S.A, Mérida, 2003. Capítulo "La Sombra del Padrino (Concepto criminológico de delito organizado)".
2. Merton incluyó esa frase en su obra "Las Reglas del Método Sociológico".

ser más fácilmente utilizables por grandes organizaciones piramidales, al estilo de las clásicas "Familias", –llamadas inicialmente Mafias–, del narcotráfico. En efecto, es este el que tiene el poder de acumular más riqueza, de generar economías paralelas, y de promover complejas tecnologías y procesos de corrupción.

El estilo de estas "familias" italianas de los años 30, suponía una Organización de ese estilo piramidal, encabezada con un "Padrino", donde razonablemente existían tanto un componente afectivo como el nacionalista. Se trataba de mantener lo propio – "cosa nostra" – tanto en el interior de la isla como en el extranjero. Las Mafias provenían de una histórica resistencia siciliana a las constantes y variadísimas invasiones extranjeras sufridas por los habitantes de la isla.[3] Por ello generaban encubrimiento y simpatía en la comunidad de origen, aún si ésta no estaba operacionalmente involucrada. Mori se refería a la Mafia, más como a una casta con jerarquías internas que como una organización delictiva internacional.; como algo cultural, como un grupo de individuos con una "actitud" común, y una manera de actuar en consecuencia.[4]

Pero el hecho de que en la época haya habido oleadas diferentes de organizaciones delictivas en Estados Unidos, que se correspondían con las oleadas sucesivas de inmigrantes de otras nacionalidades (irlandeses, judíos), hace que algunos hayan visto a partir de este ejemplo una suerte de conspiración internacional. Y, en todo caso, un modelo. De hecho, la droga prohibida ha permitido, a través del tiempo, la construcción de estereotipos nacionales, bien cimentados en la opinión púbica, como el de que los productores de drogas son "salvajes" (países tercermundistas generalmente: algunos orientales y otros sudamericanos) que agreden a "ciudadanos civilizados", que serían los incautos consumidores. Por ello los objetivos de control previstos en la Convención, intentan ir a los orígenes y no a sus víctimas o consecuencias, incluyendo programas de desarrollo, –como en el caso de la sustitución de cultivos en Bolivia y Perú–, que automáticamente condujeron a ver en la Delincuencia Organizada, en la práctica, y según la Convención, sólo como un asunto relacionado con las sustancias prohibidas.[5] Esto se ha denominado "Lo Stampo Mafia" o la Sombra del Padrino".[6]

---

3. ANIYAR DE CASTRO, Lola, en Maffia: Che Fare? La Risposta delle Istituzioni e della comunitá nazionale ed internazionale. Atti del Congreso tenuto a Palermo, dic, 1992 in memoria di Giovanni Falcone.
4. ANIYAR DE CASTRO, Lola: La Sombra el Padrino, Capitulo en su libo *Entre la Dominación y el Miedo,* ob. cit.
5. MAC INTOSH, Mary. *La organización del crimen.* México, Siglo XXI, 1977. También BEARY,Margaret,y NAYLOR, R. T. Enjeux majeurs sur le crime organisé: dans le contexte des relations économiques. Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption. Commission du Droit du Canada, abril 1999.
6. ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Sombra de El Padrino, ob. cit.

Pero esa imagen ya no puede abarcar nuevas formas de organización delictiva a gran escala, como el tráfico de armas, algunos delitos corporativos, la utilización ilícita de negocios lícitos, y otros de los muchas que se han generado con el paso del tiempo, la globalización y las comunicaciones, y el mundo virtual. Castell (1997)[7] ha denominado a la sociedad actual "una sociedad de redes" vinculada no sólo a las nuevas tecnologías de información, sino básicamente a la consideración de una economía global, que es interdependiente en grado sumo y que depende de una "economía informacional global".

El asunto político ha generado no pocas discusiones entre países productores de droga y países consumidores, que se acusan recíprocamente de la responsabilidad de la catástrofe generada por la prohibición, que tuvo como consecuencia la conversión de la droga en mercancía cara, como sucedió con el alcohol prohibido, en su época, en los Estados Unidos. También se ha acusado a las labores militares y misiones sociales del primer mundo en los de los países del Tercer Mundo, (consideradas formalmente formas de cooperación internacional), de ser Caballos de Troya de labores de vigilancia y control ideológico y de poder imperial.

Las definiciones legales de cada país, que se agregan a la de la establecida por la Convención mencionada, son producto de intereses políticos o coyunturales. Y como son generalmente diferentes, desvían la atención a diversos polos de acción. Aunque esta variedad atente contra el rigor metodológico necesario para dar respuestas concretas, tiene también la lógica de que cada realidad regional tiene sus características, sus normas culturales, su propio imaginario colectivo, y sus rutinas de vida e intereses políticos y económicos. Ponemos como ejemplo, muy significativo en relación a los intereses circunstanciales de los países que, en Venezuela, la Ley contra la Delincuencia Organizada elimina el requisito del interés patrimonial, y mantiene el limitado número de 3 para constituir una organización delictiva. Y en los primeros meses de este año 2014, masivas manifestaciones estudiantiles contra el gobierno, fueron calificadas como delincuencia organizada (además de terrorismo) con la consiguiente imputación de estos delitos portadores de gravísimas penas privativas de libertad. Casi 3.400 estudiantes tienen juicios abiertos por delitos de este tipo, porque al conocerse entre sí por lo menos 3 manifestantes, podía hábilmente manejarse la imputación mencionada, cuya finalidad era ejercer amenazas para paralizar la oposición.

Todo esto ha "barajado las cartas" de tal manera que el tema es ahora bastante escurridizo y de una amplitud creciente.

Habría que diferenciar el objeto de otros fenómenos parecidos:

Una "banda delictiva", por ejemplo, es un grupo de menor capacidad organizativa, aunque, según la circunstancias, suele ser un aliado o componente adicional

7. CASTELLS, citado por Mayra DUQUE, Embajada de Canadá en Venezuela.

de la gran delincuencia organizada. Generalmente se requiere de una especie de red de satélites útiles, que giran en torno al núcleo fundamental del negocio mayor.

Quien mejor ha logrado asentar las diferencias entre una banda y la delincuencia organizada, aún sin que éste fuera el objetivo esencial de su trabajo, es Austin Turk.[8] El llama "Autoridades" a las instituciones de control, y "Oposición" a los sujetos a controlar; y basa su estudio en las variables "Sofisticación" y "Organización". Considera que la sofisticación es una cualidad del grupo cuando conoce las respuesta criminalizadora de la "otra parte", lo que les permite anticipar esa reacción y evitar que la situación criminalizadora se produzca. De modo que es una forma de profesionalización que fortalece la neutralización de la respuesta. Así, un ladrón profesional sería "sofisticado", pero no "Organizado". Una banda sería "organizada", pero no tendría "sofisticación".

El delito organizado tendría, supuestamente, las dos cualidades: Organización y Sofisticación. Sin embargo el elemento "organización", o "concertación" (término utilizado por la Convención) es altamente discutible, pues muchas investigaciones han demostrado que la actuación de las personas en una trama tan extendida, suele ser bastante autónoma.

1.1 Formas variadas de posible delincuencia organizada

La Convención tiene la cualidad de establecer ciertas categorías atinentes al control: las jurisdicciones, la corrupción, la extradición, la responsabilidad de las personas jurídicas y la capacitación de los funcionarios. Pero no parece referirse a la trata de blancas, al mercado de menores para la prostitución, a la trata de inmigrantes, al tráfico masivo de menores a través de las fronteras, (en 2014, es el caso de menores de Guatemala, México, Honduras, Salvador); ni a otros hechos que violan Derechos Humanos como el derecho a la vida y la sobrevivencia de la especie. El Congreso Internacional de Defensa Social, 2002, en Las Azores, insistió en discutir la protección de las generaciones futuras, frente a las organizaciones delictivas, como el calentamiento global, los riesgos y amenazas, y la existencia de genocidios, guerras, y discriminaciones. Podríamos agregar el hurto del patrimonio cultural de las naciones, el saqueo de productos raros y valiosos de países que carecen de suficiente capacidad de control (como diamantes, oro y otros bienes escasos y de alta demanda); el reclutamiento y armamentismo de menores para las guerras regionales; la delincuencia económica de las trasnacionales que utiliza sucursales y empresas ficticias para obtener ganancias ilícitas y trasladar la corrupción y los productos monetarios a espacios más pequeños, pero útiles. El terrorismo, por ejemplo, es un Delito organizado, pero hoy no cabe en las técnicas de control

8. TURK, Austin. Criminality and legal order, Rand McNally, Sociology Series, 1969.

definidas por la Convención de Viena. Porque aparentemente no incluye el provecho material, aunque en el trasfondo haya intereses de toda índole, tanto políticos como, religiosos, culturales y, como consecuencia al acceso al poder, también económicos. Así, las degollinas y asesinatos masivos del llamado Estado Islámico son delincuencia organizada. El mercado de las armas sí puede tener –aunque no necesariamente– las características del narcotráfico. Y hasta la delincuencia financiera internacional. Muchos de estos temas fueron objeto de Declaraciones por parte de UNESCO y de la Carta Europea que se estableció en Niza.

Habría que pensar en sentar en el banquillo de este objeto de estudio a los gobiernos de países del Primer Mundo, de la ex Unión Soviética, de los países del Medio Oriente, de Asia o de África, a los regímenes dictatoriales que expropian Derechos Humanos desde la libertad hasta la vida, o los que generan guerras espantosas, o invaden países con efusión abundante de sangre.

Hablar de la trata de personas, como las decenas de miles de niños que atraviesan solos diversas fronteras para trabajar en los EEUU. A un precio dado al "coyote" que oscila entre los 100 y los 4000 dólares por persona. Las personas de Cuarto Mundo que se trasladan masivamente adonde hay agua, trabajo, alimentos, particularmente en Europa.

1.2 Los controles y sus dificultades en Venezuela y el mundo

Es redundante citar los obstáculos al control que conllevan los elementos característicos de una delincuencia que se encuentra dispersa geográficamente; que es altamente especializada y prácticamente profesional; que es conocedora de los instrumentos legales, y que está entrenada en la corrupción de funcionarios y en el reclutamiento y pago de asesores, cómplices y actores. Y que, además, tiene una poderosa capacidad económica y de equipamiento. Es decir, que es intensamente Sofisticada.

Aún cuando el recurso a la cooperación internacional es parte permanente del discurso del control, son obstáculos a esta cooperación elementos de la contempraneidad: la privacidad de las comunicaciones (aunque pareciera estar cada vez más debilitada); el secreto bancario, y los paraísos fiscales. También, en Gobiernos cautelosos de su poder, los prejuicios sobre mantener la soberanía nacional; las dificultades para resolver con medios nacionales un problema trasnacional; y las mencionadas diferencias culturales y jurídicas.[9]

En cambio, facilitan su aparición un Estado débil, una sociedad débil o vulnerable, una Economía débil, una Autoridad central débil, y una estructura institucional delincuente o favorecedora.

---

9. Ver ALBRECHT (2001): citado por Mayra Duque, ob. cit.

Estos fenómenos, que son fundamentales para su efectividad, son tal vez los que tienen menos presencia en los programas de control.

En cuanto a Venezuela, su ubicación geográfica es estratégica para el comercio ilegal. Particularmente, pero no exclusivamente, como lugar de paso.

1.3 Controles a corto plazo

Desconocemos la extensión de la realidad europea, hoy favorecida por la desaparición de las fronteras o su debilidad, aunque el tema ha sido objeto de muchos encuentros académicos y policiales internacionales. El sueño de una Europa unida en torno a sus valores, ha mostrado un flanco vulnerable. No siempre se trata del fenómeno de la trata de inmigración legal o ilegal, aunque ésta suele ser un objetivo privilegiado de estudio como forma de delincuencia organizada Los migrantes suelen ser el chivo expiatorio, al formar parte de "los otros", los "diferentes". Sin embargo las diferencias de fortaleza institucional y cultural de los diferentes Estados, tiene una parte significativa en el asunto.

Uno de los fenómenos descritos en su nueva fenomenología, es el de algunas bandas trasnacionales, que se han considerado producto de la "mano de obra desocupada". No tiene que ver con el desempleo como tema estructural. Pero así ha sido denominado (en el Cono Sur y en los ex países de la Unión Soviética), el fenómeno de aquellas compuestas por ex miembros de cuerpos de seguridad autoritarios, acostumbrados al espionaje y la violencia oficial.

1.4 El caso de las "maras" o pandillas

En América Latina, la violencia y organización de las pandillas o "maras" se extiende con facilidad de un país a otro de Centroamérica, especialmente desde el denominado "triángulo norte" (Honduras, Salvador y Guatemala).[10] Como toda organización o banda con fines ilegales, asocian su organización a varios otros tipos de delitos graves como el homicidio, el robo, la violación y la tortura. Y allí, mezclado, está muchas veces el tema del narcotráfico. Y el de desempleo estructural, la carencia de estímulos positivos y de oportunidades lícitas para los jóvenes. Esta delincuencia, que es realmente masiva, y se enriquece más con su vinculación con el narcotráfico que con las operaciones que podríamos llamar "menores", que son tradicionalmente las suyas. La cantidad de muertos produce ha hecho de El Salvador sea, con Honduras y Venezuela (aunque esta último tiene elementos diferenciales), uno los países más violentos del mundo.

10. Y está intentando penetrar otros, como Costa Rica (un país ampliamente institucionalizado y democrático, que tiene una tasa de homicidios de las más bajas del mundo y que por su estabilidad económica y democrática es sede de importantes instituciones multinacionales).

Una tentativa *sui generis* de control, particularmente innovadora, se inició recientemente y localmente en El Salvador, con la intervención mediadora del Gobierno que abandonó las políticas de "mano dura" y "mano durísima", logrando pactos entre los grupos enfrentados a cambio de ciertos beneficios penitenciarios y medidas de inclusión social, y reducir así significativamente, las tasas de homicidios. Una investigación evaluadora del BID encontró que la reducción de los homicidios se verificó en los homicidios entre esos grupos, pero no necesariamente entre ellos y la población general.[11]

Uno de los elementos que generan la dificultad del controles es la afluencia masiva de jóvenes deportados de los Estados Unidos, a veces con record judicial y con la introyección de la cultura de la banda o gang norteamericanos, que en algunos países alcanza la cifra de 9.000 mensuales, países que no tienen la capacidad económica de proporcionarles asistencia idónea, capacitación para el trabajo o políticas de primer empleo, ayuda extrafamiliar especializada, reestructuración de las zonas donde los excluidos conviven o transitan.

La juventud aquí es un elemento importante. Es sobre ellos que se avalancha el mercado de la delincuencia organizada, tanto de sustancias prohibidas como de armas y otras variedades. Población más que vulnerable que no tiene alternativas en su estructura institucional de inclusión y desarrollo. Los niños son reclutados por las pandillas, ya que "nadie desconfiaría de un niño", dicen los entrevistados. Y ello se hace sobre la base de dinero, amenazas, prostitución o violaciones. Como consecuencia, las niñas embarazadas son un riesgo adicional.

Estas llamadas "pandillas" son, sin embargo, objeto de un menor esfuerzo de investigación y de control y cooperación internacional que el narcotráfico, aun cuando el daño en vidas y economías es enorme. Sólo cuando las pandillas se vinculan al movimiento del narcotráfico, se enfoca el problema, en forma generalmente militar, y a través de técnicas de inteligencia, informantes, control fronterizo y pistas de aterrizaje clandestinas.

1.5 Controlar las organizaciones

El proceso de distribución se inicia generalmente en Colombia, se traslada a Venezuela por los agujeros de una enorme frontera no siempre limpiamente o bien

11. Un estudio realizado por *Marcela Smutt del PNUD, presentado en el Symposio Internacional de Estocolmo en el 2013, señala la relación de esas enormes deportaciones masivas (que llegan a veces a ser hasta más de 9.000 personas al mes) que Estados Unidos ha hecho en los últimos años, de miembros provenientes de bandas delictivas que operaban en éste, y que copian los modelos de los gangs norteamericanos. Esos deportados llegan a sus países de origen de ese llamado Triangulo Norte, que no están en condiciones económicas ni institucionales de manejar en forma eficiente la avalancha de jóvenes recibidos.*

vigilada; pasa al Estado venezolano de Apure, y desde una pista de aterrizaje de algunas haciendas complacientes o cómplices, se trasladan a Centroamérica donde se exporta a Estados Unidos o Europa. O bien, desde la frontera norte con Colombia, en el territorio de la Goajira, pasa por lanchas rápidas a Centroamérica.[12] Puede generarse también en México, aunque allí las organizaciones tienen componentes culturales, sociales y funcionales particulares, que merecerían atención aparte.

Siendo el narcotráfico, narco cultivo y narco-consumo, el hijo predilecto de todos los controles, por sus ramificaciones económicas y políticas, ya que tiene más poder de dinero que muchos países del mundo, y ha penetrado las instituciones más importantes del Estado, se ha considerado más fácil seguirle los pasos a los grandes negocios del narcotráfico, conociendo el movimiento, origen, y *modus operandi* de las pandillas.

El mundo político está lleno de pistas y posibilidades investigativas, ya que allí abundan las denuncias, las sospechas, se pueden conocer sus movimientos bancarios, sus testaferros, y los enriquecimientos súbitos y desproporcionados en el comercio tanto legal como ilegal y en las estructuras y cooperación oficial beneficiada. Pero allí también hay complicidades de todos los niveles.

El mapeo digital, hoy en manos de cualquier Cuerpo Policial moderno, que permite detectar por el llamado Compstat, el lugar exacto, la hora, el día y las incidencias repetidas de un evento delictivo (o *hot spots*), en especial el homicidio y los delitos contra la propiedad significativos; así como las encuestas de victimización, son fundamentales no sólo para el "patrullaje inteligente", sino para saber cuáles son los sitios, horas y sujetos, que pueden tener vinculación con hechos de delincuencia organizada.

También la triangulación de llamadas a través de teléfonos móviles, permite ubicar dónde se producen los secuestros, generalmente vinculados a grupos pluriofensivos.

1.6 Las fronteras: violencia, guerrilla, corrupción y contrabando en América Latina

Suceden también formas particulares de delincuencia organizada que se trasladan de un país a otro de América del Sur, a través de las fronteras, arrastrando violencia y métodos de enriquecimiento de grupos irregulares que se autodenominan ideológicos,[13] como las técnicas del secuestro convencional y del secuestro exprés, el hurto o robo masivo de vehículos, la extorsión o venta de protección, y el contrabando de extracción. Este último, en Venezuela, consiste en pasar ilícitamente por la frontera con Colombia, cantidades enormes de gasolina a precio regulado –el

12. Ver ANIYAR DE CASTRO, Lola. Violencia y Sistema Penal en América Latina. ob. cit.

13. Es el caso de Colombia, ibíd.

menor costo en el mundo–, y artículos electrodomésticos y alimenticios de precio también regulado, para su reventa con enormes márgenes de ganancia. Hoy se dice que el margen de ganancia del contrabando de extracción de gasolina es mayor que el del narcotráfico. Es tan buen negocio que en el área fronteriza de la Guajira, han disminuido el secuestro, el robo de vehículos y otros delitos que producen menos, para dedicarse a lo que se denomina el "bachaqueo",[14] en la mayoría de los casos fuente central de ingresos familiares en amplias zonas geográficas del país. La escasez de productos básicos es una consecuencia. Sin embrago los controles oficiales están en los Supermercados, donde quienes compran ciertos productos son registrados, en ocasiones con marcas en los brazos, en Cajas Registradoras de otros expendios, a través de la digitalización que impide la recompra de los mismos productos. Las colas de personas buscando alimentos básicos para vender o para consumir, son tan impresionantes en Venezuela, que constituyen un grave problema de gobernabilidad. Pero el control no se ejerce en el origen del problema: políticas sociales que regulan precios, destrucción de la industria privada nacional, de manera que todo se importe a los precios siderales de divisas casi imposibles de obtener fuera del mercado negro, y que generan una inflación de más del 60%.

El real desarrollo de la agricultura propia, y de la producción propia, es inexistente. Pero la prohibición del "bachaqueo" conlleva también cárcel y a veces hasta presencia de cuerpos armados en los mercados. Como de costumbre: la ineficacia y la represividad desproporcionada y con efectos colaterales, son el resultado del prohibicionismo, de los precios controlados, y de su generación de mercancías apetecibles.

No hay que descuidar esas modalidades delictivas, en la medida en que las técnicas que utilizan son similares a las del narcotráfico, y son culturas que empiezan a operar en áreas multipropósito.

1.7 Fraudes electrónicos

Un delito organizado de ramificaciones que intercambian técnicas sutiles y complejas de actuación, que pasa generalmente desapercibido en los medios académicos (aunque no en los cuerpos de Seguridad) es el fraude electrónico generalmente

14. "Bachacos" son hormigas gigantes que generalmente caminan en fila india. De hecho, hay caravanas de 200 y 300 camiones sólo en la frontera andina con Colombia (Táchira) todos los días, entre la medianoche y las 4 am, gracias a la vista ciega y bien comprada de los puestos oficiales fronterizos, la extorsión a Supermercados, y el pago de comisión a los puestos de gasolina. Venezuela tiene una enorme cantidad de frontera, en todo el occidente del país, bastante abierta, no sólo para los consumidores de la frontera andina, sino especialmente para los Grupos guerrilleros del país vecino en la frontera del Zulia y algunos otros Estados del área.

a través de Internet, (ofertas engañosas, conocimiento de los recursos, direcciones, costumbres, o familiares de posibles objetos de delitos). Snowden suele decir que la gente no se da cuenta de que lleva un chip en el bolsillo. Y que por lo tanto, suele ser fácilmente ubicarse e investigarse. Sucede a menudo con las tarjetas de crédito bancario, con grandes pérdidas para el sector bancario y los particulares. Citamos párrafos textuales del Ingeniero Freddy Márquez,[15] porque dan cuenta de experiencias directas y de la forma como se están controlando estos delitos.

15. Blog del Ing. MÁRQUEZ, Freddy (freddy_marquez@cantv.net): "En la experiencia policial, y según los hechos y denuncias por delitos cometidos por "clonadores" de tarjetas, al menos hay cuatro formas de fraudes. El primero se basa en la obtención del Número de Identificación Personal (NIP); el segundo renglón es ocupado por las tarjetas perdidas o robadas; también existe la duplicidad en el cobro de una misma transacción en un establecimiento y por último, las falsificaciones. Clonación de tarjeta es copiar el contenido de la banda magnética, donde reside toda la información de la cuenta. La amenaza fantasma está a la orden del día. En su ataque, los "clonadores" de tarjetas utilizan el factor sorpresa, el abaratamiento de las tecnologías y la ignorancia de las autoridades para actuar. En el 2003 y 2004 abundaron "clonadores" de tarjetas, preferentemente de crédito. Una red internacional de defraudadores venezolanos actuó en diferentes partes de la República Mexicana. Con la detención de los venezolanos se logró el análisis de los procesos realizados por estos para realizar los actos fraudulentos cuando los usuarios acuden a un cajero a retirar efectivo y al introducir la tarjeta en la lectora del equipo. Los defraudadores manejan unos dispositivos, realmente muy pequeños, algunos disfrazados como *beepers* o computadoras de mano, y hasta de cajetillas de cigarros; los traen en sus bolsillos, en el cinturón o simplemente en la mano. Las bandas de clonadores están utilizando incluso microcámaras para grabar cuando los clientes del cajero marcan el NIP (número de identificación personal), no sin antes sabotear la ranura de la máquina que imposibilitará al usuario a realizar su transacción. Los fraudes ocurren en restaurantes, donde los clientes pierden de vista por unos momentos su tarjeta. Sin embargo el uso de la tarjeta ya clonada es mayor en supermercados, sobre todo por la variedad de artículos que las bandas defraudadoras pueden comprar, desde alimentos hasta un televisor de pantalla gigante. Cuando identifican y copian la información con saldos y el Número de Identificación Personal, la trasmiten a unos 200 metros del propio Banco.
En el caso de los estafadores Venezolanos en México, se habían robado ocho millones de pesos, en 38 diferentes fraudes cibernéticos. Agentes del Grupo Bancario y de la Unidad Orgánica de Robos y Asaltos de la ciudad de México, detuvieron en flagrancia a integrantes de la banda cuando intentaban colocar un aparato en un cajero para "clonar" tarjetas. Era una banda internacional, con pasaportes con visas de varios países. Incautaron el equipo de cómputo, y una lista muy extensa con números de tarjetas de débito que supuestamente ya "clonaron". Estas bandas internacionales y regionales de clonadores de tarjetas de debito, operan mayormente en los días de asueto dado que el flujo de efectivo y movimientos con tarjetas de débito se incrementa". Los cajeros automáticos tienen comunicación directa con la central del Banco y realizan las operaciones en tiempo real. Cuentan con sistemas de monitoreo de cada cajero, sistemas de reporte y de alarma de fallas, mecanismos de seguridad remota automática y acceso remoto a los cajeros desde las oficinas centrales del banco, o desde el lugar que se tenga previsto. Mayor incidencia: los días de asueto, y va-

1.8 Recomendaciones para un buen plan de control

Todo plan de control de un fenómeno complejo, debe ser un plan igualmente complejo.

Y debe partir del conocimiento del objeto a controlar. Un diagnóstico debe contener:

a) Su ubicación geográfica, social y cultural. Y los antecedentes socio-culturales y demográficos de las zonas de proveniencia de sus participantes.

b) tipo de integrantes, sus características y valores explícitos, como sus discursos, los nombres dados a los grupos, las técnicas de neutralización o legitimación que utilizan, en especial las ya definidas por definidas por Matza y Sykes[16]

c) Sus valores implícitos, lo oculto y verdadero.

d) Sus estrategias y tácticas, horarios, poder de fuego o violencia. Otros delitos de apoyo logístico.

e) Sus relaciones y redes; sus maneras de reclutar, su colusión con factores políticos, y

f) Sus formas de proteger y utilizar sus productos.

---

caciones, ante el incremento de la clonación. Otro tipo de fraude que ya no es tan común en el medio, ocurre en el establecimiento comercial que no cuenta con una terminal electrónica portátil y que obliga a "planchar" la tarjeta para emitir el comprobante, es posible que se genere más de uno y hacerlos efectivos con una firma falsificada. Una nueva modalidad parece ser la de entregar chequeras incompletas, con algunos cheques menos, para luego ser cobrados falsificando la firma, cosa que está al alcance del personal bancario. El Cuerpo de Investigaciones Científicas penales y Criminalísticas de Venezuela, CICPC, en varias oportunidades ha alertado a las instituciones bancarias de que "existe un alto índice de complicidad interna" en los fraudes y delitos bancarios.

16. SYKES, Gresham M. y MATZA, David. Techniques of Neutralization: a Theory of Delinquency (Las Técnicas de Neutralización: Una Teoría de la Delincuencia), American Sociological Review, XXII, 1957, 664-670. Esas técnicas son: 1) Negación de la responsabilidad. El delincuente, extendiendo el concepto jurídico de "daño culposo" (no intencional), afirma que no actúa libremente sino por influencia de fuerzas externas que están fuera de su control. 2) Negación del daño. De la misma forma que la ley admite la existencia de actos ilegales pero no inmorales el delincuente trata de eludir su culpabilidad afirmando que su acto no es "malo" puesto que no ha causado daño a nadie. 3) Negación de la víctima. Una suerte de extensión de la legítima defensa. El delincuente afirma que el daño no es realmente un daño sino una forma justa de justicia o castigo a una trasgresión de la víctima. 4) La condena a quien condena. El delincuente niega autoridad moral a quienes lo condenan aduciendo que son tan trasgresores como él, sólo que lo hacen encubiertamente. Si todos son culpables no hay culpables. 5) Apelación a lealtades superiores. La trasgresión a las normas de la sociedad de hace para satisfacer las normas de un grupo social más pequeño del que el delincuente forma parte. Tensionado entre dos lealtades, no tiene más remedio que violar la ley.

Por lo tanto debe ser:

a) Un plan orgánico (la falla de uno de los elementos puede dar al traste con la totalidad)

b) que comprenda niveles de acción y de expectativas de resultado a corto, mediano y largo plazo.

c) Debe entender que la inteligencia policial es fundamental. Aún cuando esto ha sido muy cuestionado a nivel académico, las "entregas controladas" (por eso "de controlar delitos cometiendo delitos"), son generalmente las más utilizadas, y cuando están en buenas manos, también exitosas. Se corre el riesgo, también, de perder agentes en la competencia con el poder económico del mercado ilícito.

d) Por cuanto cifras elaboradas con alguna seriedad han demostrado la relación entre inequidad y violencia, a través de la curva de Lorenz en el Indice de Gini, el plan debe anclarse a programas de inclusión juvenil social y económica (Primer Empleo, actividades recreativas, culturales, deportivas, educativas, artesanales, de pequeña empresa, actividades que le den prestigio dentro de su comunidad);

e) el acercamiento de la población infanto-juvenil a los conceptos de Ley, Sociedad, Estado (los cuales generalmente se sienten muy lejanos y están deslegitimados en los grupos organizados), Paz, Salud y Vida; y el entrenamiento de niños, maestros y progenitores, en técnicas de resolución pacífica de conflictos.

Para conocer las variables que, sólo en general, podrían hacer exitosa o fallida la aplicación de alguna técnica de control, nos referiremos a cómo funcionan las mencionadas variables de "Organización" y "Sofisticación" que Turk[17] propone para la lucha contra la delincuencia organizada.

1. *Para "la Oposición"* (Delincuentes):

Tener más "Sofisticación" (como hemos dicho, anticipar la respuesta de la otra parte), es más importante que la "Organización" para evitar o superar los controles Una verdadera Delincuencia Organizada, es una agrupación de "Organizados--Sofisticados". "Organizadas sin Sofisticación" serían las bandas delictivas, que son más vulnerables. El delincuente profesional es un "sofisticado-desorganizado", que lo hace más invisible e impune.

2. Para *las "Autoridades"* (el Estado);

Se presume que tienen tanto Organización como Sofisticación. Pero no siempre es así. Estas variables deben fortalecerse.

3. *Para ambas partes:*

3.1 Un primer criterio es la prioridad que tiene la norma violada o que se puede violar. En esto confluyen tanto el interés político como el cultural del área donde

17. TURK, Austin, ob. cit.

el control se aplicaría, los que por ambas partes han sido introyectados, aunque no se trate de los mismos valores.

3.2 Significa también que haya congruencia entre norma legal y norma social o cultural.

4. *Para las Autoridades:*

4.1 Debería haber consonancia y acuerdo entre todos los niveles de control, desde el primero que es la policía; hasta el último, que es el Juez.

Turk insiste en que el nivel policial es el más definitivo, pues está presente en el momento de la detección de los hechos, y su poder de selectividad es mayor. Pero, a su vez, sufre la influencia de varios elementos: los prejuicios y estereotipos (la mayor o menor ofensividad que atribuye a los hechos); la presión del clamor público, el sistema corporativo interno y la rutina competitiva al interior del Cuerpo.

Así que este es el nivel que requiere más control de objetividad, eficiencia y transparencia por parte de las agencias pertinentes del Estado.

4.2 Es necesario que el camino entre la detección y la sentencia sea lo más breve posible para que el control no se debilite a medida que pasa por diversas etapas. (insisto, por supuesto, en que ello no signifique omisión de las garantías procesales, aún cuando estos hechos punibles, especialmente el narcotráfico, sean objeto de un tratamiento legal basado en parámetros de lo que hoy, en la doctrina de Jakobs, se denomina "El Derecho Penal del Enemigo".

4.3 Es importante que la Autoridad sea más poderosa que la Oposición, lo que sin embargo cada vez parece más improbable, al menos en América Latina. En esto entra la complicidad y el encubrimiento, cuando no la coautoría por corrupción.

5. *La actitud "realista" para las Autoridades*

5.1 Una variable que apuntala el éxito de las Autoridades es que su conducta sea "realista". Una actitud *no* es realista cuando:

5.2 Deteriora las bases de la legitimidad, como el hacer redadas donde caen inocentes;

5.3 Si aumenta el Poder y el tamaño de la Oposición (creando mártires y aumentando la simpatía de la gente hacia la Oposición)

5.4 Si disminuye el consenso entre los diversos niveles de las Autoridades.

5.5 Es más realista, en cambio, si especifica claramente lo que debe ser controlado o cambiado, en lugar de un conjunto de afirmaciones vagas.

6. *La actitud "realista" para la Oposición:*

Aunque la violencia y el terrorismo son el camino más corto para superar el Poder del Estado, estas no constituyen una actitud realista para la Oposición: a la larga se revierte contra ella, crea héroes y mártires y despierta simpatía hacia las Autoridades.

1.9 Políticas de prevención a mediano y largo plazo

1.9.1 El narcotráfico y el baño de sangre latinoamericano. La solución más impactante: ¿Jaque mate al mercado, dejándolo sin mercancías?[18]

El tema de la droga prohibida ha corrido por el mundo como un proceloso rio de tinta. Se le ha visto como a un real King Kong en la selva urbana. Se ha convertido en un nuevo "oscuro objeto del deseo". Se ha convertido en el símbolo del mal. Representa a El Enemigo. Casi todo lo que hay que decir sobre las drogas está ya dicho, escrito, publicado, y, a entender de muchos de su autores, suficientemente documentado. Tanto desde la derecha como de la izquierda punitiva, –que ya muy poco se diferencian–, como desde la criminología humanizadora.

Se ha incursionado explícitamente en las motivaciones políticas que en la Europa productora, –más bien industrializadora– de sustancias explícitamente dirigidas a mantener la salud, hizo que se acudiera a las primeras prohibiciones internacionales de algunas sustancias que coyunturalmente, desde entonces, se llamarían drogas, las cuales eran ya utilizadas, cultural y habitualmente, en otras latitudes. Es parte de la Historia que países europeos impulsaron guerras en la región asiática, en el llamado Triángulo de Oro, comerciando con drogas en la llamada Guerra del Opio, drogas que luego serían prohibidas. Las importantes industrias farmacéuticas de los países centrales, entonces, se preservaron de posibles criminalizaciones, que no habían podido evitar en niveles locales, aunque por vías más garantistas y menos persecutorias que la actual Guerra contra las Drogas, que es el caso de los códigos penales. En la práctica, encontramos delitos previstos en los Códigos que casi nunca son localmente perseguidos, como los llamados "delitos contra la salud pública"; las lesiones, enfermedades, deformaciones, abortos o muertes por medicamentos que han demostrado capacidad letal o iatrogénica; la contaminación o envenenamiento de las aguas; el expendio de medicinas vencidas o en malas condiciones, o de fármacos con contraindicaciones que no son explícitamente señaladas; y los productos farmacéuticos peligrosos expendidos sin receta médica.

Ciertamente hay una gran diferencia entre una criminalización nacional, y una que trasciende las fronteras. Esta última cuenta con el concurso de mecanismos de cooperación internacional y policías internacionales, generalmente especializadas, así como con la militarización y la verticalización del control.

La estereotipia ocasionada por las maquinarias ideológicas, militares y políticas al servicio de las Convenciones Internacionales permitió la creación de lo que por

18. "Yo vivía en un pueblo muy pequeño que sólo tenía una calle. Entonces vino un Gobernador moderno que la puso en una sola dirección. Yo me fui y no pude regresar. Porque si lo hacía, cometería una infracción". (Facundo Cabral). Esta frase que viene de la música, resumiría el rechazo a las políticas criminalizadoras.

algunos fue denominado "el primer enemigo no económico". Aunque en realidad a la larga se convirtió en uno.

Permitió, como se ha dicho, señalar como peligrosos a países y ciudadanos de países, generalmente de culturas ajenas, penetrarlos bélicamente por intereses geopolíticos, y mantener intacta la imagen de los países centrales como una que sería, –por contraste bien definida–, positiva, justiciera, y representativa de la lucha del bien contra el mal. A la vez que presentarse como la parte victimizada de un problema frente a la agresión salvaje de países no occidentales o del tercero y cuarto mundos. Las drogas prohibidas (aquellas que no tuvieron el poder organizativo[19] o económico para ser excluidas de la criminalización) se convirtieron entonces en el vehículo para construir una especie de imagen de un negro, un gorila, temido, poderoso, extraño, salvaje –y a la vez deseado– en la sofisticada cuadrícula e industrializada vida urbana.[20]

Y– a pesar de que en los años 60 y 70, el uso de la droga por parte de las contraculturas se convirtió en el emblema del rechazo del sistema, del un mundo obsedido por la destrucción y por las guerras, al perder la batalla,[21] la droga prohibida se convirtió, a la larga, en excusa para consolidar el dominio en todos los órdenes de los mercados legales. La ensoñación, el retraimiento, el abandono, separaba a jóvenes en edad productiva del binomio producción –consumo. A ese enemigo cuasi perfecto había que enfrentarlo con todas las armas civiles. Y también militares. Permitió además anticipar la contrarreforma humanística que hoy experimenta el sistema penal; como la entrega vigilada, la revisión del secreto bancario, la justicia negociada, "los jueces sin rostro"; y la construcción de enemigos encarcelados a los que no se les conceden los derechos denominados beneficios procesales. La bibliografía de la criminología humanista en esta materia es abundante y exhaustiva.

Igualmente, el debate entre la criminalización y la descriminalización de las drogas ha hecho correr mucha tinta. Puede resumirse en la expresión de Louk Hulsman, quien comparaba a la droga como a una Bella Durmiente quien, después de la criminalización, se despertaba convertida en Bruja, por su poder destructivo al convertirse en objeto raro, y por lo tanto en mercancía escasa y cara. En apoyo a las tesis abolicionistas, que devolverían a esas sustancias su condición original de instrumento ritual o cultural, de bajo costo, está inclusive la propuesta de un premio Nobel

19. Ver trabajos de Becker y otros interaccionistas.

20. Ver sobre esto ANIYAR DE CASTRO, Lola: "La Droga: de la subjetividad histórica a la subjetividad construida", trabajo presentado en Buenos Aires, en un Seminario sobre los efectos de la droga.

21. Batalla de la cual lo único que queda vivo son los nostálgicos sonidos y los timbres de instrumentos exóticos que *Le Cirque de Soleil* rememora, asociados a los Beatles y a la palabra *love*.

de Economía, Schulz, quien propugnaba su descriminalización. Hoy en día algunos mandatarios latinoamericanos, en medio de la batalla siempre perdida contra el narcotráfico, están proponiendo o iniciando políticas, aún tibiamente, descriminalizadoras. Es el caso de Uruguay (2013-14), Brasil, Argentina, Bolivia, Guatemala, México y Colombia donde se han ya despenalizado pequeñas cantidades de drogas duras. En Estados Unidos, los votos de Colorado y del Estado de Washington, demuestran una tendencia que no parece recriminarse desde la capital del país.

Todavía hay un largo camino para que América Latina pueda avanzar para escapar a esos ciclos de violencia. Ioan Grillo,[22] reportero desde el 2001 sobre el tema del mercado de las drogas en América Latina, se pregunta "¿qué pensará la gente del futuro sobre el hecho de que se hayan producido, en seis años, 60.000 muertes en la guerra contra la droga, unos cuantas decenas de miles más en Guatemala, Honduras, Colombia y Brasil?". Y la mejor pregunta: "¿Quiénes verán dentro de 100 años estas imágenes latinoamericanas, como un asunto arcaico y ya resuelto? O estarán sufriendo el mismo ciclo de los masivos mercados de drogas en Estados Unidos y Europa y la brutal violencia al Sur del Rio Grande?" Por el momento, baja el interés en los valles de cultivo de marihuana. Ya el ex Presidente Fox anunciaba su apoyo a un inversor americano en Internet para una *joint venture* del *cannabis*. Con lo cual se arrebatarían billones de dólares de las manos de los carteles y se cortarían los lazos que los vinculan al crimen organizado. Sin duda habría violentos debates en Naciones Unidas que obliguen a los signatarios de Convenciones a luchar contra las drogas, y es posible que tal cambio derive en una fuerte desviación hacia la extorsión y los secuestros. Pero será más fácil luchar contra delitos locales que contra redes internacionales.

Reconoce Grillo que hoy vemos el más grande cambio de la historia de la prohibición desde que empezó su camino con el *Narcotic Tax Act* de 1914, que dio inicio al cultivo y mercado de amapolas para el opio, al Norte de la Sierra Maestra. A partir de entonces, los carteles de la droga latinoamericanos se hicieron más y más violentos, y representaron tal vez el mayor costo de la droga de la Historia, medido por el baño de sangre que ha generado

¿Cuántas muertes ha producido el consumo de las drogas prohibidas? Sería interesante hacer un estudio comparativo.

---

22. Ioan Grillo: "Drug War no More", the New York Times, nov. 27, 2013, relata "Veo una foto de soldados que evoca la imagen de la droga en su más fundamental expresión: destruyendo al enemigo declarado (una planta)". Recuerda "una montaña de dinero en una mansión de México DF en la mayor quema de dinero del mundo (207 millones de dólares), mostrando que el asunto es sólo de dinero". "También las imágenes de madres, de hijos e hijas muertos en el fuego cruzado entre soldados y asesinos de los carteles, una escena que se repite en las calles de Ciudad Juárez, Acapulco, Tegucigalpa y Medellín." Es autor también de "El Narco. Inside the México' s Criminal Insurgence".

Los datos de la realidad demuestran que los principales productos de esa criminalización han sido el crecimiento desmesurado de la violencia, las luchas sangrientas por el control de mercados, territorios y hasta el poder político; la corrupción, la organización criminal; y el debilitamiento de las soberanías estatales que en muchos casos no tienen más potencial económico ni instrumental, aunque sea subterráneo, que el negocio floreciente de la droga.[23]

Significativamente, ni los muertos en las cárceles ni las muertes entre bandas, suelen incorporarse oficialmente a las estadísticas oficiales latinoamericanas. No se trata de muertes computables, pues quienes han sido puestas al margen de la ley, parecen haber perdido, más que la ciudadanía, su condición de personas.[24]

Uno de los argumentos señalados para la descriminalización, es que la expansión del consumo evidencia la ilegitimidad de la prohibición. A esto se agrega la imposibilidad constatada de controlar los cultivos en países que, tradicionalmente, han vivido a expensas del cultivo, por ejemplo, de la hoja de coca en el altiplano boliviano, por razón de las alturas y la oxigenación que genera masticarla. También, muchas sustancias prohibidas siguen siendo consumidas por los países que tradicionalmente lo han hecho. Simplemente, en general, para experimentar momentos de interacción social.[25]

---

23. "En el 2008 más de 5.000 personas murieron en México en episodios de violencia vinculados a la droga y a su represión", indica Cuautémoc Medina, curador de un Pabellón de México en la Bienal de Venecia, donde Teresa Margolles (Culiacán, 1963) expone una instalación bajo una bandera que es un trozo de tela empapada en sangre coagulada de esos muertos, símbolo de este nuevo arte político, instalación que se denomina precisamente: "De qué otra cosa podríamos hablar?". Mientras la instalación se inauguraba, el suelo fue silenciosa y repetidamente lavado con una mezcla de agua y sangre, por parte de personas que habían perdido un ser querido en esa guerra. Margolles también ha fabricado joyas con pedazos de vidrio de automóviles usados en los tiroteos y mientras tanto, en telas coaguladas de sangre algunas personas bordaron con hilos de oro narco-mensajes, avisos y amenazas de ajustes de cuentas. Es, "la vida de los cadáveres", que en el decir de Margolles, "cuenta su historia".

24. Como ejemplo del ambiente socio cultural y económico que circunda estos fenómenos, el mismo día, mencionamos una noticia significativa: Se refiere que, entre el 2004 y el 2007, hubo 546 muertes por heroína en 18 condados norteamericanos. A la vez, se reporta que dos jóvenes mexicanos, inmigrantes pobres, que no habían logrado encontrar trabajo en Estados Unidos, asumen su culpabilidad en el asesinato no planificado de un joven californiano de clase alta, adicto a analgésicos recetados para calmar su dolor por un problema de lesión en la espalda, al venderle heroína que le daría el mismo efecto pero que resultaba mucho más barata que el fármaco oficial (entre 10 y 20 dólares por dosis, mientras que la misma cantidad del fármaco legal costaba 60 dólares). Uno de los mexicanos dice al juez, al recibir una sentencia de 15 años, que "no pretendía hacerle daño a esa familia, tengo dos hijos y no me gustaría que les pasara algo parecido".

25. Y sus funciones supuestamente mágicas (ver los relatos de Castaneda, como "Las Enseñanzas de Don Juan" y "Una Realidad Aparte", sobre el efecto del peyote).

Igualmente se aduce que la prohibición niega el pluralismo, desconoce al "otro diferente" o reduce opciones personales, mientras drogas no prohibidas no tienen esas limitaciones y sí, en cambio, muchas consecuencias médica y socialmente dañinas. Pero, sobre todo, hay que destacar que el tema no es precisamente novedoso: el catastrófico producto del prohibicionismo ha sido ampliamente estudiado a raíz de la experiencia fallida de la prohibición del alcohol en los Estados Unidos.

Y el dinero que hoy se invierte en la costosísima guerra contra las drogas, o que se produzca por las descriminalizaciones, puede invertirse en tratamientos a las personas que padecen problemas de salud por la adicción, y en campañas publicitarias y educativas informando sobre los peligros que las drogas duras generan. Se restauraría el modelo de atención médica, cuando sea necesario, el cual no debe depender de atajos legislativo-punitivos sino de su propia racionalidad.

El miedo, sin duda, la sombra de la estereotipia, es uno de los motivos para mantener la prohibición. La satanización de la droga hace aparecer como "impuros" a quienes se opongan a su castigo, aunque se trataría más bien de vaciar las motivaciones para un negocio que desaparecería. Se trata ahora de mantener la imagen de la lucha entre el Bien y el Mal. La droga ha penetrado el mundo de los símbolos.

Pero también es cierto que es más fácil penalizar que despenalizar. Se presta más a la aprobación del "ciudadano de a pie". Se apuesta al pensamiento punitivo-primitivo de la sociedad. Penalizar es siempre menos escandaloso que despenalizar. Penalizar puede movilizar un útil y manipulable sentimiento de repudio social.

¿Qué intereses legítimos o no, paralizan una reforma que tendría un impacto pedagógico, sanitario, y económico tan grande?

Veamos algunas circunstancias:

Unas preguntas nos acercarían a las hipótesis:

¿Adónde va el oro de la prohibición? Algunos de sus destinos son: entrenamientos para cultivos y modificación de las materias primas; cadenas entre las etapas de producción y comercialización; instalaciones especiales; secreto y custodia de materiales y procedimientos, investigación para nuevas sustancias; policías altamente especializadas, tribunales especiales; centros de formación sobre la materia. Centros administrativos de recopilación de datos y de controles sectoriales. Controles aduaneros, funcionarios militares, perros, reuniones académicas y políticas para análisis y discusión de nuevos procedimientos; policías internacionales, manejos financieros. Inversiones en corrupción de funcionarios altos y bajos. Distribución de beneficios. Compra de equipos. Relaciones lucrativas con sitios de diversión, bares, y la prostitución. Es decir, múltiples negocios lícitos colaterales.

No hay duda, pues, de que eliminar el mercado de la droga puede hacer tambalear el sistema de producción general imperante. No sólo disminuiría los aportes que a las economías nacionales hace el lavado del dinero. Reduciría drásticamente

el empleo de miles de ciudadanos de todas las clases sociales que directa o indirectamente se benefician de esa economía subterránea. Es tan significativo de que se trata de controlar una mercancía, que los métodos de control se orientan a penetrar los mercados legales, a rastrear el dinero, esculcar los bancos, y las inversiones.

Y habría que enfrentar múltiples presiones internacionales, porque el "efecto dominó" sería ineludible para evitar que una Región se convierta aisladamente en una suerte de "paraíso de la droga", lo que sólo sería así si el mercado de la droga no se derrumba en su totalidad.

¿Poner de acuerdo al mundo y a sus funcionarios? Pareciera una misión casi imposible. Pero ya vimos como sucedió con la descriminalización del alcohol.

Mucha agua ha corrido bajo el puente. Tal vez ahora, más maduros y publicitados los conceptos en esta materia, y más cercanos los objetivos de integración de la Región, sea posible hacer algún esfuerzo de racionalizar, y de lograr, –al menos para comenzar–, la descriminalización, para empezar, de las drogas blandas. Porque ya el monstruo de la invención de nuevas y peores drogas generadoras de negocios ha sido creado. En fin de cuentas, como se suele decir en el sistema, "pensar es gratis".

Pero no debería ser el único paso. Sólo asestando un fuerte golpe, como éste, al mercado de la droga en su totalidad, veremos desmoronarse los falsos palacios dorados que la prohibición construyó.

Se está en presencia de una decisión política. Y lo político está condicionado por intereses locales, extranjeros, o presiones políticas internacionales. Intereses ilegítimos puede haber muchos, por supuesto, en un continente donde el mercado de la droga puede ser fuente de ingresos electorales. Se asegura que políticos de alto nivel colombianos, a través de la historia, para citar sólo las situaciones más publicitadas, recibieron primero la bendición de lo que podríamos denominar, literariamente, recodando a Puig, "El beso de la Mujer Araña". En Venezuela abundan las denuncias, nunca investigadas, de altos funcionarios vinculados al narcotráfico y que se mantienen para tenerlos bajo control político.

1.10 Técnicas democráticas de control

En todo caso, al problema de la droga y las armas como mercancía cara y clandestina no puede tratárselo simplemente en términos de represión, militarización y consumo. Un elemento de los delitos con un componente de organización, es la posibilidad de acceder a una forma paralela de poder. A veces, las características y condiciones del Estado donde funcionan, pueden ejercer un rol facilitador. Por eso, estos grupos tienden a utilizar el poder que otros ejercen, o se sostienen sobre la corrupción. La percepción de que el Estado normativo y la Ley son cosas lejanas, porque no son propias de la cultura, de la historia personal, de la experiencia y/o del nivel socioeconómico de algunos grupos sociales, parece ser constante en las actitudes y legitimaciones de estas acciones delictivas.

Este es el obstáculo mayor a superar, y tiene que ver con técnicas de inclusión y de socialización. En el caso de barreras culturales, deben considerarse técnicas delicadas y personalizadas de socialización primaria, única manera de revertir las solidaridades internas al grupo delictivo, ya no el clásico calificativo de ser "uomo di onore" de las viejas mafias, sino las lealtades que generan confianza y ascenso al poder interno en el grupo y un halo de poder frente a la sociedad en general.

Las políticas de prevención para debilitar el atractivo de la recluta de jóvenes para las actividades de base, deben incidir en técnicas de socialización, como se ha dicho, y en la oferta de alternativas reales de movilidad social y de acceso a medios legítimos de ascenso a posiciones privilegiadas en su nivel. No hay que olvidar que la droga y las armas dan prestigio social a jóvenes que no tienen nada más para mostrar.

Los planes de prevención que tienen que ver con densidades demográficas problemáticas, topografías difíciles, calidad de servicios ciudadanos, de salud y alimentación, deben contar con el apoyo de expertos urbanistas, atención primaria en salud y trabajo social.

1.11 Medidas formales de control

1.11.1 El lavado de dinero o legitimación de capitales

La legitimación de capitales, que consiste en darle apariencia legítima a fondos producto de delitos, utilizando mayormente mecanismos financieros como instrumento para ello, es un delito que afecta las economías locales y mundiales, incidiendo grandemente en el sistema financiero internacional. Como hemos dicho, es una fuente de investigación fundamental para el movimiento de los frutos monetarios del narcotráfico, así como de otros delitos, organizados o no, porque las operaciones en general se hacen en dinero en efectivo, el cual es difícil de esconder o disimular.

Para ello se han establecido regulaciones financieras internacionales, amén de algunas locales, que limitan la apertura automática de cuentas, especialmente de personas jurídicas o vinculadas al poder político o policial, y vigilan transacciones sospechosas so pena de que la institución financiera correspondiente pierda su credibilidad o sus licencias legales, y que puedan sus autoridades ser objeto de sanciones penales.

Como nos dice el funcionario García Castellano,[26] sobre la base de su experiencia profesional, la prevención del lavado de dinero es un campo relativamente

26. García Castellano, Aaron Arturo, funcionario bancario: Trabajo presentado a la Cátedra de Criminología I, que dictamos en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013.

novedoso tanto a nivel nacional como mundial, y surge de la necesidad de estar a la par de las innovaciones de los grupos de delincuencia organizada, que están constantemente creando nuevas formas de hechos delictivos muy rentables. Estos van desde el robo, el hurto y la estafa, a la extorsión, la corrupción administrativa, hasta el tráfico de drogas, de personas, secuestros o sicariatos, delitos que en muchos casos son también organizados.

Este autor plantea algunos casos de políticas preventivas:

a) por ser este un tema poco conocido, deben primeramente desplegarse campañas de educación y sensibilización sobre el tema, dirigida a todos los ciudadanos del país, pero sobre todo a los sectores más vulnerables, bien por sus bajos recursos económicos, bien por ser jóvenes inexpertos o personas de la tercera edad. Con esto, y con funcionarios preparados en las oficinas de atención al cliente, se informará sobre los peligros de prestar sus cuentas bancarias para la movilización de dinero de dudosa procedencia, –modalidad ésta muy utilizada por los delincuentes–, que convencen, ofreciéndoles una parte del dinero y sugiriéndoles que de esta manera mejorará su historial bancario, a ciertas personas desprevenidas o desasistidas de información

b) Debe igualmente reforzarse la vigilancia sobre las transacciones realizadas en efectivo en el ámbito comercial. Actualmente se insta a los Bancos y Registros a regular este aspecto, sobre todo en operaciones de compra venta de bienes muebles e inmuebles de alto valor.

c) Las instituciones deben proveer seguridad jurídica y protección a los funcionarios encargados de la investigación de casos de lavado de dinero, sobre todo aquellos ligados a la corrupción o a actividades apoyadas en actos violentos. Se ha detectado que cuando altos funcionarios gubernamentales, narcotraficantes o contrabandistas de mercancías prohibidas, se encuentran implicados en estos casos, los investigadores suelen ser amedrentados.

e) Contrariamente a lo que se estila, estos casos deben salir a la luz pública y no ser mantenidos en secreto, ya que esto contribuirá no sólo a que los delincuentes se cuiden de realizar estas actividades sino que también logrará que el ciudadano común tenga más confianza para denunciar este tipo de hechos.

f) La contraloría social es una gran aliada en la lucha contra este tipo de delitos de cuello blanco, pero para ello se necesita que la ciudadanía confíe en sus instituciones y organismos gubernamentales. Debe dotarse de absoluta confidencialidad y protección efectiva a los denunciantes, y protección a los testigos.

g) Las instituciones de educación superior son la plataforma por excelencia para lograr una formación adecuada de funcionarios encargados de prevenir el lavado de dinero, por lo que deben crearse diplomados o postgrados especializados. Debe ampliarse la obligatoriedad de recibir este tipo de capacitaciones a todos aquellos funcionarios públicos que manejen o administren fondos y recursos del Estado,

funcionarios de organismos policiales, penitenciarios, militares y de seguridad, y todos aquellos que puedan contribuir a prevenir el lavado de dinero.

h) Finalmente, deben simplificarse, los mecanismos burocráticos ligados a trámites de adquisición de divisas, de registro de compañías, de importación o exportación de mercancías, de otorgamiento de licencias, que sólo contribuyen a la aparición de prácticas de sobornos y pago de comisiones para saltarse los procedimientos. Mientras más sencillos y transparentes sean dichos trámites, menos dispuestas estarán las personas a arriesgarse en incurrir en delitos para completarlos.

En resumen:

- fortalecer la estructura institucional en su capacitación tecnica, humanistica, inclusiva y etica
- generar confianza en las instituciones, sentido de pertenencia a un estado y sus instituciones e identidad nacional
- construccion de ciudadanía para todos
- seguridad juridica y ciudadana
- tecnicas de prevención situacionales y sociales
- analisis autocritico de los estados y sus instituciones para conocer sus debilidades y e intensificar sus fortalezas
- economias fuertes y confiables
- dotar a los poderes públicos y económicos de capacitación legal, y en planificación, con reducción de procedimientos burocraticos.
- transparencia:

– participacion, contralorías sociales: consulta y rendición de cuentas y capacitación ciudadana para ejercerla y eliminar impunidades.

- desconfiar de la criminalización como polìtica de protección de objetivos,

– para no construir mercancias raras y valiosas (casos drogas, armas, productos de uso normalmente lícito etc.).

- proteccion tanto de los funcionarios honestos del control, como de los testigos
- y lo más importante, investigar y erradicar en toda su fenomenología el tema de la corrupción

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Colômbia, dentro do labirinto da violência – O narcotráfico e a marginalização – Repressão ou prevenção? alternativas, de Abelardo Rivera Llano – *RBCCrim* 1/7 (DTR\1993\1);
- Control social en América Latina, de Augusto Sánchez Sandoval – *RBCCrim* 42/317 (DTR\2013\7508);
- Lineamentos gerais do novo Processo Penal na América Latina; Argentina, Brasil e código modelo para Ibero-América , de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 58/120 (DTR\1990\56);
- Mitos e realidades sobre a criminalidade na América Latina. Algumas observações estratégicas sobre como enfrentar e melhorar a coesão social, de Bernardo Kliksberg – *RBCCrim* 73/171 (DTR\2008\368); e
- Principales rasgos dogmáticos y político-criminales del Derecho Penal del narcotráfico en Colombia – Main dogmatic and political-criminal features of drug trafficking criminal law in Colombia, de Juan Pablo Montiel – *RBCCrim* 96/205 (DTR\2012\44699).

A OPINIÃO PÚBLICA E O SISTEMA DE DIREITO CRIMINAL: SOBRE AS DIFICULDADES DE COMPREENDER ESSA RELAÇÃO COMPLEXA

PUBLIC OPINION AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: ON THE DIFFICULTIES TO UNDERSTAND A COMPLEX RELATIONSHIP

JOSÉ ROBERTO FRANCO XAVIER

Doutor e Mestre em Criminologia pela Universidade de Ottawa (Canadá).
Professor do Departamento de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este texto relata alguns achados de uma pesquisa de doutorado que tratou da influência da opinião pública sobre a justiça penal. Trago aqui alguns elementos empíricos de estruturas de recepção das pressões da opinião pública no sistema penal, que foram identificados a partir de entrevistas semiestruturadas com magistrados e membros do Ministério Público. Apresento também parte da reflexão teórica desenvolvida sobre a dificuldade de se estudar essa relação: há enormes armadilhas teóricas e metodológicas no caminho de quem tenta compreender a relação entre opinião pública e justiça penal. Por fim, trago também parte de uma reflexão teórica que se debruça sobre as razões da dificuldade da justiça penal de se relacionar com a opinião pública.

PALAVRAS-CHAVE: Opinião pública e justiça penal – Mídia e justiça penal.

ABSTRACT: This paper introduces some findings of a doctoral research on the influence of public opinion in the criminal justice system. Here I present some empirical data, collected in semi-directive interviews with judges and prosecutors, about the "reception structures" created by the mentioned system to integrate pressures from public opinion. I also introduce part of my theoretical reflection on the difficulties to study such relationship: there are plenty of theoretical and methodological traps in the pathway of those who intend to shed light on the exchanges between public opinion and the criminal justice system. Finally, I also present a part of a theoretical analysis on the reasons why the criminal justice system has such trouble in relating to public opinion.

KEYWORDS: Public opinion and criminal justice system – Media and criminal justice system.

SUMÁRIO: 1. Introdução: um tema escorregadio – 2. Algumas considerações sobre a literatura: opinião pública, mídia e justiça penal – 3. A pesquisa em si: como a opinião pública e o sistema de direito criminal interagem – 4. Qual o lugar da opinião pública nessa relação com o sistema de direito criminal? – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: UM TEMA ESCORREGADIO

O tema deste artigo[1] é a relação entre o sistema de direito criminal e a opinião pública. O que é aqui apresentado são alguns elementos, tanto teóricos quanto empíricos, que foram produzidos no quadro de minha tese de doutorado, defendida em 2012, na Universidade de Ottawa, no Canadá. O meu propósito neste texto é de apenas trazer, no quadro de um breve texto, alguns elementos debatidos naquele trabalho. Não há aqui espaço para apresentar a complexidade da discussão que ali foi tratada,[2] nem tampouco de entrar mais a fundo em algumas questões teóricas (como por exemplo as definições de opinião pública e sistema de direito criminal). Mas creio ser possível, todavia, mostrar a complexidade do problema e estimular um debate mais qualificado sobre essa relação a partir do que será dito neste artigo.

Sobre a pesquisa realizada, o meu interesse naquele momento era entender qual a influência da opinião pública sobre as decisões da justiça criminal. Trata-se de um tema polêmico, de um tema que funciona muitas vezes como argumento para se acusar um magistrado de ser leniente ou demasiado severo, de estar em descompasso com o que a sociedade quer. Mas trata-se também de um tema muito pouco analisado, sujeito mais a opiniões impressionistas do que a análises baseadas em reflexão teórica profunda ou levantamento de dados sistemático.

O problema era então entender qual o impacto que a opinião pública tem nas decisões da justiça criminal, para além de uma mera visão opinativa. Tinha algumas questões presentes que me conduziam na pesquisa. Como os juízes e promotores lidam com a pressão da opinião pública? Qual o impacto de uma supermidiatização de um caso criminal na hora de se fazer justiça no sistema de direito criminal? Para além de um julgamento valorativo sobre uma suposta excessiva severidade ou clemência de magistrados e promotores, o interesse era observar e tentar compreender as estratégias e mecanismos que o sistema de direito criminal colocava em prática para poder lidar com a pressão da opinião pública.

Do ponto de vista da pesquisa social, este tema não é apenas polêmico. Trata-se de um tema fundamentalmente perigoso, escorregadio para a análise acadêmica. Afinal, há aqui um risco enorme de se cair numa dicotomia de senso comum e tirar logo conclusões demasiado superficiais. Em outras palavras, trata-se de um tema

---

1. O texto a seguir é derivado de um texto de apresentação para o Seminário Internacional do IBCCrim. Tanto este texto quanto a referida apresentação foram baseados em minha pesquisa de doutorado realizada no departamento de criminologia da Universidade de Ottawa (Canadá), sob a direção do professor Alvaro P. Pires. A tese foi defendida em 2012, e foi vencedora do prêmio *Governor General's Gold Medal*. Alguns trechos da conclusão daquela tese foram aproveitados neste texto (depois de traduzidos). Agradeço à CAPES e à *Canadian Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality* pelo financiamento desta pesquisa.

2. Ver XAVIER, 2012.

que pode muito facilmente nos levar a dizer aquilo que as nossas pré-noções já sabem muito mais do que aquilo que podemos descobrir com a pesquisa.

Há pelo menos dois pontos de vista aqui correntes na sociedade, que já tem uma representação pré-concebida sobre esta relação entre opinião pública e justiça penal. São duas representações idealizadas, que revelam muitas vezes mais sobre o portador dessas representações do que sobre a mencionada relação, e que em nada ajudam a compreender e complexificar o problema em termos de pesquisa. Mas vamos falar um pouco sobre elas antes de tratar da pesquisa em si.

A primeira representação que se pode fazer sobre a relação entre opinião pública e justiça penal é dizer que sim, os juízes e os promotores são influenciados pela opinião pública, pela mídia etc. E essa influência é ainda maior quando se trata de um crime midiático. Numa tal representação, considera-se que esses atores são maleáveis conforme a pressão da mídia e da opinião pública (pressão, no mais das vezes, por uma condenação ou por uma pena mais severa). Considera-se, neste ponto de vista, que a autonomia de juízes e promotores fica bastante prejudicada nestes casos em que há uma forte midiatização do caso criminal. Como eles poderiam ficar imunes a uma tal pressão midiática? Como eles não poderiam carregar um pouco mais na mão numa condenação do Maníaco do Parque, da Suzane Richtofen ou do casal que "atirou aquela menina pela janela"? Afinal, são crimes que indignaram a opinião pública, que causaram um ultraje coletivo, que foram amplamente explorados pela mídia até se tornarem lugares-comuns da barbárie em nosso imaginário coletivo.

Num outro espectro, temos a representação oposta. Podemos conceber também que a formação jurídica e a experiência na carreira funcionariam como uma barreira para essas influências indevidas de fatores externos ao processo. O verdadeiro magistrado não se deixaria mover pelas paixões do momento. Tampouco o verdadeiro promotor. O direito seria isento de paixões: o clamor do público e da mídia não são levados em conta. Trata-se de elementos impróprios, inadequados. Tornar-se um promotor ou um juiz criminal é, antes de tudo, aprender a reconhecer o direito aplicável a um caso concreto, de forma a fazer a verdadeira justiça. Somos imunes à exploração midiática dos eventos criminais. A mídia e o público não entendem nada de processo penal, de como ele deve ser conduzido e de como uma pena deve ser dosada e aplicada. Não queira, portanto, que nós, profissionais do direito, levemos em conta o clamor público na nossa atividade.

Duas representações opostas. E duas representações ao mesmo tempo verdadeiras e falsas. Qual o problema aqui do ponto de vista da pesquisa social? O problema é a superficialidade de uma descrição idealizada, de uma descrição que está no plano do *dever ser* e não no plano da descrição de como essa relação de fato se dá. Essa descrição idealizada não nos ajuda a de fato entender melhor essa relação. Vejamos um pouco mais detalhadamente o problema.

Por um lado, parece difícil de fato conceber que juízes e promotores não sejam influenciados pela opinião pública e pela mídia. Há aqui uma forte probabilidade

de que esses personagens, assim como todos nós na sociedade, sejamos de fato influenciados pela mídia e pela opinião pública. No entanto, isso não diz muita coisa. É banal como afirmação dizer que somos todos, inclusive juízes e promotores, influenciados por mídia e opinião pública. Isso não nos permite compreender nada, nem tampouco entender os mecanismos de tomada de decisão no processo penal. Somos influenciados como? Que a nossa representação do mundo é em grande parte tributária do que vemos na mídia é um fato, mas o que isso tem a ver com as nossas tomadas de decisão? Ou ainda, seria possível conceber que as nossas decisões não fossem influenciadas pela mídia e pela opinião pública, já que ambas são o nosso espelho do que seja a sociedade?[3]

Por outro lado, mas no mesmo sentido, dizer que a formação e a experiência jurídica podem ser uma barreira contra a influência da mídia e da opinião pública também é uma afirmação pouco precisa. Se é impossível, como membro da sociedade, ser imune à opinião pública e à mídia, não podemos ignorar todavia o peso da formação e da experiência jurídica que nos dão treinamento e instrumentos para considerar questões técnicas de um processo que um leigo não vê. No entanto, parece-me também bastante ingênuo pensar que a formação jurídica possa se contrapor totalmente às pressões midiáticas. Em todo caso, aqui também sabemos pouco como a formação jurídica impediria essas demandas da opinião pública de exercerem uma influência. Saber que os operadores do direito, em teoria, são formados de forma a se ater ao direito e não a ruídos da mídia não ajuda a de fato entender como eles procedem quando colocados em situação de decidir num caso altamente midiatizado.

Resumindo, há aqui uma questão complexa, que pode ser vista a partir de duas representações idealizadas, mas que não nos ajuda de fato a avançar em termos de conhecimento sobre o problema. Por isso essas representações são ao mesmo tempo verdadeiras e falsas. São verdadeiras naquilo que são obviedades (que, por um lado, todos somos influenciados por mídia e opinião pública e que, por outro lado, os operadores do direito são formados para não se deixar levar por pressões externas ao processo), naquilo que funciona como representação genérica. São fal-

3. Devo dizer que, embora elabore pouco a questão neste artigo, tenho aqui definições precisas do que entendo por mídia e opinião pública. Trata-se das concepções esposadas por LUHMANN (2000 e 2001). Ele considera a opinião pública tanto como um *medium*, um dispositivo que permite facilitar uma comunicação, como formas que se constituem nesse *medium* (isto é, discursos que dizem o que é a opinião pública apoiando-se nesse dispositivo comunicacional). Não há espaço aqui para desenvolver a questão (ver XAVIER, 2012, para o desenvolvimento teórico), mas devo apenas dizer que, numa tal concepção, a opinião pública não é "o que as pessoas pensam", mas simplesmente uma representação que algum observador faz sobre discursos que enxerga na sociedade. A mídia, por outro lado, é um sistema social que colabora em permanência para a construção dessas representações que identificamos como opinião pública.

sas justamente porque não dão conta da infinidade de contradições que permeia essa relação opinião pública e justiça penal, porque ao generalizar escondem a complexidade da questão, a imprecisão dos conceitos e as nuances e contradições que subjazem a uma tal representação. Um exemplo rápido sobre o problema: dizer que a opinião pública *influencia* a justiça penal. A polissemia do termo influência é o típico caso problemático para o pesquisador social. Diz muita coisa e ao mesmo tempo não diz nada por imprecisão.

2. Algumas considerações sobre a literatura: opinião pública, mídia e justiça penal

Um segundo grande problema para se entender a relação opinião pública e justiça penal é a literatura sobre o tema. Sobre a relação opinião pública e justiça penal, ou melhor, como aquela impacta essa, não há muita coisa.[4] Há alguma literatura interessante sobre como o público vê algumas questões criminais.[5] E há uma enorme literatura sobre o papel da mídia e as nossas representações sobre o crime, e como a mídia coloca problemas para o sistema penal. Embora esta literatura seja extensa, ela não parece nos levar muito longe em termos de conhecimento novo.[6] Sabemos já faz algumas décadas dos problemas que a mídia coloca para a justiça penal. Podemos, de forma bastante resumida, elencar alguns deles aqui.

O primeiro é que a mídia faz um pré-julgamento dos acusados. O tempo da mídia não é o mesmo do processo penal: a justiça que leva dois, três ou quatro anos é absolutamente incompatível com a justiça midiática, que precisa de celeridade e instantaneidade. Assim, a mídia muitas vezes julga e condena (ou, mais raramente, absolve), muito antes do processo penal. Se o resultado desse julgamento midiático é conflitante com aquele da justiça penal, o público muito possivelmente vai ficar insatisfeito com o resultado do processo penal.

Uma segunda constatação bastante conhecida é a da estigmatização que a mídia faz dos acusados. Muito antes que o advogado de defesa possa apresentar qualquer

4. Conheço apenas os trabalhos mais antigos, e pouco relevantes para o cenário brasileiro, de Roberts et al. (1999), Tomaino (1997), Wilkins (1984), Kuklinski et Stanga (1979) e Cook (1977).

5. A mais interessante me parece ser, de longe, o trabalho de Robert e Faugeron (1978). Esta literatura sobre como as pessoas representam questões criminais foi bastante popular na década de 70 do século passado. Para uma crítica bastante contundente do conhecimento que essa literatura produziu, ver Smauss (1983).

6. A crítica que será feita na sequência não nega a importância histórica da literatura sobre mídia e justiça penal. Essa literatura é fundamental para quem se inicia na criminologia. Penso aqui particularmente em alguns conceitos que vêm desta literatura que são fundamentais para a crítica do punitivismo na sociedade, como o conceito de *pânico moral* (Cohen, 1972).

argumento a um magistrado, a mídia muitas vezes faz uma gigantesca exposição dos mais ínfimos detalhes da vida de um acusado, "demonstrando cabalmente" o seu caráter "desviante" e "perigoso". Antes de qualquer apreciação jurídica dos fatos de um acontecimento criminal altamente midiatizado, já temos toda uma construção estereotipada do acusado que vai acompanhá-lo ao longo de todo o processo penal. Esse é um problema muito familiar aos advogados de defesa.

Uma terceira questão que sabemos há tempos sobre mídia e justiça penal é a distorção da própria atividade da justiça penal e do que acontece como eventos criminais. Se o interesse midiático se dá pelo extraordinário, não é de se admirar que são os eventos criminais mais violentos, mais inusitados, mais bizarros etc. que vão aparecer nos noticiários. O problema que daí decorre é que a nossa percepção da violência e do crime é baseada sempre em representações mais graves do que o que de fato acontece. Como é sabido por aqueles que trabalham com questões criminais, o grosso da atividade penal, isto é, aquilo que os juízes criminais lidam no seu cotidiano, é composto de crimes como tráfico, roubo e furto. O *serial-killer*, o pedófilo, o maníaco estuprador e outras figuras do gênero existem, mas são eventos raros. Acontece que a cobertura midiática de eventos envolvendo esses personagens é muito mais extensa do que a prevalência deles na sociedade. O que justifica a sua exploração midiática é justamente o seu lado extraordinário, não sua ocorrência frequente. (Um pequeno parêntese aqui: esta não é uma crítica à mídia. A notícia é o extraordinário. Seria ingenuidade nossa querer que a mídia retratasse o cotidiano da justiça penal).

Essas constatações, bastante conhecidas e bastante recorrentes nas pesquisas em criminologia crítica, apresentam um problema. De tão conhecidas e de tão repetidas, elas são um lugar-comum criminológico. Qualquer estudioso incipiente de questões criminais vai muito rapidamente tomar pé destas críticas. E isso é um problema do ponto de vista da pesquisa que se interessa por esta relação justiça penal e opinião pública: essas constatações das dificuldades que a mídia apresenta para a justiça penal são conhecidas há décadas. Não faz muito sentido, no século XXI, fazer pesquisa para achar o que já sabemos. Essas dificuldades que a mídia coloca para o processo penal me parecem mais um problema de quem milita na área, que precisa preservar a imagem de um acusado, do que de um pesquisador que quer descobrir algo novo.

No entanto, se tomarmos um pouco de distância desta literatura bastante conhecida, há também estudos sobre opinião pública e justiça penal, menos conhecidos das pessoas no mundo jurídico, que nos trazem um certo tipo de conhecimento que seria importante discutir aqui neste contexto. Tenho aqui em mente alguns estudos que são capazes de relativizar a nossa imagem da punitividade do público. O que quero dizer aqui?

Nós pesquisadores e profissionais do direito muito frequentemente representamos a opinião pública em matéria criminal como altamente punitiva. Conside-

ramos que o público quer sempre respostas cada vez mais violentas, que cada vez mais desumaniza o acusado e é indiferente ao seu sofrimento. No entanto, o que algumas pesquisas conseguiram demonstrar é que nem sempre o público é tão punitivo quanto a mídia ou os atores do sistema penal representam-no. Vejamos alguns exemplos tirados destas pesquisas.

Um primeiro tipo de pesquisa que vale a pena citar aqui faz uma comparação entre "penas" do público e penas dos magistrados. E quando estas comparações são feitas, alguns resultados são surpreendentes. Há pesquisas (Mande e English, 1989; Tremblay, Cordeau et Ouimet, 1994; Kuhn, Villetaz et Jayet, 2002) que vão apresentar cenários de eventos criminais para uma amostra de magistrados e para uma amostra do público e pedir para que eles digam o que seria uma pena justa naqueles cenários. Por mais contraintuitivo que isso possa aparecer, há pesquisadores que encontram um público menos punitivo do que os magistrados. Isto é, quando instados a dar uma pena sobre um caso supostamente real, as penas que as pessoas do público escolhem são menos severas do que as que os magistrados determinam. Quando o público é colocado na posição de julgador, com informações mais precisas sobre um evento criminal e com a responsabilidade sobre o destino de um acusado (ainda que de forma simulada, num cenário de pesquisa), há uma clara moderação no discurso.

Há também resultados de pesquisa (Hough e Roberts, 2002) que trazem outro tipo de descoberta em relação à punitividade do público: o conhecimento das alternativas diminui o apoio à prisão. O fato de abrir um leque de possibilidades, de dar ideias de outros tipos de soluções possíveis para os conflitos penais, é um importante elemento para que o público deixe de ver a prisão como única solução. Num trabalho de simulação de penas em face de um cenário hipotético, dois pesquisadores (Hough e Roberts, 2002) viram o apoio à prisão para determinados crimes cair de 67% dos participantes da pesquisa para 54% quando havia o conhecimento de um rol de penas além da prisão.

Um terceiro tipo de descoberta de pesquisa pertinente neste tema me parece ainda mais interessante. A informação é um grande elemento de moderação das penas. Mas de que informação falamos aqui? De vários tipos. Há pesquisadores (Doble et al, 1991) que fizeram uma comparação entre as penas dadas pelos participantes da pesquisa para cenários simulados (casos concretos apresentados numa curta descrição) antes e depois da exibição de um vídeo sobre superpopulação prisional. O conhecimento da precariedade do sistema carcerário é um forte fator de redução da severidade das penas e de escolha de alternativas à prisão. Serve também como elemento de moderação, a informação sobre as práticas de pena que de fato ocorrem no Judiciário. Há autores (Hough et al., 1988) que constataram que o público tem uma ideia de uma magistratura muito mais clemente do que de fato ela é. Quando se dá conta de que as penas são no geral maiores do que as expectativas que temos, o grau de insatisfação com o Judiciário diminui.

Finalmente, estas pesquisas sobre opinião pública e penas nos revelam um cenário complexo. O grau de insatisfação com o Judiciário e o grau de severidade desejado para as penas não é o mesmo segundo o *status* socioeconômico do entrevistado, segundo o gênero, segundo a idade, segundo a profissão, segundo a exposição à violência etc. Ou seja, diferentes grupos da sociedade têm diferentes graus de insatisfação com a Justiça e diferentes concepções do que seriam penas justas para situações concretas que os magistrados encaram diariamente.[7]

3. A PESQUISA EM SI: COMO A OPINIÃO PÚBLICA E O SISTEMA DE DIREITO CRIMINAL INTERAGEM

Até aqui falamos sobre as representações de senso comum sobre justiça e opinião pública e um pouco da literatura acadêmica que tangencia essa relação. A intenção era tentar evidenciar a complexidade do cenário dessa relação e a dificuldade de lidar com o tema. Passo agora a tratar especificamente da pesquisa que fiz sobre a relação entre opinião pública e sistema de direito criminal.

O interesse desta pesquisa foi entender como o sistema de direito criminal construía uma noção de opinião pública e como esse sistema se deixava influenciar por esta construção. Há uma pequena questão teórica por trás deste problema que precisamos esclarecer rapidamente. Trabalho com a noção de que o sistema de direito criminal é um sistema complexo, operacionalmente fechado, isto é, que não pode ser determinado diretamente por pressões que lhe são externas.[8] Para explicar alguma comunicação do sistema de direito criminal, eu não posso olhar para fora do sistema esperando encontrar algum fator determinante que produziu aquela comunicação. Eu tenho que olhar para os processos internos que levaram àquele resultado.

Sei que o ponto até aqui está bastante abstrato e pouco claro. Acredito que um exemplo de um epistemólogo norte-americano, Gregory Bateson, vai nos ajudar a entender melhor essa questão. BATESON (1972) vai dizer o seguinte. Se eu chuto uma pedra, essa pedra vai descrever uma trajetória em forma de parábola e cair alguns metros adiante. Eu consigo explicar esta trajetória pela força e direção aplicada na pedra pelo meu chute. Ou seja, o meu chute *causou* esse movimento. Vamos pensar agora que o meu chute, em vez de ser numa pedra, foi num cachorro. O que vai acontecer? Eu não posso saber exatamente. O cachorro pode me morder. Mas o

7. Temos que precisar no entanto que nenhuma dessas pesquisas foi feita no cenário brasileiro. Num contexto de importante violência urbana e grande desagregação social, talvez encontrássemos resultados distintos.

8. Essa concepção é extraída diretamente de LUHMANN (1984) e LUHMANN (2004). Ver XAVIER (2012) para uma operacionalização dessas noções no contexto de um pesquisa empírica.

cachorro também pode fugir, ou apenas chorar, ou ainda, se for um cachorro bastante forte, apenas permanecer indiferente à minha agressão. O que isso quer dizer? Isso significa que eu não consigo explicar a reação do cachorro pelo meu chute. Para uma explicação do que acontece depois do chute, eu preciso entender os processos internos do cachorro, o seu processo "psíquico" em face da minha agressão. O cachorro não é uma pedra, ele é um sistema complexo que acusa o recebimento de um estímulo externo e produz um resultado a partir de seus próprios processos, não do estímulo externo.

Pois bem, o sistema de direito criminal é o meu cachorro aqui. Do ponto de vista teórico, não podemos considerar que um estímulo externo da opinião pública – uma histeria coletiva na sequência de um crime bárbaro, por exemplo – tem uma relação direta com o resultado de um processo criminal. Uma coisa não determina a outra. Pensar dessa forma é simplificar o problema do ponto de vista teórico, além de menosprezar a independência funcional de juízes e promotores.

No entanto, eu posso olhar para os processos internos do sistema de direito criminal para tentar entender o impacto desse estímulo externo da opinião pública. E foi esse o desafio que tivemos na pesquisa que apresento para os senhores aqui hoje. Trata-se de uma pesquisa que tenta entender, a partir da complexidade das operações do sistema de direito criminal, como esse sistema processa estímulos da opinião pública.

Como isso pode ser feito numa pesquisa empírica? Podemos olhar tanto os documentos produzidos por esse sistema (peças jurídicas, processos, jurisprudência) quanto conversar com os atores desse sistema. No caso desta pesquisa, a estratégia utilizada foi a das entrevistas (até porque os documentos escritos revelam muito pouco sobre o tema pesquisado). Assumi aqui que juízes e promotores eram porta-vozes do sistema jurídico e o seu discurso era muito mais do que representativo de práticas individuais, mas sim sintomático de práticas de um sistema social.[9] Além disso, o tipo de problema que procurava – o impacto da opinião pública na justiça penal – era um tanto improvável de aparecer de forma articulada na jurisprudência. Então, realizei 42 entrevistas com juízes e promotores, de diferentes regiões do Brasil, para tentar entender melhor a relação do sistema de direito criminal com a opinião pública.[10]

O objetivo das entrevistas realizadas era descobrir os "caminhos" da opinião pública pelo sistema de direito criminal, ou seja, quais eram os pontos de recepção, as estruturas jurídicas que eram criadas para dar conta de uma pressão da opinião pública. Sempre lembrando que, de um ponto de vista teórico, um sistema com-

9. Neste sentido, ver Pires e Garcia (2007).

10. Deixo de lado as questões metodológicas mais complexas, que foram trabalhadas num capítulo inteiro em Xavier (2012).

plexo (como o sistema de direito criminal) não é determinável pelo exterior: os estímulos externos são percebidos no entorno, mas sua influência é sempre mediada por estruturas internas de recepção que determinam se e como tais estímulos devem ser considerados.

O que queremos dizer aqui com "estruturas de recepção"? A ideia é simples: a pressão da opinião pública não é um critério jurídico para, por exemplo, determinar uma condenação ou um aumento de pena. Não é juridicamente sustentável dizer que fulano vai ser condenado porque o crime chocou a opinião pública. O indivíduo é condenado porque cometeu um ilícito penal previsto na legislação. Também não é aceitável dizer que a pena vai ser aumentada porque a opinião pública se revoltou com o crime. A revolta da opinião pública não é um fator agravante nem causa de aumento de pena: em outras palavras, a opinião pública não é, por assim dizer, uma categoria jurídica como é o "emprego de meio cruel" ou "impossibilitar a defesa da vítima".

Desta forma, o que procurávamos era a forma como a pressão da opinião pública poderia ser traduzida em termos jurídicos. As "estruturas de recepção" são argumentos jurídicos, são construções do mundo jurídico que permitem dar conta de um estímulo externo ao sistema (opinião pública) sem que isso soe forçado, sem que cause estranheza para os demais operadores desse sistema jurídico. Sem, portanto, que numa reavaliação da decisão num outro grau de jurisdição, esta decisão seja vista como "inapropriada" ou "mal fundamentada" e, assim, reformada ou anulada.

Partindo para o plano empírico, quais foram os argumentos mobilizados que fomos capazes de sistematizar a partir das entrevistas com magistrados e promotores? Apresento agora alguns desses resultados, mas não sem antes uma pequena precisão teórica. Tais estruturas são pontos de recepção *possíveis*, mas nunca *obrigatórios*. Ou seja, ao mesmo tempo que certos operadores verão aqui uma possibilidade de receber a opinião pública, de ver uma forma de dar satisfação para a pressão que vem do público num caso determinado, para outros uma tal forma de proceder é inaceitável.

Vejamos então quais são essas estruturas de recepção que permitiram "filtrar" a opinião pública numa tomada de decisão, de levá-la em consideração sem que isso soasse esdrúxulo no sistema de direito criminal.[11]

a) "Ordem pública": como é bastante conhecido pelos operadores do Direito, uma das razões para se determinar uma prisão preventiva é a garantia da ordem pública (art. 312 do CPP). Não é de todo surpreendente encontrar no meio jurídico alguém que defenda a ideia de que um crime de grande repercussão social (leia-se

11. Para os extratos empíricos que demonstram como essas estruturas são utilizadas, ver mais uma vez XAVIER (2012).

midiática) pede a prisão preventiva dos envolvidos a fim de se garantir a ordem pública. Por mais estranho que possa parecer (e por mais que o STF já tenha se manifestado contra uma tal interpretação), essa forma de olhar a garantia da ordem pública como uma das formas de dar uma resposta à opinião pública está presente no sistema de direito criminal (doravante SDC) e é mobilizada por vários de seus operadores. O olhar de sociólogo do direito nos aconselha a tomar distância de um julgamento do acerto ou não de uma tal interpretação: o que conta aqui no quadro desta pesquisa, é que tal interpretação existe e lança-se mão dela para determinar prisões preventivas em casos onde há uma pressão da opinião pública.

b) "Culpabilidade": aqui encontramos uma outra estrutura de recepção da opinião pública. Para ser franco, até começar esta pesquisa, eu não tinha nenhuma lembrança do que a doutrina entendia como "culpabilidade". Em outros países, sobretudo na tradução do *Common Law*, *culpability* não tem nada a ver com o que entendemos por esse termo. Num determinado momento da pesquisa, fazendo uma apresentação na Escola de Direito da FGV, um dos participantes me sugeriu investigar o que a doutrina entendia por "culpabilidade". Fui atrás desse conceito, para então descobrir que há um entendimento doutrinário de que "culpabilidade" seja a "reprovabilidade social da conduta". Mais uma vez, há aqui uma expressão aberta, cujo conteúdo é determinado pelos operadores do sistema de direito criminal. Ao interrogar esses operadores, foi possível constatar que a reprovabilidade social da conduta é, por alguns deles, passível de ser verificada pelo grau de midiatização do crime. Um evento criminal que é muito difundido na mídia e que acaba sendo muito comentado vai, para alguns de nossos entrevistados, ser um evento em que a culpabilidade do réu é aumentada e por isso merecedora de penas mais duras.

c) "Consequências do crime": o mesmo art. 59 do CP que fala de culpabilidade, fala também que um dos fatores que o juiz deve levar em consideração, para estabelecer uma pena criminal, são as "circunstâncias e consequências do crime". Da mesma forma que acontece com a culpabilidade, há aqui também uma construção feita pelos operadores do sistema de direito criminal que associa essas consequências do crime à repercussão que o crime teve na opinião pública. É claro, aqui também, que essa não é a única forma de construir o conceito de "consequências do crime": para alguns dos entrevistados associar esse conceito à repercussão que o crime teve na mídia é uma aberração. Isso não muda o nosso cenário: uma estrutura de recepção é uma construção que *permite* o acolhimento da opinião pública, mas que jamais obriga. A discordância aqui é sempre parte integrante do cenário jurídico.

d) A opinião pública e as teorias da pena: para alguns de nossos entrevistados, a melhor forma de dar conta desse estímulo externo da opinião pública é mobilizar, ainda que de forma não consciente, uma teoria da pena. Esse parece ser o caso quando, em resposta a um clamor, se invoca um efeito pedagógico da pena ou efeito de denúncia. Aqui se mobiliza uma teoria da pena pouco conhecida, mas que no

entanto é bem digerida pelo sistema de direito criminal (teoria da denunciação).[12] Fala-se que, num crime de grandes repercussões, a pena tem que ser ainda mais exemplar, pois ela é portadora de um efeito pedagógico, ou um efeito de afirmação da reprovação social do crime. Quanto mais a opinião pública se manifesta, mais necessária é uma resposta forte que demonstre cabalmente a repulsa social para com aquela conduta.

e) "Credibilidade" ou "legitimidade" da Justiça: uma outra fórmula reproduzida com frequência na sequência de um crime de repercussão, é a ideia de que uma resposta que não seja a contento do público coloca em xeque seja a credibilidade, seja a legitimidade da justiça penal. Alguns operadores vão justificar penas mais severas e processos mais céleres em casos famosos a partir de um raciocínio segundo o qual a falta de uma sanção exemplar e célere causa um prejuízo de sua imagem junto ao público. A credibilidade ou a legitimidade estaria ligada à capacidade do SDC de performar segundo as expectativas da opinião pública. Esse argumento, por mais incômodo que pareça para muitos operadores do direito pelo fato de colocar a legitimidade/credibilidade do sistema num elemento externo e instável, é inegavelmente parte de uma argumentação que circula nas justificativas dos operadores do sistema.

4. QUAL O LUGAR DA OPINIÃO PÚBLICA NESSA RELAÇÃO COM O SISTEMA DE DIREITO CRIMINAL?

Para além dos resultados de uma pesquisa específica, o que podemos dizer sobre essa relação entre opinião pública e sistema de direito criminal? Em primeiro lugar, precisamos ter consciência que qualquer análise numa relação tão difícil quanto essa nos leva a assumir pontos de vista que são ao mesmo tempo defensáveis e criticáveis.

De um lado, há na sociedade um ponto de vista que considera o SDC como hermético, como desconectado da sociedade, como fechado sobre si mesmo, até mesmo, por essa razão, como "antidemocrático". Com frequência é muito difícil para observadores externos ao sistema jurídico compreenderem ações de juízes e promotores. Como aceitar, por exemplo, o fato que os juízes possam permanecer indiferentes a certas demandas populares de "justiça"? Em face de alguns crimes graves altamente midiatizados que chocam a população, os juízes parecem ser os únicos que se opõem a essa vontade de punir da opinião pública. Como compreender essa desconexão, essa falta de sintonia, como se os juízes não fossem parte da sociedade e não devessem explicações a ela? Segundo tal ponto de vista, o que a justiça criminal produz é muitas vezes uma caixa preta, incompreensível para o cidadão comum.

12. Sobre essa teoria, ver o trabalho de LACHAMBRE (2011).

Por outro lado, há também uma outra representação na sociedade sobre o papel do SDC. Sob essa outra representação, a tarefa de fazer justiça passa pelo equilíbrio e pela serenidade, qualidades raras nas manifestações da opinião pública. O papel do SDC seria de levar em consideração as circunstâncias do evento criminal, de tratar esses elementos de acordo com um processo regido pelas normas jurídicas (com paridade de armas para acusação e defesa, com garantia dos direitos dos acusados), e só depois emitir um juízo. Essa *démarche* seria, portanto, intencionalmente incompatível com o elã punitivo da opinião pública. Se naquela representação a pressa é necessária, aqui o recuo e a ponderação são os elementos da justiça. Sob este ângulo, seria (aqui também) "antidemocrático" de deixar ao sabor de uma opinião pública o destino de um acusado de um crime que choca a população. No final das contas, a própria existência do Estado e de suas instituições se justificaria pela estabilidade e pela ponderação e distanciamento com que toma decisões em eventos criminais que são problemáticos para a sociedade.

Existe uma representação e um caminho possível, entre essas duas representações do funcionamento da justiça? Seria possível conciliar os *inputs* da opinião pública, melhorando a credibilidade do SDC junto a ela, sem que esse sistema se torne permeável à opinião pública e potencialmente injusto para com os acusados? Seria possível aceitar esse estímulo externo sem que o sistema sabote suas próprias normas de procedimento ou os direitos dos acusados?

Não tenho uma resposta aqui. Aliás, não creio que alguém as tenha. Mas posso deixar aqui alguns comentários que creio podem contribuir para aqueles que refletem sobre essa difícil relação.

a) A minha opinião é que o sistema de direito criminal não tem como fugir de uma imagem de ser "hermético" e até "antidemocrático" junto à opinião pública. Isso é inevitável em casos penais bastante midiatizados nos quais os apelos por julgamentos sumários se chocam com a própria existência de um sistema que deve responder ao evento criminal a partir de regras preestabelecidas que precisam garantir os direitos dos acusados. Em tais casos, ceder aos apelos da opinião pública, significa para a justiça penal abdicar de sua própria identidade como sistema diferenciado encarregado de fazer justiça. Seria a morte do sistema jurídico tal qual o conhecemos. Assim, sendo obrigado a manter uma distância das emoções das respostas imediatistas, o sistema de direito criminal nunca vai deixar de ser "antidemocrático" para uma grande parcela do público que exige respostas expressas.

b) Um certo distanciamento das demandas da opinião pública não deve ser visto como um problema: isso é um fato comum nas sociedades contemporâneas altamente complexas, onde existem sistemas sociais específicos e diferenciados para responder a certas necessidades da sociedade. Certas decisões dos poderes do Estado são e devem ser contramajoritárias. Por exemplo, seria razoável deixar ao sabor da opinião pública as decisões relativas à distribuição e à coleta de impostos na sociedade? Seria razoável pedir a opinião do público sobre a aceitação de rezas

ou oferendas num sistema público de saúde? Algumas decisões na sociedade, que tem um evidente impacto para o público, são e devem continuar a ser o produto de sistemas especializados que têm um alto grau de especialização técnica.[13] Agir de outra forma me parece uma demagogia populista pouco construtiva.

c) Esse distanciamento inevitável que o sistema de direito criminal deve tomar da opinião pública não implica uma completa indiferença a ela. O sistema jurídico é conhecido por ser pouco transparente e dar muito pouca atenção a seu público (de vítimas, de réus e de interessados em geral). Uma maior participação desses públicos certamente contribui para uma melhor imagem do sistema. Várias críticas da opinião pública dirigidas ao sistema de direito criminal não constituem exatamente pressões para uma decisão num sentido ou noutro. Para vários observadores do sistema, sua credibilidade junto à opinião pública seria bastante favorecida se houvesse um esforço maior de prestar contas de suas atividades. Certamente não é uma tarefa das mais simples explicar para o grande público princípios jurídicos ou aspectos técnicos que orientam uma decisão. No entanto, informações simples, como comunicar às vítimas sobre o andamento do processo, motivar de forma mais elaborada as decisões ou simplesmente explicar para o público do processo que os atos judiciais precisam de um certo tempo, podem fazer uma grande diferença em termos de credibilidade. Como um dos juízes que entrevistamos nesta pesquisa nos disse, a justiça penal não tem obrigação de dar *a* resposta que a opinião pública pede, mas ele tem certamente a obrigação de dar uma resposta, assim como de mostrar que o sistema trabalha e se encarrega de eventos criminais que causam consternação para toda a sociedade.

d) Para concluir, devemos considerar também que o sistema de direito criminal se encontra numa péssima posição em termos de relações públicas: trata-se de um sistema que nunca poderá entregar aquilo que promete. De um lado, a promessa de promover uma sociedade mais segura, de combater o crime, de dissuadir eventuais transgressores e neutralizar aqueles que já transgrediram, de reabilitar e reintegrar à sociedade aqueles que são condenados e, ainda, de fazer justiça. De outro lado, a expectativa da sociedade que esse sistema faça tudo isso e ainda mais. Em resumo, temos aí um cenário de promessas irrealistas para um público com expectativas

13. Nesse sentido, estamos de acordo com o que dizem BAGARIC et EDNEY (2004:129): "Seeking public views on sentencing is analogous to doctors basing treatment decisions on what the community thinks is appropriate or engineers building cars, not in accordance with the rules of physics, but on the basis of what lay members of the community 'reckon' seems about right. Sentencing is an intellectual social discipline. It should have underlying principles which govern the way it ought to be administered. These are ascertained through a process of inductive and deductive logic and analyzing the relevant empirical evidence to determine what objectives are and are not achievable through a system of state imposed punishment. Guidance on sentencing matters should be sought from experts in the field not the uninformed".

desmesuradas. A relação do sistema de direito criminal com a opinião pública é, sob esse ângulo, uma perpétua máquina de produzir frustrações.

5. Referências

Bagaric, Mirko; Edney, Richard. The sentencing advisory commission and the hope of smarter sentencing. *Current Issues in Criminal Justice*. vol. 16. p. 125-139. 2004.

Bateson, Gregory. *Steps to an Ecology of Mind*. Northvale: Jason Aronson Inc., 1972.

Cohen, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*. London: Routledge, 1972 [2002].

Cook, Beverly B. (1977). Public opinion and federal judicial policy. *American Journal of Political Science*, vol. 21, n. 3. p. 567-600.

Doble, John; Immerwahr, Stephen; Richardson, Amy. *Punishing Criminals. The People of Delaware Consider the Options*. Philadelphia: The Public Agenda Foundation, 1991.

Hough, Mike; Lewis, Helen; Walker, Nigel. Factors associated with "punitiveness" in England and Wales. In: Walker N.; Hough, M. (orgs.). *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company, 1988.

Hough, Mike; Roberts, Julian V. Public knowledge and public opinion of sentencing. In: Tata, C.; Hutton, N. (orgs.). *Sentencing and Society. International Perspectives*. Aldershot: Ashgate, 2002.

Kuhn, André; Villettaz, Patrice; Jayet, Aline. Opinion publique et sévérité des juges. Comparaison entre les peines prononcées par les juges suisses et les sanctions désirées par le public. *Crimiscope*. vol. 19. p. 1-6. 2002.

Kuklinski, James H.; Stanga, John E. Political Participation and Government Responsiveness: the Behavior of California Superior Courts. *The American Political Science Review*. vol. 73. n. 4. p. 1090-1099. 1979.

Lachambre, Sébastien. *La théorie de la dénonciation: émergence et institutionnalisation en droit criminel*. Tese de Doutorado. Ottawa: Department of Criminology, University of Ottawa, 2011.

Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. L'opinion publique. *Politix*. n. 14. p. 25-59. 2001.

_____. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1984 [1995].

_____. *The reality of the mass media*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

Mande, Mary J.; English, Kim. *The effect of public opinion on correctional policy: a comparison of opinions and practice*. Denver: Colorado Department of Public Safety – Division of Criminal Justice, 1989.

Pires, Alvaro P.; Garcia, Margarida. Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In: Y. Cartuyvels, H. Dumont, F.Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroek (orgs.), *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

ROBERT, Philippe; FAUGERON, Claude. *La justice et son public: les représentations sociales du système pénal*. Genève: Médecine et Hygiène, 1978.

ROBERTS, Julian V.; DOOB, Anthony N.; MARINOS, Voula. Judicial attitudes to conditional terms of imprisonment: results of a national survey. *Report to the Department of Justice Canada*. Toronto: Department of Justice Canada, 1999.

SMAUS, Gerlinda. Les recherches KOL au service de la légitimation du droit pénal. *Déviance et Société*. vol. 7. n. 2. p.131-152. 1983.

TOMAINO, John. Guess who's coming to dinner? A preliminary model for the satisfaction of public opinion as a legitimate aim in sentencing. *Crime, Law and Social Change*, vol. 27, n. 2, p. 109-119. 1997.

TREMBLAY, Pierre; CORDEAU, Gilbert; OUIMET, Marc. Underpunishing offenders: towards a theory of legal tolerance. *Canadian Journal of Criminology* October. vol. 36. p. 407-434. 1994.

WILKINS, Leslie T. *Consumerist Criminology*. London: Barnes & Noble Books. 1984.

XAVIER, José Roberto F. *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. Tese de doutorado em Criminologia. Ottawa: University of Ottawa, Department of Criminology, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto, de André Luiz Gardesani Pereira – *RCP* 17/13 (DTR\2013\565);
- Justiça e imprensa: relações entre jornalistas e membros do Ministério Público, de Bruno Amaral Machado – *RCP* 11/161 (DTR\2009\368);
- Neoliberalismo, mídia e movimento da lei e da ordem: rumo ao estado de polícia, de Sylvio Lourenço da Silveira Filho – *RCP* 2/253 (DTR\2005\19);
- O impacto da globalização sobre o direito penal, de Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *RCP* 1/246 (DTR\2004\360); e
- Redução da maioridade penal: entre o direito e a opinião pública, de Roberto Barbato Júnior – *RT* 822/429-443 (DTR\2004\730).

A GARANTIA DO JUIZ NATURAL: PREDETERMINAÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO COMPETENTE E DA PESSOA DO JULGADOR

THE NATURAL JUDGE GUARANTEE: LEGAL PREDETERMINATION OF THE COMPETENT JUDICIAL BODY AND THE PERSON OF THE JUDGE

GUSTAVO BADARÓ

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O artigo tem por objeto analisar a garantia do juiz natural no que diz respeito à extensão de tal proteção. O tema tem sido tratado tradicionalmente entre nós somente com relação à predeterminação legal do órgão competente. Pretende-se demonstrar a necessidade de que a garantia do juiz natural também se aplique à pessoa do juiz, bem como que seja reforçada a garantia da inamovibilidade, como mecanismos para assegurar a imparcialidade judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz natural - Independência - Imparcialidade.

ABSTRACT: The article aims at analyzing the guarantee of natural judge regarding the extent of such protection. The subject has been traditionally handled only between us regarding legal predetermination of the competent judicial body. Our purpose is to demonstrate the need that the natural judge guarantee also applies to the person of the judge, as well that the guarantee of unremovable be reinforced, as mechanisms to ensure judicial impartiality.

KEYWORDS: Natural judge - Independence - Impartiality.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Do direito a um juiz imparcial e os mecanismos para assegurá-lo - 3. A independência judicial - 4. O juiz natural como garantia de imparcialidade - 5. Juiz natural como "juiz-pessoa" e não só como "juiz-órgão" - 6. A garantia da inamovibilidade - 7. Conclusões - 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição garante o direito ao juiz natural, seja pela previsão de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, LIII), seja ao vedar a criação de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII).

Essa garantia, em sua face positiva, que assegura o direito a um juiz competente predeterminado por lei, sempre esteve ligada à definição do órgão jurisdicional competente.

O juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um órgão jurisdicional específico.

Todavia, se o juiz natural é um dos instrumentos que asseguram a imparcialidade do julgador, e considerando que a imparcialidade é atributo de pessoas, e não de órgãos, o objetivo do presente artigo é analisar se tal garantia, não deve ir além, incluindo também a exigência de critérios legais prévios e objetivos de definição da pessoa física do juiz que atua no órgão competente.

A preocupação com a definição da pessoa do julgador se justifica na medida em que, atualmente, há uma grande diversidade de situações no interior da magistratura. Os juízes possuem ideologias diversas, histórias de vida as mais variadas, professam religiões distintas ou são ateus. Aliás, é bom que assim o seja, pois é reflexo da própria diversidade social que é comum nas democracias que aceitam as diferenças individuais. Porém, essa diversidade natural fatalmente poderá levar a julgamentos com resultados diferentes, conforme seja um ou outro juiz que o sentencie. Logo, é necessário assegurar que não haja uma seleção artificial do julgador, com vistas a influenciar o resultado do processo.

2. DO DIREITO A UM JUIZ IMPARCIAL E OS MECANISMOS PARA ASSEGURÁ-LO

A imparcialidade do juiz é *conditio sine qua non* de qualquer juiz. A palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial.[1] Um juiz parcial é uma contradição em termos.

Todavia, a Constituição brasileira tão rica em garantias processuais, não assegura, expressamente, o direito a um juiz imparcial. Estabelece, contudo, instrumentos para assegurar a imparcialidade do julgador.

Um primeiro mecanismo é garantir a independência da magistratura. Na disciplina constitucional da magistratura há o estabelecimento de uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes (CF, art. 95, *caput*), que longe de serem "privilégios ou favorecimentos a uma casta de preferidos",[2] constituem meios de oferecer ao jurisdicionado e, no caso do processo penal, ao acusado, uma prestação jurisdicional realizada por agentes imparciais.[3]

---

1. Nesse sentido: Julio Bustos Juan Maier. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. t. I, p. 739.
2. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1, p. 409.
3. Além disso, como explica Juan Burgos Ladrón de Guevara (*El Juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas/Universidad de Córdoba, 1990, p. 70), a inamovibilidade e o juiz natural garantem não só a independência externa, perante os demais Poderes, como

A independência, embora não seja condição suficiente para a imparcialidade do julgador, é condição necessária para esta. Como afirma Frederico Marques, "a independência dos órgãos judiciários, que hoje pode ser aceita como um dogma, está na própria essência do Poder Judiciário".[4]

Entre as prerrogativas constitucionais dos magistrados, assume especial importância para o tema do juiz natural a garantia de inamovibilidade, uma vez que assegura ao juiz a permanência no órgão em que foi investido, não se lhe podendo impor a mudança para outro órgão da mesma comarca ou de comarca diversa,[5] ainda que por meio de promoção.[6]

Ao mais, a Constituição assegura, expressamente, o devido processo legal, do qual deflui, inegavelmente, o direito a um juiz imparcial.[7] Um processo que se desenvolva perante um juiz que não seja imparcial, que é qualificador da atividade jurisdicional, não será um devido processo.[8]

Passando aos diplomas internacionais de direitos humanos, que integram o ordenamento jurídico nacional, a imparcialidade do juiz é assegurada, de forma expressa, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,[9] e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[10]

---

também a independência interna dos juízes, assegurando "el principio de igualdad de todos los funcionarios judiciales frente a posibles injerencias de su órgano de Gobierno – El Consejo General del Poder Judicial".

4. José Frederico Marques. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. vol. 1, p. 180.
5. Obviamente, trata-se de uma inamovibilidade relativa, e não absoluta, na medida em que a própria Constituição, no inc. II, do art. 95, a ressalva: "salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII". O referido inc. VIII, com a redação dada pela EC 45/2004, prevê que: "o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa".
6. Tão relevante que, a Emenda Constitucional 1 de 1969, no art. 182, nas Disposições Transitórias, manteve em vigor o Ato Institucional 5, de 13.12.1968, que em seu art. 6.º suspendia as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade. Num regime em que não assegurou o direito ao juiz competente, nada mais coerente que suprimir a garantia da inamovibilidade e também da vitaliciedade. Assim, poderia o Presidente da República, por decreto, "*demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo*" (*art. 6.º, § 1.º*).
7. Para Eros Roberto Grau (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 144) é imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita.
8. Burgos Ladrón de Guevara. Op. cit., p. 85.
9. Art. 14.1.
10. Art. 8.1.

3. A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Calamandrei proclamava: "Senza indipendenza dei giudici non è possibile giustizia".[11]

É tradicional a distinção entre independência externa e independência interna da magistratura. A primeira é a independência do Poder Judiciário como um todo, ante os demais poderes do Estado, tendo apoio no próprio princípio da divisão dos poderes do Estado.[12] Ou seja, o Poder Judiciário deve ser independente perante o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Já a independência interna, situada no âmbito do próprio Poder Judiciário, é a independência de cada um dos juízes perante os demais órgãos do próprio poder a que pertencem. Ainda que, do ponto de vista da organização judiciária, os tribunais sejam considerados órgãos hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, trata-se de uma hierarquia de derrogação (pela possibilidade da reforma da decisão do juiz inferior) e não de uma hierarquia de mando[13] (que significaria a possibilidade de o tribunal determinar como o juiz deveria julgar).

Assim, os juízes de primeiro grau devem ser livres e independentes para julgar somente de acordo com o que determina a lei, segundo a interpretação dada pelo próprio magistrado. Por óbvio, a sua decisão poderá ser revista e alterada, em caso de recurso, por um tribunal "superior". Mas o juiz continua independente para decidir, ainda que contrariamente ao posicionamento do tribunal, pois "qualquer relação hierárquica no plano da organização judicial não poderá ter incidência sobre o exercício da função jurisdicional".[14]

Para além da independência externa, no quadro atual, em termos de independência, o grande problema do Poder Judiciário, como adverte Pizzorusso, não é assegurar sua independência externa, mas interna.[15] É necessária a independência de cada juiz perante os órgãos de administração da magistratura.[16] Isto é, a

---

11. Piero Calamandrei. Governo e magistratura. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1966. vol. 2, p. 198.

12. Eduardo Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. t. I, p. 88.

13. José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 1, p. 108.

14. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 663.

15. Alessandro Pizzorusso. *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Torino: Einaudi, 1990, p. 24. No mesmo sentido, na Espanha, cf.: Luis-Alfredo De Diego Díez, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 26; María Luisa Escalada López. *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 89, nota 175.

16. Victor Cantena, *Prólogo* ao livro de Luis-Alfredo De Diego Díez. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 21.

independência do juiz individualmente considerado em relação a outros sujeitos pertencentes à organização do Poder Judiciário, que possam encontrar-se em uma situação de supremacia,[17] como, por exemplo, os integrantes dos órgãos de governo do Poder Judiciário.

Binder, inclusive, aponta o perigo do sistema de autogoverno da magistratura: "a possibilidade de que se convertam em sistemas ditatoriais *ad intra*, isto é, que os juízes adquiram maior independência externa, porém, percam independência interna".[18] Uma política judiciária que seja fortemente controlada pelos órgãos superiores da organização judicial certamente não irá interferir em todos os casos, porém, como adverte Ruiz Ruiz, isso poderá ocorrer "en los procesos que cuentan".[19]

Num país democrático, as pressões para vulnerar a independência externa do Poder Judiciário, são relativamente neutralizáveis por meio da liberdade de informação, de expressão e de crítica, exercitáveis por uma imprensa livre e vigilante.[20] Porém, como adverte Zaffaroni, a pressão que lesa a independência interna "é muito mais continuada, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante".[21]

Na atuação concreta do julgador, a independência judicial tem sido definida como a sujeição do juiz somente à lei e à Constituição.[22] Em vários textos constitucionais há cláusula expressa nesse sentido.[23] Mesmo nos sistemas que assim não o preveem, a submissão do juiz somente à lei decorre da própria separação de poderes. Tal previsão garante a independência e, consequentemente, a imparcialidade do juiz, considerado tanto como órgão jurisdicional, quanto como pessoa física que integra o órgão.[24]

---

17. Giovanni Tranchina, I Soggetti. In: _____; SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; ZAPPALÀ, Enzo. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. vol. 1, p. 58.
18. Alberto Binder. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 . p. 111, que acrescenta: "qualquer sistema de governo que consiga a independência externa sacrificando a independência interna dos juízes é tão inconstitucional quanto o fato hipotético de que o Poder Judiciário depende do Poder Executivo".
19. Gregório Ruiz Ruiz. *El derecho al Juez ordinario en la Constitución española*. Madrid: Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, 1991. p. 161.
20. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Estructuras Judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 105.
21. Idem, p. 105-106.
22. Nesse sentido: Binder. Op. cit., p. 249. No mesmo sentido, posiciona-se Canotilho (op. cit., p. 664), referindo-se à "independência funcional".
23. Para Girolamo Bellavista (*Lezione di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli, 1960. p. 96) "la indipendenza dei giudici è tonificata dal capoverso dell'art. 101 della Costituzione che afferma che 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge'".
24. Metello Scaparone. *Elementi di procedura penale – i principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 49.

A independência da magistratura perante os outros Poderes não é um "privilégio de corporação", mas uma garantia a ser entendida em caráter rigorosamente instrumental, como meio para se assegurar a imparcialidade.[25]

Em suma, a independência e a imparcialidade do juiz são, por definição, elementos conaturais a própria figura do juiz.[26]

4. O JUIZ NATURAL COMO GARANTIA DE IMPARCIALIDADE

Assegurada a independência, outros mecanismos concretos deverão atuar para garantir que o juiz, independente, seja também imparcial ou, melhor dizendo, não seja um juiz parcial. Um desses mecanismos é a garantia do juiz natural que, em seu aspecto positivo, está previsto no inc. LIII do *caput* do art. 5.º da CF: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Numa primeira definição, considerando a integração desse dispositivo com a garantia equivalente da Convenção Americana de Direitos Humanos, pode se considerar a garantia do juiz natural como o direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais, prévios e taxativos, fixados por lei em vigor no momento da prática do delito.

O juiz natural é o órgão competente, definido segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer fixados pela Constituição, quer por leis federais ou mesmo por leis de organização judiciária. Ou seja, o juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente. Além disso, as normas que definem o juiz competente devem estabelecer critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, não se admitindo qualquer possibilidade de alteração de tais critérios por atos discricionários de quem quer que seja.

Por outro lado, a necessidade de *determinação* da competência, enquanto um dos elementos integrantes da garantia do juiz natural, exige, segundo ensina Figueiredo Dias, que para cada fato criminoso concreto seja previsto apenas *um único juiz ou tribunal* competente.[27] E a lei que define o juiz competente não pode deixar "qualquer discricionariedade ao sujeito encarregado de aplicá-la".[28]

---

25. Alfredo Molari, I Soggetti. In: PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8. ed. Bologna: Monduzzi, 2008. p. 35.

26. Nesse sentido: Gian Domenico Pisapia. *Compendio di Procedura Penale*. Padova: Cedam, 1975. p. 52; Tranchina. Op. cit., p. 56; Giulio Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 23.

27. Jorge Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. 1, p. 329.

28. Metello Scaparone. Op. cit., p. 55.

Com isto estar-se-á assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de Romboli, haverá certeza de que não se tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial.[29] Em última análise, a garantia do juiz natural assegura a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz.

Em estudo específico sobre o tema, asseveramos: "a necessidade de certeza na determinação do juiz que irá julgar o caso é ainda mais evidente ao se perceber que há diferenças impossíveis de serem eliminadas de um julgador para outro. Essas diferenças, frutos da história de vida, das concepções políticas, do contexto social e histórico em que vive cada magistrado, irão refletir na forma como interpretam a lei. Se os juízes assumem esses pré-juízos provenientes de sua realidade histórica, não há como considerá-los, na acepção pura da palavra, imparcial".

Num regime em que o juiz fosse um simples autômato, ou um robô que aplicasse a lei segundo regras puras e lógicas, de maneira uniforme e padronizada, a garantia do juiz natural perderia muito de sua importância. Pouco importaria que o julgamento fosse de competência da comarca de São Paulo, ou de uma cidade ribeirinha do Amazonas, que o juiz fosse José ou João. Ambos, assim como todos os demais juízes, seriam apenas e tão somente a "bouche de la loi", havendo, pois, uma absoluta "fungibilidade dos juízes". "Esse juiz não existe! Teria que ser um juiz marginalizado da sociedade, por alguns chamados de 'juiz asséptico', que 'quando se apresenta a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, e se desinteressar do mundo fora do tribunal'".[30]

É inegável a existência de um pluralismo político e ideológico no interior da magistratura, que nada mais é do que reflexo do próprio pluralismo existente na sociedade. A realidade desmente que o juiz possa ser neutro e indiferente ao mundo dos valores.

A "diversidade" que existe entre os juízes constitui, ao mesmo tempo, um valor constitucional, e também o pressuposto operativo do princípio do juiz natural, que assim realiza e garante a permanência de um efetivo pluralismo no interior da magistratura.[31]

Compreendendo que é mera ficção o "apoliticismo" judicial, e que as diferenças existentes entre os juízes exercem influência no resultado dos processos, a *garantia do juiz natural impede que esse pluralismo seja artificialmente alterado*, subtraindo

29. Roberto Romboli, *Il giudice naturale. Studi sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*. Giuffrè, Milão, 1981. p. 132.

30. Gustavo Badaró. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 38-39.

31. Roberto Romboli, Giudice Naturale. *Enciclopedia del diritto* – Aggiornamento II. Milano: Giuffrè, 1998, p. 369. No mesmo sentido: Escalada López. Op. cit., p. 35.

um processo do juiz natural competente e atribuindo-o a outro julgador, em virtude de sua ideologia.[32]

Ou seja, a garantia do juiz natural, se não é suficiente para assegurar um juiz imparcial, ao menos impedirá que o juiz seja alguém que tenha sido escolhido, depois da ocorrência do fato a ser julgado, e com o escopo de buscar um juiz parcial, isto é, mais alinhado ideologicamente, seja para beneficiar a quem se busca proteger, seja para prejudicar quem se busca punir. A garantia do juiz natural, como define Romboli, é a certeza de um juiz não seguramente parcial.[33] Em outras palavras, haverá uma presunção absoluta de parcialidade de qualquer juiz que seja constituído sem respeitar o disposto no art. 5.°, LIII, da CF.[34]

5. JUIZ NATURAL COMO "JUIZ-PESSOA" E NÃO SÓ COMO "JUIZ-ÓRGÃO"

Uma questão bastante discutida na doutrina estrangeira, e que talvez constitua o principal tema na evolução conceitual do juiz natural, é definir se a garantia do juiz natural, no aspecto da exigência de predeterminação por lei anterior ao fato, diz respeito apenas à definição do órgão competente, ou se tal exigência de predeterminação legal estender-se-ia ao juiz fisicamente identificado, isto é, a pessoa que exerce a função jurisdicional em um determinado órgão.

Obviamente, o problema é muito mais agudo nos sistemas em que há órgãos de primeiro grau colegiados, cuja composição pode ser alterada caso a caso, do que nas hipóteses em que a competência é de um órgão monocrático. Mas, mesmo em um sistema como o brasileiro, cujo primeiro grau é, em regra, monocrático, o problema não deixa de existir. Há situações de mais de um juiz atuando, monocraticamente, no mesmo órgão. A questão também pode se colocar nas substituições internas da pessoa física que responde por uma determinada Vara.

A resposta a tal questão exige uma análise do desenvolvimento histórico do juiz natural, bem como da finalidade de tal garantia.

---

32. Nesse sentido: Romboli, *Il giudice naturale...* cit., p. 131. De forma semelhante, cf.: Alessandro Pizzorusso, Presentazione, *Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1993, n. 66, p. 8; Maier, *Derecho...*, cit., t. I, p. 750.

33. Romboli, *Il giudice naturale...*, cit., p. 132; Id. *Giudice naturale. Novissimo digesto italiano – Appendice III*. Torino: Utet, 1982. p. 973.

34. Romboli, Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice. *Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, p. 29, com referência ao art. 25, *comma* 1.°, da Constituição italiana.

A "fórmula do juiz natural", explica Nobili, "foi influenciada fortemente – na época de sua afirmação – pelo postulado iluminista do juiz entendido como um simples *ente inanimado*: o magistrado aparecia como uma simples *máquina de decisões* (como seria dito mais tarde), ou seja, como um mecânico aparelho silogizante. As regras sobre competência assumiam, então, uma simples função de economia e de organização do trabalho judiciário. Bem se compreende que, nessa perspectiva, toda a lei sobre organização judiciária de agosto de 1790 e o próprio conceito de juiz natural não podiam senão que se apoiar sobre o postulado da absoluta fungibilidade dos magistrados".[35]

Todavia, atualmente, há um pluralismo interno na magistratura, espelhando, tanto quanto possível, o pluralismo social de um estado democrático. Nesse contexto, e deixada de lado a ideia irrealizável de um juiz neutro, é necessário assumir que cada juiz é único, sendo inadequado trabalhar sob uma concepção forjada a partir de um corpo homogêneo de magistrados fungíveis e intercambiáveis entre si.

É o juiz, e não o órgão jurisdicional, que interpreta a lei num ou outro sentido, e o resultado de um mesmo processo poderá ser distinto conforme a sentença seja proferida por um ou por outro julgador. Necessário, portanto, que também o juiz seja legalmente determinado de forma prévia, abstrata e objetiva, evitando-se, assim, "qualquer manipulação subjetiva do órgão, suscetível de encobrir uma designação *ad hoc* do juiz".[36]

Por outro lado, como já exposto, se o juiz natural é uma garantia para assegurar o julgamento por um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade deve ter por objeto a pessoa que irá julgar, e não apenas o órgão jurisdicional.[37] Quem julga é uma pessoa física e não um órgão competente. O órgão jurisdicional é um ente abstrato que integra a organização judiciária. Assim sendo, a imparcialidade do juiz no exercício da função jurisdicional somente tem sentido quando considerada com vistas à pessoa física do juiz.[38]

---

35. Massimo Nobili, Il giudice nella società contemporanea ed i criteri di assegnazione delle cause. *Rivista Diritto Processuale*, 1974, p. 86.

36. Escalada López. Op. cit., p. 6.

37. Romboli, Giudice naturale, *Novissimo*... cit., p. 974-975; Id., Giudice naturale, *Enciclopedia*... cit., p. 378. No mesmo sentido, cf.: Alessandro Pizzorusso, Sul significato dell'espressione "giudice" nell'art. 25, 1° comma, della Costituzione, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 1076; Alessandro Iacoboni, *Precostituzione e capacità del giudice. Le violazioni tabellari ed il regime delle nullità*. Milano, 2005. p. 24.

38. Nesse sentido: Romboli, *Il giudice naturale*... cit., p. 148; Id., Giudice naturale, *Enciclopedia*... cit., p. 378; Molari, I Soggetti... cit., p. 49; Mário Fiorentino, La garanzia del giudice naturale nel giusto processo e nell'ordinamento giudiziario e i suoi riflessi sull'imparzialità del giudice. *Diritto e Diritti – Rivista Giuridica on line*. Disponível em: [www.diritto.it/

Afirmar que um determinado processo foi julgado, por exemplo, pela 2.ª ou pela 4.ª Vara, é um erro, para não se dizer um artifício de linguagem para se tentar fazer crer em uma neutralidade ideológica do julgador.

Porém, como já destacamos em estudo específico sobre o tema: "sendo uma realidade incontestável a diversidade social e a sua projeção no âmbito da atividade jurisdicional, gerando um pluralismo judiciário, é necessário que a garantia do juiz natural assegure a atuação das diversas correntes ideológicas. Ou, o que seria mais próprio, não permita que um magistrado que tenha determinada postura ideológica, em especial, as minoritárias, seja alijado de um determinado processo como forma de influenciar o resultado do julgamento. É normal que, no âmbito do Poder Judiciário, se reproduza a diversidade de orientações ideológicas e culturais da sociedade. E, se é obvio que o juiz, na medida do possível, não deve se deixar influenciar pelas particularidades de sua formação pessoal, por outro lado, também é indiscutível que se deve evitar que a escolha do juiz que irá julgar um determinado processo possa ser condicionada pelas qualificações de ordem ideológica ou cultural que eventualmente o distingam dos outros magistrados.[39] Com isso, estar-se-á assegurando, também, a igualdade dos cidadãos perante a lei, na medida em que, havendo uma distribuição automática e objetiva dos processos entre os juízes individualmente considerados, o 'risco' de ser julgado, por exemplo, por um juiz mais 'conservador' ou mais 'progressista', será distribuído igualmente entre todos os cidadãos, sem que possa atuar qualquer fator de manipulação".[40]

Se cada juiz é único, com concepção de mundo distinta dos demais, com valores sociais e políticos diversos, de uma forma ou de outra, sua história de vida irá refletir em sua decisão. Assim, é de suma importância que critérios legais prévios definam quem será o magistrado que atuará em um determinado órgão e como se dará a sua substituição, caso necessário. O desenvolvimento histórico do conceito de juiz, desde o "ente inanimado" concebido pelos iluministas, até os "juízes engajados"[41] dos nossos dias, demonstra a necessidade de uma evolução do conteúdo da garantia do juiz natural. Se na sociedade contemporânea os juízes individualmente considerados não representam uma "massa fungível",[42] não basta

---

articoli/penale/giudice_nat_29_04_2004.pdf]. Acesso em: 10.09.2009, p. 16. Díez-Picazo Giménez, *El derecho fundamental*... cit., p. 83.

39. Pizzorusso, Presentazione... cit., p. 8.

40. Gustavo Badaró. Op. cit., p. 192-193.

41. A expresssão é de Piero Calamandre (Processo e democrazia, *Opere giuridiche*, Napoli: Morano, 1965. vol. 1, p. 650) que assevera: "noi non sappiamo più che farci dei giudici di Montesquieu, *êtres inanimés*, fatti di pura logica. Vogliamo i giudici con l'anima: giudici *engagés*".

42. A expressão, agora, é de Gaetano Foschini. *Sistema del Diritto Processual Penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. vol. 2, p. 314.

que a garantia do juiz natural diga respeito apenas ao órgão competente, devendo também ter por objeto a pessoa física do juiz.

Numa frase que se tornou clássica na doutrina italiana, justificando porque o juiz natural deve compreender também a composição do órgão judiciário, Foschini asseverou: "impedir que um dado processo possa ser julgado pelo tribunal de Catania, ao invés daquele de Ragusa, não vale nada, se não restar impedido também que se constitua o Tribunal de Ragusa, aplicando a este os juízes do tribunal de Catania".[43]

Para que a garantia do juiz natural efetivamente assegure a imparcialidade do julgador, não basta que haja apenas a predefinição do órgão competente, mas também a predefinição do juiz que atuará no órgão competente. Limitar a garantia ao órgão jurisdicional poderá tolher qualquer significado real da garantia do juiz natural.[44] Deve haver, portanto, regras legais, claras e precisas, definindo o procedimento de designação dos integrantes de cada órgão, de modo a garantir a independência e imparcialidade de quem exerce a jurisdição.[45] Se a *ratio* do princípio do juiz natural é assegurar a independência e imparcialidade dos julgadores, inclusive com relação às influências dos próprios órgãos internos de administração do Poder Judiciário, é evidente que deve incluir a designação e as substituições dos juízes que, pessoalmente, exercem a jurisdição em cada órgão.

Como explica Díez-Picazo, a mais elementar interpretação teleológica do juiz natural conduz a estender o seu âmbito de proteção ao "juiz-pessoa", pois, do contrário, o que o legislador ou outros poderes públicos não conseguiriam manipulando a criação ou atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais, poderiam

43. Foschini, Giudice in nome del popolo, non già commissari del capo della Corte. *Foro Italiano*, 1963, II, p. 167, depois publicado In: Foschini, Gaetano. *Tornare alla Giurisdizione*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 96. O exemplo foi dado com vistas à organização judiciária italiana, em que os tribunais são órgãos colegiados de primeiro grau. De forma semelhante, na Espanha, em relação às garantias que integram o direito ao juiz natural, afirma Andrés De La Oliva Santos (*Los verdaderos tribunales en España: legalidad e derecho al juez predeterminado por la lei*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 119) que, "en primer lugar, la determinación legal de la composición del órgano jurisdiccional (sobre todo si es colegiado) y observancia del procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros del aquél. El derecho fundamental que estudiamos *prohíbe, pues, mantener el órgano, pero alterar arbitrariamente a las personas que lo componen*" (destaquei).

44. Romboli, Giudice naturale, *Novissimo*... cit., p. 974.

45. Nesse sentido: cf. Moreno Catena, Prólogo... cit., p. 21. Na Itália, no mesmo sentido posiciona-se Romboli (*Il giudice naturale*... cit., p. 148. Na Alemanha: Mathias Hartwig, Il *gesetzliche Richter* di cui all'art. 101, 1.º comma, 2.ª proposizione, del *Grundgesetz* (1), *in Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, p. 94.

alcançar *prostituindo* os mecanismos de determinação das pessoas dos julgadores.[46] Afirmar que a garantia do juiz natural não permite que lei posterior ao fato possa modificar o órgão competente, mas admitir que, seja por ato posterior do Poder Legislativo, seja por designação discricionária do Poder Executivo ou dos órgãos de administração do Poder Judiciário, se possa modificar o juiz designado para atuar no órgão competente, é esvaziar a garantia em questão.[47] Bastaria modificar a composição interna do órgão julgador para se chegar aos mesmos resultados que se obteria manipulando a competência dos órgãos jurisdicionais.[48] Ao mais, se quem concretamente julga o caso é o juiz oficiante no órgão jurisdicional, a preocupação em evitar modificações arbitrárias e ilegais deve voltar-se também para a pessoa do juiz, e não apenas para o órgão competente.[49]

A própria origem histórica do princípio do juiz natural, enquanto reação aos julgamentos pelas *Commissions extraordinaires* constituídas por comissários nomeados pelo Rei para julgar processos específicos,[50] demonstra que a preocupação não

---

46. Díez-Picazo Giménez, *El derecho fundamental*... cit., p. 82, que utilizava a palavra *prostitución*.

47. Nesse sentido: Foschini, Giudice in nome... cit., p. 96; Pizzorusso, Giudice naturale... cit., p. 4.

48. Nesse sentido posiciona-se Mario Alfieri (Giudice Naturale, *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Torino: Utet, vol. 5, 1991, p. 459), considerando que, afastar a garantia do juiz natural da determinação legal do juiz-pessoa seria "favorecer a ilusão".

49. O Tribunal Constitucional Federal alemão, na decisão de 24.03.1964, considerou que o juiz legal, para efeitos do art. 101.1.2 da Constituição Alemã, não é só o tribunal como unidade organizativa, mas também os juízes designados para ditar sentença no caso concreto. No mesmo sentido se seguiram as decisão de 02.06.1964, a decisão de 03.02.1965, e a decisão de 18.05.1965. Por seu lado, o Tribunal Constitucional Espanhol, nas sentenças 47/1983, 44/1985 e 199/1987, entendeu que o direito ao juiz natural seria facilmente burlado "si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse". E a Corte Constitucional Italiana, na sentença 419, de 23.12.1998, decidiu que: "*L'individuazione dell'organo giudicante deve, dunque, rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio*, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità (v. sentenza n. 272 del 1998)". Na França, Thierry Renoux (Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese. *Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, p. 195) lembra que, em 1975 o Conselho Constitucional condenou ou caráter muito amplamente discricionário do poder atribuído ao dirigente de escolher, a seu bel prazer e sem critérios objetivos, não somente quais são os crimes, mas principalmente *quais são os processo que serão examinados por uma composição de julgador diversa* daquela estabelecida para a generalidade dos processos.

50. Como observa Emmanuelle Somma ("Naturalità" e "precostituzione" del giudice nell'evoluzione del concetto di legge. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1963, p.

era apenas com o órgão, mas com quem exercia as funções de julgador.[51] Os comissários eram pessoas diretamente escolhidas pelo monarca, normalmente inimigos políticos da pessoa que seria julgada e que o rei tinha interesse em ver condenada. Para o Rei, pouco importava se o julgamento seria conferido a um ou outro órgão, mas sim que os julgadores seriam as pessoas por ele nomeadas como seus comissários, que condenariam e puniriam os acusados.[52]

E, se é verdade que em seus primórdios o princípio do juiz natural tinha por principal escopo evitar ingerências arbitrárias do monarca na administração da justiça, atualmente, a própria evolução do delicado equilíbrio entre os Poderes exige mais.[53] É necessária a mesma proteção em relação aos órgãos de administração da magistratura.[54] O plano da organização judiciária – e não propriamente processual – também é fundamental para o respeito à garantia do juiz natural.[55]

Não há melhor forma de se assegurar independência que o amparo e a proteção da lei. Deve haver, pois, nas leis de organização judiciária, a previsão de critérios objetivos, claros e que não deixem qualquer margem de discricionariedade ou escolha para a determinação do juiz que irá atuar no órgão jurisdicional competente. A lei deve estabelecer, diretamente, o critério para definir o juiz, individualmente considerado, que irá atuar no órgão competente. Para que se respeite a garantia do juiz natural deve haver critérios legais automáticos que excluam qualquer discricionariedade na escolha do juiz que irá atuar.[56]

---

818), "le funzioni ed il potere dei giudici commissari devono essere fissati e limitati dalle lettere-patenti che stabilisco la *commission*, ed i giudici istituiti non possono conoscere nulla oltre".

51. Foschini, Giudicare in nome..., cit., p. 96.
52. Como lembra Paolo Alvazzi Del Frate (*Il giudice naturale. prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*. Roma: Viella, 1999, p. 42) na constituição das *Commissions extraordinaires* "in numerose occasioni la scelta cadde su alcuni dei peggiori nemici degli imputati: i giudici, secondo l'opinione pubblica del tempo, erano scelti allo scopo di ottenere un preciso risultato, ossia la condanna degli imputati, e ciò che ispirava il sovrano nell'istituzione della giurisdizione straordinaria non era il desiderio di assicurare l'amministrazione della giustizia, quanto l'intento di voler condizionare, attraverso la scelta dei giudici, l'esito del processo".
53. Iacoboni (*Precostituzione e capacità...*, cit., p. 3) lembra que a garantia do juiz natural nasceu em função da necessidade de garantir os direitos do cidadão perante o poder público, depois progressivamente adquiriu a conotação de garantia do órgão julgador e, por fim, do juiz como pessoa física.
54. A garantia do juiz natural, lembra Pizzorusso (Sul significato..., cit., p. 1069, nota 4) pode ser violada, também, pelos próprios órgãos do Poder Judiciário.
55. Diez-Picazo Giménez, *El derecho fundamental*... cit., p. 83.
56. Nesse sentido: De Liso, "Naturalità" e "precostituzione"... cit., p. 2696, nota 88; Romboli, *Il giudice naturale*... cit., p. 150-151; Id., Giudice naturale... cit., p. 459

No sistema brasileiro, em que os órgãos de primeiro grau são, em regra, monocráticos, e a definição da vara ou juízo decorre de critérios legais de competência, o problema da definição do "juiz-pessoa" se coloca muito mais com vistas aos casos de substituições temporárias ou definitivas de magistrados, do que na composição do órgão competente para cada processo.[57] Não se pode admitir, por exemplo, que caiba ao juiz a ser substituído, a escolha de seu substituto; ou admitir a livre escolha dos órgãos de administração do Poder Judiciário. E no caso de varas nas quais atuam, simultaneamente, juiz titular e juiz substituto, a atribuição dos processos a um ou outro julgador exige critérios prévios, sem qualquer possibilidade de escolha discricionária ou alterações arbitrárias de qual juiz julgará cada processo.

Por outro lado, é possível a determinação ou substituição mediante sorteio, por se tratar de critério que, corretamente aplicado, permite uma determinação objetiva que impede escolhas discricionárias. O núcleo da garantia do juiz natural não deve ser considerado apenas como a "pré-constituição-previsibilidade" do juiz que será o competente, mas também na "pré-constituição-não manipulabilidade" *a posteriori* da competência.[58] O sorteio oferece o máximo de imprevisibilidade, mas também o mínimo de possibilidade de intervenções sucessivas ao fato na determinação do juiz competente e, por tal motivo, é um meio idôneo e compatível com a garantia do juiz natural.[59]

Mas, ainda que por opção legislativa se queira afastar o sorteio, é perfeitamente possível e necessário que a determinação do juiz competente decorra de critérios legais objetivos. Por exemplo, nas comarcas em que há mais de uma vara, estabelecer que o juiz titular da 1.ª Vara é o substituto natural do juiz titular da 2.ª Vara, e assim sucessivamente, complementando-se o critério prevendo que o juiz titular da última vara será o substituto do juiz da primeira vara; em comarcas de vara única, poder-se-ia adotar o sistema de substituição pelo juiz da 1.ª Vara da Comarca mais próxima etc.

Obviamente, a predeterminação do "juiz-pessoa", isto é, dos juízes que integram o órgão competente, não se refere às pessoas, com nome e sobrenome. Isto

---

57. No sentido de que a garantia do juiz natural exige que haja prévia definição legal dos critérios e hipóteses de substituição dos juízes: Geraldo Prado, Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: Bonato, Gilson (org.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 112; Adelino Marcon. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 140-141; Leonardo José Carneiro da Cunha, *Jurisdição e Competência*. São Paulo: RT, 2008 p. 85; Roberto Luiz Luchi Deno. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

58. As expressões são de Zagrebelsky, Connessione e giudice naturale. *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza* (Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola" – Problemi attuali di diritto e procedura penale, Trieste-Grignano, 3-5 ottobre 1975). Milano, 1976, p. 66.

59. Zagrebelsky, Connessione e giudice naturale... cit., p. 66.

é, não é preciso que uma lei prévia indique nominalmente cada juiz de cada órgão jurisdicional. Neste aspecto, a garantia do juiz natural se dirige ao modo como estes devem estar compostos para exercer validamente a jurisdição.

A garantia do juiz natural assegura que haverá regras prévias de predeterminação da pessoa que irá exercer a jurisdição em um determinado órgão competente, seja monocrático ou colegiado. Tal exigência de predeterminação legal inclui os critérios de nomeação para aquela vara ou órgão fracionário do tribunal,[60] bem como os critérios de substituição.

A designação, redesignação ou a substituição também deve obedecer à reserva de lei, enquanto decorrência da garantia do juiz natural. Além disso, deve ser definida com base em critérios objetivos, a partir de elementos legais claramente definidos, ou mesmo de mecanismos aleatórios, como o sorteio, não sendo compatíveis com a garantia do juiz natural situações que permitam escolhas discricionárias do julgador.[61]

Sem critérios legais que devem ser respeitados também pelos órgãos de administração do Poder Judiciário, haveria um "dúctil mecanismo de substituições". É a

60. Na doutrina nacional, destaque-se, nesse sentido, a posição de Leonardo Greco. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf]. Acesso em: 10.11.2014, p. 9: "A garantia abrange a predeterminação legal do órgão e do seu titular, tendo, pois, um conteúdo dual: objetivo ou orgânico e *subjetivo ou pessoal*. Não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade. *A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto*, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos" (destaquei). Na doutrina italiana, no sentido de que a garantia do juiz natural diz respeito ao "juiz-pessoa": Foschini, Giudice in nome del popolo... cit., p. 96.; 29-30; Nobili, Il giudice nella... cit., p. 89-90; Pizzorusso, Il principio del... cit., p. 10; Franco Cordero, Connessione e giudice naturale, *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza* (Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola"– Problemi attuali di diritto e procedura penale, Trieste-Grignano, 3-5 ottobre 1975), Milano: Giuffrè, 1976, p. 56; Zagrebelsky, Connessione e giudice naturale... cit., p. 71, nota 36; Giulio Ubertis, "Naturalità" del giudice e valori socio-culturali nella giurisdizione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, p. 1064-1066, nota 34; Romboli, Teoria e prassi del... cit., p. 67; Id., Giudice naturale, *Novissimo*... cit., p. 975. No mesmo sentido, na Espanha: Díez-Picazo Giménez, *El derecho fundamental*... cit., p. 82-83; Id., Il juez ordinario... cit., p. 116-117; Ruiz Ruiz, *El derecho al Juez*... cit., p. 152-162; De La Oliva Santos, *Los verdaderos tribunales*... cit., p. 119; José Manuel Chozas Alonso, *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*. Granada: Colmares, 1995. p. 140; Luis María Diez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 435; Escalada López, *Sobre el juez*... cit., p. 326.

61. Como destaca Romboli (Giudice naturale, *Enciclopedia*..., cit., p. 379): "l'esistenza di un pluralismo ideologico all'interno della magistratura impone infatti criteri di assegnazione automatica dei processi, proprio ad evitare il sospetto che l'assegnazione dell'affare a questo o a quel giudice, se fatta discrezionalmente dal capo dell'ufficio, sia fatta proprio in considerazione della particolare posizione da quello precedentemente espressa". No mesmo sentido, na Espanha: Victor Cantena. *Prólogo* ao livro de Luis-Alfredo De Diego Díez. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 21.

lei – e somente a lei – que poderá "evitare che l'esito dei procedimenti possa essere in qualche misura 'pilotato' dai dirigenti degli uffici giudiziari per i fini più vari".[62]

Nem se objete que a exigência de critérios legais prévios e objetivos, fixados por lei, poderá comprometer a continuidade e a rapidez da prestação jurisdicional, na medida em que haverá interrupção da prestação do exercício da atividade jurisdicional.[63] É exatamente o contrário! Havendo regras automáticas previamente determinadas, em caso de necessidade de substituição do juiz que atua em um determinado órgão jurisdicional, isso ocorrerá de forma mais rápida.

Mas, ainda que assim não fosse, em nome da eficiência não se pode sacrificar a garantia do juiz natural, a imparcialidade do julgador e sua independência.[64]

Enfim, parece inegável que a garantia do juiz natural deve ter por objeto não apenas a predeterminação legal do órgão jurisdicional competente, mas também da pessoa física do juiz que irá atuar internamente no órgão, seja ele monocrático, seja colegiado. Deve haver critérios legais objetivos determinando o "juiz pessoa" que atuará em cada órgão, seja em relação à sua composição inicial, seja em relação às substituições, convocações ou qualquer outra forma de alteração da sua composição interna.[65]

Para que haja determinação legal do juiz-pessoa, é necessário: "(i) que exista una determinação legal do procedimento de designação; (ii) que esse procedimento seja suficientemente objetivo, para garantir a independência e a imparcialidade dos juízes; (iii) que esse procedimento seja, de fato, respeitado".[66]

---

62. Fiorentino, La garanzia del giudice... cit., p. 17, nota 41.

63. Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 43, de 31.05.1983, por sua Sala Primeira, decidiu: "El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en el art. 24.2 de la C.E., (...) exige también que *la composición del órgano* judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se *trata de garantizar la independencia e imparcialidad* que el derecho en cuestión comporta (...), *garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes,* que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse" (destaquei).

64. Em aguda crítica, Foschini (*Sistema...*, vol. 2, p. 317) adverte: "'Esigenze di servizio' non possono valere per variare la composizione di preture o tribunali così come non potrebbero valere per costituire corti di assise con giudici togati al posto di giudici popolari oppure con giudici popolari scelti in modo diverso da quello del sorteggio preveduto dalla legge proprio per impedire ogni collegamento, sia pure solo eventuale ed ipotetico, tra la scelta del giudice e una preesistente regiudicanda".

65. Desnecessário para a análise do presente caso, discutir sobre o aspecto temporal de tais critérios, se o critério a se obedecido deve ser aquele existente no momento da prática delitiva, ou mudanças posteriores poderiam ser aplicadas a processos que tenham por objeto fatos ocorridos antes do início de sua vigência.

66. De La Oliva Santos. *Los verdaderos...* cit., p. 120.

As regras de organização judiciária, é bom que se destaque, não dizem respeito somente aos problemas internos da magistratura, mas também asseguram ao cidadão o direito a um juiz pré-constituído e imparcial, ou seja, não suscetível de constituição *ad hoc*.[67] E para isso, a garantia do juiz natural tem que ser entendida tanto em relação ao "juiz-órgão", quanto ao "juiz-pessoa".

6. A GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE

Visando assegurar a independência do Poder Judiciário e, com isso, estabelecer uma das condições para que os magistrados sejam imparciais, a Constituição de 1988 assegurou-lhes garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Para a análise do juiz natural, enquanto predeterminação legal da pessoa física do juiz que atua no órgão competente, importa diretamente inamovibilidade que, nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, "é a garantia legal que proíbe a remoção ou transferência de lugar ou de cargo".[68] É, portanto, a impossibilidade de remoção do ocupante de um cargo, para outro cargo, exceto por vontade própria.[69]

O objeto da inamovibilidade, porém, é amplo, como destaca Pontes de Miranda: "a inamovibilidade compreende: a comarca, a seção, o cargo; quanto a juízes de tribunais, o tribunal, ou a câmara. Diante da Constituição, também se considera ao arbítrio do juiz aceitar, ou não, a promoção".[70]

Não é tudo. A inamovibilidade também se projeta sobre as próprias funções que o magistrado exerce no cargo em que ocupa. Assim, como explicam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: "Um processo atribuído a um magistrado, por ele deve ser julgado, estando proibido qualquer procedimento avocatório, seja por injunção da garantia da inamovibilidade, seja por força do princípio do juiz natural".[71]

---

67. Iacoboni, *Precostituzione e capacità*... cit., p. XIV.

68. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d. vol. 4, p. 370. O art. 30 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar 35/1979 – dispõe: "Art. 30 – *O Juiz não poderá ser removido ou promovido senão com seu assentimento*, manifestado na forma da lei, ressalvado o disposto no art. 45, item I". (destaquei).

69. E, no caso dos magistrados, também por interesse público, na medida em que a garantia da inamovibilidade não é absoluta, mas relativa. Neste ultimo caso, porém, sujeita aos requisitos estabelecidos pela própria Constituição. Décio Cretton (*O Estatuto da Magistratura Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 28) a conceitua como "garantia constitucional dos magistrados que consiste em não poderem sofrer remoção, transferência e até promoção sem seu pedido e seu consentimento, exceto em questão de excepcional interesse público".

70. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. III, p. 571.

71. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 272. De forma semelhante, para José Manuel Arruda Alvim (Da Jurisdição – Estado De Direito e função Jurisdicional, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: Ed. RT, out. 2011, vol. 2, p. 331) "A ina-

Historicamente, entre nós, a inamovibilidade aparece, pela primeira vez como garantia constitucional, com a reforma Constitucional de 03.12.1926, que inclui entre os princípios constitucionais, "a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade dos seus vencimentos" (art. 6.º, *caput*, II, *i*).[72] Desde então, esteve asseguradas em todas as Constituições,[73] embora nem sempre respeitada na realidade. Também é encontrada em diversas constituições estrangeiras.[74]

---

movibilidade comporta entendimento o mais amplo possível. Ou seja, não se pode fazer exceção alguma ao princípio. Assim, um ministro (do Tribunal de Alçada ou do Supremo Tribunal Federal), ou um desembargador do Tribunal de Justiça, não tem inamovibilidade somente no Tribunal, mas a tem na própria Câmara ou Turma que integra. Por outro lado, inadmissível será o entendimento de remover o magistrado, para que não julgue somente um dado processo".

72. Em sua versão original, a Constituição Republicana de 1891 dispunha apenas que "os juízes federais são vitalícios, e perderão o cargo unicamente por sentença judicial". E o § 1.º previa que "Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos". Contudo, como lembra Mário Guimarães (*O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 141) que a jurisprudência do STF "completou a lei" ao decidir "reiteradamente, que no conceito de vitaliciedade se incluía o de inamovibilidade". Aliás, modernamente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 202) lembra que "de pouco adiantaria a vitaliciedade para garantia o magistrado, se esse pudesse ser removido de uma para outra comarca, ao sabor das conveniências, especialmente políticas".

73. A Constituição de 1934, art. 64, *caput*, *a*, assegurava a inamovibilidade. Por sua vez, a Constituição de 1937, art. 91, *b*, previa a inamovibilidade dos juízes. Era, porém, só aparência, na medida em que o art. 177 do mesmo diploma ditatorial previa que o juiz podia ser removido "no interesse público *ou por conveniência do regime*". Com a restauração da democracia, a inamovibilidade foi prevista na Constituição de 1946, art. 95, *caput*, II. Novamente as garantias da magistratura seriam ceifadas, como Golpe de 1964. O Ato Institucional 1, de 09.04.1964, em seu art. 7.º, suspendeu a garantia constitucional da vitaliciedade. E o Ato Institucional 2, de 27.10.21965, em seu art. 14, *caput*, suspendeu as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade. A Constituição de 1967 assegurou a inamovibilidade no art. 108, *caput*, II. Já a Emenda Constitucional 1 à Constituição de 1976, embora assegurasse a inamovibilidade no art. 113, *caput*, II, não dava aos magistrados a independência suficiente. A Emenda 1, de 17.10.1969, em seu art. 182, manteve o Ato Institucional 5, de 13.12.1968, tais garantias foram suspensas, ante o disposto no art. 6.º do Ato Institucional 5.

74. A título meramente exemplificativo, a inamovibilidade está prevista no art. 216-1, da Constituição Portuguesa: "Os juízes são *inamovíveis*, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei". Igualmente a prevê o art. 117 da Constituição Espanhola: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, *inamovibles*, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley". Na França, o art. 64 da Constituição assegura que "Les magistrats du siège sont *inamovibles*". A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, o art. 97.2, ao disciplinar a independência dos juízes, também assegura a inamovibilidade, embora sem mencioná-la, expressamente: "2. Os juízes titulares e nomeados definitivamente com caráter permanente *não poderão*,

Num primeiro momento, esse risco era considerado apenas em face dos outros poderes. Era o ponto de vista de Pontes de Miranda: "A inamovibilidade prende-se *à divisão dos poderes* e a *independência do Poder Judiciário*. Se um dos outros poderes pudesse remover os juízes, não teriam esses a independência que se pretende necessária. Inamovíveis e vitalícios, ficam os juízes cobertos de prejuízos materiais e morais, que lhes infligiriam os dirigentes e os legisladores. O princípio constitucional tem por fito obstar assim os golpes do Poder Executivo como os golpes do Poder Legislativo".[75]

Hoje, porém, o inimigo primeiro da inamovibilidade é outro. Não mais um inimigo externo, mas um adversário interno, que está nas próprias fileiras da magistratura. Também em relação aos órgãos internos no Poder Judiciário deve haver regra legal prévia estabelecendo critérios objetivos de divisão interna de funções, incluindo as designações, substituições e convocações. Em suma, atualmente, a garantia da inamovibilidade dirige-se, fundamentalmente, "aos órgãos de gestão e disciplina da magistratura",[76] sendo fundamentais para a independência pessoal dos juízes.[77]

Sem a inamovibilidade, pouco restará da independência judicial[78] e a garantia do juiz natural, enquanto de predeterminação do órgão jurisdicional competente e da pessoa física que atua em tal órgão, será pouco mais que uma quimera.

---

contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções, ser suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, transferidos para outro posto ou aposentados, salvo em virtude de uma decisão judicial e exclusivamente por motivos e formas prescritos nas leis." Também merece destaque a Recomendação R (94) 12 da Comissão de Ministros do Conselho Europeu, dirigida aos países membros, sobre a independência, eficácia e o papel dos juízes, que no Princípio I – "General principles on the Independence of judges", prevê, em seu item 2, item c prevê: "c. *All decisions concerning the professional career of judges should be based on objective criteria*, and the selection and career of judges should be based on merit, having regard to qualifications, integrity, ability and efficiency". A Recomendação disponível em: [https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2]. Acesso em: 05.10.2014.

75. Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. III p. 570. No mesmo sentido, na França, posiciona-se Roger Perrot (*Institutrions judiciares*. 7 ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1995, p. 330) que explica "afirmar-se que um juiz é inamovível, significa que ele não pode ser objeto de qualquer medida individual contra si tomada pelo governo (demissão, suspensão, transferência, reforma compulsória) fora dos casos e das condições previstas na lei".

76. Nesse sentido: João Chumbinho. *A Constituição e a Independência dos Tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 166-167; Carlos da Silva Fraga. *Subsídios para a independência dos juízes: o caso português*. Lisboa: Cosmos, 2000. p. 30.

77. Como explica Canotilho (op. cit., p. 663) "A proibição de transferências, suspensões, aposentações ou demissões, bem como de nomeações interinas, surgem, neste contexto, como dimensões insubstituíveis da independência pessoal do juiz".

78. Lembra Pisapia (*Compendio*... cit., p. 30) que "per aversi 'indipendenza' ed 'imparzialità' ocorre infatti che l'organo giudicante sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale

Nesse sentido, inamovibilidade e juiz natural se completam: o juiz natural garante que haja critérios legais prévios de determinação do órgão competente e do juiz individualmente considerado que nele irá atuar. Mas uma vez determinada, inclusive a pessoa física do juiz que irá julgar um processo, esse juiz não poderá ser removido, transferido, ou mesmo promovido, contra sua vontade. Se a transferência arbitrária do juiz fosse possível, em termos práticos, cairia por terra a garantia da predeterminação legal da competência do juiz, na medida em que, *ex post factum*, seria possível, com base em critérios discricionários, escolher um julgador para um determinado caso.[79]

O que diria o moleiro de *Sans-Soucies*, cuja frase "ainda há juízes em Berlim" restou imortalizada nos versos de Françóis Andriex, se soubesse que o rei da Prússia tinha o poder de remover ou trocar, discricionariamente, todos os juízes de Berlim? O valente moleiro não poderia resistir ao Kaiser Frederico II, que facilmente teria ampliado os limites de seu castelo!

Em suma, a inamovibilidade é uma das garantias constitucionais que assegura a independência judicial, sendo incompatível com tal garantia qualquer forma de discricionariedade na designação ou redesignação dos juízes em suas varas.

7. CONCLUSÕES

Todos têm direito a um juiz imparcial.

---

o sostanziale ad altri organi e che sia per esso assicurato il requisito della 'inamovibilità'". Isso porque, a inamovibilidade, como observa Scaparone (*Elementi*... cit., p. 65), tem por finalidade "assicurare ai magistrati ordinari la serenità necessaria ad adempiere imparzialmente i loro compiti". Já Mario Chiavario (*Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984. vol. 2, p. 64) considera-a como o eixo primário para o funcionamento da garantia da independência judicial. De forma semelhante, na doutrina espanhola, Burgos Ladrón de Guevara (*El juez ordinario*... cit., p. 69) destaca: "sin una efectiva inamovilidad del Juez ordinario no puede hablarse de independencia". No direito norte-americano, lembram Hamilton, Madison e Jay (*O Federalista*. Ouro Preto: Imprensa Official do Estado de Minas, 1896. vol. 3, p. 163-164) que "nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência [do Poder Judiciário] como a inamovibilidade dos juízes", e complementam: "deve esta instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do poder judiciário e como a cidadela da justiça e da segurança pública". No plano dos direitos humanos, UBERTIS (*Principi di procedura*... cit., p. 22) destaca que "assume allora una fondamentale importanza la garanzia della *inamovibilità* del giudice, considerata alla stregua di un *corollario della sua indipendenza* e pertanto rientrante nelle garanzie contemplate dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo" (destaques nossos). No mesmo sentido: Mario Chiavario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo, In: Bartole, Sergio; Conforti, Benedetto; Raimondi, Guido (org.). *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001. p. 182, acrescentando, ainda, que a inamovibilidade se resolve em "una garanzia contro le rimozioni discrezionali, o, più precisamente, in una limitazione delle cause di rimozione ai soli casi di gravi mancanze accertate in maniera assolutamente corretta".

79. Chumbinho, *A Constituição*... cit., p. 166.

A independência é uma condição necessária para a imparcialidade do Poder Judiciário. Mas tão ou mais importante que a independência externa, isto é, que protege o Poder Judiciário de ameaças oriunda do Poder Executivo ou Legislativo, é a independência interna, que se dirige a proteger cada juiz de ingerências advinda dos próprios órgãos de administração do Poder Judiciário.

A garantia do juiz natural é outro instrumento para preservar a imparcialidade do julgador. Toda pessoa tem direito a um juiz competente predeterminado por lei.

Mas, não basta a predeterminação do *órgão* competente. Para assegurar ao acusado o direito a um juiz de cuja parcialidade não se possa duvidar, a garantia do juiz natural deve incluir, também, *a pessoa do juiz* que irá concretamente exercer a jurisdição no caso concreto. Ou seja, o juiz natural não deve ser apenas uma garantia de prévia definição do *órgão* competente, mas também da *pessoa* do juiz que irá julgar.

A necessidade de que o juiz natural também tenha por objeto a pessoa do juiz que irá julgar a causa se reforça na medida em que seja estritamente observada a garantia da inamovibilidade, sem a qual não haverá independência do magistrado.

8. Bibliografia

Alfieri, Mário. *Giudice Naturale. Digesto delle Discipline Penalistiche.* Torino: Utet, 1991. vol. 5.

Araújo, Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

Arruda Alvim, José Manuel. Da jurisdição – Estado de direito e função jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil.* São Paulo: Ed. RT, out. 2011. vol. 2.

Badaró, Gustavo. *Juiz natural no processo penal.* São Paulo: Ed. RT, 2014.

Bellavista, Girolamo. *Lezione di diritto processuale penale.* 2. ed. Napoli, 1960.

Binder, Alberto. *Introdução ao direito processual penal.* Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Calamandrei, Piero. Processo e democrazia. *Opere giuridiche.* Napoli: Morano, 1965. vol. 1.

_____. Governo e magistratura. *Opere Giuridiche.* Napoli: Morano, 1966. vol. 2.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Cantena, Victor. *Prólogo* ao livro de Luis-Alfredo De Diego Díez. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.* Madrid: Tecnos, 1998.

Cavalcanti, Themístocles de Brandão. *Tratado de direito administrativo.* 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d. vol. 4.

Chiavario, Mario Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: Bartole, Sergio; Conforti, Benedetto; Raimondi, Guido (org.). *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.* Padova: Cedam, 2001.

_____. *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984. vol. 2.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. *La perpetuatio iurisdictionis*: un efecto procesal de la litispendencia. Granada: Colmares, 1995.

CHUMBINHO, João. *A constituição e a independência dos tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

CORDERO, Franco. Connessione e giudice naturale. *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*. (Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola"– Problemi attuali di diritto e procedura penale, Trieste-Grignano, 3-5 ottobre 1975). Milano: Giuffrè, 1976.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. t. I.

CRETTON, Décio. *O Estatuto da Magistratura Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1980.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Tecnos, 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Los verdaderos tribunales en España: legalidad e derecho al juez predeterminado por la lei*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi. *Il giudice naturale. prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*. Roma: Viella, 1999.

DENO, Roberto Luiz Luchi. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. 1.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 1.

ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de* 1988. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIORENTINO, Mário. La garanzia del giudice naturale nel giusto processo e nell'ordinamento giudiziario e i suoi riflessi sull'imparzialità del giudice. *Diritto e Diritti – Rivista Giuridica on line*. Disponível em: [www.diritto.it/articoli/penale/giudice_nat_29_04_2004.pdf]. Acesso em: 10.09.2009.

FOSCHINI, Gaetano. Giudice in nome del popolo, non già commissari del capo della Corte. *Foro Italiano*, 1963, II, p. 167, depois publicado em: FOSCHINI, Gaetano. *Tornare alla Giurisdizione*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Sistema del diritto processual penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. vol. 2.

FRAGA, Carlos da Silva. *Subsídios para a independência dos juízes: o caso português*. Lisboa: Cosmos, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf]. Acesso em: 10.11.2014.

Guimarães, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *O federalista*. Ouro Preto: Imprensa Official do Estado de Minas, 1896.

Hartwig, Mathias. Il *gesetzliche Richter* di cui all'art. 101, 1.º comma, 2.ª proposizione, del *Grundgesetz* (1), *in Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993.

Iacoboni, Alessandro. *Precostituzione e capacità del giudice*. Le violazioni tabellari ed il regime delle nullità. Milano, 2005.

Ladrón de Guevara, Juan Burgos. *El Juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas/Universidad de Córdoba, 1990.

Maier, Julio Bustos Juan. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. t. I.

Marcon, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. vol. 1.

Marques, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 1.

Molari, Alfredo. I Soggetti. In: Pisani, Mario *et al. Manuale di Procedura Penale*. 8 ed. Bologna: Monduzzi, 2008.

Nobili, Massimo. Il giudice nella società contemporanea ed i criteri di assegnazione delle cause. *Rivista Diritto Processuale*, 1974.

Perrot, Roger. *Institutions Judiciares*. 7 ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1995.

Pisapia, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. Padova: Cedam, 1975.

Pizzorusso, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Torino: Einaudi, 1990.

_____. Presentazione, *in Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1993, n. 66.

_____. Sul significato dell'espressione "giudice" nell'art. 25, 1.º comma, della Costituzione. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. III.

Prado, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: Bonato, Gilson (org.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Renoux, Thierry. Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese. *Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993.

ROMBOLI, Roberto. *Giudice Naturale. Novissimo digesto italiano – Appendice III.* Torino: Utet, 1982.

ROMBOLI, Roberto. *Giudice Naturale. Enciclopedia del diritto – Aggiornamento II.* Milano: Giuffrè, 1998.

_____. *Il giudice naturale.* Studi sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano. Giuffrè, Milão, 1981.

_____. Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice. *Il principio di precostituzione del giudice* (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura e dall'Associazione "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 febbraio 1992), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993.

RUIZ RUIZ, Gregório. *El derecho al Juez ordinario en la Constitución española.* Madrid, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SCAPARONE, Metello. *Elementi di procedura penale – i principi costituzionali.* Milano: Giuffrè, 1999.

SOMMA, Emmanuelle. "Naturalità" e "precostituzione" del giudice nell'evoluzione del concetto di legge. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1963.

TRANCHINA, Giovanni I Soggetti. In: _____; SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; ZAPPALÀ, Enzo. *Diritto processuale penale.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. vol. 1.

UBERTIS, Giulio. "Naturalità" del giudice e valori socio-culturali nella giurisdizione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977.

_____. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo.* Milano: Raffaello Cortina, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras Judiciales.* Buenos Aires: Ediar, 1994.

ZAGREBELSKY, Connessione e giudice naturale. *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza* (Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola" – Problemi attuali di diritto e procedura penale, Trieste-Grignano, 3-5 ottobre 1975). Milano, 1976.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Apontamentos sobre o princípio do juiz natural, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 703/417 (DTR\1994\221);
- Imparcialidade e juiz natural opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado, de Nelson Nery Junior – *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 6/167 (DTR\2012\44873); e
- O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 29/11, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 1/87 (DTR\1983\1).

Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção

Crime and/or improbity? About the performance of the justice system in corruption cases

Maira Rocha Machado

Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito-SP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da mesma instituição.

Área do Direito: Penal; Civil; Administrativo

Resumo: O objetivo deste texto é apresentar duas possibilidades de acesso à performance do sistema de justiça em casos de corrupção: os dados estatísticos produzidos pelas instituições e o estudo de caso. Discute-se as dificuldades teóricas dos estudos de performance, bem como os obstáculos na utilização dos dados disponíveis. Tematiza-se também a duplicidade de procedimentos decorrentes da tipificação de um mesmo fato como crime e como improbidade, bem como as implicações deste quadro normativo para os estudos de performance. Para avançar nesta discussão a partir de outro ângulo de observação, o texto aborda alguns aspectos do estudo sobre o Caso TRT, especialmente relacionados à interação entre as esferas penal e civil, isto é, à possibilidade de investigar e responsabilizar por crime e por improbidade os mesmos fatos.

Palavras-chave: Corrupção – Improbidade administrativa – Estatísticas – Estudo de caso – Coordenação interinstitucional.

Abstract: This paper discusses two ways to address the performance of the Brazilian justice system in corruption cases: official statistics and case study. Theoretical obstacles to performance studies and limitations of the available data are analyzed in view of the duplicity of proceedings – criminal, for corruption and civil, for improbity. The paper then moves to the discussion of this topic from a radically different perspective: a study of the TRT Case.

Keywords: Corruption, improbity – Statistics – Case study – Inter-institutional coordination.

Sumário: 1. Introdução – 2. Observar a performance do sistema de justiça: o problema das ideias – 3. Observar a performance do sistema de justiça: o problema dos dados: 3.1 Infopen; 3.2 Conselho Nacional de Justiça; 3.3 Crime *e/ou* improbidade: a questão da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos – 4. A performance vista de outro ângulo: o estudo sobre o Caso TRT – 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Nas eleições presidenciais de 2014,[1] como em várias outras aliás, o tema da corrupção ocupou posição central. Além de novos e velhos esquemas, setores, atores, esteve explicitamente em pauta a atuação do sistema de justiça. Tanto na mídia quanto em fóruns de discussão políticos e acadêmicos, a performance do sistema de justiça em casos de corrupção parece oscilar entre balanços generalizantes, raramente fundamentados em dados e informações sistemáticas, e valorações sobre decisões específicas tomadas no contexto de casos concretos. Diante de um cenário como esse, tanto a esfera pública quanto os setores especializados não dispõem de material mínimo para compreender, avaliar e propor mudanças ao funcionamento das instituições do sistema de justiça. Circunstância que nem de longe tem impedido a elaboração e a propositura de pacotes normativos voltados "ao combate à impunidade".

Há vários elementos em jogo aqui. Interessa especificamente aos propósitos deste texto refletir sobre alguns problemas e desafios que se impõem à observação da performance do sistema de justiça em caso de corrupção.[2] Por que é tão difícil responder satisfatoriamente às perguntas que focalizam o funcionamento do sistema de justiça e a qualidade da prestação jurisdicional?

O ponto de partida deste texto é a existência de um quadro normativo relativamente bem consolidado no campo do enfrentamento à corrupção. A partir do início dos anos 90, diversas leis entraram em vigor tanto na esfera administrativa quanto na esfera civil e reformas pontuais foram realizadas também na esfera penal.[3] Este quadro normativo não só estabeleceu ilícitos e definiu sanções como

---

1. Este texto é fruto de apresentação oral realizada no 20.º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM em 29.08.2014. Agradeço inicialmente aos comentários do Professor Ignacio Bergudo, que também participava do painel sobre "corrupção", bem como da Professora Ana Elisa Behara que presidiu os trabalhos. Agradeço imensamente às pesquisadoras do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito-SP, Thais Ribeiro e Jessica da Mata, pelo valioso apoio no decorrer da elaboração deste texto. Por fim, um agradecimento especial aos alunos do curso "Master Internacional em Segurança Pública" (Uneb/Pádua) e aos professores Riccardo Cappi (Uneb) e Dan Kaminski (UCL) com quem tive a enorme alegria de discutir intensamente essas e outras ideias.

2. O vocábulo "performance" aparece em itálico na primeira edição do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001), indicando proveniência da língua inglesa. Como substantivo, designa "exercício de atuar, de desempenhar; atuação, desempenho". Mais adiante, após as referências aos campos do cinema e do teatro, aparece a definição que interessa mais diretamente a este texto: "conjunto de índices auferidos experimentalmente que define o alcance ideal de algo".

3. Além dos inúmeros diplomas legislativos voltados a disciplinar procedimentos ético-disciplinares, auditorias e correições, necessário mencionar a Lei de Improbidade Administrati-

também determinou a criação de novas instituições e procedimentos para aplicar as novas regras ou para auxiliar os órgãos do sistema de justiça a desempenhar as tarefas já estabelecidas. Com exceção da nova Lei 12.846/2013, é possível afirmar que o Brasil já dispõe tanto do quadro normativo quanto do aparato institucional para implementá-lo – a questão agora é: funciona?

Esta pergunta – tão elementar para todos aqueles engajados na reflexão sobre as possibilidades de aprimoramento do direito e das instituições jurídicas – é, em realidade, muito difícil de ser respondida. Vou argumentar no decorrer desse texto que isso se deve a duas razões. Em primeiro lugar, há uma disputa importante tanto no campo político quanto no campo acadêmico sobre o que significa uma performance "adequada" ou "satisfatória" do sistema de justiça. Se o ponto anterior mobiliza acirrados debates teóricos indiferentes às fronteiras territoriais, é necessário acrescentar que, no Brasil, as dificuldades são fortemente agravadas pela precariedade das informações disponíveis sobre o funcionamento do sistema de justiça.

Em face disso, o objetivo deste texto é apresentar duas possibilidades de acesso à performance do sistema de justiça em casos de corrupção. Cada uma delas busca observar diferentes aspectos desse fenômeno. A primeira sistematiza e discute as informações produzidas e disponibilizadas pelo próprio sistema de justiça sobre sua atuação no campo da corrupção. A segunda, diferentemente, utiliza a técnica de estudo de caso para produzir conhecimento sobre uma situação particular com elevado grau de detalhamento. No estudo de caso, como se verá, o objetivo é permitir a observação de alguns aspectos da atuação do sistema de justiça que não podem ser sistematicamente estudados quando se trabalha com um elevado número de casos.

Esses dois caminhos colocam dois tipos de dados muito distintos à disposição do pesquisador e da sociedade civil interessada em discutir a partir de bases sólidas a questão da performance. Como se verá no decorrer deste texto, as informações disponibilizadas pelo próprio sistema são, via de regra, quantitativas. O estudo de caso, ao contrário, pelas próprias características desta estratégia metodológica, produz resultados qualitativos.[4] Essas duas possibilidades, quando utilizadas em

---

va e a Lei 12.846/2013 voltada à responsabilização objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contrários à administração pública, nacional e estrangeira. Na esfera penal, vale lembrar que em 2003 o Código Penal foi alterado para aumentar as penas de corrupção ativa e passiva que passaram de 1 a 8 e multa para 2 a 12 e multa.

4. É claro que, no interior de um estudo de caso, podemos produzir sistematizações e informações e expressá-las em números – isto é, quantitativamente – como fizemos no Caso TRT com as matérias jornalísticas e os recursos interpostos nos tribunais. Ver Machado, Maira; Ferreira, Luisa. *Estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Editora Acadêmica Livre, 2014. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12028]. Acesso em: 31.10.2014. Mas, de forma geral, um estudo de caso resulta em uma *narra-*

conjunto, podem contribuir à construção de um quadro analítico bastante rico para observar o funcionamento do sistema de justiça. Ou, de forma muito pontual e modesta, como se busca fazer aqui, contribuem a colocar em evidência alguns aspectos deste quadro pouco visíveis quando apenas uma das estratégias é mobilizada.[5]

De acordo com a abordagem proposta neste texto, é possível afirmar que o estudo de performance possui três características centrais. Em primeiro lugar, trata-se de um tipo de pesquisa atento às possibilidades de contribuição para a produção de diagnósticos e balanços sobre a atuação do sistema de justiça que sejam capazes de subsidiar reformas nas leis e nas instituições – ou, é claro, diante de diagnósticos favoráveis, construir argumentos sólidos e empiricamente embasados para impedir que certas reformas ocorram.

Em segundo lugar, este tipo de pesquisa atenta à multiplicidade institucional e procedimental que pode ser mobilizada simultânea ou sucessivamente para levar a cabo processos de responsabilização. Nesse contexto, o estudo de performance convida a observar *se* e *como* as diferentes instituições que participam dos processos de responsabilização, nas esferas penal, civil, administrativa, internacional interagem e se relacionam. Há mecanismos de coordenação formal ou informal? As instituições competem entre si ou ignoram sistematicamente as atividades desempenhadas pelas demais instituições também envolvidas em processos de responsabilização decorrentes de situações-problema semelhantes? Este aspecto, que se pode denominar "coordenação interinstitucional" assume, obviamente, feições muito diferentes a depender do tipo de situação-problema sobre a qual os processos de responsabilização se debruçam.[6]

---

tiva, informação de tipo qualitativo, portanto. Utiliza-se aqui a distinção entre quantitativo e qualitativo proposta por Álvaro Pires em "Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico". PIRES, A. et al. (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008b, p. 154-214.

5. Para um amplo repertório sobre a legislação e os dados disponíveis sobre corrupção no Brasil, ver CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *Iriba Working Paper 09*. Disponível em: [www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/2014/07/IRIBA-working-paper-09-Brazilian-Anti-Corruption-Legislation-and-its-Enforcement.pdf].Acesso em: 31.10.2014.

6. Não resta dúvida que a questão da coordenação interinstitucional importa igualmente aos estudos de performance do sistema de justiça quando se debruça sobre outras situações-problema. Uma reflexão semelhante à desenvolvida aqui está sendo empreendida em relação à violência policial, a partir do caso do Massacre do Carandiru. O diferencial do campo da corrupção está na existência da "ação civil pública por improbidade" que acrescenta uma terceira possibilidade de responsabilização e imposição de sanção. A duplicidade entre a esfera penal e administrativa é bastante comum em crimes ambientais, econômicos e financeiros, tributários, mas também nas infrações cometidas no âmbito de exercício profissional que possa gerar responsabilização administrativa por corregedorias

Em terceiro lugar, trata-se de um tipo de pesquisa que atenta, nas questões que formula, nos dados que coleta, nas análises que propõe, a um conjunto um tanto diverso de pontos de vista que disputam as descrições das práticas e as avaliações dos resultados da atuação do sistema de justiça. Tem-se em mente aqui três deles: o *cidadão* sobre o qual recaem os processos de responsabilização, o *Estado* que, por intermédio de diferentes instâncias, fornece recursos humanos e materiais para a instauração desses processos e, enfim, a *sociedade civil*, ou esfera pública, que observa e interage com esses processos por intermédio da mídia ou de movimentos sociais. Essa abordagem procura reposicionar o debate, substituindo tanto a oposição entre "eficiência" e "garantia" quanto o descaso com a permeabilidade da atuação dos sistema de justiça à esfera pública, por um aparato conceitual em que esse conjunto de fatores importa para a análise: a obtenção dos "melhores resultados ao menor custo possível", a observação plena das garantias jurídicas nos processos de responsabilização e, ainda, a transparência e a acessibilidade às informações relativas à prestação jurisdicional.

Este texto está organizado em quatro partes. Além desta breve introdução (1), a próxima seção discute brevemente algumas das dificuldades teóricas que o estudo de performance enfrenta (2) para, em seguida, apresentar um panorama dos dados disponíveis, bem como das dificuldades e obstáculos para sua utilização (3). Em seguida, este texto tematiza a duplicidade de procedimentos decorrentes da tipificação de um mesmo fato como crime e improbidade e discute as implicações deste quadro legislativo para os estudos de performance (4). Para avançar nesta discussão a partir de outro ângulo de observação, o texto aborda alguns aspectos do estudo sobre o Caso TRT, especialmente relacionados à interação entre as esferas penal e civil, isto é, à possibilidade de investigar e responsabilizar por crime e por improbidade os mesmos fatos (5). A última seção apresenta alguns dos desafios a serem enfrentados em estudos de performance sobre este e outros temas.

2. OBSERVAR A PERFORMANCE DO SISTEMA DE JUSTIÇA: O PROBLEMA DAS IDEIAS

Como diversos autores já apontaram, no âmbito dos processos de responsabilização pela prática de condutas consideradas ilícitas, a "pena de prisão" ainda desempenha uma papel central.[7] Em diferentes contextos, a prisão aparece como o único ou, ao menos, o mais relevante "parâmetro de sucesso" da atuação das ins-

e comissões de ética, além da responsabilização criminal. Nesses casos, contudo, eventual procedimento civil estaria sobretudo vinculado à discussão sobre danos morais e materiais em ações de indenização.

7. Para um debate sobre a extensão e a complexidade do problema ver PIRES, A. Naissance et développment d'une théorie et ses problèmes de recherche. In: DUBE, GARCIA e MACHADO (ed.). *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*. Otta-

tituições jurídicas. Em uma pesquisa de performance, nos moldes propostos aqui, esta forma de descrever e hierarquizar as sanções no âmbito do sistema de justiça coloca ao menos três grandes problemas.

Em primeiro lugar, a ênfase à pena de prisão desconsidera a complexificação pela qual vem passando o direito penal, sobretudo nas últimas três décadas.[8] Reformas legislativas ampliaram o rol de sanções não prisionais e estabeleceram procedimentos que buscam favorecer a reparação do dano e o desfecho célere dos casos levados ao conhecimento do sistema de justiça. Estas alterações normativas propiciaram reformas institucionais com a criação dos Juizados Especiais Criminais e das Centrais de Penas e Medidas Alternativas.[9] Ainda que alcançando um conjunto muito limitado de tipos de crimes – cometidos sem violência e aos quais a lei atribui penas baixas quando comparadas aos patamares dos demais crimes – essas reformas estabeleceram novos fluxos procedimentais no interior do sistema penal que apenas residualmente podem desembocar na imposição de uma pena de prisão.[10]

Em segundo lugar, quando a pena de prisão é o parâmetro geral de sucesso da atuação do sistema de justiça, todas as demais decisões passam a ser observadas como "má performance", isto é, como funcionamento indevido do sistema de justiça. Arquivamento de inquérito, absolvição, condenação com imposição de pena alternativa e, até mesmo, condenação com imposição de sanção prisional em regime aberto – por mais adequadas que fossem diante da lei, do caso concreto e dos elementos levados aos autos, são percebidas como decisões que impedem o sistema de justiça de atingir "seu verdadeiro propósito" ou sua "finalidade precípua": encarcerar. É claro que, pelas próprias características da prestação jurisdicional, diferentes atores podem observar essas decisões como mais ou menos "acertadas" e mobilizar argumentos jurídicos para indicar a necessidade de sua modificação. No debate público, contudo, especialmente quando se trata de casos altamente

---

wa: PUO, 2013, p. 289-323, especialmente p. 304-312 dedicadas aos enigmas "da crítica repetitiva da prisão" e "da dificuldade de legitimação das sanções não prisionais".

8. Um panorama dessas mudanças pode ser encontrado em Machado, Marta e Machado, Maira. "O direito penal é capaz de conter a violência?" In: SILVA, Felipe; RODRIGUEZ, José (coord.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327-350

9. Um balanço sobre as reformas normativas e institucionais, a partir de diferentes perspectivas, pode ser encontrado nos Anais VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7F434E10-A4D3-4A2D-9EA9-5CEA7FE34F1C}]. Acesso em: 31.10.2014.

10. Para uma reflexão sobre o funcionamento dos juizados e as questões jurídicas, sociais e políticas que suscita, ver: FULLIN, Carmen. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. Tese de Doutorado em Antropologia Social, São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2012.

midiatizados, as questões jurídicas tendem a ser substancialmente simplificadas, e as diferentes posições presentes no processo dificilmente são reproduzidas com semelhante equilíbrio – invariavelmente divulga-se a decisão e, quando muito, os comentários do advogado que atua na causa. É possível visualizar uma alteração desse cenário por intermédio da ampliação de espaços nos grandes jornais para pesquisadores e professores e, sobretudo, pela consolidação de outros espaços de produção jornalística sobre essas questões.[11]

Por fim, a prisão como parâmetro de sucesso da performance do sistema de justiça ofusca a existência de outros mecanismos de investigação, responsabilização e, inclusive, sanção que não são levados a cabo pelo sistema de justiça criminal e que, portanto, não podem aplicar sanções de privação de liberdade. Consequentemente, instituições ligadas à esfera administrativa, bem como as seções que atuam na esfera civil em casos de improbidade não contam com o mesmo reconhecimento e visibilidade no debate público que as instâncias penais. Ou, para conquistá-los, podem utilizar a métrica do sistema penal (número de prisões) para avaliar o sucesso de suas próprias atividades.[12]

É diante dessas dificuldades que a próxima seção se debruça sobre os dados disponibilizados pelo sistema de justiça em âmbito nacional.

3. Observar a performance do sistema de justiça: o problema dos dados

Vários autores já se debruçaram sobre os problemas da produção de dados e estatísticas criminais no Brasil e, especialmente, sobre as implicações altamente negativas que impõem à elaboração de políticas públicas nessa área. Renato Sérgio de Lima abre um texto publicado em 2008 afirmando que "[u]m dos temas que mais

11. Para o primeiro ponto, tem-se em mente aqui a experiência do "Supremo em Pauta", coordenada por Eloisa Machado, no âmbito de uma parceria entre o jornal o Estado de São Paulo e a FGV Direito-SP. No tocante ao segundo, a referência é o trabalho desenvolvido pela equipe de jornalistas da Ponte – Segurança Pública, Justiça e Direitos Humanos. Disponível em: [www.ponte.org].

12. Um exemplo é a Controladoria-Geral do Município de São Paulo, criada em 2013 e que, em pouquíssimo tempo, estruturou auditorias e deu início a uma série de investigações, favorecendo os mecanismos de controle de modo nunca antes visto na administração municipal. Em seu relatório de atividades, publicado em maio de 2014, o número de auditorias e investigações que terminaram em prisão recebe enorme destaque – ainda que saibamos tratar-se de operações que renderam prisões por algumas horas ou dias tendo em vista a equação "tempo de pena", "perfil do réu" e "presença de advogado constituído". *Balanço do Primeiro Ano de Atuação. Ações e Resultados*. Corregedoria-Geral do Município de São Paulo (maio/2014). Disponível em: [www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/CGM/relatoriocgm_final-04-06-14.pdf]. Acesso em: 30.10.2014.

chamam a atenção na discussão sobre segurança pública no Brasil é, sem dúvida, a (in)existência de estatísticas criminais que permitam mensurar e subsidiar a tomada de decisões e o planejamento de políticas públicas eficientes e democráticas na área".[13] O diagnóstico do autor aplica-se inteiramente ao estudo de performance em casos de corrupção.

No entanto, de acordo com a perspectiva proposta neste texto, para além das estatísticas criminais, importaria também considerar as informações produzidas pelos chamados "organismos de controle" que, atuando na esfera administrativa, desempenham papel importante na identificação, investigação e responsabilização de condutas – mas também no envio de casos para o Poder Judiciário a serem investigados pelas esferas penal (crime de corrupção) e/ou civil (improbidade), como veremos na próxima seção. Tendo em vista o interesse deste texto nesta última interação (civil/penal), a apresentação sistemática dos dados de resultado (número de procedimentos e sanções aplicadas) produzidos pela esfera administrativa não será realizada neste texto.[14] Focaliza-se aqui as informações produzidas pelo Infopen (3.1) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (3.2).

3.1. Infopen

O Ministério da Justiça, por intermédio do Infopen, disponibiliza relatórios consolidados sobre o sistema prisional a partir de informações prestadas pelos estados desde o ano 2000. Entre 2006 e 2012 os relatórios foram publicados semestralmente e a partir de 2008 os relatórios assumiram novo formato, utilizado até 2012. Desde o início de 2013 não foram publicados novos relatórios. Apesar de o site não apresentar uma nota explicativa, entre os fatores que parecem contribuir à interrupção dos relatórios semestrais está a entrada em vigor, em setembro de 2013, da Lei 12.714/2012 que "dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança". A lei estabelece que o sistema deverá ser "informatizado" e, "preferencialmente de tipo aberto", isto é, com "licença de uso que não restrinja sob nenhum aspecto sua cessão" (art. 1.º, § 2.º). E determina também que um "sistema nacional" será instituído pelo poder executivo federal, visando à "interoperabilidade das bases de dados e informações dos sistemas informatizados instituídos pelos Estados (...)" (art. 5.º). De acordo com

13. LIMA, Renato. A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*, n. 80, p. 65-69, São Paulo, mar. 2008.

14. Via de regra, os órgãos competentes para conduzir procedimentos administrativos e aplicar sanções produzem e disponibilizam anualmente em seus sites relatórios contendo informações variadas sobre a atuação do período, especialmente na esfera federal. Neste sentido, vale consultar o relatório anual de atividades do Tribunal de Contas da União e o relatório de gestão da Corregedoria Geral da União, disponíveis nos respectivos sites.

o parágrafo único do mesmo dispositivo, aos Estados caberá o desenvolvimento e a implementação de "sistemas próprios que permitam interoperabilidade com o sistema nacional", podendo a União apoiá-los.[15]

A lei não faz, contudo, qualquer menção à produção de relatórios que sistematizem esses dados de modo a contribuir com a produção de diagnósticos sobre a gestão da privação de liberdade no país. Trata-se, de todo modo, de um sistema que amplia a visibilidade e o controle dos atores do sistema de justiça criminal sobre o fluxo processual das pessoas em privação de liberdade, buscando reduzir as situações de ilegalidade que, como aponta o Mutirão Carcerário do CNJ, alcança um número muito elevado de casos.[16]

De todo modo, enquanto o sistema não é implantado, resta aos pesquisadores e à sociedade civil trabalhar com os dados já divulgados. Nos relatórios disponibilizados entre 2008 e 2012, é possível consultar informações sobre o perfil das pessoas em privação de liberdade e sobre as instituições, a partir de várias categorias.[17] Entre elas está o "tipo de crime". De acordo com esses dados, chegamos a ter, em 2012, 632 pessoas presas por corrupção ativa e 136 por corrupção passiva. Este número não variou substancialmente ao logo dos cinco anos em relação aos quais o Infopen disponibiliza informações – em que pese o incremento da população prisional no mesmo período. Tomados os relatórios de dezembro, entre 2008 e 2012, passamos de 451.219 para 548.003 pessoas presas.

---

15. De acordo com a lei, o sistema deverá conter o registro de informações pessoais (nome, filiação, data de nascimento e sexo), a data da prisão ou da internação, a comunicação da prisão à família e ao defensor; informações referentes ao processo que gerou a prisão (tipo penal e pena em abstrato, tempo de condenação ou da medida aplicada), bem como informações referentes ao cumprimento da pena ou medida de segurança (dias de trabalho ou estudo, dias remidos, atestado de comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento prisional, faltas graves, exame de cessação de periculosidade, no caso de medida de segurança e utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado) (art. 2.º).

16. De acordo com os dados divulgados em janeiro de 2012, o Mutirão Carcerário examinou 413.236 casos, libertou 36.673 pessoas e alterou o regime prisional de outras 72.317. Como aponta Foley, "isso significa que mais de 100.000 pessoas estavam sendo injustamente detidas ou mantidas em condições excessivamente duras em relação à pena de prisão que receberam". Foley, Conor. O Mutirão Carcerário (a força-tarefa prisional). In: _____ (org.). *Outro sistema é possível: a reforma do judiciário no Brasil*. Brasília: International Bar Association e Ministério da Justiça, 2012, p. 44.

17. Os relatórios semestrais por estado da federação e consolidados nacionalmente estão disponíveis no site do Ministério da Justiça: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE%2D3C7D%2D437A%2DA5B6%2D22166AD2E896%7D&params=itemID=%7B598A21D8%2D92E4%2D44B5%2D943A%2D0AEE5DB94226%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 30.10.2014.

Tabela 1 – Dados do Infopen/MJ sobre corrupção ativa e passiva (2008 a 2012)

	Dez. 2008		Dez. 2009		Dez. 2010		Dez. 2011		Dez. 2012	
	Cor. ativa	Cor. passiva	Cor. ativa	Cor. passiva	Cor. ativa	Cor. passiva	Cor. ativa	Cor. passiva	Cor. ativa	Cor. passiva
AC	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
AL	1	0	2	0	3	0	1	0	0	0
AM	0	0	2	1	15	1	18	2	9	1
AP	8	0	8	5	5	5	5	5	5	5
BA	2	0	1	0	5	0	5	0	1	6
CE	0	0	0	0	0	0	0	0	**	**
DF	8	8	4	0	14	0	13	3	6	3
ES	8	0	12	1	8	1	15	1	23	0
GO	34	1	19	5	10	2	8	9	7	2
MA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
MG	140	2	65	4	82	3	87	2	106	2
MT	2	1	0	0	9	10	0	1	11	7
MS	7	1	12	0	10	0	2	7	4	1
PA	0	0	0	0	7	3	16	2	5	2
PB	12	3	1	6	8	0	0	0	5	11
PR	29	0	19	2	35	6	33	3	50	8
PE	20	16	33	13	39	15	42	15	48	66
PI	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
RJ	0	0	0	0	154	0	123	0	128	0
RN	0	0	0	0	0	0	0	8	0	0
RS	36	1	27	6	25	0	22	0	21	0
RO	0	2	4	1	1	1	6	1	0	9
RR	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
SC	2	0	2	2	6	1	10	0	8	1
SP	88	20	136	23	151	45	159	12	199	11
SE	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0
TO	1	0	1	0	1	0	2	0	2	0
	402	57	348	69	589	93	567	71	632	136

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Infopen disponibilizados no site do Ministério da Justiça

Estes dados apresentam limitações de vários tipos.

Apesar de gerenciado na esfera federal, o Infopen depende integralmente das informações prestadas pelos Estados. Tendo em vista que as próprias administrações estaduais alimentam o banco de dados do Infopen, estes números estão fortemente impactados pela estrutura e pela forma de organização do sistema penitenciário de cada um dos Estados. Os dados informados não permitem observar o fluxo, isto é, o número de entradas e saídas, tampouco o tempo de permanência. Fornecem apenas um retrato quantitativo das pessoas que se encontram no sistema prisional em junho e em dezembro de cada ano.

A leitura dos relatórios permite inferir também que alguns dados são fornecidos de modo mais completo que outros. Em dezembro de 2012, por exemplo, o relatório que consolida os dados nacionais informa um total de 548.003 pessoas. A seção dedicada aos dados desagregados por tipo de crime totaliza um pouco menos, 545.465. As informações sobre tempo de pena, "cor de pele/etnia" e faixa etária, totalizam 513.713. Já as informações sobre procedência (urbana ou rural) totalizam 388.588. A indicação do total por categoria permite identificar o percentual não respondido e, assim, contribui a verificar a consistência dos dados para o conjunto da população prisional.

Mesmo considerando apenas o percentual de pessoas presas em relação às quais há informação sobre o tipo de crime, é importante registrar que o sistema não contabiliza "concursos de crimes", isto é, as situações nas quais a prisão está ligada à condenação ou à acusação pela prática de mais de um crime. Para que a unidade de contagem permaneça "a pessoa em privação de liberdade", as administrações estaduais são instruídas a informar apenas "o crime mais grave".[18]

Além disso, o percentual de pessoas em prisão provisória ou condenadas definitivamente não pode ser observado por tipo de crime. Isto é, não sabemos quantas, entre as pessoas presas por (ao menos) corrupção, foram condenadas definitivamente e quantas estão presas provisoriamente. Desse modo, os números apresentados na Tabela 1 nada informam sobre as etapas do procedimento criminal que foram percorridas e mesclam a atuação de diferentes atores do sistema de justiça.

Diante dessas considerações, é possível dizer que os dados do Infopen consolidam o número de pessoas que cada uma das administrações estaduais informou estarem em privação de liberdade e cuja acusação ou condenação indica como crime mais grave os tipos de corrupção ativa e passiva.

Do ponto de vista da utilidade da informação para fins de observação da performance do sistema de justiça, os limites são bastante claros.[19] Os dados do Infopen

18. O site do Ministério da Justiça não disponibiliza um protocolo explicativo sobre o modo de consolidação das informações ou, ao menos, as instruções para a alimentação do banco de dados. Em virtude disso, estas informações foram obtidas por intermédio de contato telefônico com o setor do Departamento Penitenciário Nacional responsável pelo gerenciamento do Infopen.

19. Vários pesquisadores já fizeram apontamentos neste sentido. À guisa de exemplo, registrando a imprecisão das informações e confrontando dados do Infopen com pesquisa de campo, especificamente sobre a questão indígena, ver, Cristhian Teófilo da Silva, Simone Rodriques Pinto, André Gondim do Rego, e Biviany Rojas Garzón. *Criminalização e situação prisional de índios no Brasil. Edital ESMPU n. 19/2006.* Brasília: Associação Brasileira de Antropologia (ABA), 2008. Disponível em: [www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/relatorio_final_2007.pdf]. Acesso em: 30.10.2014. Ainda sobre a precariedade das informações, ver, por exemplo, JESUS, M.

são produzidos pelo sistema penitenciário e estão limitados à privação de liberdade. Logo, não englobam outros desfechos – de forma cautelar ou definitiva – que também podem decorrer do funcionamento do sistema de justiça criminal, como a imposição de penas e medidas alternativas, o bloqueio e o confisco de bens, e as sanções pecuniárias. Para as análises de performance, mesmo as informações sobre o número de prisões ficam comprometidas diante da impossibilidade de confrontá-las ao número de inquéritos e processos em relação aos quais foram expedidos e cumpridos os mandados de prisão contabilizados pelo banco. Em 2012, o Brasil tinha 762 pessoas presas por corrupção ativa e passiva de um universo de quantas pessoas investigadas, denunciadas e condenadas à pena de prisão por estes crimes?

3.2. Conselho Nacional de Justiça

Para buscar responder a esta e a outras perguntas, o Conselho Nacional de Justiça passou a demandar do Poder Judiciário a compilação de uma série de dados sobre a tramitação dos processos de corrupção e improbidade administrativa, bem como de lavagem de dinheiro. Dois conjuntos serão apresentados rapidamente aqui. O primeiro refere-se ao material produzido para subsidiar as avaliações do Brasil perante organismos internacionais e o segundo diz respeito à Meta 18.

Dentre a enorme lista de situações problemáticas carentes de informações sistemáticas sobre a atuação do sistema de justiça, o tema da corrupção parece não ter sido escolhido apenas em razão da midiatização e da visibilidade social do problema no Brasil. A pressão de organismos internacionais pela produção de informações sobre os resultados obtidos no enfrentamento da corrupção e da lavagem de dinheiro não pode ser negligenciada.

Reportagem da "Agência CNJ", publicada em 2013, apresenta dados de pesquisa que conjuga improbidade administrativa e crimes de corrupção. De acordo com a reportagem, o ofício encaminhado pelo CNJ para os tribunais solicitando a apresentação dos dados indicava que "um dos objetivos da pesquisa é responder às indagações do Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi), que avaliou de forma desfavorável as ações do Brasil para o combate a esses crimes, especialmente em decorrência da falta de estatísticas processuais".[20] A reportagem informa que a

---

G.; OI, A. H.; LAGATTA, P.; ROCHA, T. T. *Prisão provisória e lei de drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Nevusp, 2011. p. 10. Disponível em: [www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=2513&Itemid=96]. Acesso em: 30.10.2014.

20. VASCONCELOS, Jorge. Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012. *Agência CNJ*, 15.04.2013. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24270-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012]. Acesso em: 15.10.2014. Para uma análise sobre os mecanismos de avaliação do Gafi, ver MACHADO, Maira. Similar in

pesquisa junto aos tribunais subsidiará também a avaliação do Brasil no processo de implementação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e dará cumprimento à Ação 01/2011 da Enccla (Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro) que diz respeito à produção de dados e estatísticas sobre esta temática.[21]

De acordo com a reportagem, em 2012, em todo o Poder Judiciário brasileiro foram recebidas "1.763 denúncias contra acusados de corrupção e lavagem de dinheiro". Além disso, foram iniciados "3.742 procedimentos judiciais relacionados à prática de improbidade administrativa". Também em 2012, de acordo com a reportagem, "a Justiça realizou 1.637 julgamentos, que resultaram na condenação definitiva de 205 réus". Somando os casos referentes às diferentes etapas de tramitação contabilizadas na pesquisa, a reportagem informa ainda que "a quantidade de processos em tramitação sobre corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade chegou a 25.799" ao final de 2012. A reportagem informa ainda que, de acordo com os dados coletados pelo CNJ junto aos tribunais, entre "1.º janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2011 foi declarada a prescrição de 2.918 ações e procedimentos penais relativos a tais ilegalidades". Tendo em vista que até a conclusão do texto não foi possível obter acesso ao relatório completo com as informações apresentadas na reportagem, torna-se difícil tecer considerações sobre os limites e potencialidades dessas informações.

O segundo conjunto de dados produzidos pelo CNJ no campo da corrupção focaliza a questão do tempo de tramitação dos processos. Não é recente a centralidade desta questão na agenda de debates sobre o sistema de justiça. Conforme José Rodrigo Rodriguez, o foco do debate sobre reforma do Poder Judiciário na questão de "celeridade da prestação jurisdicional" tem favorecido reformas voltadas a "modernizar os códigos de processo, aumentar o número de juízes e melhorar a gestão interna do Poder Judiciário para garantir sentenças mais rápidas".[22] Tal como tem se desenvolvido, argumenta o autor, este debate reforça a centralidade do Poder Ju-

---

their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. *Law & Social Inquiry*. vol 37. issue 2. p. 330-366.

21. Para uma apresentação da Enccla, bem como das ações e recomendações formuladas desde 2004 quando foi criada, ver [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B7AE041E8-8FD4-472C-9C08-68DD0FB0A795%7D&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B3239224C%2DC51F%2D4A29%2D9E51%2D74AC98153FD1%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 15.10.2014.

22. Rodriguez, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 190. Ao lado da questão da celeridade, o autor refere-se também a "garantia de acesso à justiça" como pauta predominante nos debates sobre reforma do Poder Judiciário.

diciário "e o processo judicial como principal meio de solução de conflitos". Num cenário deste tipo, a discussão sobre os "mecanismos alternativos" (não judiciais) fica instrumentalizada e limitada à finalidade de "desafogar o Judiciário" ao invés de favorecer possibilidades de "enquadrar os conflitos de outra maneira e promover a mediação entre sociedade e Estado de acordo com outras gramáticas".[23]

No campo da corrupção, a questão do tempo de tramitação dos processos ocupa lugar privilegiado em diferentes contextos argumentativos: pelos efeitos contraproducentes do longo tempo transcorrido entre o fato e a imposição de pena, para aqueles que acreditam que a finalidade da pena é dissuadir; pelo aumento das chances de ocorrência da prescrição, obstando a condenação ou a execução da pena; e, ainda, pelos prejuízos materiais causados por extensas decretações de indisponibilidade de bens – tanto para os cidadãos processados quanto para o Poder Público.

Foi nesse contexto que o CNJ estabeleceu a Meta 18, voltada a identificar o número de processos por corrupção que aguardavam julgamento nos tribunais brasileiros, na esfera estadual e federal, e criar mecanismos de estímulo público para que fossem julgados em curto espaço de tempo.[24] Junto com o lançamento da Meta, o CNJ disponibilizou em seu site um link que permite acesso em tempo real à alimentação do banco de dados pelos tribunais. Para o STJ, os 5 TRFs, os 27 TJs, e os 3 TJMs a meta contabiliza (i) o número de ações a julgar (denominados "alvo"), (ii) o número de ações julgadas em 2012 e 2013, bem como (iii) o número de ações "pendentes", isto é, que ainda aguardam julgamento no respectivo tribunal. O quadro distingue também "ações de improbidade administrativa" das "ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública".

No cômputo geral, conforme dados de 28.08.2014, 42.856 ações penais foram julgadas em pouco mais de um ano e meio nos tribunais do país. E 27.169 estão pendentes de julgamento. No tocante às ações de improbidade, 20.507 ações foram julgadas e restam 23.266 pendentes. Entre os TJs, o maior número de ações penais a julgar foi declarado por Minas Gerais (16.624) – mais que o dobro do informado pelo TJSP, por exemplo (7.087) – e o menor pelo Piauí (48), seguido de perto pelo Rio Grande do Sul (55). Entre as ações de improbidade, São Paulo declara o maior número de ações "alvo" (5.321), pouco mais que Minas Gerais (4.172). O menor número de ações de improbidade é declarado por Roraima (39).

O quadro indica também a "taxa de cumprimento", isto, o percentual de processos julgados desde que a Meta 18 foi criada em relação ao número de processos

23. Idem, p. 191.

24. Meta 18 de 2013 – Identificar e julgar, até 31.12.2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31.12.2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013/meta-18]. Acesso em: 30.10.2014.

identificados ("alvo"). Desse modo é possível identificar, por exemplo, que o TJPI teve a menor taxa de cumprimento (16%), ao julgar 8 das 48 ações penais identificadas como "alvo". Percentual semelhante ao noticiado em relação ao TJBA (17%) que, no entanto, julgou 342 das 1996 ações penais identificadas. A maior taxa aparece com o TJAP, com quase 98% de cumprimento da meta: no período pesquisado, foram julgadas 504 das 515 ações identificadas. Este quadro é semelhante em relação às ações de improbidade: TJAP lidera com quase 90% de cumprimento da meta (foram julgadas 240 das 268 identificadas como "alvo") e o TJPI apresenta a menor taxa, pouco mais de 12% (com o julgamento de 106 das 851 ações identificadas).

Mas o que significam esses dados?

É possível dizer, em primeiro lugar, que produzir e tornar pública a informação sobre os represamentos dos processos de corrupção e improbidade pode criar incentivos reputacionais aos atores do sistema de justiça para acelerarem a pauta de julgamentos ou – o que pode vir a ter efeitos perversos – darem prioridade aos casos de corrupção – que, como se viu anteriormente, em sua ínfima parcela envolvem réu preso. A expectativa da sociedade civil e, certamente, do próprio CNJ é a de que o julgamento célere não compromete o devido processo tampouco a qualidade do julgamento.

Além disso, de forma mais geral, esse tipo de mecanismo de intervenção emergencial – tal como os mutirões carcerários – tem enorme relevância para transformar rapidamente um quadro grave – como o enorme número de processos aguardando decisão – ou, no caso dos mutirões, de pessoas com pena vencida.[25] Mas, ao mesmo tempo, questiona-se o potencial desse tipo de programa para alterar as práticas e os padrões institucionais no longo prazo. Afinal, se apenas isso for feito, precisaremos de uma nova Meta 18 para eliminar o represamento dos processos distribuídos após 2011.

3.3 Crime e/ou improbidade: a questão da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos

No contexto de uma reflexão sobre performance do sistema de justiça em casos de corrupção há outro componente na Meta 18 que merece destaque: o CNJ não se debruçou apenas sobre os processos criminais, mas dirigiu-se também às ações civis públicas por improbidade administrativa. Ao contabilizar essas informações e apresentá-las lado a lado, a Meta 18 lança luz sobre uma questão que está de certa forma ausente no debate acadêmico, mas bastante visível para os atores que lidam cotidianamente com casos de corrupção: trata-se da duplicidade de procedimentos – ação civil pública e ação penal pública – versando sobre os mesmíssimos fatos.

25. Sobre os mutirões carcerários, ver Foley, Conor. Op. cit.

No centro deste fenômeno da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos está a atuação do Ministério Público que, ao tomar conhecimento de uma conduta que enseja prejuízo ao erário público, encontra amparo legal para iniciar um inquérito, ou uma ação, tanto pelo crime quanto pela improbidade administrativa. Tem-se em mente aqui especialmente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que descreve várias condutas que podem facilmente ser também tipificadas como crime contra a administração pública – desde que em sua forma dolosa, é claro, já que a Lei de Improbidade admite também, no caso do art. 10, a forma culposa.[26] Do ponto de vista da legislação brasileira, as duas formas de responsabilização, civil e penal, podem correr de modo paralelo ou sucessivo, tendo em vista que a Lei de Improbidade afirma expressamente que as ações são *independentes*.[27] Ao proclamar tão somente a independência dos dois tipos de ilícito, de responsabilidade e de procedimento (civil e penal), a legislação deixa ampla margem para os atores do sistema de justiça decidirem se e como será estabelecida alguma forma de coordenação quando se estiver diante de um mesmo caso concreto.

De acordo com a argumentação proposta neste texto, o fenômeno da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos não ignora que a possível identidade entre os fatos que dão ensejo aos procedimentos civis e penais pode não se estender aos sujeitos passivos de ambas as ações, uma vez que a ação civil pública alcança não apenas as pessoas físicas, agentes públicos ou não, mas também as pessoas jurídicas – o que está completamente afastado na esfera criminal para os casos de corrupção. Ainda diante de diferenças importantes no que diz respeito à autoria, é possível dizer que os mesmos fatos – e as mesmas pessoas físicas – podem ser (e frequentemente são) objeto de investigação, produção probatória e responsabilização, nas esferas civil e penal. Outra diferença substantiva diz respeito às sanções, tendo em vista que somente a esfera penal pode impor privação de liberdade. Mas sanções pecuniárias, dever de reparar o dano e penas restritivas de direitos (como a perda do cargo público) podem ser impostas em ambos os procedimentos, como sanção autônoma ou "efeito da condenação".

No decorrer da pesquisa sobre coordenação interinstitucional em casos de corrupção, os entrevistados apontaram que em diversas situações os relatórios dos

---

26. A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu três "conglomerados" de ilícitos: o art. 9, referente ao enriquecimento ilícito, o art. 10, referente a atos que importam prejuízo ao erário e, por fim, o art. 11 que diz respeito às infrações aos princípios administrativos. Importa especialmente à argumentação desenvolvida aqui o art. 10 tendo em vista que, via de regra, as condutas que importam enriquecimento ilícito e a infração a princípios não estão previstas na legislação penal.

27. "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120, de 2009)".

órgãos de controle – controladorias, corregedorias e tribunais de contas – ao chegarem ao Ministério Público são duplicados internamente e distribuídos para as esferas civil e criminal. Outras vezes, quando a informação sobre potencial crime ou improbidade chega ao conhecimento de uma das esferas, não é incomum que se solicite a extração de cópias e o encaminhamento para a outra esfera.[28] Afinal, de acordo com a legislação, um mesmo fato pode encontrar "adequação típica", tanto na lei penal quanto na lei de improbidade administrativa.

Quando se observa os resultados da Meta 18 com este cenário em mente, é possível identificar que a relação entre o número de ações civis e de ações penais identificadas varia enormemente nos diferentes estados. Em alguns deles, o volume de ações de um e outro tipo é semelhante: tanto no TJCE e quanto no TJBA o volume de ações civis e penais está próximo a 2.000. Em outros, temos muito mais ações penais do que civis: o TJMG identificou mais de 16 mil ações penais a julgar, contra pouco mais de 4 mil ações civis. E o inverso também pode ser observado no TJRS, por exemplo, que identificou 565 ações civis e 55 ações penais. Como se trata de um panorama do estoque de ações a julgar, os dados da Meta 18 contribuem pouco à compreensão do problema da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos. Mas ainda assim parecem reforçar a ideia, identificada por intermédio das entrevistas, de que a decisão de iniciar um tipo de ação ou ambas depende fortemente da dinâmica interna dos membros do Ministério Público de cada Estado ou das diferentes unidades que atuam na esfera federal.

Em virtude da existência de dois aparatos legislativos diferentes, de norma expressa indicando a independência entre as duas formas de responsabilização (art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa) e de uma cultura jurídica fortemente departamentalizada,[29] não surpreende que a duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos não seja percebida como um problema ou um ponto a considerar quando se trata de refletir sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção.[30] Sob este prisma, a valoração sobre o fenômeno da duplicidade pode tornar-se

28. Davis, Kevin; Machado, Maira; Jorge, Guillermo. *Coordinating the enforcement of anti-corruption law: south-american experiences* (documento de trabalho, em fase final de redação, apresentado e discutido em seminário internacional realizado na FGV Direito-SP em 18 e 19.09.2014).

29. Machado, Maira. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: Silveira, Vladmir et al (org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_direito_desenvolvimento_brasil_vol01.pdf]. Aceso em: 31.10.2014.

30. Apenas como ilustração, a possibilidade da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos é textualmente reconhecida, mas não problematizada, por Marques: a Lei de Improbidade Administrativa "tipifica casuisticamente determinados atos como violadores do dever de improbidade" e que, ao lado das consequências jurídicas ali

outra quando inserimos nesta análise dois outros fatores: a melhor utilização possível dos recursos públicos (humanos e materiais), evitando o desperdício e o retrabalho, bem como a adequação e proporcionalidade da pena atribuída ao réu.

De acordo com a abordagem proposta aqui, a questão da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos ganha relevância ademais quando se busca observar não somente o desempenho de cada um dos órgãos que integra o sistema de justiça, mas sim o modo como coletivamente respondem e intervêm sobre situações concretas. Para avançar nesta perspectiva, a próxima seção dedica-se justamente a refletir sobre a performance a partir de um estudo de caso, isto é, do percurso de um mesmo fato por diferentes órgãos e instituições do sistema de justiça.

4. A PERFORMANCE VISTA DE OUTRO ÂNGULO: O ESTUDO SOBRE O CASO TRT

Ao lado do potencial e dos limites dos dados estatísticos para fornecer elementos que contribuam à observação da performance do sistema de justiça em casos de corrupção, outras técnicas de pesquisa e produção de conhecimento podem ser igualmente úteis. Este texto debruça-se sobre uma delas – o estudo de caso – que, como os dados estatísticos, tem grande potencial, mas também limites.

Comparado aos relatórios gerados pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, discutidos acima, o estudo de caso propõe um ângulo de observação radicalmente distinto. Por intermédio desta técnica, observa-se um número ínfimo de unidades (ações, decisões, sanções aplicadas) que guardam estreita relação entre si. A correlação entre as unidades é dada pela escolha de um caso concreto – uma situação fática, uma conduta ou uma operação econômica – e, a partir dela, constrói-se o caso identificando as mais diferentes instituições que participaram de procedimentos voltados à responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas. Foi com esta estratégica metodológica que o Caso TRT foi estudado.[31]

Para os propósitos deste estudo, foi considerado "fato" um conjunto de atos e operações: desde o processo licitatório realizado em 1992 para a construção de novo fórum trabalhista em São Paulo até a suspensão do repasse de verbas para as construtoras que venceram a licitação, passando também pelos desdobramentos

---

impostas, "o mesmo ato ilícito pode representar crimes de peculato, concussão, corrupção passiva e ativa (arts. 312, 316, 317 e 333) e eventual crime de lavagem de dinheiro transnacional (Lei 9.613/1998)". Refere-se o autor, neste ponto, à possibilidade de que uma determinada remessa de valores ao exterior seja investigada como lavagem de dinheiro e como enriquecimento ilícito: "em muitos casos relativos à remessa de valores para o exterior há evidente imbricação nas investigações e processos civis e criminais". MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237 e 242.

31. Nota para Davis, Jorge e Machado e para coletânea TRT.

relacionados aos bens e valores localizados no exterior. A partir deste "fato", o estudo de caso mostra que atores públicos e privados foram responsabilizados por intermédio de procedimento administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) e de procedimentos judiciais no âmbito do Poder Judiciário Federal na esfera civil, por improbidade administrativa, e na esfera penal por corrupção, lavagem de dinheiro e outros crimes. Ampliando o alcance da atuação do sistema de justiça para incorporar outros mecanismos de responsabilização, é possível observar também um processo de cassação de mandato no Senado Federal, procedimentos de recuperação de ativos na Suíça e nos Estados Unidos, além dos processos de falência em face da construtora que teve os bens indisponibilizados logo no início da ação civil pública. E ainda, para garantir a execução da sanção pecuniária imposta pelo TCU, integra este quadro a celebração de acordo pela Advocacia-Geral da União que garantiu o mais elevado ressarcimento aos cofres públicos em casos de corrupção já registrado no Brasil.[32]

Singular em inúmeros aspectos e incapaz, pelas próprias características do método de estudo de caso, de subsidiar qualquer tipo de generalização para os demais casos de corrupção que tramitam atualmente em nosso sistema de justiça, o Caso TRT oferece subsídios importantes para a reflexão sobre a performance do sistema justiça quando vários atores são igualmente competentes para intervir sobre os mesmos fatos. Como esta brevíssima apresentação do Caso TRT revela, a questão da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos apontada anteriormente cede lugar a uma *multiplicidade* de procedimentos ao incluir processos de responsabilização e sanção na esfera administrativa – tanto ético-disciplinar quanto de auditoria – além de procedimentos complementares voltados a recuperar ativos e garantir a execução.

É possível observar, incialmente, que os diferentes procedimentos relacionados ao Caso TRT integraram-se apenas fisicamente – por intermédio da extração e juntada de cópias dos autos de um procedimento em outro – o que resultou em autos com dezenas de volumes e centenas de páginas.[33] O mecanismo do "junte-se", contudo, repercutiu apenas parcialmente nas sentenças proferidas: é possível

32. Os detalhes sobre o caso, bem como análises de 12 autores sobre diferentes aspectos dos procedimentos que o integram, podem ser encontrados em Machado, Maira; Ferreira, Luisa. Op. cit. Sobre o caso TRT, ver também Davis, Kevin; Jorge, Guillermo and Machado, Maira. Transnational anti-corruption law in action: cases from Argentina and Brazil. *Law and Social Inquiry* (no prelo).

33. Por mais que autos volumosos sejam frequentes no Judiciário brasileiro, especialmente em casos que envolvem várias instituições e que tramitam por longo período de tempo, não se pode deixar de apontar as implicações negativas da ingovernabilidade deste acervo documental tanto para a atuação das partes quanto para a qualidade do processo decisório.

perceber que as decisões fazem referências aos demais procedimentos em curso ou concluídos, mas ignoram seus resultados para fins de determinação tanto das sanções aplicáveis quanto da imposição de outras obrigações, como o dever de reparar o dano. Reparação do dano e multas foram impostas na sentença criminal, na sentença civil e na decisão administrativa proferida pelo Tribunal de Contas da União. Nenhuma dessas decisões levou em consideração as sanções proferidas pelas demais esferas. Não se pode deixar de mencionar, ademais, que a esfera penal, com a utilização de múltiplos crimes para tipificar aquele fato, impôs penas de prisão próximas a 30 anos.

Ainda que o estudo de caso permita elaborar sobre a performance de um conjunto muito amplo de instituições, este texto limita-se a pontuar alguns aspectos relacionados especificamente à interface entre as ações civis e penais, já tematizada nos itens precedentes. Diante deste recorte, a leitura da sentença da ação civil pública oferece elementos interessantes para a reflexão proposta aqui. Proferida após a confirmação da condenação criminal em segunda instância, a sentença da ação civil pública apoia-se substancialmente na decisão condenatória da esfera penal apesar da longa instrução probatória realizada em sede civil – que contou com dezenas de documentos, laudos e oitivas. Na sentença civil, extensos trechos da decisão penal são citados, narrando fatos, "demonstrando" a materialidade, mas também indicando a extensão da participação dos réus nos fatos.[34]

E esta utilização da decisão penal, diz a sentença civil, encontra pleno respaldo no Código Civil (art. 935) que estabelece o princípio da independência e a influência da coisa julgada do processo criminal sobre a ação cível: "não se podendo questionar mais sobre a existência do fato e autoria, quando já estiverem decididas no juízo criminal".[35] Este dispositivo já constava no Código Civil de 1916.

Trata-se de um mecanismo de coordenação entre as esferas civil e penal? Nos limites do argumento apresentado aqui, a ideia de coordenação refere-se a qualquer mecanismo normativo ou institucional capaz de indicar que uma das esferas levou a outra em consideração no decorrer do processo decisório voltado à imputação de responsabilidade ou à definição da sanção. Diante das limitações do aparato normativo que subsidia este mecanismo de coordenação – concebido para um conjunto de situações concretas muito distintas das que se analisa neste texto – seu

34. Diz a sentença: "*In casu*, nos autos da ação penal se entendeu devidamente demonstrada a materialidade e a autoria delitiva, em relação aos corréus (...) não podendo o juízo cível decidir de forma diversa, dadas as competências próprias". Sentença da ACP 2000.61.00.012554-5, de 24.10.2011, p. 101.

35. Sentença da Ação Civil Pública. Op. cit. A redação do dispositivo é a seguinte: Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

alcance é também bastante limitado: há plena utilização da decisão penal para afirmar a responsabilização, mas nenhuma utilização no momento da definição das sanções aplicáveis. Tampouco se observa, neste caso, o compartilhamento de provas, de forma explícita e submetida às regras do contraditório, mas sim a repetição de depoimentos, laudos e provas documentais.

Ainda que escape aos objetivos deste texto, vale observar que o princípio da independência das esferas e as regras de coisa julgada, previstas na Lei de Improbidade Administrativa e no Código Civil, mencionados acima, não oferecem um quadro normativo satisfatório para o estabelecimento de mecanismos de coordenação interinstitucional em sede de produção probatória, no inquérito ou na ação (civil e penal). Evita apenas decisões conflitantes, ou muito inconsistentes, desde que a ação penal seja julgada primeiro que a ação civil.

Novamente, a especificidade do caso TRT pode contribuir a explicar a utilização deste mecanismo, ainda que limitado, de coordenação. A enorme midiatização do Caso TRT pode ter favorecido que se olhasse para os procedimentos desenvolvidos em outras esferas. Mas será que esta iniciativa de levar em consideração as decisões tomadas em outras instâncias, competentes para julgar os mesmo fatos, ocorre nos milhares de casos que, de acordo com a Meta 18, aguardam julgamento nos tribunais brasileiros?

Do ponto de vista da performance do sistema de justiça em casos de corrupção, esta questão pode ser observada de diferentes maneiras. A utilização das normas (limitadas) de coordenação previstas no Código Civil dependem, em primeiro lugar, que exista informação sobre a existência de ação penal pelos mesmos fatos nos autos da ação civil. Mas quem levaria essa informação aos autos? Haveria um interesse do próprio poder judiciário em garantir que duas ações correndo em varas distintas (civil e penal) sobre os mesmos fatos levem-se mutuamente em consideração? Ou esta é uma tarefa tão somente das partes e que, portanto, utilizariam essa prerrogativa de acordo com seus interesses? O Ministério Público, desempenhando papel de fiscal da lei, deveria garantir essa comunicação?

Por mais que esta questão não tenha ainda sido sistematicamente debatida, é possível identificar algumas problematizações interessantes oriundas de contextos bastante distintos. À guisa de exemplo, Walter Bittar discute a violação do *ne bis in idem* na hipótese de instauração simultânea de inquérito civil e inquérito penal. De acordo com o autor, *ne bis in idem* é um "princípio geral do direito" e consequentemente, diz o autor, "não se pode conceber a existência de dois procedimentos persecutórios – com idênticos objetivos – contra o eventual investigado".[36] Referindo-se especificamente aos inquéritos (civil e penal), afirma o autor que "ambos possuem

36. Bittar, Walter Barbosa. Instauração simultânea de inquérito penal e civil: *bis in idem*? *Boletim IBCcrim*, ano 13, n. 56, p. 8, São Paulo, nov. 2005.

a mesma natureza, objetivo e fundamento jurídico, sendo improdutiva e inoportuna a existência de dois inquéritos tramitando, na busca da mesma prova, sancionando por duas vezes o investigado (...)". Esta formulação coloca em relevo a importância de observar o contexto mais amplo de intervenções jurisdicionais sancionatórias que, em nosso país e em outros, não se encontram limitadas à esfera penal.[37]

Vale a pena destacar também que essa questão foi objeto de discussão e recomendação na ENCCLA (Encontro Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) que, desde 2003 reúne representantes de diversos órgãos públicos para elaborar estratégias de aprimoramento da atuação tanto governamental quanto judicial. Em 2011, o Encontro aprovou recomendação nos seguintes termos: "A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA recomenda ao Ministério Público Federal, do Distrito Federal e dos Estados unificar a atribuição cível e criminal relativa à corrupção e à improbidade administrativa, criando ofícios de procuradorias e promotorias especializados em combate à corrupção, em primeiro e segundo graus de jurisdição" (Recomendação 03/2011 ENCCLA).[38] O texto não fornece elementos sobre o diagnóstico do problema de origem, ao qual a recomendação se dirige. Mas de todo modo é possível depreender que as dezenas de participantes do Encontro, que atuam diretamente na área, consideram inadequada a mobilização de recursos humanos e materiais em duas esferas distintas para tratar problemática comum.

Para concluir este ponto, é importante destacar que a questão da coordenação não se limita a um problema de desenho institucional: para que seja suficientemente descrita e discutida é imprescindível considerar o ambiente jurídico no qual os mecanismos de coordenação serão chamados a operar. Este nível observa não apenas a interação entre as instituições do sistema de justiça, mas os fluxos processuais, a possibilidade de conduzir investigações conjuntas, emprestar provas e, até mesmo, levar em consideração sanções previamente impostas na definição de sanções aplicáveis por outras autoridades. A reflexão sobre essas questões passa necessariamente pelo debate sobre as regras que organizam a relação entre as diferentes esferas do direito e sobre o alcance do princípio *ne bis in idem*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto buscou oferecer um quadro muito preliminar dos temas e questões em jogo quando se trata de observar a performance do sistema de justiça. Tal como

---

37. Para um estudo desse princípio focalizando a interação entre as esferas penal e administrativa, ver COSTA, Helena Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem *como medida de política sancionadora integrada.* Tese de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, São Paulo, USP, 2013.

38. As metas, ações e recomendações da Enccla estão disponíveis no site do Ministério da Justiça (ver acima, nota 22).

esboçado aqui, este tipo de abordagem busca compor dados de resultado da atuação das instituições do sistema de justiça com informações relativas ao percurso de casos concretos pelo sistema. Com os limites e potencialidades de cada observação, busca alimentar o debate público e o debate especializado, desafiando proposições altamente naturalizadas, lançando luz sobre problemas invisibilizados, desdobrando questões e ampliando o estoque de temas a serem estudados e discutidos por outros pesquisadores e profissionais do sistema de justiça. Tal como alinhavado neste texto, não resta dúvida que cada setor ou situação-problemática (feminicídio, racismo, violência policial, *insider trading*, sonegação de impostos), ao mobilizar marcos normativos e instituições diferentes, precisarão de novos esquemas de observação da performance.

De todo modo, no estágio atual da reflexão proposta aqui, parece razoável afirmar que alguns desafios serão comuns, independentemente do tipo de problema que se busque observar como se dá a atuação do sistema de justiça.

O primeiro diz respeito à coleta de informações e elaboração de análises que não percam de vista três componentes: (i) o réu e os direitos da defesa, (ii) a maximização dos recursos estatais na prestação jurisdicional e administrativo-sancionatória e (iii) os mecanismos de controle público da atuação do sistema de justiça pela sociedade civil. Em outro contexto, envolvendo vítimas, o modo como elas e seus familiares são recebidos e envolvidos pelo sistema de justiça, certamente integraria esse quadro.

Entre os desafios está também a apropriação, por juristas e pesquisadores interessados em performance do sistema de justiça, da estratégia de estudo de caso. Ao selecionar uma situação concreta (fato) e observar as repercussões no sistema de justiça (como se viu neste texto, tomado em sentido amplo), o estudo de caso constitui uma estratégia de pesquisa muito propícia à observação das interações entre as esferas jurídicas e da multiplicidade de procedimentos. Este desenho de pesquisa contribui para a construção de um tipo de diagnóstico que não está acessível em análises jurisprudenciais ou, muito menos, nos dados de resultado produzidos isoladamente pelas instituições.

Por fim, o terceiro desafio diz respeito à tarefa, muitas vezes inglória, de ler e utilizar os dados produzidos pelas instituições. Como se viu no decorrer deste texto, as "notas de imprensa" ou as "tabelas de excel" sem protocolo de explicitação do que significam e de como foram coletados os dados são altamente insuficientes. Mas ao utilizá-los e questioná-los, reafirma-se o caráter crucial dos investimentos públicos não apenas na produção e na disponibilização de dados, mas também na definição de que eles são produzidos não apenas para consumo das próprias instituições ou das organizações internacionais que avaliam o Brasil, mas também para a esfera pública.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Administração pública gerencial e direito penal burocrático implicações na dogmática penal da aplicação do gerencialismo na administração pública brasileira, de Luis Felipe Vidal Arellano – *RBCCrim* 89/215 (DTR\2011\1332);
- Corrupção: aspectos processuais, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 89/471, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/265 (DTR\2011\1334);
- Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013, de Sebastião Botto de Barros Tojal – *RT* 947/281 (DTR\2014\9955); e
- Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), de Humberto Barrionuevo Fabretti – *RT* 947/25 (DTR\2014\9953).

Habeas corpus nos tribunais superiores – Propostas para reflexão

Habeas Corpus in Superior Courts – A proposal for reflection

Thiago Bottino

Doutor em Direito. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pesquisador Visitante do Ipea e coordenador da Pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores".

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo apresenta parte dos produtos elaborados durante o Projeto de Pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores", selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto "Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil", financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE). Trata-se de pesquisa empírica que examinou as impetrações de *habeas corpus* e recurso de *habeas corpus* perante o STF e o STJ no período de 2008 a 2012.

Palavras-chave: *Habeas corpus* – Recurso de *habeas corpus* – STF – STJ – Tribunais superiores – Pesquisa empírica – Furto – Roubo – Tráfico – Dosimetria.

Abstract: The article presents part of the products developed during the research project "Universal Panacea or constitutional remedy? *Habeas corpus* in the Superior Courts", selected in the Public Call Ipea/PNPD 131/2012, under the project "Thinking the Law and the Penal Reform in Brazil", funded by the Ministry of Justice (MJ) and the Research Institute of Applied Economics (Ipea), linked to the Strategic Affairs Secretariat (SAE). It is an empirical research that examined the *habeas corpus* and *habeas corpus* Appeal filled before the Brazilian Supreme Court (STF) and the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) from 2008 until 2012.

Keywords: *Habeas corpus* – *Habeas corpus* Appeal – Brazilian Supreme Court – Brazilian Superior Court of Justice – Empirical Research – Theft – Robber – Drug Traffic – Sentencing Guidelines.

Sumário: 1. Introdução – 2. Contextualização: o uso do *habeas corpus* no sistema processual penal brasileiro – 3. Análises quantitativas: 3.1 Autoridade coatora; 3.2 Impetrante; 3.3 Julgamento – 4. Análises qualitativas: 4.1 Crime de roubo e dosimetria; 4.2 Crime de roubo e fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 4.3 Crime de furto e princípio da insignificância; 4.4 Crime de furto e prisão cautelar; 4.5 Crime de tráfico e prisão cautelar; 4.6 Crime de tráfico e fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 4.7 Questões gerais de dosimetria – 5. Conclusão.

"Querer-se livre é também querer livres os outros."
(Simone de Beauvoir).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo consolida um diagnóstico sobre o uso de *habeas corpus* (HC) e recursos ordinários de *habeas corpus* (RHC) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), proveniente de duas fontes distintas.

A primeira fonte é o relatório final do Projeto de Pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores", selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto "Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil", financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE).[1]

A segunda fonte, tão importante quanto a primeira, foram as observações, críticas e sugestões recebidas durante as diversas apresentações realizadas para debater os resultados da pesquisa,[2] que permitiram seu refinamento, aprimoramento, além da realização de cruzamentos de dados que não haviam sido cogitados inicialmente.

---

1. Gostaria de agradecer a todos aqueles que integraram a equipe de pesquisa, alunos da graduação, do mestrado e do doutorado da FGV (Direito Rio, EBAPE e EMAp), da UNIRIO e da UERJ: Alessandra Corrêa Cid, Amanda Pimenta Gil Prota, Ana Beatriz Mandina da Graça Couto, Ana Heymann Arruti, Ana Luiza Aucar Pinheiro, Arthur Lardosa dos Santos, Beatriz Nunes Valim, Bianca Dutra da Silva Rego, Bruna Brilhante Peluso, Bruno de Castro da Rocha, Daniel Lopes da Silva Ferreira Oliveira, Eduardo Cavaliere Gonçalves Pinto,Eugeniusz Costa Lopes da Cruz, Fernando Seraphim Nunes, Gabriel Borges Mariano, Giulia Schettino Rigolon, Gustavo Cavaliere da Rocha, Harllos Arthur Matos Lima, Igor da Costa Damous, Israel da Silva Teixeira, Jacques Felipe Albuquerque Rubens, João André Dourado Quintaes, João Moreno Onofre Barcellos, José Luiz Nunes, Julia Leite Valente, Juliana Dantas Machado, Larianne Pinto Sampaio, Larissa de Lima e Campos, Leonardo Kozlowski Miguez, Luca Pereira Wanick Vannuzini, Lucas Florençano de Castro Monteiro, Lucas Ferreira Machado Homem, Lucas Matheus Bastos, Lucas Seta Araujo Figueiredo, Lucas Valentim Mendes, Luis Guilherme Scherma Reis, Marcelo Mattos Fernandes, Marcos Vinicios Belmiro Proença, Matheus Eleon Peixoto Figueiredo Vieira, Orlando Ribeiro da Silva Netto, Patricia Motta Rubio Pinto Alves, Patricia Perrotta de Andrade, Paulo Ricardo Figueira Mendes, Pedro Henrique Archer, Pedro Henrique Lourenço da Costa, Rafael Serra de Carvalho, Raphael Rodrigues da Cunha Figueiredo, Rebecca Jardim de Barros, Ricardo Carrion Barbosa Alves, Ricardo Duarte Fernandes Figueira, Rogério de Barros Sganzerla, Savio Azevedo Capra Marinho, Thiago Silva Belisário, Victor Morozowski Guimarães, Vinicius Cardoso Reis e Yasmin Curzi de Mendonça. Devo um agradecimento especial à equipe do Projeto Supremo em Números (www.fgv.br/supremoemnumeros), nas pessoas do coordenador do projeto, Prof. Ivar Alberto Martins Hartmann, parceiro de primeira hora e interlocutor fundamental nessa empreitada, e também a Daniel de Magalhães Chada e Felipe Araújo Silva.

2. Foram realizadas apresentações, seguidas de debate, nos seguintes locais: (1) Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 16.10.2013; (2) Gabinete do Min. Og Fernandes, STJ, em 25.11.2013; (3) Ministério da Justiça, em 26.11.2013; (4) TJSP, em 16.05.2014; (5) Comissão de Defesa do Direito de Defesa do Conselho Federal da OAB, em 20.05.2014; (5) FGV Direito SP, com IBCCrim e IDDD, em 28.05.2014; (6) STJ, em 02.06.2014; (7) TJRJ, em 04.08.2014; (8) Gabinete do Presidente do TJSP, em 14.08.2014; e, (9) 20.º Seminá-

O artigo está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo é destinado a uma breve contextualização sobre as razões que levaram à realização da pesquisa. O *habeas corpus* é uma das ações judiciais mais importantes do sistema jurídico brasileiro e a mudança de orientação jurisprudencial que limitou a utilização do *writ* iniciada no âmbito da 1.ª T. do STF (rapidamente adotada e ampliada pelo STJ) repercutiu de forma contundente não só no mercado como na academia. A pesquisa foi realizada neste contexto.

O segundo capítulo é dedicado à análise quantitativa dos dados coletados e apresenta os resultados obtidos a partir de algumas das diversas variáveis pesquisadas. A base de dados construída durante a pesquisa permite constante atualização, bem como a realização de inúmeros novos cruzamentos entre os dados, de modo que os exames aqui apresentados constituem uma pequena fração das informações que podem ser obtidas.

O terceiro capítulo apresenta a pesquisa qualitativa sobre os temas e fundamentos de maior ocorrência identificados na etapa anterior. Buscou-se identificar as questões jurídicas subjacentes aos crimes e temas de maior ocorrência – algo que não fica claro quando se trabalha apenas dados quantitativos – a fim de que se pudesse compreender as razões do grande número de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante os tribunais superiores.

Por fim, o quarto e último capítulo formula propostas de articulação e integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional, buscando conciliar (1) o uso do HC como instrumento de proteção da liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder com (2) o sistema de competências das diversas instâncias judiciárias e, fundamentalmente, com (3) a eficiência do sistema de prestação jurisdicional pelos Tribunais Superiores.

2. Contextualização: o uso do *habeas corpus* no sistema processual penal brasileiro

A previsão da ação de *habeas corpus* consta da Constituição Brasileira de 1988 no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, LXVIII).[3] Não se trata de novidade no sistema constitucional brasileiro. Todas as Constituições, desde 1824, previram tal ação, que já surgiu com as principais características que até hoje

---

rio Internacional do IBCCrim, em 29.08.2014. Cabe, aqui também, alguns agradecimentos especiais àqueles que viabilizaram essas apresentações e foram apoiadores importantes da equipe de pesquisa: Professores Heloísa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini, Desembargadores Sérgio Verani e Renato Nalini e os Ministros Og Fernandes e Rogério Schietti Cruz. Por fim, é preciso agradecer aos membros do Ipea e da Sal que apoiaram esses eventos e também aos três avaliadores do relatório final da pesquisa, que contribuíram para seu aperfeiçoamento.

3. "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder".

o colorem, tais como a possibilidade de pedido em nome alheio e o rito especial, marcado pela celeridade e pela simplicidade. O Código Criminal de 1832 dispensava o pagamento de emolumentos, previa a concessão da ordem *ex officio*, o cabimento contra ato de particular e punições para quaisquer pessoas que se negassem ou dificultassem o cumprimento imediato da ordem. Da mesma forma, o primeiro Código Criminal da República (Dec. 848, de 11.10.1890, promulgado pelo Governo Provisório) orientou-se pela percepção de que a existência de uma ação própria para a salvaguarda da liberdade de locomoção constitui pedra de toque para a estruturação de um Estado de Direito.[4]

Por outro lado, os regimes autoritários, de modo geral, sempre nutriram desconfiança desta ação de proteção da liberdade individual. Não por outro motivo, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu o recurso *ex-officio* (*rectius*, reexame necessário) das decisões concessivas de *habeas corpus* por juiz de primeiro grau (art. 574, I, do CPP) ao argumento de defesa social.[5]

O *habeas corpus* é e sempre foi um mecanismo ágil para a proteção da liberdade fundamental. Sua utilização no sistema processual penal brasileiro está indissociavelmente ligada à evolução da cidadania no Brasil e à proteção das liberdades civis.

No início da República, quando as ameaças provinham, sobretudo, do Poder Executivo, os embates entre o Presidente Floriano Peixoto e o STF constituíram uma defesa importantíssima para a afirmação das liberdades civis.[6] Igualmente, as

4. "O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu ás disposições relativas ao *habeas corpus*. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior efficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que soffre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o STF em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus*. Tanto quanto é possivel e dentro dos limites naturalmente postos á previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preoccupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes. O principio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na lucta desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado" (*sic*). No início da República, a extensão dada a essa ação foi tamanha que a polêmica que se formou sobre a interpretação da disposição constitucional ficou conhecida como "doutrina brasileira do *habeas corpus*" e só foi encerrada com a aprovação de uma emenda constitucional, em 1926, limitando a utilização do *habeas corpus* para situações em que estivesse ameaçada a liberdade de locomoção.

5. A exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos (publicada no *DOU* de 13.10.1941) afirma: "Ora, se admitiu recurso para o Tribunal de Apelação, da sentença do juiz inferior no caso de denegação do *habeas corpus*, não seria compreensível que a Constituição [Carta outorgada de 1937], visceralmente informada no sentido da incontrastável supremacia do interesse social, se propusesse à abolição do recurso *ex-officio*, para o mesmo Tribunal de Apelação, da decisão concessiva de *habeas corpus*, também emanada do juiz inferior, que passaria a ser, em tal caso, instância única".

6. COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Unesp, 2006.

ditaduras que assolaram o Brasil nas décadas de 30/40 e 60/70 do século passado foram sofreadas pelo Poder Judiciário graças ao manejo dessa ação.

Com efeito, o único período histórico no qual se impediu a utilização do *habeas corpus* no Brasil foi durante a ditadura militar, por meio da edição do Ato Institucional 5, de 13.12.1968: "Art. 10. Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular."

De forma similar, o Ato Institucional 6, de 01.02.1969, alterou a Constituição para impedir a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso em *habeas corpus*: "Art. 114. Compete ao STF: (...) II – julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário".

A preocupação do regime ditatorial em proibir a impetração de *habeas corpus* e sua utilização como substitutivo de recurso de *habeas corpus* revela a importância processual do instituto para a proteção do Estado Democrático de Direito e também sua relevância histórica. A Constituição de 1988, que se seguiu à ditadura militar instalada em 1964, não autoriza a suspensão da garantia do *habeas corpus* nem mesmo durante a decretação de Estado de Sítio ou Estado de Defesa (arts. 136 a 141).

Não por outra razão, restabelecida a democracia, o *habeas corpus* passou a ser utilizado com força renovada. Entre 1990 e 2012 o crescimento das impetrações de *habeas corpus* foi de 397%, representando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012, (ficando atrás, em número de feitos julgados, apenas dos recursos extraordinários e agravos de instrumento). O recurso ordinário de *habeas corpus* teve crescimento muito maior, de 1.170%, porém continua representando apenas 0,28% dos julgamentos do STF em 2012.

No entanto, esse crescimento deu-se de forma acentuada a partir de 2008. A média de *habeas corpus* julgados no STF entre 2003 e 2007 foi de 1.792 *habeas corpus* por ano, ao passo que entre 2008 e 2012 foi de 5.845 casos por ano, o que representa 326% da média anterior. Já no STJ, a média de *habeas corpus* julgados era de 14.363 por ano entre 2003 e 2007, passando para 32.935 por ano no período de 2008 a 2012, o que representa 229% da média anterior.

Até 2003, medidas pontuais foram tomadas pelo STF para estreitar o âmbito de utilização do *habeas corpus*. Considerando-se apenas as súmulas editadas pelo STF nos últimos 30 anos, houve limitações em 1984[7] e 2003.[8]

---

7. Súmula 606, de 29.10.1984: "Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso".

8. Súmulas 691, 692, 693, 694 e 695, todas de 09.10.2003: Súmula 691: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar." Súmula 692: "Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respei-

Entretanto, as hipóteses de impetração alcançadas por esses enunciados são pouco relevantes numericamente, talvez com exceção da Súmula 691, a qual, contudo, é frequentemente desrespeitada pelo próprio STF. Por outro lado, também em 2003, foi estabelecida uma nova possibilidade de impetração, não prevista na Constituição,[9] criando uma nova hipótese de cabimento de *habeas corpus* (entendimento que só perdurou até 2007).

Porém, em 2012 ocorreu uma mudança na orientação da 1.ª T. do STF no que tange ao conhecimento de *habeas corpus*, estabelecendo a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional. O principal argumento do relator do HC 109.956/PR (j. 07.07.2012, publicado no *DJe* em 11.09.2012), Min. Marco Aurélio, foi o grande número de *habeas corpus* ajuizados perante o STF nos últimos anos.[10]

Essa nova orientação foi imediatamente seguida pela 5.ª T. do STJ, que decidiu de forma semelhante o HC 216.882, não conhecendo *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso em *habeas corpus*, cabível no caso concreto. A partir daí, ganhou força a jurisprudência de não conhecer *habeas corpus* em substituição a qualquer outro recurso cabível.[11] Este posicionamento foi duramente criticado, na medida em que reproduzia as limitações à utilização do *habeas corpus* impostas pela ditadura militar com a edição do Ato Institucional 6.

---

to." Súmula 693: "Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada." Súmula 694: "Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública." Súmula 695: "Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade".

9. Súmula 690, de 09.10.2003: "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais". Esse entendimento só foi modificado em 2007.

10. "Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o STJ estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários, e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial". Vê-se, portanto, que o fundamento não tratou de dogmática jurídica, mas sim de gestão judiciária.

11. Vejam-se os HC 243.034, 284.176 e 292.926, todos julgados pela 5..ª T. do STJ, em que não se conheceu *habeas corpus* em substituição a recurso especial, e HC 269.717, 287.349, 283.544, julgados pela 6.ª T. do STJ. Veja-se, também, os HC 250.990 e 295.674, julgados respectivamente pelas 5.ª e 6.ª T., em que não se conheceu o *habeas corpus* em substituição à revisão criminal.

Mas o ponto mais importante é que tais medidas restritivas não foram capazes de gerar uma redução significativa na demanda (se é que geraram esse efeito): conforme já mencionado, a média de *habeas corpu*/ano no STF entre 2008 e 2012 foi de 5.845 casos e no STJ de 32.935 casos. Em 2013, o STF julgou mais de 5 mil *habeas corpus* (HC) e cerca de 800 recursos de *habeas corpus* (RHC). No STJ, a situação se mostra ainda mais dramática: mais de 31 mil *habeas corpus* e cerca de 6 mil recursos em *habeas corpus* julgados em 2013. Tais números se mantiveram em patamares extraordinariamente altos, incompatíveis com uma prestação jurisdicional célere e qualificada. Uma situação insatisfatória para jurisdicionados, advogados e julgadores.

Assim, o problema do alto número de processos persiste. E gera efeitos perversos. De um lado, a demora no julgamento de ações que são, por sua própria natureza, urgentes. Considerados todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados entre 2008 e 2012, estavam ainda pendentes de julgamento em 2013 cerca de 9% no STF e 11% no STJ. Também é alto o percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* que, quando chegam ao julgamento, são considerados prejudicados: cerca de 20% no STF e de 25% no STJ, considerando o período entre 2008 a 2012. Somadas, as taxas de "injustiça pela demora" (29% no STF e 36% no STJ) correspondem a quase um terço de todas as impetrações.

De fato, as decisões do STF e STJ que restringem o uso do *habeas corpus* substitutivo de recurso em *habeas corpus* ou de qualquer outro recurso pretendem limitar o número de ações reduzindo a amplitude do uso do *habeas corpus*. No entanto, essa solução não se mostra adequada.

De primeiro porque tanto o STF como o STJ concedem muitas ordens de ofício nos *habeas corpus* que supostamente não são conhecidos. Ora, não conhecer, mas conceder de ofício uma ordem pelos próprios fundamentos da impetração não é mais do que um jogo de palavras e não gera incentivos para a diminuição da demanda.

Por outro lado, cria riscos para o funcionamento do sistema penal. Não se pode esquecer que, historicamente, mas, sobretudo, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões do STF e STJ em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de *habeas corpus* ou recursos em *habeas corpus*, dentre os quais, muitos impetrados pelos próprios pacientes.

Os *leading cases* (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos tribunais superiores graças ao fato de que *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* chegavam livremente aos tribunais superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que em matéria penal, o *habeas corpus* é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

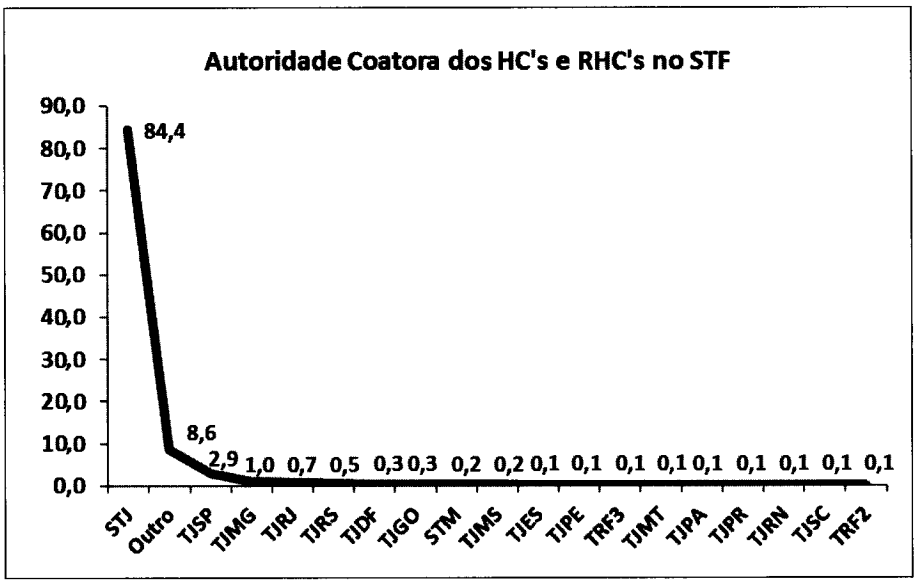
3. ANÁLISES QUANTITATIVAS

Este capítulo destina-se a apresentar os dados quantitativos obtidos na pesquisa. Dentre as diversas variáveis mapeadas – (1) autoridade coatora; (2) impetrante; (3) relator; (4) órgão julgador; (5) se se tratava de matéria criminal; (6) decisão liminar; (7) parecer do Ministério Público; (8) resultado do julgamento; (9) tipo penal; (10) fundamento da decisão; (11) tema em discussão; (12) situação do paciente no momento da impetração; (13) concessão *ex officio* – esse artigo abordará apenas cinco: origem (autoridade coatora), resultado, impetrante, tipo penal, tema em discussão.

3.1 Autoridade coatora

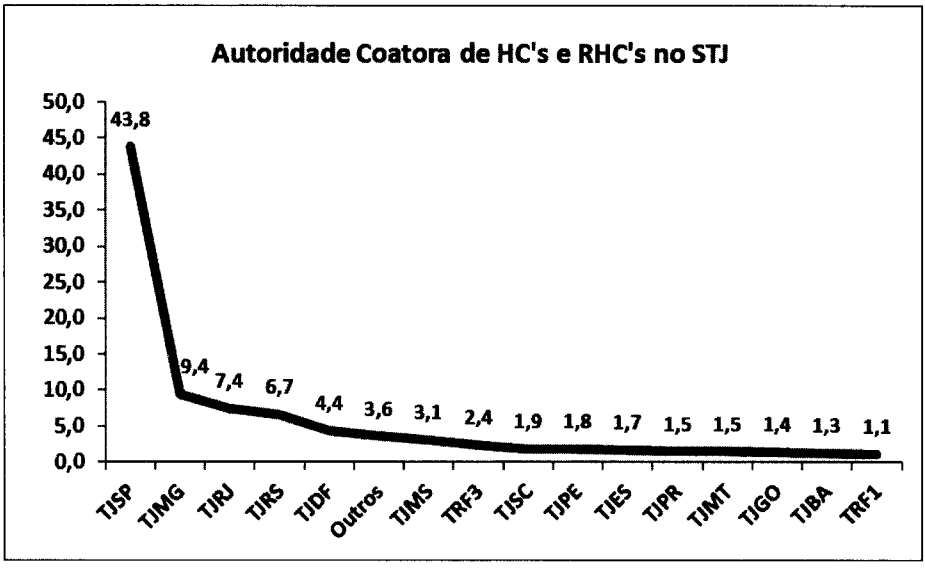
No caso do STF, seriam esperadas apenas três origens: STJ, STM (tribunais superiores que atuam em matéria criminal, cujas decisões são passíveis de impugnação perante o STF) e, excepcionalmente, autoridades cujos atos estejam sujeitos à competência do STF, como Deputados e Senadores (geralmente no exercício de funções em Comissões Parlamentares de Inquérito).

Nesse sentido, houve surpresa ao se identificar o percentual de 15,4% de casos oriundos de instâncias inferiores (tanto tribunais de 2.ª instância como varas de 1.ª instância), o que se refletiu no grande número de casos de não conhecimento com fundamento na incompetência do STF para apreciação das ações de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus*.



Embora seja um percentual elevado, tais habeas corpus e recursos em *habeas corpus* são facilmente identificáveis, sendo "filtrados" já no momento de autuação e distribuição, recebendo decisões padronizadas de declaração de incompetência com o declínio para o órgão correspondente.

Já no STJ, o percentual de habeas corpus e recursos em habeas corpus oriundos de órgãos jurisdicionais não sujeitos à sua jurisdição é bem menor, da ordem de 3,6% (muito embora seja a 6.ª maior origem registrada). A surpresa fica por conta da altíssima concentração de casos com origem no TJSP.



A alta concentração de casos oriundos do TJSP mostra-se um ponto de especial relevância, uma vez que não é compatível com dados de população (São Paulo concentra apenas 21,72% da população brasileira)[12] nem com dados de população prisional[13] (embora seja o Estado com a maior população carcerária, com 34,60%).

Como se pode perceber na tabela abaixo, essa discrepância não se verifica nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, nem no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais os dados de população e população carcerária conjugados se mostram mais próximos ao percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ.

12. Dados população: IBGE. *DOU* 20.08.2013, p. 65.

13. Dados população carcerária: Depen, junho/2011. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/21091/cinco-estados-compoem-62-da-populacao-carceraria-nacional#ixzz31RLAgSIh]. Acesso em: 18.06.2014.

ESTADO	População demográfica	Percentual população demográfica	Percentual população carcerária	HCs e RHCs no STJ
São Paulo	43.663.672	21,72%	34,60%	43,80%
Minas Gerais	20.593.366	10,24%	9%	9,40%
Rio de Janeiro	16.369.178	8,14%	7%	7,40%
Rio Grande do Sul	11.164.050	5,55%	6%	6,70%
Distrito Federal	2.789.761	1,39%	5,65%	4,40%

Vê-se que São Paulo apresenta uma diferença de mais de 20 pontos percentuais em relação à população total e mais de 10 pontos percentuais quando se observa a população carcerária. O elevado percentual de casos oriundos do TJSP sugeriu a necessidade de que fossem aprofundadas as pesquisas nesses casos, como se verá à frente.

Em recorte específico dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*, isolando-se a variável "crime", verificou-se uma alta concentração de casos concentrados em determinados tipos penais. Dentre os 102 (cento e dois) diferentes tipos registrados nos casos examinados, mais de 70% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos dos cinco Tribunais de Justiça mais acionados no STJ estão concentrados em apenas seis tipos penais: roubo (simples e qualificado), furto (simples e qualificado), tráfico de drogas, homicídio qualificado, estupro (e atentado violento ao pudor) e posse e porte de armas.

Trata-se de informação muito relevante. Os Tribunais de Justiça de SP, MG, RJ, RS e DF somados representam a origem de 71,7% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ. E 72,59% de todas as impetrações provenientes desses Estados tratam dos mesmos seis crimes, indicando que enfrentar as matérias ainda controversas relativas a eles pode trazer grande impacto na redução das impetrações perante o STJ.

A mesma concentração ocorre quando se analisam os principais temas das impetrações. Dentre os 41 temas registrados, apenas oito aparecem de forma recorrente nos cinco Tribunais de Justiça com maior número de impetrações perante o STJ. São eles: progressão de regime, prisão cautelar, regime inicial de cumprimento de pena, erro na dosimetria, excesso de prazo, incidentes na contagem de pena, ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ressalta, de plano, que todos esses temas estão diretamente relacionados à privação da liberdade de locomoção. Não há, portanto, percentual representativo, em nenhum desses cinco Tribunais de Justiça, de temas processuais com reflexo indireto na liberdade de locomoção (como, por exemplo, cerceamento de defesa, falta de

condição da ação, falta de suporte probatório, inépcia da denúncia, impedimento e suspeição, incompetência e princípio da vedação de provas ilícitas).

Vale dizer, ainda, que se tais temas fossem agrupados com questões semelhantes, estaríamos diante de apenas seis grandes temas: (1) progressão de regime e incidentes sobre contagem de pena; (2) prisão cautelar e outras medidas cautelares; (3) erro na dosimetria (1.ª, 2.ª e/ou na 3.ª fases de aplicação da pena); (4) regime inicial de cumprimento de pena; (5) excesso de prazo; e, (6) ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado.

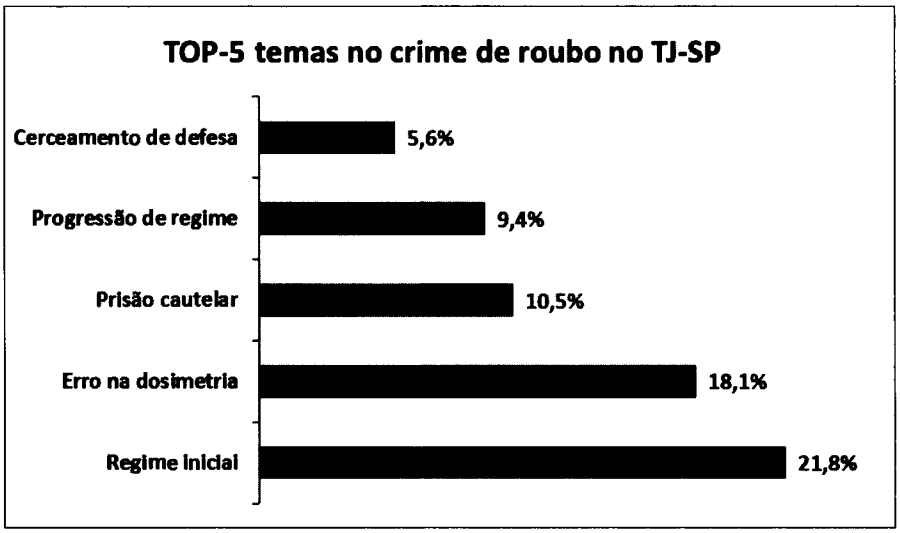
Origem	Crime de maior incidência	Tema de maior incidência
TJSP	Roubo (simples e majorado)	Progressão de regime
TJMG	Tráfico de drogas	Prisão cautelar
TJRJ	Roubo (simples e majorado)	Prisão cautelar
TJRS	Tráfico de drogas	Prisão cautelar
TJDF	Roubo (simples e majorado)	Prisão cautelar

A tabela acima revelam as particularidades relativas a crimes e temas de maior incidência nesses cinco Tribunais de Justiça com maiores impetrações.

Embora a prisão cautelar apresente requisitos definidos em lei, dois fatores justificariam sua maior taxa de incidência. Em primeiro lugar, o uso de conceitos abertos no art. 312, *caput*, do CPP (como garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), os quais dão margem para diferentes interpretações. Em segundo lugar, o cabimento ou manutenção de uma prisão preventiva não está sujeito a prazos máximos ou de reexame, ensejando muitas impetrações em face do princípio da razoável duração do processo, ou de sua aplicação em sede de crimes que admitiriam, em tese, a aplicação de penas restritivas de direitos ao invés de restritivas de liberdade.

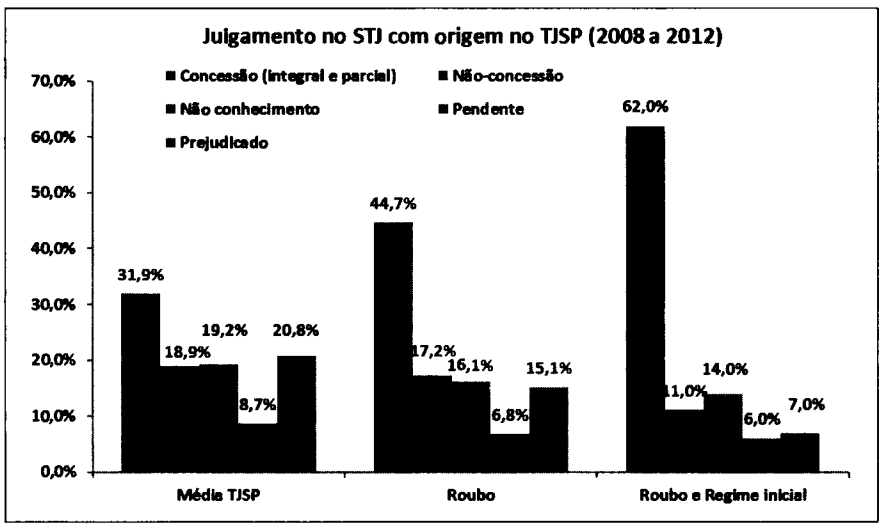
Por outro lado, a progressão de regime possui balizamentos muito mais detalhados na legislação, seja no tocante às circunstâncias em que deve ser aplicado, seja em relação aos prazos para sua incidência no regime de execução penal. O regramento mais claro e preciso deveria dar mais segurança jurídica ao juiz e ao condenado, reduzindo a quantidade de impugnações; no entanto, não é isso que apontam os números.

Considerando que o TJSP é responsável por quase 45% de todas as impetrações perante o STJ e apresenta uma taxa de concessão bem superior às dos demais tribunais de segunda instância, optou-se por fazer um exame mais detalhado desse tribunal no que tange às variáveis "crime" e "tema". Inicialmente, buscou-se identificar os temas de maior ocorrência associados ao crime de roubo, tipo penal predominante nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* com origem no TJSP.



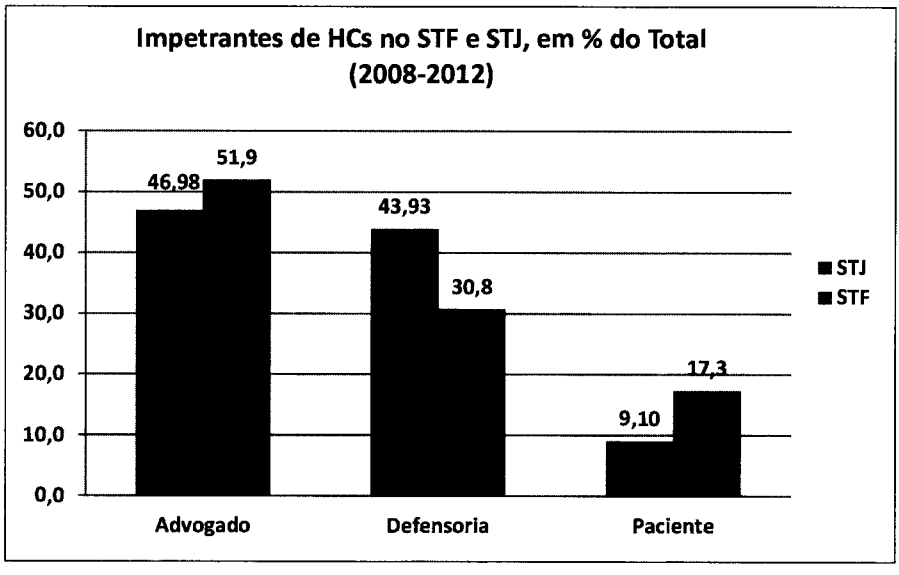
Vê-se que, nas impetrações oriundas do TJSP em crime de roubo, o tema do regime inicial aparece com maior frequência. Essa constatação surpreende na medida em que há súmulas tanto do STF (718 e 719, de 2003) como do STJ (440, de 2010) que tratam do tema da imposição de regime inicial mais gravoso, sem fundamentação concreta da necessidade.

Verifica-se, na tabela abaixo, que as taxas de concessão crescem justamente naqueles recortes de maior concentração. Enquanto a taxa média de concessão de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos do TJSP é de 32,9%, quando se isola a variável "crime de roubo" a taxa de concessão se eleva para 44,7% e cresce ainda mais, para 62%, quando se discute eventual erro na fixação do regime inicial em crime de roubo.



3.2 Impetrante

A segunda variável apresentada trata autoria das impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos tribunais superiores. Neste aspecto, embora o senso comum fosse de que o acesso a esses Tribunais fosse exclusividade de uma parcela da sociedade em condições de contratar um advogado, os dados obtidos revelam o contrário. A parcela de atuação das Defensorias Públicas nos tribunais superiores é bastante significativa.



Como se verá adiante, relativamente à taxa de sucesso de cada impetrante, a Defensoria Pública é a classe de impetrante com maior percentual de concessão (integral e parcial) nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ. De cada 100 *writs* concedidos, 66,4 são impetrados por Defensores Públicos (cerca de 2/3 do total de concessões).

Outro fator aventado durante a pesquisa – e sempre levantado por ocasião das apresentações públicas da pesquisa realizada – foi a criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo em 2006. A implantação e crescimento do serviço de assistência jurídica gratuita no Estado mais populoso da federação alcançou, como era de se esperar, uma grande massa de pessoas que não dispunha de meios para acionar o Poder Judiciário.

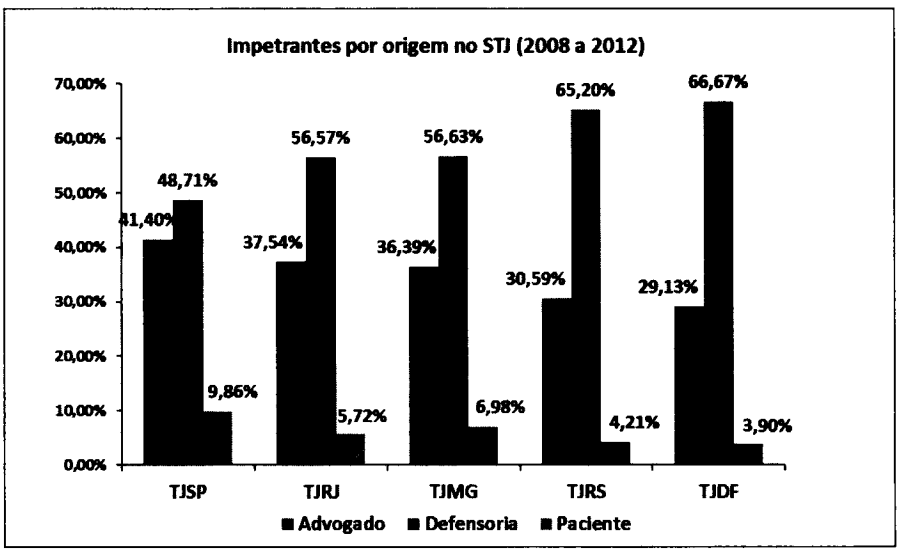
Ademais, considerando que São Paulo é o Estado com maior população encarcerada e que os crimes e temas em que a Defensoria atua são os crimes e temas de maior ocorrência na pesquisa,[14] seria razoável supor que há uma relação clara entre

14. Veja-se a tabela de predominância de impetrações nos cruzamentos de crimes e temas com maior incidência nos Tribunais Superiores, ao final deste item.

o aumento do número de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* total nos tribunais superiores com a instalação de um serviço qualificado de assistência jurídica gratuita no Estado.

No entanto, como se verifica do gráfico abaixo, a participação da Defensoria Pública de São Paulo é percentualmente inferior às participações das Defensorias Públicas em atuação nos outros quatro Tribunais de Justiça que se destacam como maior origem de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus* no STJ.

Assim, ainda que, em números absolutos, a Defensoria Pública de São Paulo impetre mais *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* do que suas congêneres de outros Estados, não se pode falar em participação excessiva da Defensoria Pública de São Paulo nas impetrações perante os tribunais superiores.



Um dado importante diz respeito às características de cada impetrante. Se examinados os quatro crimes com maior incidência nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados nos tribunais superiores, verifica-se que o percentual de ações ajuizadas pelas Defensorias é muito superior à média. Nesse aspecto, pode-se inferir que, não obstante tenha crescido a fatia de participação da Defensoria Pública nas impetrações perante os tribunais superiores, isso ocorre de forma concentrada em determinados crimes e temas.

A tabela abaixo demonstra a prevalência de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos crimes e temas de maior incidência nos tribunais superiores. A predominância de impetrações realizadas por advogados ocorre apenas no tema "prisão cautelar" associado aos crimes de "roubo" e "tráfico de drogas".[15]

15. Um dado interessante a ser notado na atuação das Defensorias Públicas é seu menor protagonismo nos casos envolvendo prisão cautelar. Esse desvio talvez se deva ao fato de que

Tabela de predominância de impetrações nos cruzamentos de crimes e temas com maior incidência nos tribunais superiores

Cruzamento crime, tema e impetrante	Defensoria	Advogado	Paciente
Roubo e Regime Inicial	80%	19%	1%
Roubo e Dosimetria	86%	11%	3%
Roubo e Prisão Cautelar	31%		6%
Furto e Princípio da insignificância	86%	11%	3%
Furto e Regime Inicial	73%	27%	0
Furto e Prisão Cautelar	52%	42%	6%
Tráfico e Regime Inicial	67%	29%	4%
Tráfico e Prisão Cautelar	26%		5%
Tráfico e Excesso de prazo na prisão	12,15%		14,02%

Estudo recente da Anadep e do Ipea[16] indica que 71,86% das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e que o *déficit* nacional de cargos a serem providos é de 40,5% das vagas totais. Ademais, os Estados de Goiás,[17] Santa Catarina,[18] Paraná e Amapá ainda não haviam provido nenhum cargo de Defensor Público quando da coleta dos dados que embasam a presente pesquisa.

À medida que as Defensorias Públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento de seu quadro – pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os tribunais superiores. A variável "autoria" aponta para um crescimento da atuação da Defensoria Pública e, portan-

muitas Defensorias estaduais não tenham núcleos especializados ou dedicados a atendimento no momento da prisão em flagrante, somado ao fato de que o Código de Processo Penal ainda é tímido ao disciplinar a assistência jurídica gratuita nessa etapa anterior ao início do processo.

16. Moura, Tatiana Whately de; Custódio, Rosier Batista; Sá E Silva, Fabio e Castro, André Luis Machado de: Mapa da Defensoria Publica do Brasil. Brasília: DF. 2013. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf]. Acesso em: 06.03.2013.

17. A Defensoria Pública do Estado de Goiás foi criada em 2005 e seu primeiro concurso iniciado em 2010. No entanto, até a edição da publicação do Ipea e da Anadep nenhum cargo fora provido.

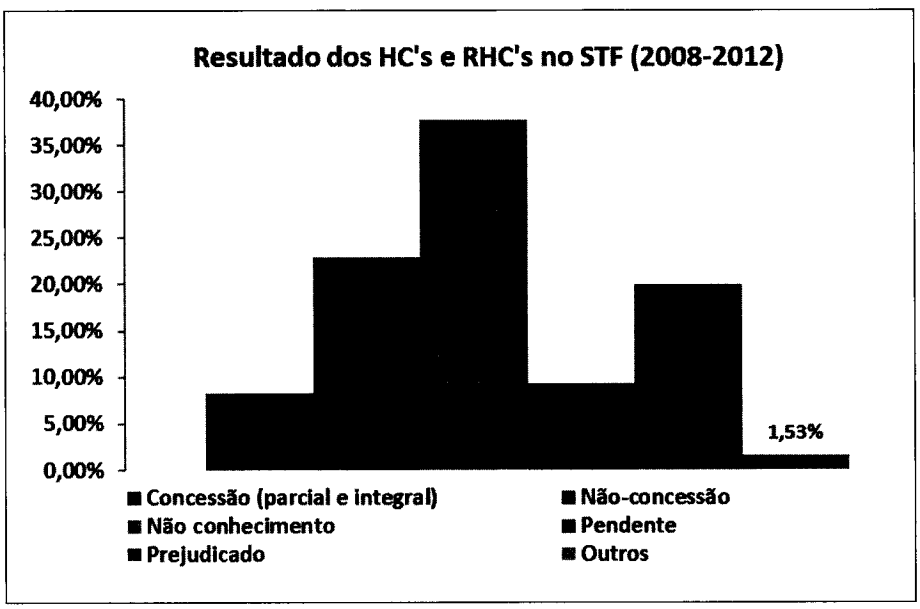
18. Em março de 2012, o STF determinou a obrigatória instalação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, fixando o prazo de um ano para cumprimento. Disponível em: [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-14/stf-obriga-santa-catarina-implantar-defensoria-publica-em-ate-um-ano].

to, da maior qualificação do serviço de assistência jurídica às camadas mais pobres da sociedade.

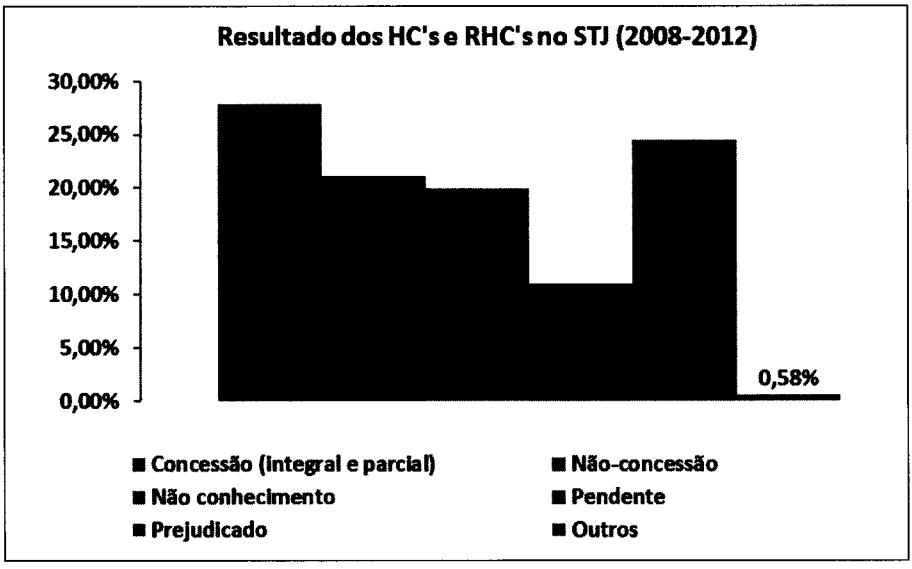
3.3 Julgamento

Uma das principais questões ligadas ao uso do *habeas corpus* é sua taxa de concessão pelos tribunais superiores. Um dos relatórios de acompanhamento e avaliação do Ipea/MJ recebidos pela equipe de pesquisa solicitava que esse dado fosse investigado. No relatório preliminar enviado em setembro de 2013, já se indicava um percentual de 8% de concessão no STF, semelhante aos dados do "Justiça em Números", com 10%.[19]

A média de concessão com a conclusão da pesquisa indica o percentual de 8,27% de taxa de sucesso (consideradas concessão integral e parcial) no STF e de 27,86% no STJ. Em ambos os gráficos abaixo, a categoria "Outros" refere-se às impetrações que não tiveram julgamento, tratando-se de homologação de desistências ou autuações que não tiveram seguimento.



19. Importante frisar que, isolando-se o crime, o tema e a origem, as taxas de concessão variam bastante.



A elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de 2.ª instância. Considerando que os temas tratados nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* perante os tribunais superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões – a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de 2.ª instância e as do STF e STJ. Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.

A pesquisa aponta que taxas de reversão ainda mais altas estão associadas a determinados crimes e determinados temas. Ao se cruzar temas e crimes de maior incidência com o resultado do julgamento, nota-se que a taxa de decisão favorável ao paciente (concessão e concessão parcial) é muito superior às taxas médias de concessão.

O caso da combinação do tipo penal "roubo" com o tema "erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena" em *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados contra o TJSP, por exemplo, possui uma taxa média de sucesso da ordem de 62% dos casos. Trata-se de uma taxa de concessão de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* extremamente alta, considerando que a matéria já fora apreciada tanto na 1.ª como na 2.ª instâncias.

Isso indica que uma grande quantidade de casos versando sobre os mesmos temas e crimes é objeto de contínua apreciação pelos tribunais superiores. O grande afluxo de casos semelhantes deveria ter reduzido ao longo do tempo caso as cortes de 2.ª instância decidissem com base nos mesmos parâmetros dos tribunais superiores.

De forma objetiva, tem-se que combinações entre certos crimes e determinados temas indicam necessidade de reforço da jurisprudência dos tribunais superiores junto aos tribunais de 2.ª instância, medida capaz de reduzir o volume das impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*. Veja-se, por exemplo, dados do TJSP:

Cruzamento de crime com tema e resultado tendo o TJSP como autoridade coatora	Concessão (integral e parcial)	Não concessão	Não conhecimento	Pendente	Prejudicado
Roubo e Regime Inicial	[redacted]	11%	14%	6%	7%
Roubo e Dosimetria	[redacted]	24%	20%	5%	2%
Roubo e Prisão Cautelar	11%	18%	24%	3%	[redacted]
Furto e Insignificância	[redacted]	14%	31%	11%	7%
Furto e Regime Inicial	[redacted]	15%	20%	---	18%
Furto e Prisão Cautelar	5%	19%	15%	6%	[redacted]
Tráfico e Regime Inicial	[redacted]	21%	20%	9%	15%
Tráfico e Prisão Cautelar	6%	28%	18%	7%	[redacted]
Tráfico e Excesso de prazo na Prisão Cautelar	4%	22%	17%	3%	[redacted]

Os dados acima indicam com precisão quais as situações em que as decisões de um tribunal de 2.ª instância divergem da jurisprudência já consolidada pelo STJ. Por se tratar de tema mais sensível à análise do caso concreto, o tema da prisão cautelar apresenta as menores taxas de sucesso. Com efeito, dentre os crimes com maior recorrência nas impetrações perante o STF e o STJ, é sempre a combinação com o tema da prisão cautelar que aparece associada a uma taxa de fracasso (não concessão) inferior à taxa de sucesso (concessão integral e parcial). Nesses casos, o resultado mais comum é "Prejudicado".[20]

4. ANÁLISES QUALITATIVAS

Finda a análise quantitativa, foi possível identificar os principais crimes e temas em discussão nos tribunais superiores. A partir de então, todos os julgados relati-

20. O julgamento "prejudicado" geralmente indica que o pedido formulado no *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus* não era mais necessário ou cabível, em razão das mudanças nas circunstâncias de fato como, por exemplo, a contestação sobre uma prisão preventiva que se transforma em definitiva devido ao trânsito em julgado de uma condenação ou, mesmo, a absolvição do paciente.

vos a esses crimes e temas foram reexaminados, dessa vez, para que se identificassem as questões jurídicas subjacentes.

Diante desses dados, afirma-se que o crescimento do número de impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* não é uma "doença", mas o "sintoma" de uma "doença". Neste aspecto, a análise qualitativa revelou, como uma espécie de diagnóstico faria, quais as questões de direito material, processual ou de execução penal que estão envolvidas em maior incerteza jurídica. Por conseguinte, quaisquer restrições que se façam à utilização do *habeas corpus* não serão capazes de atacar o verdadeiro problema do crescimento dessas ações, apenas de mascará-lo, além de coibir importantes discussões nos tribunais superiores que, como foi citado no início deste artigo, historicamente contribuíram para consolidar importantes entendimentos jurisprudenciais em matéria penal, processual penal e de execução penal.

Com efeito, desde o início da pesquisa, uma das possibilidades com que se trabalhou foi a de que um alto número de concessões de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos tribunais superiores indicaria um mau funcionamento dos tribunais de 2.ª instância, no sentido de que continuavam a decidir impetrações contrariamente à jurisprudência em situações que já haviam sido examinadas pelos tribunais superiores. No entanto, isso também pode ser creditado à demora destes tribunais em identificar e pacificar tais questões jurídicas.

A pesquisa identificou as dez questões jurídicas de maior frequência nos tribunais superiores. Este dado resulta da análise conjunta dos seguintes fatores: (1) tipos penais que mais ensejam impetrações; (2) temas associados a esses tipos penais (questões ligadas a direito material, processual ou de execução penal); e, (3) teses jurídicas que se discutem nestes casos.

4.1 Crime de roubo e dosimetria

A principal questão envolvendo o crime de roubo e o tema da dosimetria da pena diz respeito ao emprego de arma de fogo para incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP, especificamente quanto à necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma. A pesquisa identificou que essa questão originou-se a partir de controvérsia nas decisões do próprio STJ. Com efeito, o entendimento predominante na 6.ª T. era da imprescindibilidade da apreensão e perícia.[21]

21. Neste sentido: HC 122580; HC 157509; HC 106235; HC 143224; HC 160211; HC 161836; HC 162303; HC 178731; HC 134177; HC 98234; HC 158.489; HC 161.836; HC 190.831; HC 146.183; HC 161.539; HC 156.553; HC 162.539; HC 157.574; HC 233.358; HC 157.509; HC 141.444; HC 152.538; HC 190194; HC 190217; HC 186624; HC 178484; HC 176705; HC 126515; HC 138544 HC 182396; HC 117409; HC 169143; HC 248514; HC 159978; HC 142604; HC157643, e HC157574.

No entanto, em 2011 a 3.ª Seção do Tribunal definiu, por quatro votos a dois, não ser necessária a apreensão e a realização de perícia em arma para que incida o aumento da pena por uso de arma em roubo se outras provas evidenciarem o seu emprego. Desde então, o entendimento predominante é o de que a apreensão e perícia da arma de fogo são dispensáveis, sendo suficientes outros meios de prova, como o depoimento da vítima ou prova testemunhal.

Antes de 2011, a principal argumentação para diminuição da pena era no sentido de que a necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo seria consequência lógica da revogação da Súmula 174 do STJ (que autorizava a exasperação da pena mesmo que empregada arma de brinquedo).

No entanto, a tese vencedora no julgamento da 3.ª Seção foi no sentido de que a potencialidade lesiva da arma poderia ser presumida, uma vez comprovado seu emprego. E que, não sendo encontrada a arma para que se fizesse a perícia, caberia ao réu a prova em contrário da potencialidade lesiva da arma (ou, mais especificamente, a ineficácia da arma empregada). Este entendimento encontrou respaldo em caso julgado pelo STF (HC 96099).

No entanto, a questão do uso de arma parece não estar completamente resolvida pelo STJ. Enquanto, em alguns julgamentos, a arma desmuniciada foi considerada justificativa para a causa de aumento,[22] em outros se considerou necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva, não podendo ser aplicada a causa de aumento sem esta comprovação.[23] Também é necessário um entendimento mais firme sobre a questão da aplicação da causa especial de aumento quando a arma é apreendida, mas a perícia não é realizada.[24]

4.2 Crime de roubo e fixação do regime inicial de cumprimento de pena

Na maioria dos casos levados aos tribunais superiores acerca dessa combinação "crime + tema", as decisões contestadas em sede de *habeas corpus* condenavam o réu ao cumprimento inicial de pena em regime fechado com base na periculosidade do agente ou na gravidade abstrata do delito de roubo, a despeito da regra do art. 33, § 2.º, do CP admitir, pelo critério da pena definitiva, que se inicie em regime semiaberto.

Esta questão jurídica aparecia associada, por vezes, aos casos em que não existiam outras circunstâncias desfavoráveis que acentuassem a culpabilidade do réu, senão a violência inerente ao próprio tipo penal. Esta matéria, contudo, já fora su-

22. Neste sentido, vejam-se, por todos, os HC 222527 e HC 181281, do STJ.

23. Neste sentido, vejam-se, por todos, os HC 110880, HC 156760 e HC 106926, do STJ.

24. Nesta hipótese, o entendimento mais recente é o de que não pode incidir causa de aumento nesse caso: HC 142766, do STJ.

mulada pelo STF em 2003 (Súmulas 718 e 719 do STF) e ainda pelo STJ em 2010, no Enunciado 440.[25]

Dessa forma, o altíssimo percentual de concessão desses *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* foi facilmente identificado: a resistência dos tribunais inferiores de aplicarem os Enunciados 718 e 719, da Súmula do STF, posteriormente reafirmado pelo Verbete 440 da Súmula do STJ.

Portanto, não obstante já fosse entendimento sumulado que a gravidade abstrata do delito não é fundamentação idônea para imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, por diversas vezes os tribunais superiores se viram obrigados a julgar *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* apenas para reafirmar sua jurisprudência.

A tese repudiada pelos tribunais superiores (e recorrente nas fundamentações dos tribunais de 2.ª instância) é a de que o regime fechado é o único compatível com a gravidade do delito de roubo e da periculosidade presumida dos autores desse tipo de crime. No entanto, as discussões que antecederam as súmulas nos tribunais superiores já apontavam que as circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias são próprias ao delito de roubo em concurso de agentes e com o emprego de arma.

Infere-se que o juízo acerca da periculosidade do agente – previsto na Lei 6.416/1977, expurgada do ordenamento na Reforma Penal realizada pela Lei 7.209/1984 – ainda é largamente empregado por magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição.

A solução, entretanto, parece simples. Uma vez que se identifica altíssima carga de repetição de casos em que as instâncias ordinárias utilizam fundamentação sem amparo legal, contrária às súmulas dos tribunais superiores, para estabelecer um regime inicial de pena mais gravoso, parece ser o caso de se reforçar o entendimento pacificado pelo STJ e STF por meio de súmula vinculante.

4.3 Crime de furto e princípio da insignificância

Esta análise buscou identificar os parâmetros utilizados na aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais superiores em casos de furto. Acredita-se

25. Súmula 440 do STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." Súmulas 718 do STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." Súmula 719, STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

que essa questão jurídica, causa de muitas impetrações, poderá ser sensivelmente reduzida se tais parâmetros forem enfrentados pelo STF e STJ e pacificados.[26]

Embora a jurisprudência já tenha pacificado alguns dos vetores que devem ser analisados para incidência do princípio da insignificância – (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – o fato é que ainda há uma margem muito grande de incerteza nesta aplicação.

Ao longo dos cinco anos examinados (2008-2012), não parece haver nenhum padrão que demonstre uma tendência à uniformização das decisões na aplicação do princípio da insignificância a favor de uma. Pelo contrário, decisões contrastantes invocam os precedentes mais convenientes à sua decisão independentemente de decisões opostas em períodos equivalentes e em casos similares.

São dois os principais fatores de divergência na aplicação do princípio da insignificância.

O primeiro aspecto da divergência está ligado ao risco de reiteração da prática criminosa e que é associado, pelos julgados examinados, às seguintes características do agente: (1) existência de inquéritos ou ações penais em andamento; (2) maus antecedentes; (3) reincidência; ou, ainda, (4) quando há indícios de continuidade na prática dessa conduta. As decisões oscilam entre aquelas que não consideram tais características pessoais no juízo de tipicidade da conduta e aquelas que o fazem. De acordo com esta segunda corrente, considerar a conduta atípica poderia gerar um incentivo à prática de crimes de baixa lesão jurídica. Afirma-se, igualmente, que, mesmo que cada furto individualmente possa ter um valor irrelevante, quando vários furtos cometidos pelo mesmo agente são somados, eles ultrapassariam um limite aceitável para a incidência do vetor da inexpressividade da lesão jurídica.[27]

Todavia, importante registrar uma inconsistência desta tese com a jurisprudência pacificada nos próprios tribunais superiores acerca das características do agen-

---

26. Quando da elaboração deste artigo a imprensa noticiava a decisão do Min. Luís Roberto Barroso de afetar ao Plenário do STF o caso de um acusado de furtar um par de chinelos no valor de R$ 16,00 (dezesseis reais). O HC fora denegado pelo TJMG porque, embora o chinelo tenha sido devolvido, o acusado já possuía uma condenação transitada em julgada. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-set-13/pleno-stf-julgar-insignificancia-aplica-reincidentes]. Acesso em: 26.09.2014.

27. Mesmo quando o valor do furto é inequivocamente insignificante, a reincidência é critério suficiente para afastar o princípio da insignificância. No HC 229.451, do STJ, por exemplo, o caso versava sobre furto de material elétrico no valor R$ 20,00, mas a prática reiterada de furtos pelo agente foi considerada contrária ao vetor do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta.

te. Como visto anteriormente, tanto STJ como STF rechaçam a tese de que inquéritos ou ações penais em andamento possam justificar aumento de pena – uma vez que o princípio da presunção de inocência impede que se deem efeitos jurídicos prejudiciais ao indivíduo a questões jurídicas ainda pendentes de decisão final. No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, a corrente que sustenta ser necessário examinar as características do agente leva em consideração, além da reincidência e dos maus antecedentes, a simples existência de inquéritos em andamento.

Por outro lado, há vários julgados, tanto no STJ como no STF, que apresentam fundamentação oposta, no sentido de que é preciso estabelecer um critério objetivo para a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, devendo o crime de bagatela ser julgado sem se considerar a personalidade do autor do crime, a reincidência e os maus antecedentes[28] – e, muito menos incidentes penais pendentes de decisão final.

A segunda questão jurídica mais discutida quando se trata de aplicação da insignificância em casos de furto diz respeito ao valor do bem subtraído. Se o princípio da insignificância afasta a tipicidade material sob a premissa de que o Direito Penal não deve intervir em casos de lesões irrelevantes a bens jurídicos tutelados, é necessário que se tenha um parâmetro mais uniforme para caracterizar uma lesão jurídica inexpressiva, estabilizando-se a jurisprudência.[29]

Não obstante, no conjunto dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* examinados, verifica-se, em grande parte, uma incerteza quanto ao valor que pode ser tido como irrelevante no crime de furto, embora se possam notar alguns limites nos extremos dessa área cinzenta. Excluindo-se os casos em que a incidência do princípio da insignificância foi afastada por outros motivos[30] além do valor financeiro do furto, temos os seguintes dados:

28. No HC 140.341, do STJ, o Des. conv. Celso Limongi assevera que "com referência às condições pessoais do paciente, frise-se que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos, o que inclui a reincidência, são irrelevantes para a aplicação ou não do *standard*. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos".

29. Isso ocorreu, em alguma medida, com os crimes tributários. Atualmente, o STF considera insignificantes crimes tributários que não excedam R$ 20.000,00 (vinte mil reais): HC 123.035/STF, HC 121.717/STF, HC 118.067/STF e HC 120.139/STJ.

30. Nota-se a existência de resistência nos tribunais superiores a utilizar exclusivamente o valor do bem subtraído para aferição da expressividade da lesão. Apenas para fins de ilustração desse conceito, podem-se citar o caso do HC 182.884/STJ, em que o réu furtara um botijão de gás (no valor de R$ 40,00) de uma escola e, por isso, prejudicara a merenda dos alunos da instituição; e o caso do HC 229.783/STJ, em que o réu teria furtado 70m de fio

• O valor máximo de consideração da inexpressividade da lesão foi de R$ 90,00 (HC 94.770/STF: furto de instrumento musical). Até esse valor, todos os casos julgados foram considerados insignificantes.

• O caso de não concessão com valor mais baixo foi de R$ 98,80 (HC 122.306/STJ: furto de 26 embalagens de goma de mascar).

• O maior valor em que foi concedido o princípio da insignificância foi de R$ 200,00 (HC 110.717/STF: furto de aparelho celular).

Verifica-se que a zona em que há maior variação de decisões para valores similares se encontra entre R$ 100,00 e R$ 200,00, levando-se em conta a totalidade dos *habeas corpus* analisados. No entanto, parece haver uma tendência em considerar os furtos dentro desse valor como insignificantes.[31]

Considerando-se o salário mínimo atual[32] (R$ 724,00), os valores acima demonstram uma tolerância de 13,8% a 27,6% do salário mínimo. Todavia, se esses valores forem analisados em razão dos respectivos anos em que os furtos foram cometidos, os valores alcançam até 40% do salário mínimo. Dessa forma, poderia se considerar, levando em conta os valores levantados, a fixação de um critério objetivo para a incidência do princípio da insignificância em até 40% do salário mínimo vigente à época do fato.

4.4 Crime de furto e prisão cautelar

A falta de fundamentação idônea para a prisão cautelar é a causa mais comum nas impetrações. Como a maioria dos casos que chegam ao STJ são julgados como prejudicados, seja pela concessão da liberdade, ou seja pela prolação de sentença absolutória ou condenatória, a análise do mérito é apenas incidental. O principal fundamento para decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública e a alegação recorrente nas impetrações é de que o juiz fundamentou a prisão de forma genérica e abstrata.

O motivo que mais aparece associado à manutenção da prisão preventiva pelo juiz como garantia da ordem pública é a reiteração criminosa. O STJ vem entendendo, por meio da sua 3.ª Seção, inexistir constrangimento ilegal quando a prisão estiver fundamentada na necessidade da medida para as garantia da ordem

---

de cobre de uma concessionária elétrica, prejudicando seus usuários e configurando-se um dano financeiro que extrapolava o da vítima direta do crime.

31. Também foi aplicado o princípio da insignificância nos seguintes pedidos: HC 155.991/STJ (R$ 180,00), HC 109.363/STF (R$ 180,00), HC 104.828/STF (R$ 130,00), HC 191.166/STJ (R$ 119,70), HC 227.454/STJ (R$ 110,60), HC 163.004/STJ (R$ 100,00), HC 123.592/STJ (R$ 100,00) e HC 186.728/STJ (R$ 100,00).

32. Em setembro de 2014.

pública. As decisões do STJ e do STF são no sentido de que a reiteração criminosa é elemento concreto, fundamento idôneo capaz de afastar a alegação de constrangimento ilegal.[33]

Tais julgados, no entanto, não são unânimes ao apontar quais seriam os elementos concretos que caracterizariam a reiteração delitiva, sendo possível identificar diferentes fundamentos, tais como: inquéritos ou ações penais em andamento, condenação anterior, reincidência, indicativos de que a prática delituosa era reiterada (como circunstâncias semelhantes de lugar e próximas no tempo e o modo de execução das práticas delituosas), a possibilidade real e concreta de reiteração futura, e a periculosidade do agente.

No que tange a não concessão de liberdade provisória – seja pela conversão automática da prisão em flagrante em preventiva, seja pelo não enfrentamento da questão pelo juiz, contrariando o art. 310 do CPP – a perda de objeto[34] se dá, na totalidade dos casos examinados, pela concessão da liberdade pelas instâncias inferiores ou por superveniente sentença condenatória.

Aqui, pode-se apontar um descompasso entre o tempo do processo, a utilização da prisão cautelar e as condenações em regimes diferentes do fechado. Ademais, verificou-se que, em muitas situações, o paciente era denunciado por furto qualificado, mas sentenciado por furto simples, de modo que a prisão cessava justamente no momento da condenação, criando-se uma situação inusitada: enquanto é presumidamente inocente, o paciente permanecia preso; quando considerado culpado e condenado, era solto.

Outra questão jurídica muito discutida é a desproporcionalidade da decretação da prisão cautelar em face do prognóstico da sentença condenatória. O argumento da defesa é de que não é razoável que o paciente aguarde preso sentença que não o condenará ao regime fechado e, portanto, que fique em situação mais gravosa ao longo do julgamento do que a que lhe seria imposta em uma eventual condenação. Também há divergência nos tribunais superiores a respeito dessa tese.

Em alguns julgados, decidiu-se que a prisão cautelar se justifica desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP.[35] Outros julgados acolhem a tese defensiva

33. HC 199.854/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª T., *DJe* 01.02.2012; HC 105834, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., *DJe* 20.05.2011; HC 119.391/CE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., *DJe* 08.06.2011; HC 236.177/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª T., *DJe* 01.08.2012; HC 113.470/MS, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª T., *DJe* 22.03.2010.

34. O reconhecimento da perda do objeto deve-se a vários fatores como a liberdade concedida pelo juiz de primeiro grau ou ainda pelo tribunal no curso do processo, a condenação com expedição de alvará de soltura e até pela absolvição.

35. Veja-se, neste sentido, o HC 219472/STJ, com menção dos precedentes.

de que no caso de furto, ainda que qualificado, não se justificaria prisão provisória mais gravosa que a definitiva.[36]

Importante destacar, ainda, que com advento da Lei 12.304/2011 foram criadas medidas cautelares diferentes da prisão preventiva (art. 319 do CPP). É certo que a modificação legislativa foi introduzida apenas em maio de 2011, entrando em vigor apenas em julho daquele ano e abrangendo apenas 30% do período pesquisado. No entanto, mesmo depois dessa alteração ainda se identificaram impetrações com o fundamento de que o juiz não optou por medida cautelar diversa da prisão preventiva e que sua insuficiência ou incompatibilidade deveria ser demonstrada, inobstante a lei seja taxativa ao exigir tal fundamentação (art. 282, § 6.º, do CPP "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar").

Diversas impetrações também abordavam prisões cautelares decorrentes de sentenças condenatórias não transitadas em julgado. Trata-se de tema que se acreditava pacificado na jurisprudência – em observância ao princípio da presunção de inocência. Em todo caso, essa foi uma das hipóteses em que as decisões se baseavam no entendimento pacificado pela decisão do Plenário do STF.[37]

Por fim, alguns casos discutem a mera referência à reincidência do paciente como fundamento para a decretação da prisão preventiva. O STJ vem entendendo que a exclusiva menção da reincidência não é fundamentação capaz de manter a custódia cautelar.[38]

4.5 Crime de tráfico e prisão cautelar

A grande maioria das impetrações nesse caso apontava a deficiência da fundamentação da prisão cautelar, à luz dos requisitos verificados no art. 312 do CPP. Embora a lei assim o exija e a doutrina seja pacífica acerca da impossibilidade de que a mera referência aos requisitos apontados pelo art. 312 do CPP não é suficiente para fundamentar a imposição da prisão cautelar, sendo necessário demonstrar elementos concretos que caracterizem a necessidade da medida excepcional, esta questão encontra muita resistência no âmbito das decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição.

De acordo com as impetrações, ao invés de demonstrarem a existência concreta de alguma das hipóteses elencadas pelo dispositivo supracitado, a maioria das decisões que determinou a cautelar constritiva se baseou somente na gravidade

36. Neste sentido, HC 112552HC 139582; HC 244526; HC 212779; HC 238466; HC 219472; HC 203140; HC 230882; HC 247085; HC 112552, todos do STJ.

37. STF, HC 84078/MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, *DJe* 25.02.2010.

38. Veja-se, neste sentido, o HC 175109, com menção dos precedentes.

em abstrato do delito ou citou genericamente algum destes requisitos, porém sem demonstrar concretamente a sua existência no caso.

Contudo, não obstante o STJ venha afirmando o entendimento de que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas as hipóteses da lei, concretamente demonstradas, o fato é que a maioria destas impetrações não foi julgada a tempo, restando prejudicadas.

Dentre as impetrações que não foram concedidas nos tribunais de 2.ª instância, a maior parte decorreu da aplicação do art. 44 da Lei 11.343/2006.[39] No entanto, tal dispositivo foi considerado inconstitucional pelo Plenário do STF justamente no julgamento de um *habeas corpus* (HC 104339), em maio de 2012.

Vale frisar que, muito embora o Plenário do STF já tivesse declarado, em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União (HC 97256, julgado em setembro de 2010), a inconstitucionalidade desse mesmo dispositivo na parte em que proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, a decisão não repercutiu na prisão cautelar, eis que havia expressa vedação à concessão de liberdade provisória no art. 44 da Lei 11.343/2006.

4.6 Crime de tráfico e fixação do regime inicial de cumprimento de pena

A principal questão jurídica envolvendo o regime de cumprimento de pena no crime de tráfico era o conflito entre o princípio da individualização da pena e o texto do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigação de que o cumprimento da pena no crime de tráfico ilícito de entorpecentes fosse iniciado em regime fechado. No entanto, é possível constatar que, ao longo do tempo de duração da pesquisa, importantes mudanças de entendimento nos tribunais superiores ocorreram nesta questão jurídica.

A primeira mudança relevante foi tomada pelo Plenário do STF no julgamento do HC 97.256/RS, em setembro de 2010, o qual fora impetrado pela Defensoria Pública da União. Nesta ocasião, o STF admitiu a possibilidade da imposição de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, caso restasse caracterizado o menor potencial ofensivo do tráfico, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena. Este entendimento passou a ser adotado também pela 6.ª T. do STJ (HC 171005; HC 198970; HC 184973; HC 211942; HC 258284; HC 192216; HC 177693 e HC 247426).

39. "Art. 44 da Lei 11.343/2006. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

A segunda mudança foi a própria declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo (considerado incompatível com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena) pelo Plenário do STF, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, em junho de 2012.[40]

4.7 Questões gerais de dosimetria

Relativamente à dosimetria, a primeira questão jurídica mais debatida foi o aumento de pena além do percentual mínimo de 1/3 quando presentes duas ou mais majorantes, notadamente no crime de roubo. Grande parte das decisões reformadas pelo STJ diz respeito ao percentual de aumento na terceira fase da dosimetria quando há mais de uma majorante.

As impetrações sustentavam ser necessária uma fundamentação adequada para o aumento da pena além do mínimo definido no tipo penal, defendendo a tese de que a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não seria causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que fossem constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

A questão foi pacificada com o advento do verbete 443 da Súmula do STJ, em 2010: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

A segunda questão predominante neste tipo de impetrações foi a necessidade de fundamentação adequada para fixar a pena base acima do mínimo legal. Em diversas ocasiões,[41] o STJ reverteu decisões de tribunais de 2.ª instância que mantinham a exasperação da pena base com fundamento em expressões vagas e imprecisas como "dolo intenso" ou "péssimos antecedentes", por considerar necessária a fundamentação do aumento em elementos concretos.

No mesmo sentido, muitas impetrações se insurgiam contra exasperações de pena com base em inquéritos policiais e ações penais em curso.[42] Esta questão também foi sumulada em 2010: "Súmula 444: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

---

40. O inteiro teor do acórdão, contudo, só foi publicado em 17.12.2013, cerca de um ano e meio após o julgamento.

41. Exemplos paradigmáticos: HC 155641; HC 126929; HC 204117; HC 162672; HC 142766; HC 142498; HC 223694; HC 107135; HC 178484; HC 138544; HC 168292; HC 224367; HC 225486; HC 177620; HC 125608; HC 192658; HC 107557; HC 107620; RHC 96952; RHC 112940; RHC 115429; HC198666 e HC 173944, todos do STJ.

42. Por exemplo: HC 194702, HC 145451, HC 137076, HC 165424, HC 155137, HC 114802, HC 262569 e HC 241582, todos do STJ.

Por fim, outra questão jurídica relevante tratava da compensação entre reincidência e confissão espontânea. Embora houvesse divergência quanto à possibilidade da atenuante da confissão compensar a agravante da reincidência,[43] a questão foi resolvida pela 3.ª Seção em 2012,[44] pacificando a tese de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes e se compensam.

5. CONCLUSÃO

Dentre as 10 questões jurídicas identificadas, cinco questões já foram objeto de intensa discussão e, atualmente, encontram-se pacificadas na jurisprudência dos tribunais superiores. São elas:

1. Não se pode impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o previsto no Código Penal sem que haja fundamentação concreta, não bastando a referência à gravidade em abstrato do delito *(Súmula 440 do STJ, editada em 2010, e Súmulas 718 e 719 do STF, editadas em 2003).*

2. Aumento de pena decorrente de duas ou mais majorantes precisa ser fundamentado com base em argumentos concretos, não bastando a simples referência à presença das majorantes *(Súmula 443 do STJ, editada em 2010).*

3. Inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para aumentar a pena-base *(Súmula 444 do STJ, editada em 2010).*

4. É possível a concessão de liberdade provisória para acusados da prática do crime de tráfico de drogas *(decisão do Plenário do STF no HC 104.339 declarando a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44 da Lei 11.343/2006).*

5. É possível o cumprimento de pena por crime de tráfico de drogas em regime inicial diferente do fechado *(decisão do Plenário do STF no HC 111840 declarando a inconstitucionalidade da imposição constante no art. 44 da Lei 11.343/2006).*

Outras cinco questões ainda necessitam ser objeto de maior debate pelos tribunais superiores, pacificando a jurisprudência:

1. É possível aplicar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada?

---

43. Veja-se, por todos, acerca do entendimento que a reincidência prevalece sobre a atenuante o HC 135537, do STJ.

44. O *leading case* dessa questão é o acórdão proferido nos EDiv em REsp 1.154.752/RS, rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 23.05.2012, *DJe* 04.09.2012. No mesmo sentido vejam-se ainda os seguintes julgados: HC 217249/RS, HC 130797/SP, HC 250701/SP, HC 143303/DF, HC 242774/SP, HC 199858/DF, HC 169281/MS, EDiv em REsp 1042712, REsp 1341370.

2. É possível aplicar o princípio da insignificância a condutas praticadas por agente sobre o qual pesam suspeitas da prática de fatos semelhantes, que seja reincidente ou que possua maus antecedentes?

3. Existe um valor objetivo – expresso em percentual do salário mínimo vigente no momento da conduta – que possa ser utilizado no juízo sobre a tipicidade do crime de furto?

4. É cabível a prisão preventiva em crimes de furto, uma vez que a pena máxima cominada ao crime admite a substituição por medida restritiva de direitos, ou se trata de vedação absoluta? Elementos como periculosidade do agente, inquéritos ou ações penais em andamento, existência de condenação interior ou ainda indícios de prática continuada dessa conduta podem embasar a decisão de custódia cautelar?

5. É possível compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena? Esta questão, embora já pacificada no âmbito do STJ (no julgamento do EDiv em REsp 1.154.752, pela sua 3.ª Seção), ainda suscita posicionamentos diferentes no STF, onde há decisões a favor (HC 101.909) e contra (HC 112.774) a compensação, preponderando essa segunda orientação.

Não se considera necessária, nem apropriada, qualquer restrição à impetração de *habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso. Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento de concessões de ordem *ex-officio*. No STJ, 22,22% de todas as concessões de ordem *ex-officio* foram proferidas em casos de *habeas corpus* não conhecidos por serem substitutivos de recursos. Já no STF, o percentual de concessão de ordem *ex-officio* em casos de *habeas corpus* não conhecidos por serem substitutivos de recursos alcança 25,67%.

Sabe-se também que o sistema processual penal brasileiro é lento e que essa lentidão se agrava no sistema de recursos, seja perante os tribunais de 2.ª instância, seja perante os próprios tribunais superiores. Um recurso pode demorar anos até ser apreciado e essa questão não pode ser ignorada. Portanto, não obstante os tribunais superiores tenham buscado impedir a utilização de *habeas corpus* como substituto de recurso em *habeas corpus* (no caso do STF) ou de qualquer outro recurso cabível (no caso do STJ), a medida aparenta ser um "remédio" ainda mais perigoso do que a "doença".

Some-se a isso o fato de que não há, tampouco, debate no âmbito do Poder Legislativo acerca de modificações relevantes deste instituto. Considerando-se projetos apresentados nos últimos 20 anos, só há quatro projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados que tratam de *habeas corpus*, sendo dois deles (PL 8045/2010 e 7987/2010) projetos de reforma integral do Código de Processo Penal. O PL 3789/2008 estabelece a preferência do julgamento dos *habeas corpus* na pauta dos Tribunais e a PEC 180/2007 modifica a Constituição para admitir *habeas corpus*

para punições disciplinares militares. No Senado não existe qualquer Projeto de Lei que pretenda limitar a utilização do *habeas corpus*.

No meio acadêmico o *habeas corpus* também não é objeto de controvérsias doutrinárias. Na ocasião em que este artigo foi finalizado (03.08.2014) a base de dados do CNPq registrava a existência de apenas um grupo de pesquisa sobre o tema no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Brasil: justamente o que foi constituído para a realização desta pesquisa.

O fato de que algumas das principais questões levadas a julgamento perante os tribunais superiores tenham sido pacificadas durante o período pesquisado indica que o STJ e o STF têm sido parcialmente capazes de lidar organicamente com o crescimento do número de casos, identificando as questões recorrentes e sumulando seu entendimento (ainda que os tribunais de 2.ª instância resistam em seguir a jurisprudência). No entanto, parte significativa destas questões ainda precisa ser enfrentada de modo a sinalizar, com clareza, para as instâncias inferiores, o entendimento a ser seguido.

Por todo o exposto, as propostas para reflexão e debate que se pretende colocar são as seguintes:

1. Criação de um mecanismo de acompanhamento das ações de *habeas corpus* nos tribunais superiores para identificar, com agilidade, as questões jurídicas que multiplicam as impetrações;

2. Com este dado, submeter os principais temas à análise do Plenário do STF e à 3.ª Seção do STJ, visando à pacificação do entendimento, inclusive por meio da edição de súmulas; e,

3. Em caso de manutenção de altas taxas de impetração pelos mesmos fundamentos, edição de súmulas vinculantes pelo STF. Registre-se, contudo, que este último recurso deve ser reservado às questões em que as decisões sejam pró-réu.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Constituição Federal e a competência para julgamento de pedido originário de "habeas corpus" que aponta tribunal como coator, de Marcos Roberto Alexander - *RePro* 60/59 (DTR\1990\169);
- A nova teoria brasileira do *habeas corpus*, de André Estefam - *RT* 921/447 (DTR\2012\44826);
- Apontamentos sobre o *habeas corpus*, de Eduardo Teixeira Farah - *RIASP* 23/73-95 (DTR\2009\139);
- Aspectos fundamentais do *habeas corpus* e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira, de Helvécio Damis de Oliveira Cunha - *RT* 869/488 (DTR\2008\194);
- Atualidade e importância do *habeas corpus* no Brasil, de Nino Oliveira Toldo - *RBCCrim* 92/155 (DTR\2011\4645);
- Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*, de Thiago Bottino - *RBCCrim* 35/101; e
- *Habeas corpus* em segunda instância, de Felipe Amodeo, Rogério Marcolini e Rafael Tucherman - *RBCCrim* 42/155 (DTR\2013\7509).

Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil

Modern aspects of the criminalization of the social movements

Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da UFRJ.

Antonio Pedro Melchior
Professor de Direito Processual Penal do IBMEC - Rio de Janeiro.

Carlos Eduardo Martins
Professor de Prática Penal da UFRJ

Amanda Moreira da Silva
Bacharel em Direito pela UFRJ.

Ana Casarin
Bacharel em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba.

Gisela Baer
Bacharelanda em Direito pela UFRJ.

Letícia Sampaio
Bacharelanda em Direito pela UFRJ.

Roberta Miranda
Bacharelanda em Direito pela UFRJ.

Thais Mota Lima Valle
Bacharelanda em Direito pela UFRJ.

Rafael Serra
Bacharelando em Direito pela UNIRIO.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O texto aborda os protestos de junho de 2013 no Brasil sob o enfoque jurídico-político da incriminação dos movimentos sociais. Trata-se de síntese provisória das pesquisas em curso no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Abstract: The paper discusses the protests of June 2013 in Brazil under the legal-political approach of criminalization of social movements. It is a provisional synthesis of an ongoing research within the Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ). The

O ensaio identifica o emprego do mesmo arsenal jurídico-penal usado pelo regime político brasileiro, durante a ditadura de 1964-1985, contra os movimentos populares de redemocratização que tinham natureza distinta dos novos movimentos sociais e identifica permanências autoritárias que transcendem aquele período.

PALAVRAS-CHAVE: Autoritarismo - Estado de Direito - Novos movimentos sociais - Protestos - Incriminação de movimentos sociais.

essay identifies the use of the same legal-criminal arsenal used by the Brazilian political regime, during the dictatorship of 1964-1985, against popular redemocratization movements which had distinct nature then of the new social movements and identifies authoritarian continuities transcending that period.

KEYWORDS: Authoritarianism - A study on rights - New social movements - Protests - Criminalization of social movements.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Das muitas aproximações ao tema da criminalização dos movimentos sociais - 3. Requentando velhos métodos autoritários - 4. A análise do caso brasileiro - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O tema da criminalização de movimentos sociais pode ser abordado com emprego de diferentes estratégias analíticas, todas elas válidas.[1]

Da perspectiva analítica que coloca em relevo o aspecto da incriminação política ao exame desenvolvido no contexto da criminologia, por meio da dimensão moral da questão criminal e uma consequente pretensão totalizante de postular uma sociedade homogênea, vários são os ângulos teóricos que desafiam o investigador e que podem eventualmente ser combinados no trato da matéria, como será observado em seguida.

O ponto de vista privilegiado nesta comunicação, todavia, interpelará as recentes práticas estatais de repressão criminal aos protestos pelo viés das permanências autoritárias. Em síntese, o texto pretende identificar o conjunto de condutas dos agentes do Estado, em reação aos protestos e manifestações de junho de 2013, que remete às ações de repressão política nos anos 60 e 70 do século XX, tomando por

1. Este texto foi elaborado com base na palestra proferida por Geraldo Prado, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), no dia 29.08.2014, no âmbito do 20.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), realizado em São Paulo entre os dias 26 e 29.08.2014. Trata-se de síntese parcial das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisas Matrizes Autoritárias do Processo Penal brasileiro, sob coordenação do palestrante, na UFRJ. As pesquisas que deram origem ao trabalho foram realizadas pelos prof. Geraldo Prado (UFRJ), Antonio Pedro Melchior (IBMEC), Carlos Eduardo Martins (UFRJ), pelas bacharéis Amanda Moreira da Silva (UFRJ) e Ana Casarin (Universidad Nacional de Córdoba) e pelos graduandos em Direito Gisela Baer, Letícia Sampaio, Roberta Miranda e Thais Mota Lima Valle, todos da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ) e Rafael Serra (UNIRIO). Optou-se por manter a forma oral da comunicação no Seminário.

base a oposição dicotômica "amigo-inimigo" e as características dos movimentos sociais daquelas décadas no Brasil.

O argumento central consiste na constatação de que os denominados novos movimentos sociais distinguem-se daqueles reprimidos pelos governos autoritários da ditadura civil-militar brasileira, porque correspondem a uma nova dinâmica social não necessariamente orientada à disputa do poder político.

Ainda assim, a reação estatal opera na mencionada frequência "amigo-inimigo" e oscila entre o esforço artificial de adequação dos comportamentos dos manifestantes a tipos de infração penal, com o propósito de convocar a ação do Sistema de Justiça Criminal, e/ou a contenção pura e simples dos protestos e manifestações por meio do aparelho de repressão policial quando os esforços de incriminação resultam frustrados.

O objetivo do texto consiste em identificar algumas das causas que inviabilizam a incriminação das condutas de protesto e também que consequências são observadas na prática quando os governantes constatam o fracasso do processo de incriminação, mesmo que persistam alguns casos em que esta incriminação até agora – e contra as evidências teóricas – pareça ser bem sucedida.[2]

Releva notar que se trata de comunicação que resume pesquisas ainda em curso no âmbito do Grupo de Pesquisas "Matrizes autoritárias do processo penal brasileiro", desenvolvido na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ) e que, portanto, não cogita de ter chegado a conclusões definitivas.

2. Das muitas aproximações ao tema da criminalização dos movimentos sociais

Como sublinhado, entre as abordagens que estão previamente justificadas e que não devem ser ocultadas *a priori*, salientam-se dois enfoques interrelaciona-

2. É o caso do catador de material reciclável e morador de rua eventual, Rafael Braga Vieira, no curso do Processo 0212057-10.2013.8.19.0001, que tramitou em primeira instância na 32.ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Rafael foi condenado a 05 (cinco) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa pela prática em tese do crime do art. 16, parágrafo único, III, da Lei federal 10.826/2003, em razão de ter em sua posse "artefatos explosivos". Tais artefatos, segundo o que foi apurado no juízo singular, consistiam em uma garrafa plástica contendo 600ml (seiscentos mililitros) de água sanitária, reconhecidamente não inflamável, bem como uma garrafa plástica com o rótulo "pinho minuano", a qual continha em seu interior 400 ml (quatrocentos mililitros) da substância etanol. O laudo pericial elaborado pelo Esquadrão Antibombas da CORE – e não pelo ICCE – concluiu que esta substância teria *mínima aptidão e ínfima possibilidade* para funcionar como "coquetel molotov". Ainda assim e exclusivamente com base em depoimentos das agentes policiais, o acusado foi condenado. No julgamento da apelação interposta pelo Instituto dos Defensores dos Direitos Humanos (IDDH) o colegiado da 3.ª Câm. Crim. do TJRJ acolheu apenas um dos pleitos da apelação e reduziu 04 (quatro) meses de reclusão da pena total aplicada, com a manutenção dos demais termos da condenação de Rafael Braga Vieira.

dos ao eleito na comunicação: o da criminalização política e o do trato moral da questão criminal.

A pertinência do enfoque dos processos de criminalização política das ações nos protestos de junho de 2013 e nas manifestações subsequentes fundamenta-se no evidente ponto de contato com o julgamento da denominada AçãoPenal n. 470 – o "caso Mensalão". Em ambos, dois elementos predominam quando observados pelo ângulo da reação dos agentes do Estado: o emprego político do processo penal e a dimensão criminal da luta pelo poder.

Claro que uma perspectiva do gênero compreende a não vulgarização do conceito de "crime político"[3] e de "processo político" e exige o recurso a critérios analíticos rigorosos – há de se ter rigor conceitual – que interrelacionam sistema penal, política e história.

Uma pista pode ser extraída da literatura sobre crimes e processos políticos nas "comunas italianas" dos séculos XIII e XIV, que têm significado especial porque são exemplo remoto do emprego político do processo penal. As pesquisas demonstram como sentenças proferidas em 1268-9 e 1302, em Florença, com a instituição de tribunais especializados na repressão aos inimigos internos com base em categorias penais como o roubo, a rebelião e a traição, serviram, na prática, de pretexto ao processo de exclusão política dos grupos sociais dissidentes.[4]

O desterro e confinamento impostos a milhares de pessoas na época configurou o tipo de ação política por meio do processo penal que foi estudado no século XX por Otto Kirchheimer, em seu Justiça Política, em um enquadramento que identificou o padrão na reprodução das práticas, na antiga União Soviética e na Alemanha nazista, com o manejo das instituições do sistema penal na esfera da disputa política.[5]

---

3. Não é desconhecida a dificuldade, apontada por Heleno Fragoso, em sua tese de titularidade de 1981, *Terrorismo e criminalidade política*, em definir o que seja "crime político". O festejado penalista era da opinião de que "crime político" confunde-se "com os crimes contra a segurança do Estado" (Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 29), ao lado do qual coexistiria a figura do "crime social", "que tem seu fulcro no terrorismo" (Idem, p. 32). Em nossa opinião, porém, com lastro na obra de Otto Kirchheimer, não devem ser excluídos da definição os crimes praticados por agentes do Estado com inspiração no propósito de manterem-se indevidamente no exercício do poder ou frustrar outras forças sociais de disputar legitimamente e exercer o poder político.

4. MILANI, Giuliano. Crímines y procesos políticos en las comunas italianas. In: CONTE, Emanuele; MADERO, Marta (org.). *Procesos, inquisiciones, pruebas*. Buenos Aires: Manantial, 2009. p. 187.

5. Em seu clássico texto *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos* (México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961), Otto Kirchheimer alertará para o fato de que não há verdadeiro processo sem que as duas partes tenham reais condições de se sagrarem vencedoras. A tendência a cassar por completo as oportunidades de uma das partes – em geral as da Defesa – configura característica do denominado uso político do processo

No Brasil o emprego político do processo penal é contemporâneo à criação das nossas primeiras instituições de Justiça Criminal e tornou-se um dos principais instrumentos autoritários, como constata, por exemplo, a historiadora Regina Pedroso:

"O perigo representado perante o poder de Estado pelas oposições políticas no Brasil serviu de bandeira para a construção do mito da ordem pública e para a edificação da estrutura autoritária que persistiu ao longo do século XX em nossa sociedade. Cabe ao historiador buscar, ao longo de nossa história política, as relações de poder existentes na sociedade, que serviram de suporte a tal, para a edificação do viés autoritário por parte das elites políticas". [6]

Neste contexto, em tese, a incriminação de movimentos sociais caracteriza-se por ser um dos métodos pelos quais adversários políticos são alijados da disputa no campo do poder institucional.

Os protestos em geral refletem a falta ou inadequação dos espaços institucionais disponíveis e a opção ou necessidade que grupos sociais dissidentes percebem de recorrer a formas alternativas de expressão social.

Não raro as manifestações são palco de conflitos violentos que servem de pretexto à reação das agências estatais, em especial das forças policiais, que se valem dos dispositivos penais de prevenção, contenção e repressão, em uma linha de continuidade com as práticas autoritárias dos regimes políticos em vigor até 1985 no Brasil. Sob outro ângulo também é possível analisar os inequívocos processos de criminalização dos movimentos sociais a partir da dimensão moral dos discursos criminológicos, quer pelo viés causal, quer pelo funcional.[7]

A dimensão moral da questão criminal – ressaltada na audiência pública deste Seminário sobre os Cinquenta Anos do Golpe Militar[8] e sob esse aspecto inter-

---

para reclamar legitimidade ao exercício do poder. Trata-se do processo penal como "juízo político" e, se é frequente nos regimes autoritários, não é incomum nas democracias onde não existem mecanismos de controle dos poderes públicos e privados (como os que exercem os meios de comunicação). São palavras de Kirchheimer: "Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables". Idem, p. 48.

6. Pedroso, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, Fapesp, 2005. p. 91.

7. Para entender esta perspectiva analítica fundada na dimensão moral da questão criminal: Birkbeck, Christopher. *Criminología comparada: estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad*. Madri: Dykinson, 2011. Capítulo 13.

8. Participaram da audiência pública, no 20.º Seminário Internacional do IBCCrim, a socióloga Flávia Schilling, professora da USP e filha do escritor e militante Paulo Schilling, am-

relacionada ao referido viés autoritário – encadeia várias manifestações culturais "sediciosas", que expressam descontentamento com o *status quo*, e que em comum tem o fato de provocarem a reação penal.

Vale citar estudos do gênero, como os dedicados às vanguardas artísticas e de contracultura, em Espanha e Itália, entre os anos 60 e 90 do século XX, e o seu enquadramento criminal como terrorismo,[9] a incriminação no âmbito da "Cumbia Villera", na Argentina – ou a perseguição no país vizinho daquilo que é denominado "bailando em ritmo delitivo"[10] – e a reação ao nosso equivalente, o "Proibidão", reprimido no processo de "pacificação" implementado nas UPPs do Rio de Janeiro.[11]

A reprovação moral de parte das classes médias associada a estas formas de expressão e o encampamento dessa reprovação pelas grandes empresas de comunicação social que detêm o monopólio da atividade no Brasil exercem sensível influência na determinação do modo dominante de configuração da subjetividade.

Músicas e danças são associadas ao "caos" e à "desordem" e invariavelmente são vinculadas aos grupos sociais periféricos que aos olhos colonizadores do *establishment* atentam contra as formas de sociabilidade em geral admitidas.

O suposto caráter sedicioso e revolucionário-transtornador dessas manifestações fundamenta práticas de censura e repressão voltadas aos grupos sociais das periferias, em sua maioria compostos por jovens oriundos da base dos estratos socioeconômicos. Estas práticas caracterizam-se pela repressão que tem por alvo não somente as expressões artísticas, mas toda a estética que as acompanha, com incriminação de padrões gestuais e de vestimentas.

Esta sem dúvida é a liga da dimensão moral da questão criminal com o autoritarismo. Em termos históricos, os anos 30 do século passado, no Brasil, reverberaram a disposição totalitária presente em nossa sociedade e a comunhão com

---

bos exilados durante a ditadura 64-85, Maria Aparecida de Aquino, professora de História Social da Universidade de São Paulo, e José Damião de Lima Trindade. Flávia Schilling relembrou o apoio da classe média do Rio de Janeiro ao golpe militar, experiência que presenciou e que se expressava na tomada de posição moral diante do que grande parte dessa classe média considerava como algo atentatório aos seus interesses: as chamadas "Reformas de Base" preconizadas pelo Presidente João Goulart.

9. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis. La canción protesta, In: AZCONA, José Manuel; RE, Matteo; AZPIAZU, María Dolores (org.). *Sociedad del Bienestar, vanguardias artísticas, terrorismo y contracultura: España-Italia (1960-1990)*. Madri: Dykinson, 2011. p. 135 e ss.

10. SAGÜES, María Candelaria: *Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*. Buenos Aires: Rubinzal, 2012.

11. FACINA, Adriana; BATISTA, Carlos Bruce (org.). *Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk*, Rio de Janeiro: Revan, 2013. Série Criminologia de Cordel, n. 2, do Instituto Carioca de Criminologia.

um projeto político-cultural dominante na classe média. Sublinha Natália dos Reis Cruz:

"Segundo [Eliana] Dutra, no Brasil dos anos 30, havia uma disposição 'totalitária': ideologia que sustenta a imagem de uma sociedade uma (*sic*), indivisa e homogênea; advoga um controle social que normalize, uniformize e totalize o conjunto da vida social em nome de um valor dominante que pressupõe a identificação entre o público e o privado, o Estado e a sociedade civil; que representa a sociedade enquanto uma organização prenhe de racionalidade; que não prescinde do fantasma do inimigo para manter coeso o corpo social e do recurso à ficção, à mentira e à violência na representação e no controle do real".[12]

O medo do diferente, sentido pelas classes médias, tranforma-se em elemento catalizador e em combustível, por exemplo, para que se reprima o uso de máscaras.

Os exemplos de manifestações culturais incriminadas mencionados em tese também podem ser encaixados sem dificuldade no perímetro teórico das reações institucionais aos movimentos sociais em um âmbito de disputa de poder.

A comunição não tratará da incriminação dos protestos por estes dois pontos de vista, mas convém deixar claro que a ênfase ao "método repressivo" e sua correspondente "tecnologia jurídica", em sequência, não desconsidera ou releva a importância dos fins que orientam a criminalização dos movimentos sociais. Ao revés, como sublinhado inicialmente, as estratégias teóricas estão articuladas e mesmo a compreensão do uso de dispositivos jurídico-penais na repressão aos protestos não deve ignorar a subjetividade autoritária dominante no ambiente político da jovem democracia brasileira.

3. Requentando velhos métodos autoritários

O enfoque da comunicação visa a avaliação teórica (i) do emprego da repressão penal aos protestos como prioritária reação institucional fruto de análises políticas equivocadas, levadas a cabo por governantes que no passado lutaram contra essas mesmas práticas (ii) e do fato da reação comum dos agentes políticos estar baseada na incompreensão da complexa dinâmica social predominante no início do século XXI.

A abordagem está estruturada tomando como base os protestos de junho de 2013, e os que vieram em seguida, na mesma "onda", em todo o Brasil, como expressão daquilo que Daniel Wang explora como aproximação entre Política e Direito em um certo contexto da "desobediência civil" que está inserido no marco das "sociedades quase justas", para usar a expressão de John Rawls, com todas as

12. Cruz, Natalia dos Reis. *Ideias e práticas fascistas no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 18.

ressalvas, em especial as que decorrem da adoção por Rawls de uma ideia normativa da política com embasamento no razoável, em uma faculdade universalmente compartilhada.[13]

O argumento central de Rawls, sobre sociedades quase justas, consiste em identificar em concreto um "sistema democrático cuja constituição possui princípios de justiça aceitos por seus cidadãos". Neste âmbito ainda assim seria possível teorizar não sobre "fenômenos circunstanciais", mas acerca da legitimidade de determinadas ações contrárias à lei fora do marco de resistência a regimes autoritários.

Sublinhando as ressalvas, porque sociedades semiperiféricas como a nossa ainda estão distantes de um cenário de "proximidade da justiça", como pretende Rawls, a comunicação coloca em relevo o conflito concretamente observado nos protestos de 2013 pela oposição entre uma visão institucional hegemônica que apreendia a realidade com as categorias vigentes nos anos 70 do século XX e a própria realidade, que se revela com outras características.

O recurso à repressão e ao sistema penal segundo essa perspectiva converte-se de instrumento político em protagonista da estratégia analítica eleita.

No âmbito do Seminário espera-se com isso que a constatação das práticas autoritárias possa incentivar ações políticas nos diversos campos com vistas a neutralizar as permanências autoritárias indesejáveis e viabilizar as múltiplas formas de vida social.

4. A ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

4.1. No ano de 2013 o Brasil experimentou particular momento de efervescência política, no contexto de um número significativo de manifestações públicas que tomaram as ruas das nossas cidades.

O estopim da ação popular pode ser identificado, sem maior controvérsia, na forma violenta com a qual inicialmente os governos dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro lidaram com as demandas contrárias ao aumento do preço das passagens de ônibus.

Forças policiais reagiram com agressividade aos protestos e reacenderam na memória popular os registros simbólicos das violações cometidas durante a ditadura civil-militar de 1964-85. Basicamente, este foi o gatilho das manifestações que uniram grupos heterogêneos, com plataformas e reivindicações distintas e não raro contraditórias.

Pelo ângulo dos governantes, o esforço de contenção dos protestos contemplou mais violência, prisões arbitrárias e até a edição de atos normativos inconstitucio-

13. WANG, Daniel Weil Liang. Desobediência civil em um estado democrático de direito. *Constituição e Política na Democracia: aproximações entre Direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

nais que, integrando as forças de segurança pública e o Ministério Público, no Rio de Janeiro, por exemplo, preconizavam indevida restrição das garantias de manifestação e discordância, atingindo o direito de divergência[14] compreendido como limite ao exercício do poder pelo soberano, fundamento teórico do direito de resistência pelo menos desde o início do Século XIX.[15]

4.2 Com efeito, o Dec. 44.302, de 19.07.2013, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, instituiu Comissão integrada por membros do Ministério Público, da Secretaria de Segurança Pública, da Chefia de Polícia Civil e da Chefia de Polícia Militar, com o objetivo de investigar e "prevenir" a ocorrência de atos de "vandalismo" e práticas criminais nas manifestações públicas.

Em tese, o Decreto teria o propósito de criar sinergia entre as várias agências de segurança pública, em virtude da constatação da prática de atos de violência nos protestos populares.

O texto do ato, porém, coloca em evidência o trato criminal das manifestações públicas, haja vista a ênfase dada a mais uma "categoria jurídico-penal" constituída no âmbito da comunicação social, por meio da qual ingressa na linguagem jurídica: a dos "atos de vandalismo" praticados no contexto de manifestações públicas.

O exemplo é significativo porque destaca e enfatiza no contexto das manifestações *políticas* os atos de violência que não são hegemônicos, tampouco conferem o tom predominante nos protestos ou na majoritária atuação dos que deles participam ou participaram.

Claro que os atos de violência protagonizados por pequenos grupos, em um universo muito mais amplo, marcados ainda pela reação desproporcional e violenta das forças de segurança pública, têm maior visibilidade. Além disso, a sua repercussão pela mídia tradicional colabora para deslocar a presença popular das ruas para a crônica policial, em estratégia de anulação das energias políticas legítimas.

Estas energias são minimizadas aos olhos da opinião pública quando intencionalmente confundidas com atos de violência, em um ambiente de confronto entre pequena parcela de manifestantes e a quase irrestrita e inaceitável reação violenta da polícia.

O sinal de alerta da memória social acendeu porque o mesmo tipo de reação violenta e de emprego de tecnologias de incriminação, além do desvirtuamento do processo judicial, caracterizaram a reação institucional aos movimentos polí-

14. Por todos, vale consultar o ato editado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro: [www.conjur.com.br/2013-jul-24/geraldo-prado-decreto-governo-rj-traz-volta-estado-policial]. Acesso em: 01.03.2014.

15. Feuerbach, Anselm v. *Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Trad. Leonardo G. Broni e revisão de Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 58-60 e 64.

ticos das décadas de 60 e 70 do século passado que enfrentaram as ditaduras no Continente.

Na época o discurso oficial manipulava as categorias de pensamento para criminalizar o "inimigo" do regime, em um esquema conceitual que enfatizava o conflito entre classes sociais.

O recurso às oposições dicotômicas, com ênfase em uma clara distinção "amigo-inimigo" era dominante e fundamentava as ações praticadas à margem da legalidade autoritária ou incorporadas por essa mesma forma de "legalidade".

Seu retorno à ribalta pode ser notado, por exemplo, no recurso da autoridade policial à designação política hostil acerca de uma suposta organização, no pedido de prisão temporária formulado no âmbito do Inq Policial 218.01646/2013, dirigido ao juiz da 27.ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.[16]

4.3 Por isso, salta aos olhos que o processo deflagrado no âmbito das instâncias jurídico-penais, com apelo às agências de controle social e adoção da repressão penal como método central de reação às manifestações evidenciou o quanto as autoridades públicas encontram-se despreparadas para entender e lidar com demandas que não se enquadram mais no esquema conceitual das classes sociais e seus conflitos.

Manuel Castells sublinha o fato de que vivemos tempos confusos, próprios de épocas de transição, e a confusão se deve em parte ao fato de recorrermos a categorias intelectuais "cunhadas em circunstâncias diferentes", por isso mesmo insuficientes para dar conta dos desafios contemporâneos.[17]

A atual dinâmica social é herdeira das profundas transformações que nas quatro últimas décadas marcaram a sociedade mundial.

As classes sociais não são mais o sujeito histórico privilegiado. Ao revés, ainda que sem desaparecer, as classes agora compartilham este protagonismo com novos personagens responsáveis por ações políticas coletivas, em um patamar que reclama a adequada identificação de referenciais paradigmáticos a partir de distintos fundamentos teóricos.[18]

Trata-se de novas formas de organização da sociedade civil, que não se expressam em termos hierárquicos e burocratizados, tampouco se prestam a um exclusivo ângulo de análise e compreensão da vida social.

---

16. "O *MEPR*, organização comunista, possui hino próprio, prega a guerra, distribuição de terras e tem como líder (...)" (p. 4). O inquérito originou um dos casos mais evidentes de criminalização dos protestos no Brasil.

17. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. I.

18. SCHERER-WARREN, Ilse. *Redes de movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 1993.

A crescente complexidade social tem a ver com um sem número de fatores díspares, cuja combinação constitui o pano de fundo de inéditos conflitos: a transformação no mundo do trabalho; a difusão da rede mundial de computadores e a inserção das mídias não tradicionais no processo de configuração de novas subjetividades; a intensa mobilidade de pessoas e comunidades inteiras provocada pelo deslocamento dos polos de produção de bens e serviços, mas também em virtude de conflitos armados e diásporas; a tomada de consciência ecológica e de identidades não definidas de forma prioritária pelo viés econômico; e também um certo esgotamento e limitação das modalidades institucionais de representação política são alguns dos fatores a serem ponderados.

Para o que interessa à presente análise convém ressaltar que a tradição das lutas políticas na América Latina, durante o mais recente período de autoritarismo, forjou subjetividades que têm na base a noção fundamental do conflito macroestrutural presente nas discussões acadêmicas dos anos setenta do Século XX.[19]

A tese que se sustenta é de que, com independência do lugar que atores políticos ocuparam nos anos de confronto com as ditaduras do continente – de um modo geral na trincheira em luta contra os tradicionais "donos do poder" – a lógica de conflito então dominante permaneceu. O dispositivo binário que pelos padrões das ditaduras identificava no adversário o "inimigo" a ser vencido segue incorporado às práticas das principais instituições e se projeta no modo como seus integrantes lidam com a atual realidade.

A retórica é de conflito e de enfrentamento do "inimigo", que se supõe um adversário em busca da tomada do poder. O método empregado inicialmente para dissuadir e neutralizar este suposto "inimigo" é o do enquadramento criminal de suas condutas, ainda que ao risco de ressuscitar dispositivos legais como a Lei de Segurança Nacional ou engendrar novas modalidades punitivas, como é o caso do projeto de lei que pretende incriminar o "terrorismo" (PLS 499/2013).[20-21]

19. Idem, p. 14-5.

20. Valem aqui as críticas de Heleno Fragoso, na monografia citada, acerca da impossibilidade de definição de uma infração penal ajustada ao(s) conceito(s) sociológico ou político de terrorismo (op.cit., p. 14-27). E quanto ao oportunismo penal pós-manifestações, que caracteriza o projeto de lei, ver: Teixeira, Adriano. Criminalizar o terrorismo no Brasil? Reflexões acerca do PLS 499/2013. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*. ano 22. n. 260. p. 12-13. jul. 2014, com expressa menção ao caso de Rafael e um possível enquadramento no tipo de injusto do projetado art. 2.º.

21. A ONU manifestou ao Governo brasileiro sua profunda preocupação com "as leis e atitudes adotadas" para conter os protestos, entre as quais o encaminhamento do PLS 499/2013. Disponível em: [http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,onu-diz-que-leis-contra-atos-no-brasil-violam-direitos-humanos,1553242]. Acesso em: 05.09.2014.

A impossibilidade de enquadramento penal de uma realidade que teima em não se identificar com o modelo de oposição binária dos anos 60 e 70 do século passado resulta em acusações forçadas, que desafiam o processo de descrição/subsunção a tipos de injusto penal, como o de "organização criminosa".[22]

Neste contexto é compreensível o reducionismo que orienta não apenas as ações institucionais de governos, com suas polícias, parte do Ministério Público e do Judiciário, mas também as interpretações da mídia tradicional, que no Brasil confunde-se com os donos do capital.

Ainda que os atores visados sejam individualizáveis e as grandes empresas de comunicação persigam a sua desqualificação prévia – "Sininho", "Baiano" etc. – é indiscutível que o processo de criminalização é coletivo. Em tese, para as instâncias oficiais os criminosos são as organizações sociais como, por exemplo, o MST.[23]

Claro que o *establishment* fica atordoado quando não consegue "capturar" essa realidade com os dispositivos penais idealizados para compreender responsabilidade penal individualizada ou individualizável. E ainda não "avançamos" tanto na direção da incriminação de entes coletivos determinados, malgrado o Dec. 7.606, de 17.11.2011, que executa no território nacional a Res. 1.989/2011, do Conselho das Nações Unidas preveja a aplicação de sanções contra indivíduos, grupos, empreendimentos e entidades da *Al Qaeda* e a ela associados.

Os novos movimentos sociais transitam da cultura popular – com suas músicas de resistência e desafio – às estratégias coletivas descentralizadas, desprovidas do arcaísmo das burocracias e hierarquias para as quais foram pensados os crimes de quadrilha e organização criminosa.

As novas modalidades de ação coletiva perseguem diferentes alternativas societais, com a integração da diversidade e por meio de interconexões identitárias que buscam se opor às tradicionais formas de dominação. Segundo as pesquisas de Scherer-Warren, o caráter reivindicatório e de protesto caracteriza os novos movimentos sociais, que não disputam o poder pelo menos nos termos tradicionais.

Daí que a insistência deste mesmo *establishment* em dar trato penal às questões sociais que não se apresentam mais conforme os paradigmas dos anos 70 resulta em

---

22. Isso está ilustrado pela passagem da acusação, no citado processo em curso na 27.ª Vara Criminal, no qual registra-se uma estranha dinâmica de "associação entre desconhecidos": "Note-se que, dada a estrutura pulverizada da organização, não é possível estabelecer, por muitas vezes, o liame entre integrantes de diversos subgrupos – *que podem sequer se conhecer*. A existência, todavia, de um comando centralizado e a convergência de desígnios existente entre os integrantes das diversas estruturas orgânicas permite o reconhecimento da associação entre todos, ainda que de forma compartimentalizada, passando-se, a seguir, a especificar a conduta dos denunciados e a estrutura dos grupos" (grifo nosso – p. 7).

23. BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (org.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Rosa Luxemburgo, 2008. p. 12.

um incremento da violência estatal. Com efeito, o impossível enquadramento penal das manifestações e condutas de protesto, protegidas pelo arcabouço político-normativo liberal, tem levado os governos a apostar na repressão pura e simples, com a exacerbação do confronto de rua protagonizado pelas polícias que, indistintamente, atuam sob a lógica da contenção dos protestos por meio da força.

Acreditamos que esta é uma das heranças mais perversas da ditadura empresarial-militar de 1964, por que em realidade exprime a face autoritária dos novos tempos, infiltrada em regimes políticos formalmente democráticos.

5. Conclusão

Intelectuais críticos portugueses chamaram atenção para o fato de que é "possível retomar muitos dos anseios e vontades que animaram as histórias de resistência e alternativa que marcaram o período contemporâneo". Para isso, porém, "é também necessário submetê-los [anseios e vontades] a uma reflexão que não tenha receio de nos fazer sair do Século XX".[24]

Em nossa opinião a academia pode contribuir de forma decisiva para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, mas a condição para isso consiste na assunção fundamentada de uma postura crítica, que tenha clareza em sua denúncia dos métodos institucionais de controle social e repressão da diversidade.

A "ciência social ideal", em uma sociedade dominada pela lógica do mercado, tende a banir, com todas as suas forças, qualquer trabalho científico que não se oriente pelo suspeito signo da "eficiência" e que não tenha como pressupostos a "neutralidade" e a "autoridade científica" em tese asseguradas pelo exílio de pensadores e de pesquisas que coloquem em questão ou partam da politicidade da própria ciência.

Na apresentação ao mencionado conjunto de ensaios críticos produzidos no âmbito do coletivo Unipop, constituído em Lisboa, em 2007, com o "objetivo de disseminar o pensamento crítico e a prática militante" para além do circuito acadêmico, registrou-se que há "(...) um vasto campo de produção teórica em boa parte arredado do espaço acadêmico, no qual são descurados determinados pensadores e correntes porque a sua politicidade é tomada como inimiga da neutralidade e autoridade científica de que a universidade se julga imbuída".[25]

Deste campo permanentemente marginalizado de organização e produção do conhecimento, que se recusa a admitir a priori, nas ciências sociais, o represamento do potencial de paradigmas de pesquisa, ensino e extensão fundados no coletivo e que não se pauta por modalidades hierarquizadas de configuração do saber cien-

24. Bebiano, Adriana. Introdução. In: Unipop (org.). *Pensamento crítico contemporâneo*. Lisboa: Edições 70, 2014. p. 9-11.

25. Idem, p. 10 e 404.

tífico que acreditam numa "ilusão de uma política imune ao domínio da ideologia e do pensamento crítico",[26] é que advém as principais contribuições orientadas à compreensão dos complexos problemas sociais que têm à partida a concentração de poder como fator determinante de sua existência.

A implementação de novas práticas epistêmicas e emancipatórias, no contexto das ciências sociais, depende muito da aliança que é possível estabelecer entre pesquisadores que compartilham a mesma angústia diante da complexidade social, da violência e, ainda, da permanente política de segregação e exclusão, que configuram o espólio neoliberal relativamente a grupos e classes sociais vulneráveis.

O autoritarismo é uma presença inequívoca em nossa sociedade. Se seguimos em sua prática, acreditamos que é hora de assumirmos nossas próprias responsabilidades no presente, desligando-nos das ditaduras do século passado no continenteE reagir ao autoritarismo – e à sua pretensão unificadora-totalizante – implica dar vida e voz à diversidade social e às suas demandas.

Em nossa opinião a preciosa análise de Eugenio R. Zaffaroni sobre o direito ao protesto elucida o quanto ainda devemos caminhar, e em que condições, para assegurar vida digna para todos:

"Lo cierto es que ninguno de los estados de derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos, por lo que – dado que los estados de derecho históricos o reales siempre son imperfectos – nunca puede descartarse totalmente el derecho a la protesta e, incluso, el eventual derecho a la resistencia".[27]

6. BIBLIOGRAFIA

BEBIANO, Adriana. Introdução. In: UNIPOP (org.). *Pensamento crítico contemporâneo*. Lisboa: Edições 70, 2014.

BIRKBECK, Christopher. *Criminología comparada: estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad*. Madri: Dykinson, 2011.

BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (org.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Rosa Luxemburgo, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CRUZ, Natalia dos Reis. *Ideias e práticas fascistas no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

26. Idem, p. 10.

27. ZAFFARONI, Eugenio R. Introducción. In: FEUERBACH, Anselm v. *Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 17-18.

Facina, Adriana; Batista, Carlos Bruce (org.). *Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk*, Rio de Janeiro: Revan, 2013. Série Criminologia de Cordel, n. 2, do Instituto Carioca de Criminologia.

Feuerbach, Anselm v. *Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Trad. Leonardo G. Broni e revisão de Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

Fragoso, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Kirchheimer, Otto. *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961.

Milani, Giuliano. Crímines y procesos políticos en las comunas italianas. In: Conte, Emanuele; Madero, Marta (org.). *Procesos, inquisiciones, pruebas*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

Pedroso, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, Fapesp, 2005.

Rodríguez Jiménez, José Luis. La canción protesta, In: Azcona, José Manuel; Re, Matteo; Azpiazu, María Dolores (org.). *Sociedad del Bienestar, vanguardias artísticas, terrorismo y contracultura: España-Italia (1960-1990)*. Madri: Dykinson, 2011.

Sagües, María Candelaria: *Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*. Buenos Aires: Rubinzal, 2012.

Scherer-Warren, Ilse. *Redes de movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 1993.

Teixeira, Adriano. Criminalizar o terrorismo no Brasil? Reflexões acerca do PLS 499/2013. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*. ano 22. n. 260. jul. 2014.

Wang, Daniel Weil Liang. Desobediência civil em um estado democrático de direito. *Constituição e Política na Democracia: aproximações entre Direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Zaffaroni, Eugenio R. Introducción. In: Feuerbach, Anselm v. *Anti-Hobbes: O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

Links:

Ato editado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-24/geraldo-prado-decreto-governo-rj-traz-volta-estado-policial]. Acesso em: 01.03.2014.

Manifestação da ONU ao governo brasileiro sobre o PLS n. 499/2013. Disponível em: [http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,onu-diz-que-leis-contra-atos-no-brasil-violam-direitos-humanos,1553242]. Acesso em: 05.09.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político, de Pedro Iris Paulin – *RDCI* 74/235 (DTR\2011\1256);
- Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil, de Eduardo Cambi – *RT* 949/39-67 (DTR\2014\17597);
- Estado policial e criminalização dos movimentos sociais: notas sobre a inconstitucionalidade do Decreto estadual 44.302/2013, do governo do Estado do Rio de Janeiro, de Taiguara Libano Soares e Souza – *RTRJ* 1/15-33 (DTR\2013\9970); e
- Um estudo sobre a desobediência civil, de Gabriela Bonfim de Almeida Braga – *RDCI* 89/97 (DTR\2014\20178).

CRIMES INFORMACIONAIS: DA COMPATIBILIDADE INTERNACIONAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E DA PROPOSTA DE REFORMA

CYBER-CRIMES IN BRAZIL: DOMESTIC LAW COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL STANDARDS AND REFORM

EDUARDO BAKER VALLS PEREIRA

Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

RESUMO: O presente trabalho analisa o estado da arte do tratamento jurídico-penal dispensado aos crimes informacionais - também conhecidos por crimes informáticos ou cibercrimes - no ordenamento jurídico nacional, tendo como ponto de partida o debate acerca da então chamada Lei Azeredo até a atual regulação proposta no Projeto de Lei do Senado 236/2012, o projeto de reforma do Código Penal. Para fins metodológicos, dividiu-se o assunto por temas, tratando primeiro dos aspectos gerais da invasão de sistemas informacionais e passando para temas específicos. Ao invés de estudar apenas os tipos penais nacionais de forma isolada e hermética, se apresenta primeiro possíveis contribuições de direito internacional e comparado e de que forma estes podem nos ajudar a repensar o tratamento nacional dado ao tema. Ao final, se propõe uma nova redação para o tratamento do tema, de forma a contribuir a uma possível reforma legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes informacionais - Crimes informáticos - Direito penal internacional - Direito penal comparado.

ABSTRACT: This paper reviews the Brazil's legal treatment on cyber-crimes, starting with the then called "Lei Azeredo" until the most recent Senate Bill n. 236/2012, the current legislative proposal for a new penal code. The issue divided by themes, the first dealing with the general aspects information systems invasions and moving to specific topics. Instead of studying only the Brazilian criminal law in isolation, this paper first presents possible contributions from comparative and international law and how these can help us rethink the Brazilian national treatment given to the subject. In the end, it proposes a new wording of some articles of the above-mentioned bill in order to contribute to the legislative debate.

KEYWORDS: Cyber-crimes - International criminal law - Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Contextualização - 3. Dos crimes informacionais: 3.1 Introdução; 3.2 Delitos de caráter genérico: 3.2.1 Teoria geral e direito internacional e comparado; 3.2.2 Direito brasileiro; 3.3 Proteção da privacidade: 3.3.1 Teoria geral e direito internacional e com-

parado; 3.3.2 Direito nacional; 3.4 Delitos de natureza econômica; 3.4.1 Teoria geral e direito internacional e comparado; 3.4.2 Direito nacional; 3.5 Proteção da propriedade intelectual: 3.5.1 Teoria geral e direito internacional e comparado; 3.5.2 Direito nacional; 3.6 Conteúdo ilegal e danoso: 3.6.1 Teoria geral e direito internacional e comparado; 3.6.2 Direito nacional; 3.7 Direito processual penal: 3.7.1 Teoria geral e direito internacional e comparado; 3.7.2 Direito nacional – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O tema dos crimes informacionais[1] vem crescendo no Brasil e no mundo nos últimos anos de forma exponencial. Nos últimos anos, assistimos a uma série de ataques a sítios eletrônicos de órgãos do governo brasileiro[2] como decorrência de um movimento internacional autointitulado *Antisec*[3] capitaneado por dois coletivos de *hackers* – *Lulz Sec*[4] e *Anonymous*[5] – através do braço brasileiro do primeiro grupo, o *LulzSecBrazil*.[6]

Com isto, ressurgiu o projeto de lei proposto em 1999 pelo deputado federal Luiz Piauhylino (PSDB/PE) e que veio a ser emendado em 2003 pelo senador Eduardo Azeredo (PSDB-SP) e, finalmente, aprovado pelo congresso em 2012, dando origem à Lei 12.735. Esta, porém, foi quase que completamente vetada. A matéria foi, posteriormente, parcialmente regulada pela Lei 12.737/2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann.[7] Entretanto, uma regulamentação mais detalhada, e mais próxima, em termos de amplitude do finado projeto de

1. Um primeiro problema que se coloca quando da análise destes delitos é o nome utilizado. Carla Rodrigues Araújo de Castro (DE CASTRO, 2003) utiliza o termo crimes da informática. Túlio Vianna, crimes informáticos (VIANNA, 2003), e podemos encontrar diversas outras opções da doutrina. A questão, porém, é de menor importância – e por isto posta apenas em nota –, entretanto o nome crimes informacionais foi utilizado, pois o termo técnico utilizado na área da Informática é tipicamente tecnologia e sistemas de informação, ou informacionais, no que a opção pelo segundo termo pareceu mais adequada.
2. G1. Ataque hacker foi o maior já sofrido por sites do governo na internet. 22.06.2011. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/ataque-hacker-foi-o-maior-ja-sofrido-por-sites-do-governo-na-internet.html]. Acesso em: 07.07.2011.
3. Manifesto inicial do movimento disponível em: [http://web.archive.org/web/20010301215117/http://anti.security.is/]. Acesso em: 03.07.2011.
4. Página do grupo. Disponível em: [http://lulzsecurity.com/].
5. *Blog* de notícias do grupo. Disponível em: [http://anonops.blogspot.com/].
6. *Twitter* do coletivo. Disponível em: [http://twitter.com/#!/LulzSecBrazil].
7. A Lei 12.737, originalmente Projeto de Lei 2.793/2011, apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, surge como resposta explícita ao episódio de divulgação de imagens da atriz Carolina Dieckmann em maio de 2011, quando fotos privadas suas foram divulgadas na rede mundial de computadores.

lei de Azeredo, encontra-se no atual projeto de Código Penal, o Projeto de Lei do Senado 236/2012.

O objetivo do presente trabalho é analisar em que medida a nova legislação, e a proposta, se compatibiliza com direito internacional, em especial ao que já produzido no campo dos crimes informacionais, especialmente em termos de direito comparado, no que se utilizará como referência apenas a produção legislativa estadunidense – um dos países com maior e mais antiga produção legislativa neste sentido.

Com isto, se pretende contribuir para o presente debate nacional acerca do tema, atentando para o fato de que, sendo este um fenômeno global, é essencial que a produção legislativa brasileira não se faça às cegas do que já se encontra definido e balizado no plano internacional, no que o trabalho apresentará, ao seu final, possíveis linhas para a alteração legislativa.

A internacionalização do direito, no que se inclui, por evidência, o direito penal, é uma realidade inafastável. Podemos discordar de alguns de seus resultados, porém a solução não é fechar as portas, mas, pelo contrário, participar mais ativamente do debate para que não apenas importemos soluções quando a emergência surge, e sim as construamos coletivamente. A regulação do tema dos crimes informacionais não tem como intuito criar mais um espaço para a expansão do arbítrio punitivo estatal. Pelo contrário, deve criar limites para o seu exercício. A internacionalização do debate não pode servir à revelia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ou como falsa justificativa para a relativização destes.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

O tema dos crimes informacionais surge no cenário internacional durante a década de 60 em razão da questão da invasão de privacidade, porém neste momento o foco estava em medidas civis e regulatórias, cumprindo o direito penal um papel no máximo secundário. Na década seguinte, com o aumento no número de fraudes e outros delitos de natureza econômica através da via informacional, a importância de possíveis respostas penais cresceu aos olhos da sociedade e dos órgãos legislativos e de segurança e, com o *boom* dos computadores pessoais na década, seguinte questões relativas à propriedade intelectual também entraram na pauta.[8]

Da década de 90 em diante, outros aspectos dos crimes informacionais ganharam destaque, como conteúdos ilegais ou danosos (e.g., pornografia infantil e discursos de ódio), terrorismo e guerra cibernéticos, além do cometimento de crimes tradicionais com o auxílio da internet.[9] Entretanto, apesar de algumas respostas

8. SIEBER, 2004, p. 11-12.

9. Idem, p. 12

nacionais, o cenário internacional não apresentou, até o momento, uma resposta coerente e satisfatória a este problema. De maneira mais sólida, apenas há a Convenção de Budapeste de 2001 da União Europeia, porém também aberta para outros países.[10]

A passagem da década de 60 até os dias atuais não apresenta apenas um acréscimo no tipo de delitos cometido através de tecnologias da informação, mas foi uma época de transformações sociais mais profundas que poderíamos resumir como a passagem da sociedade industrial para a sociedade da informação – a Terceira Revolução Industrial.[11]

Esta mudança de paradigma representou uma ascensão do trabalho e bens imateriais.[12] A era da propriedade intelectual, operações bancárias e financeiras eletrônicas. A mudança de paradigma também afeta o Direito, que passa a ter que se adaptar às novas dimensões da vida social. A informação passa a ser um novo bem econômico, cultural e político e um Direito da Tecnologia da Informação passa a ser necessário, no que se inclui um novo Direito Penal, atento às particularidades da era digital. Estas inovações trazem diversos aspectos positivos, mas também apresentam um novo fator de potenciais riscos.[13]

Diferente dos bens materiais, como ponto de partida, a informação deve ser vista como sendo um bem público em uma sociedade aberta. A liberdade de informação e seu fluxo irrestrito são dois princípios basilares e pré-requisitos para um sistema econômico e político livre. Não basta atentar-se para os interesses econômicos do proprietário ou dono da informação, mas também daqueles outros interessados naquele conteúdo, ou de alguma forma afetados por ele.

Neste ponto, podemos destacar, por exemplo, a importância da preservação da privacidade, caso no qual o interesse econômico do proprietário da informação não pode ser visto como *a priori* mais valioso, pelo contrário. Exemplo melhor, porém, se dá no caso de informações relevantes para o público, no que a centralidade de um sistema de divulgação ampla – ao contrário de um modelo de concentração da produção e do controle da circulação da informação na mão de grupos corporativos de mídia historicamente constituídos e consolidados – se torna um tenso ponto de debates.

Porém, o Direito ainda não se adaptou totalmente a estes novos tempos e isto se dá, em parte, em razão da própria natureza destas mudanças. A virtude da facilidade e velocidade com que as informações são trocadas, assim como anonimato

10. Fora países membros da União Europeia.

11. SIEBER, 1998, p. 194.

12. Para mais informações sobre a discussão a respeito da função do trabalho e bens imateriais na sociedade contemporânea, vide HARDT; NEGRI, 2006.

13. SIEBER, 1998, p. 194.

obtido através destes meios, dificultam o tratamento legal da matéria.[14] No caso do Direito Penal, estes fatores levam a uma muito difícil identificação do suposto sujeito ativo do delito, o que leva a uma questionável discussão acerca da responsabilidade de intermediários, como os servidores de conteúdo e serviços, conforme melhor discutiremos adiante.

Antes do crescimento da sociedade da informação ao ponto que chegamos hoje, sociólogos já discutiam a utilização do termo sociedade de risco para discutir os perigos envolvendo novas tecnologias nas áreas da química, energia nuclear, engenharia genética e outros campos do saber científico.[15]

Para estes teóricos, três aspectos principais caracterizariam este novo momento: os impactos possíveis não se limitam no tempo, no espaço ou em relação ao grupo afetado originalmente; o risco possui uma dimensão social e não pode ser atribuído a pessoas individualmente responsáveis; e a complexidade e velocidade do desenvolvimento social e tecnológico são crescentes.[16]

Este mesmo diagnóstico pode ser estendido à sociedade da informação. Uma pequena alteração de dados pode ter consequências catastróficas. A sabotagem informacional pode paralisar setores interiores da economia – basta constatar o grau de dependência do sistema bancários de redes de computadores – e as mudanças nas tecnologias da informação são rápidas e ininterruptas.[17]

Com o aumento do risco, um melhor sistema de prevenção de delitos passa a ser necessário, assim como controles legais e institucionais mais rigorosos e eficientes. Entretanto, medidas repressivas são insuficientes. Os novos riscos não podem ser controlados apenas através do Direito Penal.

No caso em específico dos riscos proveniente da tecnologia da informação, medidas não criminais se tornam a principal forma para se pensar a prevenção de crimes. Na maioria dos casos, padrões técnicos de segurança – o que inclui a formação dos usuários – e medidas civis e administrativas são mais importantes que dispositivos criminalizadores.[18]

Esta constatação não exclui o fato de que o Estado e a sociedade continuam vendo na legislação penal uma forma de se tratar este fenômeno. Independentemente da real eficácia ou não da resposta penal, a aparente inevitabilidade desta tutela nos cria a imposição de ao menos tentar racionalizar as propostas apresentadas no cenário político, conforme pretende o presente trabalho.

---

14. Idem, p. 195.
15. Beck, 2010.
16. Sieber, 1998, p. 196.
17. Pintér, 2003.
18. Sieber, 1998, p. 198-199.

Além destes fatores, a sociedade da informação é global. As barreiras nacionais têm sua importância diminuída, o que, por outro lado, aumenta a importância da harmonização internacional do Direito. A informação circula ao redor do mundo em poucos segundos com poucas possibilidades de controle, reduzindo a eficácia dos mecanismos de controle estatal – tradicionalmente unilaterais – em favor de soluções regionais ou supranacionais, já que uma diversidade de leis nacionais pode levar a paraísos informacionais, em analogia aos chamados paraísos fiscais. Ademais, mesmo que houvesse uma harmonização apenas no plano legal não é suficiente. O fluxo de informação é global e não há como evitar toda e qualquer brecha, no que a cooperação internacional também assume grande importância.[19]

3. DOS CRIMES INFORMACIONAIS

3.1 Introdução

Através da mudança de paradigma acima apresentada, a grande maioria das transações monetárias, comerciais e financeiras depende de sistemas informacionais e, portanto, a segurança da infraestrutura da tecnologia da informação se torna essencial para evitar fraudes, roubos e outros tipos de delito. Ações, produtos, serviços e outros bens são todos transacionados pela via eletrônica e virtual, se tornando vulneráveis a ações de *hackers*, mas também de má administração e usuários negligentes e/ou inexperientes.[20]

Além destas transações, o suporte digital é utilizado também para o armazenamento e circulação de segredos empresariais, industriais e comerciais, apresentando novas formas de espionagem industrial. Através dos meios digitais esta forma de crime se torna ainda mais perigosa, pois volumes imensos de informações e segredos podem ser transferidos em segundos para qualquer lugar do mundo. A mesma técnica de invasão pode ser também usada para sabotar sistemas computacionais públicos e privados de prestação de serviço e organização da sociedade, como empresas de produção de energia, aeroportos e sistemas militares.[21]

Ademais, o crescente papel dos computadores na educação de jovens e crianças as torna, por outro lado, mais facilmente objeto de abusos e exposição a material impróprio – problema este agravado pela própria negligência parental.[22]

Ulrich Sieber separa os crimes informacionais em seis principais grupos: proteção da privacidade, delitos de natureza econômica, proteção da propriedade intelectual,

19. Idem, p. 198-200.
20. SIEBER, 2004, p. 14.
21. Idem, p. 15.
22. Idem, p. 16.

conteúdo ilegal e danoso, direito processual penal e leis de segurança.[23] Podemos também citar a classificação feita por Rovira del Canto em infrações à intimidade, ilícitos econômicos, ilícitos de comunicação pela emissão ou difusão de conteúdos ilegais ou perigoso e outros ilícitos.[24] No Brasil, também temos a classificação proposta por Ivete Senise Ferreira[25] e Vicente Greco Filho[26] em: condutas perpetradas contra um sistema de informática e condutas perpetradas contra outros bens jurídicos.

Para fins didáticos, adotaremos a separação clássica proposta por Sieber para o tratamento da matéria a respeito da compatibilidade da lei e proposta de leis nacionais com o direito internacional e comparado nos moldes anteriormente expostos. Entretanto, não será tratada a questão das leis de segurança e afins.[27]

Antes de entrar em mais detalhes nos referidos tipos de crimes, importante diferenciar crimes informacionais de quebra de segurança. A quebra de segurança em si é a técnica utilizada pelo agente para a prática de um crime informacional qualquer.[28] Dentre as principais formas de quebra de segurança, podemos destacar: *malware*,[29] *phishing*,[30] engenharia social,[31] quebra de senhas, *denial of service*[32] e *session hijacking*.[33]

---

23. SIEBER, 1998.
24. ROVIRA DEL CANTO, 2002, p. 119 e ss.
25. FERREIRA, 2000, p. 215.
26. GRECO FILHO, 2000.
27. As leis de segurança – tratando da segurança nacional, sigilo de informações estatais confidencias, dentre outros pontos – incluem um debate que tomaria um espaço demasiado grande para a proposta do presente trabalho. Inclui temas como crimes militares, crimes e atos de guerra (no que a problemática de como ferramentas informacionais podem, ou não ser tidas como armas de Guerra e o *hacking* como possível ato de guerra) e muitos outros que, por si só, já são material mais que suficiente para um trabalho em separado.
28. EASTTON; TAYLOR, 2011, p. 4.
29. O *malware* é o programa utilizado no ataque de computadores ou redes de computadores. É, portanto, termo genérico que engloba diversas outras técnicas e ferramentas (MCQUADE III, 2009,. p. 121).
30. *Phising*, como se deduz do nome, é um tipo de isca virtual. Nesta técnica, o agente cria, por exemplo, uma página virtual que se faz passar pela página oficial de alguma entidade, empresa ou órgão com o intuito de fazer com que o usuário forneça seus dados pessoais (idem, p. 139).
31. A engenharia social não é propriamente uma técnica de crime informacional, mas o ato de manipular alguém para que realize determinada tarefa, como no caso do *phishing* (idem, p. 168).
32. O *denial of service*, também chamado de negação de serviço em português, é uma técnica de crime informacional através da qual o agente inutiliza o acesso de computadores ou outros dispositivos a seu sistema de informação ou recursos. Comumente é utilizada como parte de uma invasão (idem, p. 63).
33. *Session hijacking* diz respeito à obtenção do acesso à sessão de outro usuário já registrado no sistema, seja através de técnicas de *hacking*, engenharia social ou outros meios quaisquer.

A importância de deixar clara esta distinção está em delimitar a respeito de que poderá incidir a pretensão punitiva do Estado. Com isto, tenta-se evidenciar que aquilo que a ser potencialmente criminalizado através do Direito Penal não poderá ser – ou ao menos não deveria sê-lo – a técnica em si, mas sim o uso dado a ela pelo agente. Da mesma forma, não podemos falar que o ato de brandir uma faca é, em si, um delito, mas sim quando este ato se direciona a uma pessoa específica e respeitados os demais requisitos da teoria do delito.

Fica clara a diversidade de crimes cibernéticos possíveis, porém, mesmo assim, é possível extrair algumas características comuns, quais sejam: redes de computadores e seus sistemas são instrumentos poderosos essenciais para usos comerciais e públicos, porém também se tornam uma potente ferramenta na mão de criminosos – como notamos nos casos de troca ilegal de arquivos, fraudes via *spam* e outros; a informação computacional é de difícil controle, o que também dificulta a identificação e consequente persecução de possíveis criminosos; as redes de computadores são globais, tornando incerto, por vezes, qual país estaria sendo usado para praticar as condutas, devido a este aspecto inerentemente internacional do ciberespaço; informação computacional é imaterial, trazendo toda uma nova dimensão ao tratamento da questão criminal, incluindo a questão da propriedade intelectual; leis processuais e forças de segurança têm que lidar com o problema do anonimato e falta de provas; e o direito internacional precisa encontrar novas respostas para o tratamento do problema da jurisdição, pois as concepções tradicionais não se adequam ao ciberespaço.[34]

3.2 Delitos de caráter genérico

3.2.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

Conforme mencionado na parte anterior, este trabalho adotará a categorização proposta por Sieber em seu relatório de 1998 quanto aos tipos de crimes informacionais e aspectos do direito processual, entretanto podemos destacar um tipo em separado aqui intitulado de delitos de caráter genérico. Enquanto que nos demais casos, o delito em questão possui um conteúdo relativamente determinado que une as diversas possibilidades de tipos penais no interior da categoria, a Convenção de Budapeste e outros dispositivos legais adotam também tipos penais em relação ao próprio ato do *hacking*, entendido este como invasão de computadores e sistemas de informação em geral.

A Convenção de Budapeste traz três dispositivos que se encaixam nesta categoria mais ampla de crimes informacionais: art. 2.º (acesso ilegal), art. 3.º (intercepta-

34. SIEBER, 2004, p. 18-20.

ção ilegal) e art. 4.º (interferência em dados). Cabe ressaltar que a Convenção não cria os tipos penais, mas sim determina que os Estados signatários devem adotar as medidas legais domésticas necessárias para criminalizar os tipos de condutas descritos nos dispositivos convencionais.

Em todos os casos a Convenção exige a intencionalidade da conduta – o que, no caso do direito penal brasileiro, podemos ler como a limitação à criminalização da modalidade dolosa – e em todos os casos abre a possibilidade para que o Estado restrinja mais o tipo.

No caso do acesso ilegal, pode-se exigir que haja quebra de segurança, intenção de causar dano ou outro intuito desonesto. Quanto à interceptação ilegal, o tipo pode exigir a intenção desonesta e na interferência em dados que o dano seja grave. Estas aberturas são importantes pois as descrições básicas apresentadas são demasiados genéricas, no que a própria Convenção poderia, e deveria, delimitar melhor o âmbito de incidência de tipos penais relacionados com estes dispositivos convencionais.

Antes de analisarmos em que medida a legislação nacional se adequa a tais normas internacionais, cabe uma breve explicação acerca da lei estadunidense que trata da matéria. Os EUA possuem uma vasta produção legislativa na área dos crimes informacionais e, mesmo não fazendo parte da União Europeia, ratificaram a Convenção de Budapeste.

Em 1986, o *Computer Fraud and Abuse Act* (CFAA) emenda o 18 USC §1030,[35] tutelando a confidencialidade, integridade e proteção de redes de computadores, principalmente tendo como preocupação a defesa de sistemas de computadores estatais. Após algumas alterações, atualmente o CFAA trata de sete delitos principais: obtenção de informação de segurança nacional; comprometimento da confidencialidade de computadores; invasão de computador governamental; acesso a computador com fins de defraudação e obtenção de algo de valor; dano a computadores; tráfico de senhas; e ameaça de dano a computador.[36]

O CFAA fala em acesso sem autorização ou excedendo o acesso autorizado, o que inclui invasão com pessoas fora do sistema que ganham acesso sem autorização, mas também pessoas já dentro do sistema que possuem autorização para acessar partes do sistema, mas abusam do mesmo para obter, alterar ou danificar informações às quais o indivíduo não possua autorização para fazê-lo.[37]

35. Apesar de usualmente vermos os EUA como um país de direito costumeiro, a utilização da lei positivada em textos legais – os chamados *statutes* – tem crescido muito no país nos últimos anos. O U.S.C. (*Code of Laws of the United States*) é uma compilação e codificação das leis federais do país, assim não é propriamente um Código, pois trata de matérias das mais diversas: lei penal, direito processual, falência e seguridade social.

36. HERRERA-FLANIGAN; GHOSH, 2010, p. 266.

37. Idem, p. 267.

Através do *Wiretap Act* emendado e em conjunto pelo *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 proíbem a interceptação de comunicações orais ou eletrônicas ou sua publicização nos 18 USC §2511(1)(a) e (1)(c). O dano a computadores é tratado na seção (a)(5) e criminaliza tanto a transmissão do *malware*, quanto o acesso não autorizado por invasores externos que provoque danos inconsequentes e a invasão com produção de danos, mas sem intenção – esta tratada como um crime de menor potencial ofensivo. Também destaca-se o §2701 que torna ilegal o acesso intencional, sem autorização ou excedendo-a, a informações armazenadas em sistemas de computador, mesmo sem intenção econômica. A mesma disposição inclui a invasão a sistemas de correio eletrônico.

Neste ponto, a lei estadunidense traz uma importante contribuição que é a conceituação do que seria o acesso não autorizado. Apesar da concepção do que significa acesso autorizado, acesso não autorizado e uso para além da autorização oscilar na jurisprudência do país – alargando estes conceitos, restringindo-os e exigindo ou não o elemento subjetivo – em linhas gerais temos que o acesso para além das permissões iniciais é tido como acesso não autorizado. Por exemplo, se o funcionário possui uma senha que lhe dá acesso apenas a algumas informações armazenadas em um sistema de informação, porém através de técnicas de quebra de segurança ganha acesso a outras, seria possível enquadrar esta conduta no tipo penal existente.[38]

3.2.2 Direito brasileiro

No caso da Lei 12.737/2012, temos a introdução dos arts. 154-A (invasão de dispositivo informático), 266, § 1.º (interrupção ou perturbação de serviço telemático ou de informação de utilidade pública) e 298, § 1.º (falsificação de cartão) – que tratam das categorias de delito levantadas pelos arts. 2.º, 3.º e 4.º da Convenção de Budapeste.

Por sua vez, outros delitos discutidos no âmbito da tramitação do projeto de lei Azeredo sequer foram aprovados pelo Congresso. Entre esses, o crime de dano por inserção ou difusão de código malicioso. No entanto, podemos identificar seu ressurgimento no Projeto de Lei do Senado 236 de 2012, a atual proposta de reforma do Código Penal, que traz tipo penal de "artefato malicioso" em seu art. 217, criminalizando a produção, posse, dentre diversos outros verbos típicos, de artefato malicioso destinado à prática de delito previsto no Título VII do projeto, que trata dos crimes cibernéticos.

Enquanto o tipo penal específico não é positivado, De Castro defende que para o caso de vírus já seria possível a utilização do crime de dano simples, previsto no art.

38. Idem, p. 273.

163 do CP, mas exigindo-se o prejuízo econômico. A mesma autora também afirma que a prática do *defacement*[39] não pode ser tratada como um análogo de dano ou pichação da Lei 9.605/1998, por falta de dano e não adequação ao tipo específico, respectivamente.[40]

Discordamos da extensão do crime de dano aos casos de *malware*. A aferição do dano é muito difícil ou quase impossível, já que esta técnica produz um efeito, em regra, temporário e reversível. Assim, não seria analogia com o dano em razão da impossibilidade de se verificar uma efetiva destruição ou inutilização. Mesmo quanto à mera deterioração, o princípio da máxima taxatividade nos impede de alargar os conceitos típicos por motivos de política criminal. Entretanto, cabe destacar a importante contribuição da autora ao debate, quando ressalta a exigência de prejuízo econômico real para a caracterização de delito.

Assim, a conduta da mera inserção ou difusão do *malware* continua descriminalizada. Neste ponto, acertada foi a postura do Congresso, pois tratar-se-ia de uma antecipação excessiva da pretensão punitiva estatal, tipificando aquilo que pode ser o ato preparatório de um crime de dano, porém que não necessariamente assumiria esta dimensão.

Por este motivo parece perigosa a proposta atual de tipificação do delito de "artefato malicioso" no projeto de reforma do Código Penal, que, valendo-se de seis verbos típicos e uma forma aberta ("qualquer forma distribuir"), criminaliza a criação destas rotinas informacionais com a mesma pena do seu suposto crime-fim, evidenciado a proposta de criminalização de ato preparatório. No atual o § 1.º do art. 154-A, introduzido no Código Penal pela Lei 12.737, temos uma figura análoga na criminalização da produção e difusão de dispositivo que permitiria a invasão de dispositivo informático. Ainda que de menor extensão, já apresenta um primeiro ensaio de criminalização deste tipo de produção intelectual.

A pesquisa científica nestas áreas inclui a confecção deste tipo de ferramentas, até mesmo para testar e corrigir os sistemas operacionais e programas existentes, o que nem sempre se dá apenas no âmbito acadêmico, como se exige na cláusula de exclusão da ilicitude prevista no tipo penal do projeto de reforma e que nem ao menos aparece como excludente no atual art. 154-A do CP. Criminalizar esta conduta poderia representar um retrocesso na pesquisa, além de representar a tipificação de um ato de criação intelectual e, portanto, protegido pelo exercício da liberdade de expressão garantido constitucionalmente e convencionalmente.

No Projeto de Lei 84/1999, a inserção ou difusão de código malicioso possuía uma forma qualificada, em caso de inserção seguida de dano. Esta modalidade é

39. O *defacement* é a alteração do aspecto visual de sítios virtuais, por exemplo, substituindo a página inicial por um logotipo do coletivo *hacker* que praticou o ataque.

40. DE CASTRO, 2003, p. 27-28.

a única que resiste ao teste de razoabilidade acima apresentado, pois exige a produção de uma lesão efetiva, enquanto que os demais representam, no máximo, um tipo de perigo abstrato. No projeto de reforma do Código Penal, a tipificação aparece bastante modificada, mas ainda presente, através dos delitos de sabotagem informática e dano a dados informatizados.

Porém, os tipos são também problemáticos. No primeiro deles, temos a interferência indevida no funcionamento de "sistema informatizado ou de comunicação de dados informatizados, causando-lhes entrave, impedimento, interrupção ou perturbação grave, ainda, que parcial".[41] No segundo, destruição, danificação, inutilização, modificação, dentre outros verbos, ainda que de forma parcial de dados informatizados.[42]

A questão da imputação pode ser adequadamente resolvida pela teoria do delito – por exemplo, impedindo a criminalização do vendedor pelo tipo de uso dado ao item pelo adquirente –, entretanto noções como as de modificação são excessivamente vagas e permitem uma expansão excessiva do tipo penal.

Por exemplo (repetido), a inserção de código que altera a página inicial do navegador do usuário – prática comum na instalação de alguns programas ou em páginas de internet –, em tese, se encaixa neste tipo, o que demonstra sua desproporcionalidade, já que modifica dados informatizados e interfere na funcionalidade de sistema informatiza (também achei confuso).

Assim como as noções de entrave, impedimento ou interrupção da funcionalidade são muito pouco precisas, o fato do usuário ser obrigado a utilizar um antivírus para limpar seu dispositivo de armazenamento externo – os populares *usb disks* – já justificaria um imputação como pena mínima igual a da lesão corporal grave? Parece que não.

Por último, o art. 154-A trouxe a criminalização do *hacking*, desde o mero acesso não autorizado até a efetiva obtenção e transferência de dados. Neste tipo, temos outra série de problemas, conforme corretamente aponta Vianna,[43] ao exigir que haja quebra de segurança, a invasão de computador doméstico sem proteção não seria criminalizada. Analogamente, coloca o autor, seria o mesmo que permitir que a violação de domicílio caso o dono do imóvel deixe a porta aberta.

A analogia com a residência não é de todo adequado, pois o espaço de intimidade e privacidade desta é muito superior ao de um sistema informacional genérico, porém ilustra a ideia geral. A aproximação com o delito de violação de domicílio também aponta para a desproporcionalidade da pena, que de um a três

41. BRASIL, 2014, art. 213.

42. Idem, art. 214.

43. VIANNA, 2009.

meses de detenção no crime tradicional passa para de três meses a um ano de reclusão na sua modalidade análoga informacional, podendo chegar a seis meses a dois anos aumentados em até dois terços em caso de transmissão a terceiro de comunicação privada.[44]

Na atual proposta de reforma do Código Penal, o tipo previsto seria o de "acesso indevido", cuja tipificação se resume a "acessar, indevidamente, sistema informatizado". A construção típica parece excessivamente vaga. Ainda que esta nova dicção responda à crítica de Vianna – aplicável ao atual art. 154-A do CP, de não abarcar o acesso indevido, porém não protegido –, a abertura do tipo permitiria a criminalização daquele que, possuindo legitimamente um programa ou jogo de computador, utiliza um pequeno artifício informacional para permitir a execução do mesmo sem a necessidade de usar o CD ou DVD conjuntamente, no que seria adequado delimitar mais precisamente o âmbito de incidência do tipo.[45]

A proposta ainda traz, em seu art. 216, a chamada "obtenção indevida de credenciais de acesso". Este tipo penal seria a criminalização também de atos preparatórios, desta vez em relação ao delito proposto no art. 212 da proposta de reforma de Código. Portanto, parece dispensável a existência de um tipo penal autônomo, considerando que a obtenção destas credenciais de acesso a sistema informático se dará quase que exclusivamente durante a execução do possível delito de acesso indevido como meio para a obtenção deste.

3.3 Proteção da privacidade

3.3.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

A discussão da violação da privacidade envolve também o debate sobre a liberdade da informação. A difícil tarefa do Direito está em adequadamente balancear estas duas concepções e o que elas incluem[46] – como a relação entre direitos da personalidade e a demanda por uma sociedade aberta, publicidade das informações estatais e segurança nacional. A proteção da privacidade, portanto, inclui áreas tradicionais de sigilo, como registros médicos, bancários, legais e estatais, mas tam-

44. A forma qualificada, prevista no seu § 3.º, da invasão de dispositivo informático traz estes novos patamares mínimos e máximos em caso de "obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais", enquanto que seu § 4.º traz a majorante acima citada em caso de "divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título".

45. Vianna apresenta este exemplo para tratar da proposta então presente no Projeto de Lei 84/1999, porém sua crítica é perfeitamente extensível a atual proposta de reforma do Código Penal.

46. SIEBER, 1998, p. 40.

bém informações sobre o acesso de usuário de serviços de internet, como o registro de seu tráfego.

Algum tipo de legislação contra violações à privacidade que existe na maioria dos sistemas legais ocidentais tratam de proteção de dados, porém certas diferenças podem ser apontadas no que diz respeito: ao escopo de aplicação, aos requisitos procedimentais para processamento de dados pessoais e seus requisitos substantivos e às instituições de controle e seu funcionamento. Porém, a diferença principal está no tipo de condutas tipificadas: violações de direitos substantivos de privacidade, violações a requisitos legais formais, violação ao direito de acesso e negligência na implementação de medidas de segurança.[47]

Os primeiros incluem: divulgação, obtenção e acesso de dados; uso ilegítimo de dados; entrada ilegal, modificação ilegal e falsificação de dados com o intuito de causar danos; gravar, coletar ou armazenar dados que são substancialmente ilegais; e armazenamento de dados incorretos.[48]

A Convenção de Budapeste não traz a obrigação de se criar nenhum tipo penal especificamente em relação à violação de privacidade, porém os arts. 2.°, 3.°, e 4.°, já anteriormente analisados, ao tratarem da invasão de sistemas informacionais em seu caráter mais amplo, acabam por incluir o tema. O tema da privacidade consta no preâmbulo da Convenção e é uma das bases do tratamento da questão criminal informacional no entendimento do texto internacional.

No caso do direito estadunidense, temos a criminalização do roubo de senha e dispositivo de acesso através do 18 USC §1030(a)(6), exigindo o intuito de defraudação, e do §1029, que trata do roubo de dispositivos de acesso, o que inclui cartões, senhas, números de conta e diversos outros suportes, materiais ou não, que dão instrumentos para a prática de fraudes.

Este dispositivo foi utilizado em US *vs.* Brewer, 835 F.2d 550 (5th Cir.1987) para criminalizar um indivíduo que repetidamente ligou para o 0800 de uma companhia telefônica tentando senhas aleatórias até acertar uma que lhe dava acesso a ligações gratuitas. O mesmo dispositivo pode ser usado contra o *phishing*.[49]

O *Identity Theft and Assumption Deterrence Act* de 1998 emendou o 18 USC §1028 e tornou ilegal a transferência ou uso dolosos, sem autorização, de qualquer tipo de identificação de outra pessoa com o intuito de violar lei federal ou praticar delito. Isto inclui e-mail e outras formas de identificação telefônica.

Porém, estes crimes são de difícil persecução, pois as vítimas costumam demorar a constatar a violação e neste momento posterior a operação criminosa pro-

47. SIEBER, 1998, p. 64-65.

48. Idem, p. 66.

49. HERRERA-FLANIGAN; GHOUSH, 2010, p. 275.

vavelmente já estará fechada, pois a operação costuma ter uma duração bastante limitada no tempo para evitar a descoberta. O fato de que os agentes se utilizam de servidores públicos em outros países e contas e dados falsos faz com que seja necessário um alto nível de técnica forense para a investigação.[50]

3.3.2 Direito nacional

Segundo De Castro, a questão da privacidade no meio informacional já estaria tutelada no direito penal pátrio. O art. 40 da Lei 6.538 trata da devassa de conteúdo de correspondência fechada (com pena até três meses) que poderia ser aplicado ao correio eletrônico, porém destaca que o art. 10 da Lei 9.296/1996 que trata da interceptação de comunicações, inclusive pela via informacional, pelo princípio da especialidade seria o tipo penal mais adequado para tratar da questão. Para a correspondência comercial, permaneceria o art. 152 do CP.[51]

Entretanto, se deve aclarar que a invasão de sistemas de correio eletrônico não representa interceptação, pois a informação não está sendo de fato interceptada, ou seja, acessada durante seu processo de transmissão, no que a utilização do tipo penal proposto não seria adequada. Este raciocínio é corroborado pelo já exposto na parte anterior do presente trabalho e pela existência em separado dos arts. 2.º e 3.º da Convenção de Budapeste, que distinguem o acesso não autorizado da interceptação não autorizada.

Igualmente, a utilização do tipo penal da Lei 6.538 não seria adequada, pois ao tratar de correspondência fechada não é possível fazer uma relação direta com o meio virtual. Por exemplo, caso o usuário já tenha lido o correio eletrônico e haja acesso não autorizado, ainda haveria delito? E no caso de servidores de correio eletrônico que vasculham as mensagens recebidas através de algoritmos com o intuito de separar o *spam* ou conteúdo ofensivo? Mesmo antes do destinatário lê-lo, não teria sido a correspondência aberta, mesmo que de forma análoga? Portanto, não parece que nenhum destes tipos penais possa ser utilizado no caso da via informacional.

O Projeto de Lei 84 propunha o art. 154-A para o Código Penal, criminalizando a divulgação ou utilização indevida de informações e dados pessoais. A Lei 12.737, ao criar o delito de invasão de dispositivo informático, conforme já mencionado anteriormente, coloca a divulgação como majorante, enquanto que o projeto de reforma do Código Penal também utiliza a divulgação como majorante em seu delito de "acesso indevido".[52]

---

50. EASTTON; TAYLOR, 2011, p. 9.
51. DE CASTRO, 2003, p. 21-23.
52. BRASIL, 2014, art. 212, § 3.º.

A criação padece de dois outros problemas. O primeiro deles está em não exigir nem ao menos a possibilidade de produção de dano, como o faz o art. 153 já presente no Código Penal, fazendo com que o princípio da lesividade, que deveria orientar a produção legislativa na esfera penal, não seja respeitado. O segundo está na pena cominada, que passa de um a seis meses na divulgação de segredo já positivada para de um a dois anos no tipo proposto majorados em até dois terços no projeto de reforma. Este aumento é claramente desproporcional, já que a conduta não apresenta maior lesividade, pelo contrário, nem mesmo a exige propriamente.

3.4 Delitos de natureza econômica

3.4.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

Uma das mais preocupantes formas e finalidades da invasão de sistemas de computadores na espionagem informacional, apresentando um risco ainda maior que a espionagem tradicional, já que os sistemas de informação acumulam uma quantidade imensa de dados que podem ser copiados e retransmitidos em segundos através do globo. A criminalidade econômica também se manifesta através da sabotagem e extorsão pela via informacional, como através de *trojans*,[53] vírus e *worms* e da fraude pela via eletrônica.[54]

Antes dos computadores, o acesso exclusivo a conteúdos privados era coberto por disposições penais acerca do sigilo de correspondências, comunicações telefônicas e informações cobertas pelo sigilo profissional, no que podemos ver as novas disposições, relativas à era informacional, como análogas destas formas anteriores, uma extensão.

Apesar da proximidade entre as duas formas de criminalidade, não é possível garantir a esfera de proteção necessária simplesmente através das provisões criminais tradicionais. As leis acerca de interceptação muitas vezes se limitam às comunicações orais e normas acerca de invasão e falsificação, assim como acesso não autorizado, não podem simplesmente ser estendidas analogamente para as novas formas de criminalidade, conforme já foi apresentado acima.

No caso da espionagem, fica clara a insuficiência das provisões tradicionais, pois nesta se pressupõe a aquisição física da propriedade ou posse de outra pessoa, que perde o domínio físico sobre o bem. No caso da espionagem informacional, as tecnologias de processamento de dados fazem com que os dados possam ser copiados

53. *Trojans* tem seu nome inspirado na famosa história do cavalo de Tróia e são programas ou códigos escondidos no interior de programas com aparência legítima em geral com o intuito de obter informações pessoais dos usuários.

54. SIEBER, 1998, p. 44, 48.

e transferidos ao redor do mundo sem que a informação original seja perdida ou danificada. Com isto, tivemos a criação de dispositivos legais tratando da cópia de informações e dados, sendo a dificuldade precisar até que ponto a criminalização é necessária. Enquanto que em alguns países, como Alemanha e Bélgica, haja uma relutância em aplicar as normas tradicionais a estas novas formas de criminalidade, nos EUA e Canadá já há a concepção de que a informação também é propriedade e não pode ser tomada sem autorização.[55]

Estas diferenças entre a natureza da propriedade material e bens imateriais e intelectuais faz com que a teoria tradicional da propriedade não possa ser simplesmente transferida para o campo da tecnologia da informação. Por exemplo, um dos atributos da propriedade é a exclusividade, enquanto que a informação tende a ser vista como um bem público, sendo restrito o acesso em alguns casos. Além do ponto de partida ser diverso, enquanto que o furto tradicional implica a perda do domínio sobre o bem, no caso de furtos de informação esta pode apenas ser copiada, permanecendo ainda com seu proprietário original. Com isto, tivemos recentes leis sobre segredos empresariais (Canadá, Alemanha, Reino Unido e EUA, por exemplo), nas quais esta nova concepção procedimental de teorias relacionais, ao invés de teorias da propriedade.[56]

Outro importante ponto é sobre a falsificação de dados, cuja criminalização em alguns sistemas se reduzia originalmente a documentos físicos, já que exigia a percepção visual da falsidade. A solução apresentada foi a modificação legal, passando a não mais exigir o aspecto visual como requisito para a tipificação. No caso das fraudes também houve processo semelhante, através do qual muitos países, para evitar uma relativização excessivas das disposições legais existentes, criaram tipos legais específicos.[57]

Os arts. 7.º e 8.º da Convenção de Budapeste tratam, respectivamente, da falsificação e fraude através da via informacional, trazendo aos países a possibilidade de restringir a criminalização de falsificação aos casos nos quais há intenção de fraudar ou outro intuito similarmente ilegítimo e exigindo que a fraude se relaciona com um perda efetiva de propriedade.

Nos Estados Unidos da América, o 18 USC §1030(a)(2) visa proteger a confidencialidade da informação armazenada em computadores, em especial sistemas de crédito e de relações de consumidor com instituições financeiras, assim como informações em computadores governamentais. Aqui não se exige a produção de nenhum dano. A mera visualização da informação já é vista como uma obtenção não autorizada, mesmo que a informação não seja transferida para outro meio digital.

55. Idem, p. 74.

56. Idem, p. 75.

57. Idem, p. 80-82.

A seção (a)(4) criminaliza o ato de invadir computadores com o intuito de cometer fraude, não exigindo que a fraude se realize plenamente, mas sim ao menos a obtenção de algo de valor. Entretanto, o próprio tipo já exclui o mero uso de computador.

Em 1996 foi editado o *Economic Espionage Act* criminalizando o roubo ou apropriação indevida de segredos empresarias/industriais. O termo usado – *trade secrets* – se refere a toda forma e tipo de informação financeira, negocial, científica, técnica, econômica ou de engenharia, incluindo padrões, planos, compilações, programas, dispositivos, fórmulas, códigos, seja o bem material ou imaterial, não importando como armazenado.[58]

O 18 USC §1831(a) criminaliza aqueles que praticam espionagem econômica internacional, no intuito de beneficiar entidade estrangeira e o §1832 criminaliza o roubo de segredos para obtenção de vantagem econômica ou financeira, não importa quem seja o destinatário final da informação.

Destes apontamentos, podemos perceber que, em linhas gerais, esta classe de delito se apresenta mais como uma releitura de crimes tradicionais do que propriamente uma nova forma de criminalidade. A tecnologia da informação potencializa a atuação criminosa em casos como fraude e sabotagem e espionagem industrial, mas não necessariamente cria a necessidade de novos tipos penais – como fica claro com o caso dos Estados Unidos, onde os tipos destacados apenas estendem à dimensão informacional formas criminalizadoras que já existiam antes da mudança no paradigma tecnológico.

3.4.2 Direito nacional

O direito brasileiro, além das formas tradicionais de fraude, possui dos dispositivos legais que tratam das questões levantadas nesta parte do presente trabalho: o delito de lavagem de dinheiro (previsto no art. 1.º da Lei 9.613) e os delitos contra a propriedade industrial (elencados no art. 185 da Lei 9.276). Nos tipos penais descritos por tais dispositivos, não parece constar nenhum tipo de limitação à sua extensão a casos de decorrentes do uso da informática como meio para a prática dos delitos, no que não há a necessidade de criação de novos tipos penais.

No caso da fraude, mas precisamente no crime de estelionato, o Projeto de Lei 84 inseriria um novo inciso ao art. 171 do CP, trazendo a figura do estelionato eletrônico. No mencionado dispositivo, se criminalizava a introdução de *malware* visando o favorecimento eletrônico do agente ou de outrem – aumentando a pena caso o agente se valha de nome falso ou identidade de terceiros, no que se repete a crítica já tecida anteriormente.

Na atual proposta de reforma do Código Penal, devemos fazer uma leitura combinada de seu art. 215, que o delito de fraude informatiza, e o já tratado art. 217,

58. HERRERA-FLANIGAN; GHOSH, 2010, p. 280.

que traz o delito de "artefato malicioso". O problema dos mencionados tipos está em que, enquanto que o delito de estelionato exige a obtenção da vantagem ilícita, sua forma eletrônica apena da mesma forma aquele que apenas difundiu o artefato malicioso com esta intenção. Ou seja, se transforma um crime de resultado em um crime de mera conduta. Assim, aquilo que seria normalmente imputado como estelionato tentado, passa a ser um estelionato eletrônico consumado. Não parece acertada tal escolha legislativa.

3.5 Proteção da propriedade intelectual

3.5.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

Como narrado, uma das mais importantes dimensões da sociedade da informação e a produção e o fluxo de bens imateriais. A produção cultural e de formas de expressão – como música, cinema e literatura – ocupam um papel central nestes novos tempos e a velocidade do fluxo de dados facilita sua transmissão ao redor do globo.

Entretanto, este fenômeno tem uma conhecida consequência, o aumento da pirataria em escala local, nacional e global. Um passeio pelas ruas da maioria das grandes cidades brasileiras nos mostra a facilidade com que se pode adquirir programas de computador e filmes pirateados.

Frente a este fenômeno, a indústria e as empresas começaram massivas campanhas contra a pirataria, inclusive defendendo a criminalização de diversas condutas envolvidas com a mesma e propagandeando a suposta relação entre o consumo de produtos piratas e a formas tradicionais de criminalidade.

O problema da propriedade intelectual coloca em evidência a difícil relação entre liberdade de informação – e direito de acesso a mesma – e os direitos dos autores e empreendedores detentores de direitos sobre as obras produzidas. Os preços proibitivos de muitos programas e bens culturais (como CDs) são apontados como decisivos no aumento e proliferação da pirataria.

A pertinência do uso da esfera criminal para tutelar a propriedade intelectual é altamente questionável, sobretudo quando assume contornos como o do caso de Chan Nai-min, preso em Hong Kong por partilhar cópias de produções de estúdios de cinema americanos.[59] Entretanto, tendo em vista a tendência mundial de buscar uma resposta também penal à questão da propriedade intelectual, mesmo questionando sua adequação, é necessário tratar da matéria.

Enquanto que a proteção existente para segredos empresariais e proteção contratual daria conta de abarcar a defesa de programas e atos secretos, esta não é sufi-

59. Mais informações: BBC. BitTorrent user guilty of piracy. 25.10.2005. Disponível em: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4374222.stm].

ciente para tratar da comercialização, por exemplo, de programas destinados ao público em geral, ademais considerando que leis de patentes apenas incluem aqueles programas que apresentam inovação técnica – o que representa uma parcela reduzida dos mesmos. Com isto, o foco passa para as leis de propriedade intelectual.[60]

Apesar da importância da proteção da propriedade intelectual, a relutância em criminalizar violações de direitos de propriedade intelectual anteriormente descrita tem como consequência a limitação da via penal para os casos mais graves, nos quais há dano econômico real ou cometimento com o intuito de lucro, deixando os demais para a esfera cível e administrativa.[61]

O art. 10 da Convenção de Budapeste trata das ofensas relacionadas à violação de propriedade intelectual e direitos correlatos e obriga os Estados signatários a adotar sanções criminais contra estas práticas, desde que a conduta se realize em escala industrial e através de sistemas de informação. A própria Convenção, porém, além de restringir a criminalização a estes casos especialmente graves, abre a possibilidade para que se abra mão da via penal, desde que o país em questão adote outros remédios efetivos na proteção dos direitos mencionados.

Assim, apesar da Convenção ter sido criticado por trazer a questão da criminalização da violação da propriedade intelectual,[62] a abertura apresentada no próprio texto convencional deixa uma ampla margem de discricionariedade para o Estado signatário. Isto permite ao Estado adotar medidas mais de acordo com a garantia dos direitos humanos e liberdades individuais de seus cidadãos, ao invés de simplesmente optar por um aumento de dispositivos criminalizadores.

Nos Estados Unidos da América, um dos principais criadores mundiais de novos bens imateriais, o 17 USC §506 e 18 USC §2319 criminaliza qualquer pessoa que dolosamente viole direito de propriedade intelectual com o fim de obter vantagem econômica, ganho privado financeiro ou para reproduzir ou distribuir, durante pelo menos 180 dias, uma ou mais cópias de obra ou obras protegidas pela propriedade intelectual, cuja venda excederia $1,000.

Porém, desde 1997, em resposta ao caso US *vs.* LaMacchia de 1994, no qual o fato do acusado ter distribuído de graça programas levou à absolvição, o *No Electronic Theft Act* passou a criminalizar também a distribuição sem fins lucrativos, incluindo a utilização de redes *P2P*.[63] A única exceção é cópia pelo próprio proprietário para fins de backup e manutenção.[64]

---

60. SIEBER, 1998, p. 84.
61. Idem, p. 87.
62. GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAING, 2000.
63. *P2P*, *peer-to-peer* por extenso, é uma tecnologia de transmissão de dados através da qual, ao invés de se conectar a um servidor para obter o conteúdo desejado, o usuário se conecta diretamente a outros usuários que possuam o arquivo em questão.
64. HERRERA-FLANIGAN; GHOSH, 2010, p. 278.

No ano seguinte, o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) vai um passo além e criminaliza qualquer um que dolosamente e com o intuito de obter vantagem comercial ou ganho financeiro privado evite medida técnico-tecnológica que controla ou protege o acesso a um trabalho protegido sob as leis de propriedade intelectual, o que inclui, por exemplo, DVDs ou programas. A pena pode ir até cinco anos de prisão.

A exceção à criminalização está no conceito e *fair use*. Esta noção permite a cópia limitada e a distribuição de material protegido sob a propriedade intelectual, porém não há regras precisas para se definir tal conceito, mas quatro fatores principais devem ser considerados: o fim e natureza do uso; a natureza da obra protegida; a natureza do material usado; e o efeito do *fair use* no valor de mercado da obra.[65]

Segundo parte da comunidade científica, o DMCA prejudicaria a pesquisa acadêmica, pois a engenharia reversa, o que envolveria técnicas enquadráveis na lei, é um elemento necessário na busca por interoperabilidade entre diferentes sistemas. Porém, uma das seções do própria DMCA já traz um número de cláusulas neste sentido, porém de forma limitada.[66]

3.5.2 Direito nacional

No direito penal brasileiro temos dois dispositivos legais que tratam da questão da propriedade intelectual: art. 184 do CP e art. 12 da Lei 9.609.

Quanto ao tipo penal geral, de violação de direito autoral, o Código Penal criminaliza qualquer tipo de violação de direito autoral, não importando a dimensão da lesão provocada, nem ao menos exigindo que um dano econômico concreto tenha sido produzido. No caso de violação de direito autoral com intuito de lucro (§§ 2.º e 3.º do dispositivo), o crime se torna qualificado e a pena passa de três meses a um ano (o preceito secundário geral do tipo presente no *caput*) para de dois a quatro anos.

A única exceção à criminalização se dá no § 3.º do mesmo artigo, que prevê a possibilidade de cópia de um único exemplar, sem intuito de lucro, para uso exclusivo do copista, ou das demais limitações aos direitos do autor previstas na Lei 9.610, como reprodução de pequenos trechos sem intenção de lucro.

A legislação brasileira criminaliza praticamente qualquer tipo de uso da obra não autorizado pelo detentor dos direitos de propriedade intelectual, independentemente da intenção ou não de lucro – no que podemos identificar uma clara distinção do espírito previsto na Convenção de Budapeste, na qual a criminalização deve, em princípio, restringir-se a violação em escala industrial, ao menos naqueles casos cometidos com uso de sistemas de computador.

65. Idem, p. 280.

66. Idem, ibidem.

A criminalização se torna ainda mais grave no caso do art. 12 da Lei 9.609, que trata especificamente dos direitos do autor de programa de computador. No mencionado artigo, o preceito secundário do *caput* – com dicção semelhante a do *caput* do art. 184 do CP, porém restringindo-se ao objeto da lei – traz o dobro da pena do seu correspondente geral do Código Penal, apresentando uma desproporcionalidade desarrazoada. Entretanto, se a reprodução é para fins comerciais, a pena quase se identifica a dos §§ 2.º e 3.º do art. 184 do CP, com a diferença de que o patamar mínimo baixa de dois para um ano.

Apesar de se aproximar muito da lei estadunidense, a legislação penal brasileira acaba por ser mais rigorosa, pois não possui a cláusula de *fair use* utilizada pelo DMCA. Como já apontado, este conceito não é precisado de forma definitiva pela lei ou jurisprudência estadunidenses, porém abre a possibilidade para uma discussão mais efetiva dos limites da criminalização de uma suposta violação da propriedade intelectual que a lei brasileira parece vedar.

Não se quer, com isso, defender necessariamente uma descriminalização irrestrita destas violações, porém, se o compromisso do Brasil é, e deveria sê-lo, em harmonizar seu sistema legal com os parâmetros legais construídos no debate internacional, um abrandamento do rigor dos artigos nacionais aqui mencionados parece um passo importante.

3.6 Conteúdo ilegal e danoso

3.6.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

Com a difusão dos computadores pessoais e da internet, uma das consequências acabou sendo a propagação de conteúdos considerados imorais ou danosos em uma escala global muito mais intensa do que antes. Enquanto que, por exemplo, a propaganda nazista dependia da articulação entre grupos locais e trocas de correspondência postal tradicional, na era da informação estes grupos se organizam através de redes sociais, trocam informações ao redor do mundo e planejam ações através de trocas eletrônicas de informação.

A propaganda nazista faz parte da problemática maior dos discursos de ódio, que inclui, também, mas não somente, a homofobia, xenofobia e outras formas de discriminação em relação a grupos minoritários ou historicamente oprimidos. Porém, estes são os únicos conteúdos considerados danosos ou ilegais.

Além da questão da violência em jogos de computador e outros bens culturais – a qual não será aqui tratada por fugir do escopo do presente trabalho –, uma das principais preocupações é com a pornografia, principalmente com a pornografia infantil.

Acerca da pornografia infantil e pornografia em geral, se pode identificar quatro tipos de proteção: foco na proteção da vítima da exploração para fins de produção de material pornográfico; proteção do desenvolvimento mental e moral das crian-

ças, protegendo-as do acesso a conteúdo pornográfico; proteção do público geral de acidentalmente deparar-se com conteúdos desta natureza; e imposição de padrões públicos de moralidade no sentido de garantir a ordem moral da população.[67]

Por motivos óbvios, o Direito Penal deve ocupar-se quase que exclusivamente com o primeiro tipo de proteção, assim como talvez com a difusão do conteúdo produzido a partir da exploração. Para os demais casos, o uso de medidas administrativas e civis para obrigar servidores e produtores a colocar medidas de identificação de usuários e a responsabilização dos responsáveis pela criança no caso de expô-la a este tipo de conteúdo parece já ser suficiente para o tratamento da matéria, enquanto que sobre os conteúdos proibidos o Direito Penal vem sendo tradicionalmente utilizado.

A própria questão do conteúdo absolutamente proibido é bastante controversa no plano internacional e há claras diferenças de posturas entre os países. Os EUA, por exemplo, é conhecido por apresentar uma visão mais liberal quanto à liberdade de expressão, entendendo que esta protege inclusive discursos de ódio e que tentem desmentir atrocidades históricas, ao menos dentro de limites muito mais flexíveis do que, por exemplo, no caso da Alemanha, onde praticamente qualquer defesa do nazismo ou fala contra a existência do Holocausto é vedada.

A Convenção de Budapeste traz dispositivos acerca da pornografia infantil (art. 9.º), trazendo como possibilidades de criminalização não só a produção de pornografia infantil com fins de distribuição pelo meio eletrônico, mas também a oferta, distribuição e, até mesmo, a busca e armazenamento do referido conteúdo – entretanto permitindo aos países não criminalizar estas duas últimas.

A Convenção também se preocupa em definir o que seria a pornografia infantil, incluindo não apenas o material pornográfico que exiba menores em práticas sexuais explícitas, mas também as imagens que apresentem pessoas que pareçam menores ou imagens realistas que representem um, ou uma menor, nestas condições. Novamente a Convenção abre a possibilidade do país modular estas obrigações e limitar-se a apenas criminalizar o primeiro caso.

Nos EUA, apesar da pornografia ser considerada uma forma protegida de liberdade de expressão, conforme expresso no caso Miller *vs.* Califórnia de 1973, o *Child Protection and Obscenity Enforcement Act* de 1988, atento para o fato de que esta proteção evidentemente não poderia se estender ao caso da pornografia infantil, trouxe o dispositivo 18 USC §2257, exigindo que os produtores de material pornográfico mantivessem um registro com a identidade e idade dos atores e participantes de suas obras.

O *Protect Act* de 2003 foi um passo adiante e criando o 18 USC §1466A passou a criminalizar todo tipo de imagem, incluindo desenhos, esculturas e pinturas,

67. SIEBER, 1998, p. 89-90.

que represente um menor participando de relações sexuais. Além de emendar o 18 USC §2252A, criminalizando a propaganda e distribuição do mesmo tipo de imagens – o dispositivo em questão criminaliza expressamente não só a distribuição e propaganda de material que contenha efetivamente um menor, mas também aquela de material que pareça representar um menor, desde que o material possa ser considerado obsceno.

A respeito dos discursos de ódios e violência, a Convenção de Budapeste não trazia inicialmente dispositivos neste sentido, entretanto em 2003 foi assinado o Protocolo Adicional à Convenção sobre Cibercrimes, tratando da criminalização de atos de natureza racista e xenofóbica cometidos através de sistemas de computador.

O art. 3.º do mencionado diploma legal internacional traz a obrigação de se criminalizar a distribuição de material racista ou xenofóbica através de sistemas de computador, entretanto abre a possibilidade de abrir-se mão da criminalização no seu § 2.º, desde que o material apenas incite uma discriminação dissociada do ódio ou violência, guardada a necessária existência de outros mecanismos eficiente no controle e tratamento da matéria.

Entretanto, mesmo esta abertura é relativizada no seu parágrafo seguinte, afirmando que, caso o sistema legal nacional inclua estes discursos dentro da proteção da liberdade de expressão, até mesmo a existência de outros remédios contra tais discursos pode ser dispensada.

Os arts. 4.ª e 5.º do Protocolo adicional tratam da criminalização de ameaças e insultos desta natureza, respectivamente. Entretanto, a possibilidade do país signatário não criminalizar a conduta se limita apenas ao caso do insulto. A ameaça deve necessariamente ser transformada em tipo penal.

Por último, o art. 6.º do Protocolo Adicional trata da criminalização da negação, minimização, aprovação ou justificação de genocídios ou crimes contra a humanidade, no que a questão do Holocausto desempenha um papel central – entretanto o próprio dispositivo já traz a possibilidade do país signatário abster-se de internalizar leis penais neste sentido.

Nos EUA, a proibição de discursos de ódio é tida como inconstitucional, desde que não entrem na esfera da obscenidade, difamação ou incitamento direto à violência ou protestos de semelhante natureza, conforme decidido no caso R.A.V. *vs.* Cidade de *St. Paul*, decidido em 1992 pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

A proteção, evidentemente, não se estende aos crimes cometidos por motivos de ódio e o *Federal Civil Rights Law*, de 1964, traz no 18 USC §245(b)(2) a possibilidade das autoridades federais acionarem penalmente aquele que intimida ou interfere na esfera de liberdade de outro indivíduo por motivos de raça, cor, religião ou nacionalidade. Em 1994, o *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* estende esta criminalização para questões de etnia e gênero e o *Matthew Shepard Act*, de 2009, inclui as questões de orientação sexual, identidade de gênero e deficiência

dentre o rol das características individuais a serem tuteladas pela esfera penal no que diz respeito aos crimes de ódio.

Da mesma forma como a tensão entre liberdade de informação e propriedade intelectual cria pontos de difícil uniformização a respeito do tratamento legal, penal ou não, da proteção dos bens imateriais, a tensão entre liberdade de expressão e seus possíveis efeitos danosos parece impedir uma uniformização global no tratamento da matéria.

Porém, este não é o único ponto de complicação. Independente do conteúdo em questão a ser considerado criminalizável, a persecução dos autores destes delitos é dificultada pelo aspecto transnacional dos mesmos e pela falta de uma cooperação internacional ágil e eficiente. O quase anonimato proporcionado através do uso de técnicas de informação contribui decisivamente para estas dificuldades.[68]

Em razão destas dificuldades, é comum que os Estados tentem compelir os próprios serviços e servidores a apagar e bloquear conteúdos ilegais, porém isto apenas é eficiente em relação a conteúdos claramente ilegais no próprio servidor. É tecnicamente muito difícil identificar todo tipo de conteúdo ilegal e praticamente impossível bloquear o acesso a outros servidores sem, ao mesmo tempo, comprometer as vantagens de uma rede internacional de computadores. Logo, este ponto se divide em dois: responsabilidade do autor ou daquele que fornece o conteúdo e responsabilidade do servidor da rede na qual se hospeda ou através do qual circula o conteúdo ilegal ou danoso.[69]

No caso da responsabilidade dos servidores, o Protocolo Adicional anteriormente trabalhado abre a possibilidade da sua responsabilização, porém, como ressaltado por Akdeniz, a exigência da intencionalidade impede que a mera hospedagem do conteúdo habilite a responsabilização.[70]

A tendência é restringir a responsabilidade dos servidores para os casos nos quais o servidor possui conhecimento atual acerca da ilegalidade do conteúdo que hospeda ou disponibiliza, tendo em vista a possibilidade técnica ou não de detectá-lo e apagá-lo. Em geral, se entende que a responsabilização deve restringir-se apenas ao conteúdo armazenado no próprio servidor, a não aos casos nos quais o servidor apenas provê o acesso ou transporta o conteúdo.[71]

3.6.2 Direito nacional

O art. 20 da Lei 7.716 criminaliza a conduta de praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação, por motivos de raça, sexo, religião, dentre outros

68. Idem, p. 56.

69. Idem, p. 57, 88.

70. Akdeniz, 2008, p. 28.

71. Sieber, 1998, p. 95.

motivos – que porém não inclui a questão da opção sexual, sob os protestos de parte do movimento em defesa dos direitos da comunidade LGBTT.

Não há, porém, um tratamento legal direto da questão da negação de genocídios e crimes contra a humanidade. Esta lacuna é compreensível, já que esta temática nunca possuiu centralidade no debate político-jurídico brasileiro.

Quanto à pornografia infantil, o art. 241 da Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) criminaliza a publicação de cenas de sexo que incluam crianças ou adolescente. O Projeto de Lei 84 modificaria este dispositivo, entretanto o mesmo já foi emendado em dois momentos e na sua redação atual já traz expressamente o compartilhamento através de sistemas de informática como uma das formas de cometimento do delito em tela, inclusive criminalizando a mera posse ou armazenamento do material.

Portanto, a legislação penal brasileira já se encontra corretamente harmonizada com as exigências da Convenção de Budapeste e com outras legislações nacionais sobre o tema, no que destaca-se a legislação estadunidense apresentada.

3.7 Direito processual penal

3.7.1 Teoria geral e direito internacional e comparado

Um dos pontos mais delicados acerca dos crimes informacionais diz respeito à jurisdição e competência – a aplicação extraterritorial de lei penal nacional –, pois a rede mundial de computadores permite que um conteúdo gerado, por exemplo, no Brasil, esteja hospedado em um servidor canadense e acessado por um usuário no Japão.

Com isto, alguns países adotaram a doutrina do efeito (potencial) do crime, argumentando que mesmo encontrando-se o material hospedado em um servidor em outro país, ao poder ser acessado em território nacional, produz efeitos ali, permitindo a persecução penal. Esta doutrina foi utilizada pela Alemanha para justificar a persecução penal em razão de conteúdo relacionado ao nazismo hospedado em servidor canadense, país onde não havia a vedação legal a este tipo de oferta de material. O resultado é que todo servidor estaria sujeito a todos os ordenamentos jurídicos do mundo, o que é impraticável e indesejável.[72]

O art. 22 da Convenção de Budapeste trata da jurisdição estabelecendo a obrigação dos países adotarem medidas que permitam a persecução de crimes cometidos: em seu território; a bordo de navios sob sua bandeira; a bordo de aeronaves registrada sobre as leis de seu país; por um nacional de seu país, se o crime cometido é punível no local de sua prática ou se a ofensa é cometida fora da jurisdição de qualquer Estado.

72. Idem, p. 131.

Ainda assim poderemos ter conflitos de competência, pois a Convenção abre a possibilidade de cada país tratar sua competência de forma jurisdicional de forma um pouco diferente e mais detalhada, no que o § 5.º do mesmo artigo afirma que, nestes casos, os países envolvidos no conflito de competência deverão realizar uma consulta com o intuito de determinar a jurisdição mais apropriada para a persecução – o que significa que, na prática, não estabelece um eficaz mecanismo de controle.

Os poderes estatais na investigação e preservação de dados informacionais são outro ponto de especial controvérsia, o que é tratado pelos arts. 14 e ss. da Convenção de Budapeste.

O art. 14, § 1.º, permite a criação de poderes e procedimentos para a persecução dos crimes previstos na Convenção, mas também de quaisquer outros crimes cometidos através de sistemas de computadores, o que dá espaço para que os amplos poderes de busca e apreensão trazidos pela Convenção sejam usados de forma muito ampla. Para corrigir este problema, Akdeniz recomenda é que, quando da internalização do tratado, se limite tais poderes aos crimes estabelecidos na Convenção.[73]

Estes poderes são mais bem detalhados nos arts. 16 e 17, que tratam detalhadamente de formas e poderes de apreensão e vigilância por parte das autoridades estatais, porém não fazem menção a medidas de segurança e privacidade para os usuários, ou seja, limitações à atuação do governo.

Enquanto que tais artigos detalham os requisitos para invasão de privacidade por parte das autoridades oficiais, não ficam claros os limites para o uso deste poder por parte das mesmas. Uma menção vaga à proporcionalidade não é suficiente.[74] Assim, para uma adequada proteção da privacidade – e tratamento da proteção de dados, que não possui um tratamento adequado no texto – é necessário o estabelecimento de parâmetros mínimos quando da internalização do diploma internacional.[75]

Outro problema sério da Convenção está nos arts. 18 (produção de ordens no âmbito investigatório), 19 (busca e apreensão de informação computacional), 20 (coleta em tempo real de tráfego informacional) e 21 (interceptação de conteúdo), pois estes não exigem a realização destas medidas apenas através de mandados judiciais, abrindo um espaço discricionário excessivo ao poder de polícia.

Dentre estes, o § 4.º do art. 19 é particularmente preocupante, pois permite que o Estado obrigue os usuários a fornecer suas chaves de encriptação e textos de

73. AKDENIZ, 2008, p. 9.

74. TAYLOR.

75. AKDENIZ, 2008, p. 10-11.

arquivos encriptados de forma ampla. Akdeniz aponta que o correto seria obrigar apenas a entrega do arquivo de texto bruto, mas não da chave criptográfica, o que permitiria um acesso amplo e irrestrito a todos os documentos dos usuários.[76]

No Reino Unido, os usuários que se recusam a fazê-lo podem ser multados. O art. 20, na mesma linha de violação da privacidade dos usuários, permite que leis domésticas obriguem os servidores a coletar informações sobre o tráfego de informações e os fornecer às autoridades estatais, porém sem estabelecer cláusulas de garantias aos usuários.[77] Os usuários não precisem nem mesmo ser informados acerca da existência de coleta em tempo real ou interceptação por parte dos órgãos governamentais.[78]

3.7.2 Direito nacional

A respeito da questão da jurisdição, segundo De Castro, estaria resolvida pelo art. 6.° do CP, permitindo que o crime informacional cometido em território nacional ou que atinge bem neste seja de competência da justiça brasileira.[79] Porém, esta norma é claramente insuficiente, pois o problema não é fixar que há algum país jurisdicionalmente competente, mas determinar, dentre os diversos países com jurisdição sobre a matéria, qual seria aquele a exercê-la no caso concreto.

A colocação da Convenção de Budapeste que o conflito será resolvido através de um mecanismo de consulta pode ser hábil para resolver o problema, entretanto é necessário detalhar melhor de que forma funcionaria esta solução e, principalmente, quais seriam os critérios utilizados para tal aferição. É evidente que este problema não é uma exclusividade dos delitos informacionais.

A criminalidade transnacional é um fenômeno especialmente problemático para o direito penal internacional em geral e, com isto, a solução deverá procurada em uma harmonização com a discussão apresentada neste âmbito mais amplo – que não se encontra ainda definitivamente resolvida. Seria, portanto, importante, que o atual projeto de reforma do Código Penal tratasse também da competência para os crimes informacionais, ao menos indicando claramente o papel do direito internacional na resolução deste ponto.

4. CONCLUSÃO

Conforme foi apresentado ao longo deste trabalho, o advento da sociedade da informação trouxe uma mudança de paradigma em todas as esferas de vida social,

76. Idem, p. 25.

77. TAYLOR.

78. AKDENIZ, 2008, p. 23.

79. DE CASTRO, 2003, p. 14.

no que o Direito não pode se permanecer alheio, incluindo o direito penal. Porém, o uso da tutela penal para tratar destas questões não pode ser uma desculpa para um aumento desmedido dos poderes punitivos e investigativos do Estado.

A preocupação da produção legislativa deve ser, pelo contrário, com a garantia das esferas de liberdade e privacidade dos indivíduos. Com esta constatação em vista, os últimos e atuais projetos e modificações legislativas, desde o Projeto de Lei 84, passando pela Lei 12.737/2012, até o projeto de reforma do Código Penal, devem ser analisados criticamente e com propostas de mudanças concretas no texto legislativo, para que melhor se adeque ao ordenamento jurídico nacional e internacional.

A Convenção de Budapeste deve nortear esta adequação e, portanto, seria benéfico que o Estado brasileiro assinasse e ratificasse o mencionado documento. Apesar de produzido no âmbito da União Europeia, o documento é aberto para que outros países – como o caso da Austrália e EUA, ambos signatários da Convenção – e, ao entrar no seu âmbito de aplicação, o Brasil não apenas se submete a seus dispositivos, mas passa a entrar no debate internacional acerca do tema.

A internacionalização e harmonização necessárias nestes tempos de sociedade global não se limitam à assinatura de documentos produzidos no âmbito internacional, mas deve incluir a efetiva participação na esfera pública mundial e o Brasil não deve se furtar de se expor neste âmbito.

Portanto, tendo a Convenção de Budapeste como principal parâmetro, junto aos direitos e garantias individuais e colocações expostas ao longo do presente trabalho, propõe-se uma possível redação para dispositivos que pretendam regular o tema:[80]

a) Crimes informacionais gerais

Supressão da proposta dos art. 216 e 217 e modificação dos arts. 212 e 214, ambos do Projeto de Lei do Senado 236/2012, de modo a aproximar o crime de dano. A respeito da majorante da divulgação, entende-se que eventual publicização resolver-se-ia pelo delito de divulgação de segredo presente no projeto com a modificação abaixo proposta.

"Obtenção de dado informático mediante acesso indevido

Art. 212. Obter ou transferir dado informático através de sistema informatizado obtido mediante violação de restrição de acesso, sem autorização ou em desconformidade com autorização do legítimo titular do sistema:

Pena – prisão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa."

"Inserção ou difusão de artefato malicioso seguido de dano

80. A questão do conteúdo danoso ou ilegal não consta na presente conclusão, pois, conforme exposto na parte referente do texto, o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico nacional já se encontra harmonizado com as exigências da Convenção de Budapeste.

Art. 214. Inserir ou difundir artefato malicioso em dispositivo de comunicação, rede de computadores, ou sistema informatizado, resultando em destruição, inutilização ou deterioração grave de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado:

Pena – prisão, de um a seis meses, ou multa".[81]

b) Proteção da Privacidade

Alteração da proposta do art. 167 no projeto de reforma do Código Penal na forma abaixo:

"Divulgação de segredo

Art. 167. (...)

§ 1.º Se as informações são privadas ou reservadas, assim definidas em lei, obtidas mediante violação de sistema informático, de informação ou banco de dados."

c) Crimes de natureza econômica

Supressão da proposta de art. 215, que traria a figura da fraude informatizada. Destaca-se que o estelionato pela via eletrônica já se encontra criminalizado pelo art. 171 já presente no Código Penal, assim como a forma tentada que seria trazida pelo inciso proposto.

d) Proteção da propriedade intelectual

Alteração do *caput* do art. 184 do CP, adicionando a expressão "com o intuito de obtenção de lucro ou outro tipo de favorecimento econômico" ao final do mesmo, de forma a melhor se harmonizar com os preceitos da Convenção do Belém do Pará, conforme consta de forma semelhante na redação de reforma do código, e alteração dos parágrafos primeiro e segundo em sentido semelhante mudando a redação atual para:

"§ 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, em larga escala, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

(...)

§ 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, em larga escala, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou

81. Aqui utiliza-se o preceito secundário do crime de dano atualmente vigente, entendendo que o aumento proposto da reforma do Código Penal é excessiva.

cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente."

Alteração do *caput* e §§ 1.º e 2.º do art. 12 da Lei 9.609, adotando a seguinte redação:

"Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador com o intuito de obtenção de lucro ou outro tipo de favorecimento econômico:

Pena – Detenção de três meses a um ano ou multa.

§ 1.º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio em larga escala, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena – Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio em larga escala, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral."

Na atual proposta de reforma do Código Penal, saúda-se a exigência de intuito de lucro e conjugação dos dois tipos penais (violação de direito autoral e violação de direitos de autor de programa de computador) no mesmo tipo penal, porém aparece inadequada a extensão para incluir a intenção de lucro indireto, já que mais ambígua que a de favorecimento econômico. Também a noção de oferecimento ao público parece menos adequada que a locução aqui proposta de disponibilização em larga escala, pois a noção de público poderia ser interpretada para abarcar âmbitos relativamente restritos de distribuição de conteúdo.

Ainda que a exigência de grande alcance para configurar o oferecimento ao público possa vir a ser desenvolvida pela dogmática penal nacional, mais adequado seria um tipo penal mais restrito e com menor espaço para o arbítrio judicial.

e) Direito processual penal

Com a ratificação da Convenção de Budapeste, a introdução do mecanismo de consulta previsto no documento para a resolução de conflitos de competência seria a ferramenta mais adequada para se dirimir eventuais dificuldades que poderiam surgir da aplicação dos novos tipos penais informáticos.

Com estas modificações propostas, o ordenamento jurídico vigente e as alterações legais propostas pelo projeto de reforma do Código Penal melhor se harmonizam com as exigências e determinações da Convenção de Budapeste – cuja ratificação pelo Brasil é, também, essencial – introduzindo o Brasil no debate internacional acerca da questão dos crimes informacionais.

5. BIBLIOGRAFIA

AKDENIZ, Yaman. An advocacy handbook for the non governmental organisations: The Council of Europe's Cyber-Crime Convention 2001 and the additional pro-

tocol on the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature committed through computer systems. Maio 2008. Disponível em: [www.cyber-rights.org/cybercrime/coe_handbook_crcl.pdf].

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Comissão de ciência e tecnologia, comunicação e informática. *Projeto de Lei 84, de 1999* (relatório). 14.06.2011.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Projeto de Lei 84, de 1999* (relatório e proposta de substitutivo). 05.10.2010.

_____; _____. *Projeto de Lei do Senado 236, de 2012* (relatório e proposta de substitutivo). 16.12.2012.

COUNCIL OF EUROPE. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.11.2001. Disponível em: [www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm].

_____. Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems. Strasbourg, 28.01.2003. Disponível em: [www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm].

_____. Explanatory report to the Convention on Cybercrime. Disponível em: [www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm].

_____. Explanatory report to the Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems. Disponível em: [www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/189.htm].

DE CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

EASTTON, Chuck; TAYLOR, Jeff. *Computer crime, investigation, and the law*. Boston: Course Technology, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Code. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/]. Acesso em: 04.07.2011.

FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Aldalberto (coords.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN. Member letter on Council of Europe Convention on Cybercrime. 18.10.2000. Disponível em: [http://gilc.org/privacy/coe-letter-1000.html].

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a Internet. *Boletim do IBCCrim*. ed. esp. ano 8. n. 95. São Paulo, out. 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

HERRERA-FLANIGAN, Jessica R.; GHOSH, Sumit. Criminal regulations. In: GHOSH, Sumit; TURRINI, Elliot (ed.). *Cybercrimes: a multidisciplinary analysis*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.

MCQUADE III, Samuel C. *Encyclopedia of cybercrime*. Westport: Greenwood Press, 2009.

PINTÉR, Róbert. Conceptualizing information society as risk society. *Periodica Polytechnica Ser. Soc. Man. Sci.* vol. 11. n. 1. p. 35-44. 2003. Disponível em: [www.pp.bme.hu/so/2003_1/pdf/so2003_1_04.pdf]. Acesso em: 02.07.2011.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Comares, 2002.

SIEBER, Ulrich. Computer crimes, cyber-terrorism, child pornography and financial crimes (general report). In: SPINELLIS, Dionysios (org.). *Computer crimes, cyber-terrorism, child pornography and financial crimes*. Atenas: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2004.

_____. Legal aspects of computer-related crime in the information society. 1998. Disponível em: [http://edc.uoc.gr/~panas/PATRA/sieber.pdf]. Acesso em: 02.06.2011.

TAYLOR, Greg. The Council of Europe Cybercrime Convention: a civil liberties approach. Disponível em: [www.crime-research.org/library/CoE_Cybercrime.html].

VIANNA, Túlio Lima. 3 críticas ao projeto de lei de crimes informáticos. 03.09.2009. Disponível em: [http://tuliovianna.wordpress.com/2009/09/03/3-criticas-ao-projeto-de-lei-de-crimes-informaticos]. Acesso em: 02.07.2011.

_____. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos econômicos do crime de informática, de Antonio Fonseca – *RT* 809/411, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/495 (DTR\2003\648);
- Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual, de Luciana Boiteux – *RBCCrim* 47/146, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/945 (DTR\2004\156);
- Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal, de Carlos María Romeo Casabona – *RCP* 4/83, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/509 (DTR\2006\22);
- Os "crimes de informática" e seu enquadramento no direito penal pátrio, de Lóren Formiga de Pinto Ferreira e José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior – *RT* 893/407 (DTR\2010\137);
- Os crimes digitais sob a vertente do Código Penal brasileiro, de Dayane Karla Barros De Farias Duarte e José Armando Ponte Dias Junior – *RTNE* 7-8/277-227 (DTR\2014\21275); e
- Ponderações acerca da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros, de Fernando Taveira Jr. – *RT* 942/71 (DTR\2014\1028).

A RELEVÂNCIA CRIMINAL DA GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

THE CRIMINAL RELEVANCE OF MISMANAGEMENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS

SARA CARVALHO MATANZAZ

Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada sócia no escritório Ferreira de Melo Advogados associados.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Econômico e Financeiro; Administrativo

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar a relevância criminal dada à conduta do gestor de instituição financeira, que se vale da fraude em sua administração. Para tanto, situou o delito no panorama do direito penal secundário, apreciando sua evolução histórica, principalmente no que concerne aos crimes econômicos. Prossegue estudando a tipificação brasileira da conduta, sabidamente no art. 4.º da Lei 7.492/1986, bem como o atual posicionamento dos tribunais quanto ao tema. Por fim, analisa de forma crítica a necessidade de sanção criminal e a adequação do tipo legal constante no ordenamento vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes econômicos - Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Tipicidade - Política criminal.

ABSTRACT: This study sought to examine the criminal relevance of the conduct of a financial institution director that use fraud in its administration. In order to do that, the crime was situated in the secondary criminal law, analyzing that historical evolution, namely with regard to economic crimes. It continues studying the Brazilian crime fixed Section 4, of Act 7.492/1986, as well as the current positioning of the courts regarding the theme. Finally, the Brazilian legal system is criticized about the need of penal sanction and the way its described on the law.

KEYWORDS: Economic crimes - Mismanagement - Financial institution - Typicality - Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A gestão fraudulenta como crime econômico: 2.1 Breve panorama histórico dos crimes econômicos e financeiros; 2.2 Delimitação da conduta de gestão fraudulenta - 3. O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira: 3.1 A Lei 7.492/1986: problemática conceitual; 3.2 A influência das decisões no âmbito administrativo; 3.3 Soluções dos tribunais - 4. Abordagem crítica da relevância criminal - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A atual repercussão dada às fraudes nas instituições financeiras no curso das crises econômicas mundiais tem chamado a atenção para a relevância criminal da conduta dos gestores dessas sociedades.

A busca por respostas jurídicas, e mais especificamente criminais, para a questão leva à conclusão de que complexas são as soluções no âmbito do direito penal econômico, o qual se expandiu de forma desordenada, muitas vezes criminalizando condutas sem a necessária solidificação dos conceitos jurídicos.

O presente trabalho visou, portanto, compreender a relevância criminal dada à gestão fraudulenta de instituição financeira no Brasil, a fim de analisar de forma crítica a resposta dada a tal conduta pelo ordenamento pátrio.

Com tal intuito é que se analisou brevemente o contexto histórico da incriminação no âmbito econômico-financeiro, entendendo que a tutela a bens jurídicos será sempre uma opção legislativa de determinado modelo de Estado.

Assim, para se compreender a evolução do direito penal econômico, necessário perceber a transição do modelo liberal para o Estado social e posteriormente para o atual Estado Democrático de Direito.

Como se verá, a revolução industrial e a Primeira Guerra Mundial apontaram para a necessidade do Estado em intervir no sistema econômico, o que muitas vezes se deu a partir da sanção criminal de condutas dos administradores das sociedades comerciais. Desta sorte, o avanço do direito penal econômico tem como pano de fundo a necessidade de resposta estatal às agruras econômicas.

Mas, veremos que a propagação pelos ordenamentos de leis esparsas com tipos penais de delito se fez à margem de uma efetiva delimitação conceitual dos bens supraindividuais, nos quais predominam os conceitos normativos indeterminados.

Desta análise se notará que o surgimento da criminalidade do colarinho branco, pioneiramente estudada por Sutherland e seguido por Edelhertz, apresentou grandes avanços do ponto de vista criminológico a permitir a sanção de condutas e agentes até então ignorados pelo direito penal.

No entanto, a definição dos bens tutelados, bem como a delimitação do perigo punível, ainda deixam perguntas sem respostas, sendo que o que se notará é que o direito penal econômico não se constituiu como corpo unitário de princípios e regras, abrangendo tipos presentes nos códigos iluministas além de leis extravagantes, muitas vezes paralelas às sanções administrativas das mesmas condutas.

Observado o aludido contexto se tomará como objeto específico de estudo a relevância criminal dada à conduta do administrador que age com fraude na gestão da instituição financeira gerando potencial perigo à credibilidade do sistema financeiro nacional.

A fim de verificar a resposta criminal dada pelo legislador brasileiro se estudará a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei 7.492/1986, a qual

prevê em seu art. 4.º o tipo de gestão fraudulenta. A norma será analisada à luz do princípio da legalidade, a se verificar que a previsão legal é falha em sua amplitude e deve receber pelo aplicador do direito restrições quanto ao agente, o *modus operandi* e a potencialidade lesiva da conduta.

Aliás, se observará que ante a amplitude típica será importante que se dê relevo às decisões administrativas oriundas das investigações do Banco Central, porquanto estas poderão delimitar os casos de lesão ou concreto perigo ao bem jurídico tutelado.

Finalmente será brevemente considerada a efetiva necessidade de tutela penal bem como a inadequação do texto legal que tipifica a conduta em nossa legislação.

Neste sentido será importante considerar que a atribuição de pena a determinada ação será sempre uma opção político-criminal e deverá atender às necessidades da sociedade em que o ordenamento se insere.

2. A GESTÃO FRAUDULENTA COMO CRIME ECONÔMICO

Antes que se analise a relevância criminal dada à gestão fraudulenta no Brasil faz-se necessário situar esta conduta no âmbito dos crimes econômicos, mais propriamente os de caráter financeiro, subespécie daqueles delitos. Para tanto, indispensável seja traçado um breve panorama histórico, a fim de se buscar a origem da intervenção do Estado coator na atuação do gestor que se valha de meios fraudulentos na administração da instituição financeira.

Em outras palavras, só se poderá entender a relevância criminal da gestão fraudulenta se compreendido o interesse do direito penal em tutelar determinadas condutas do particular, especialmente quando estas possam abalar uma economia nacional ou a credibilidade de determinado sistema financeiro.

2.1 Breve panorama histórico dos crimes econômicos e financeiros

O direito penal, como ramo do direito público que visa a proteção por meio da pena de bens juridicamente tutelados, só pode ser compreendido face ao modelo de Estado em que se insere.[1] O próprio conceito de bem jurídico, vai depender daquilo que cada sociedade considera como valor,[2] sendo que o resguardo desse pelo direito penal é matéria de política criminal, diretamente influenciada pela estrutura estatal adotada.

Nas origens do atual Estado Democrático de Direito está o pensamento iluminista, o qual buscou a estruturação da Administração por meio do modelo de tri-

1. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostentable situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 478.

2. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 292.

partição de poderes, hoje consolidado na maior parte dos países democráticos.[3] Tal movimento visava o combate do Estado de Polícia, da segunda fase do absolutismo, no qual o monarca se impunha acima do Estado e do Direito, consoante esclarece Jorge Reis Novais:[4]

"Enquanto Poder que progressivamente se coloca acima do Direito, o Estado absoluto é considerado pela generalidade da doutrina como o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção prática do Estado de Direito. De facto, nas duas fases do Estado absoluto – a patrimonial e a de polícia –, a vontade arbitrária do Príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder, não obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos".

Foi a Revolução Francesa de 1789 que trouxe os parâmetros do Estado Formal, submetendo a Administração à legalidade constitucional, voltando a preocupação do Estado à proteção antecipada de perigos, e visando o resguardo aos direitos subjetivos.[5]

O Estado Liberal a partir de então instituído, fruto da ascensão capitalista, buscava um afastamento da Administração face à economia, sendo que ao particular deveria ser garantida a livre atuação no mercado visando o acúmulo de capital.[6] Nesse contexto, o direito penal tinha como bens jurídicos exclusivamente aqueles voltados à proteção do indivíduo, de suas liberdades e garantias, e de seu patrimônio.

O ápice deste sistema se deu com a Revolução Industrial,[7] a qual por um lado permitia um amplo avanço tecnológico e produtivo, mas por outro agravava as condições da grande massa trabalhadora que passou a ver-se desamparada pelo Estado constituído.

---

3. CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. t. I, p. 197.

4. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 36.

5. DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (org.) *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 13.

6. "O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão de poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico." CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 109.

7. CATARINO, João Ricardo. *O liberalismo em questão – justiça, valores e distribuição social*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009. p. 66.

Face às disputas de mercado em escala global emerge a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) dela resultando uma profunda alteração na intervenção do Estado sob a esfera econômica, e consequente alargamento da atuação do direito penal.

A este passo importante salientar a influência da Revolução Russa de 1917, que trouxe à tona o modelo socialista, cuja construção histórica é marcada pela constante luta contra a criminalidade econômica.[8] Enquanto no modelo capitalista a intervenção penal sob a economia era esporádica, apenas em casos específicos de delinquência que pudesse causar problemas gravíssimos a toda sociedade, no socialismo o Estado valeu-se sempre da pena para garantir seu domínio econômico.[9]

Com o advento da Primeira Guerra e a expansão do socialismo no leste europeu, o Estado capitalista teve de quebrar o modelo liberal e intervir na economia, nela atuando de forma regulamentar e sancionadora. O surgimento do Estado Social, com a ampliação da atuação administrativa e a busca de direitos e garantias coletivos era a alternativa ao capitalismo selvagem e à criticada democracia liberal burguesa.[10]

Verificou-se assim um alargamento da criminalização, fazendo surgir ao lado dos tipos tradicionais um direito penal especial, acessório e secundário, disposto majoritariamente em legislação extravagante à codificação iluminista.[11]

É certo que desde o Direito Romano já havia previsão de crimes de caráter econômico, mas no contexto do Estado Social, o direito penal econômico ganhou força, inserindo-se de uma vez por todas na política criminológica ocidental.[12] E desde então este ramo do Direito não parou de crescer chegando ao ponto de José Faria Costa[13] afirmar que o direito penal econômico, afora o direito penal ambiental, é uma das escassas áreas em que o direito da neo-criminalização sobrepuja a tendência da descriminalização.

---

8. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. vol. 1, p. 754-755.
9. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 66.
10. GREENWAY, Larry D.; MILNER, Charles; LALL, Sanjaya. *Dossier Politica de empleo y mundialización*. Revista Internacional del Trabajo, OIT. vol. 14. n. 4-5. 1995. p. 555.
11. DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática... cit., p. 13.
12. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 69.
13. COSTA, José Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 103.

Assim como na maioria dos países capitalistas, o direito penal econômico ganhou força no Brasil como fruto da disputa entre o ideário liberal e a indispensável intervenção estatal.[14]

As influências dos modelos de Estado europeus bem como os abalos estruturais das grandes guerras não deixou de repercutir na criminalização econômica. Exemplo disso é a Lei de Economia Popular, Lei 1.521 de 26.12.1951, a qual apresenta diversos tipos penais econômicos e financeiros. Posteriormente, exclusivamente para abordar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional foi publicada a Lei 7.492/1986, que traz em seu art. 4.º a conduta típica da gestão fraudulenta já delimitada no diploma anterior.

A Constituição da República de 1988, por sua vez, traz em seu Título VII as diretrizes da ordem econômica e financeira por ela protegida, alicerçando nos pilares ali dispostos toda a legislação de caráter punitivo. Após a publicação do atual texto constitucional, editou-se ainda a Lei 8.137/1990 que prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo.

Outras leis esparsas e tipos constantes do Código Penal aplicam-se aos delitos de caráter econômico, sendo que esta criminalidade tem sido amplamente discutida nos tribunais.

Uma das primeiras tentativas de definir o Delito Penal Econômico se deu por Edwin Sutherland no conceito de *White-collar crime*, até hoje considerado por muitos como elemento definidor destes tipos delitivos.

A publicação de Sutherland, em 1939, na *American Sociological Association*,[15] abalou a então difundida teoria criminológica de justificação social do autor do delito, via de regra marginalizado pela sociedade. Ao contrário, o conceito de *white-collar crime*, centrando nas características sociológicas do agente, trouxe à cena do crime o empresário bem sucedido, cujos olhos do direito penal até então só se voltavam na posição de vítima.

Não restam dúvidas de que o modelo de direito penal econômico trazido por Sutherland estava limitado às características do agente, sendo definido como conjunto de delitos cometidos no âmbito de uma profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social.[16] Mas, se criticável sob o ponto de vista conceitual, inegável a importância daquele trabalho sob o aspecto criminológico,

---

14. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 91.

15. SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime – the uncut version*, Yale University Press, 1983. "White-collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation".

16. SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 192.

a apontar para uma área de impunidade, dada a omissão tanto dos estudiosos do crime quanto dos aplicadores da lei, sendo que tais condutas eram tratadas apenas no âmbito civil. [17]

Na década de 70, Edelhertz,[18] membro do *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice,* passou a questionar a definição de Sutherland, por considerá-la demasiado restritiva, sendo eficaz apenas para apontar para a danosidade social dos delitos de caráter econômico. Visando suprir a falha axiológica, considerou Edelhertz crime de colarinho branco todo "ato ilegal ou série de atos ilegais, praticados através de meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou bens, ou para obter vantagens negociais ou pessoais".[19] Enquanto no contexto histórico de Sutherland essencial que se demonstrasse que os poderosos também eram sujeitos ativos no direito penal, no contexto de Edelhertz era necessário se delimitar a conduta, a fim se tratar igualitariamente todos os agentes.

Para isso, tais crimes passam a ser definidos em razão da violação da confiança das relações econômicas, tornando notória a necessidade de se delinear o bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, J. Baumann conceitua o direito penal econômico como o conjunto de normas jurídico-penais que regulam a vida e as atividades econômicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos.[20] Este conceito é, entretanto, muito amplo, permitindo nele incluir toda a intervenção estatal sobre a economia. Mas tal amplitude é restringida quando pensamos no direito penal econômico como direito penal secundário, à luz de todo trajeto histórico desta criminalização, o qual permite delimitar sua conceituação através do bem jurídico tutelado.[21]

Apesar de difícil uma definição precisa do direito penal econômico, se tomarmos o conceito genérico trazido por José Faria Costa de "conjunto de princípios jurídicos, cristalizados em normas mais ou menos específicas ou particulares",[22] perceberemos o avanço desta normatização em grande parte dos ordenamentos ocidentais.

---

17. Idem, p. 195.
18. EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime.* National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice. Washington, 1970.
19. SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 195.
20. BAUMANN, J. "Wirtschaftsstrafrecht", staatslexikon, 6, Aufl. Bd 8, 1963 *apud* PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 84.
21. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 87.
22. COSTA, José Faria. O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 137.

Note-se que o direito penal econômico não é um corpo unitário de princípios e regras, sendo que por um lado está abrangido por tipos presentes nos códigos penais e por outro avança através de leis esparsas, sem que se possa esquecer ainda da previsão em paralelo de sanções administrativas para as mesmas condutas.

O conturbado quadro legislativo passou a sofrer mais questionamentos face às recentes crises mundiais, as quais apontam para a ineficácia das estruturas regulamentadoras e punitivas no âmbito econômico, principalmente no setor financeiro.

Isso porque passou a se defender que a ausência de regulamentação ou a incoerência da legislação punitiva no âmbito econômico pode criar um ambiente propício a práticas delitivas de drástica repercussão social.

O desenvolvimento de uma economia global no pós-guerra está intrinsecamente relacionado a uma ampliação do papel da esfera financeira em escala mundial, fase do capitalismo a qual se denomina "monetarização das relações". Há uma tendência à autonomização do setor financeiro face à "economia real", o que gera um enorme risco financeiro.[23]

Tanto na crise de 2001/2002 quanto na de 2007/2008, os escândalos financeiros fizeram emanar diversas críticas quanto à possibilidade do Estado de intervir na atuação dos gestores das grandes empresas e principalmente limitar a especulação financeira.

Neste contexto é que se voltam os olhos a um sub-ramo do direito penal econômico que visa o resguardo dos sistemas financeiros nacionais.

É neste âmbito que se passa a analisar a conduta do gestor de instituição financeira que se vale de meios ardilosos na administração corrente, colocando em risco a credibilidade do mercado financeiro.

2.2 Delimitação da conduta de gestão fraudulenta

Consoante exposto, o direito penal econômico enquadra-se na esfera de proteção dos direitos fundamentais de segunda dimensão,[24] visando a proteção da sociedade de arbitrariedades econômicas e condutas desvaliosas, as quais por vezes serão consideradas tipos penais.

Neste sentido, a preocupação se volta não para os efeitos de determinada conduta sobre o indivíduo ou grupos específicos de indivíduos, mas para a potencialidade lesiva desta face ao mercado econômico e financeiro. Sem que se valha de tipo penal específico, importante delinear a conduta que se pretende abordar, qual seja a gestão fraudulenta de instituição financeira.

---

23. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 17.

24. Idem, p. 32.

Assim, tomando o conceito de Marcelo Almeida Ruivo temos que o crime de gestão fraudulenta tutela bem jurídico dúplice supraindividual e de titularidade difusa, formado pela união de dois valores socioeconômicos penalmente dignos, de um lado, a verdade e a transparência e, de outro, o patrimônio.[25]

Mais propriamente, o que se tutela é a credibilidade da economia e do sistema financeiro de determinado Estado e não o abalo patrimonial que possa causar a indevida administração de uma instituição financeira.

Conforme se verá, em alguns países, como é o caso do Brasil, esta conduta está delineada entre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, subordinada ao interesse público e não dos acionistas, investidores ou clientes das instituições. É sob este viés que se analisará a ação do gestor da instituição financeira que a rege por meios fraudulentos, lesando a coletividade e o interesse difuso de confiança no sistema financeiro.

Se quando se trata do abalo patrimonial, via de regra os legisladores têm optado por previsões típicas específicas (burla, infidelidade, abuso de confiança), quando se busca o resguardo de bens supraindividuais nebulosas as previsões típicas.[26]

Isso porque, a punição de práticas danosas pluriofensivas sempre levou a dificuldades, principalmente em se criar tipos que garantam a segurança jurídica e o princípio da legalidade. Por tratar de conceitos normativos e indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas de valor, é impossível que se façam dos tipos interpretações restritivas, mas a respeitar o princípio da legalidade a interpretação deve ser reduzida ao seu núcleo essencial, o que implica dizer que a liberdade interpretativa não permite a aplicação analógica ou extensiva, devendo manter a garantia da tipicidade.[27]

A considerar a dificuldade de punição dos crimes econômicos, por se tratarem de bens difusos, por ser complexa a identificação do autor, a prova, e as analises técnicas dela inerentes, importante o esforço por uma legislação coesa e eficaz a evitar a danosidade social da gestão fraudulenta que pode ser bastante elevada.[28]

3. O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

No Brasil, a conduta do administrador de instituição financeira que se vale da fraude em sua gestão abalando a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional consubstancia tipo específico, qual seja o art. 4.º da Lei 7.492/1986.

---

25. Idem, p. 106-107.
26. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3, p. 67.
27. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 16.
28. SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 209.

No entanto, como se demonstrará, a existência de delito próprio não encerra o problema, porquanto falhou o legislador na elaboração do tipo, deixando-o por demais aberto, violando os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Diante da amplitude típica, importante que se dê relevo às decisões administrativas oriundas das investigações do banco Central, porquanto estas poderão delimitar os casos de lesão ou concreto perigo ao bem jurídico tutelado. Mas, como os critérios interpretativos não estão previstos legalmente, é certo que as decisões dos tribunais têm permitido a mais ampla gama de posicionamentos.

Desta sorte, a despeito da relevância dada pela legislação, a criminalização da gestão fraudulenta de instituição financeira no Brasil está longe de atingir os ideais de prevenção geral e especial.

3.1 A Lei 7.492/1986: problemática conceitual

Consoante previamente aclarado, o que se busca neste trabalho é analisar a relevância criminal dada à gestão fraudulenta por parte dos administradores das instituições financeiras.

Isso porque, a conduta daquele que gere a instituição financeira através da fraude tem a potencialidade de abalar a credibilidade do sistema financeiro, o que pode repercutir de forma significativa na economia de um país.

No Brasil, o sistema financeiro vem delineado pela Lei 4.595/1964, a qual prevê os órgãos que o instituirão, bem como disciplina a política das instituições monetárias, bancárias e creditícias. Cumpre notar que o aludido diploma tinha em muitos âmbitos o escopo de alicerçar a base político-econômica do sistema militar que pouco tempo depois se instauraria no Brasil, razão pela qual notória a hipertrofia do sistema de regulamentação e fiscalização ali disciplinado.[29]

Posteriormente, a Constituição de 1988 será a primeira Carta brasileira a disciplinar em capítulo próprio o Sistema Financeiro Nacional (SFN), assim delimitado no art.192:

"Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."

Apesar de pouco esclarecer sobre o tema, o artigo aponta para a subordinação do SFN ao interesse público, o qual terá primazia sobre o interesse privado das instituições, preceito que permeia todo o texto constitucional.[30]

---

29. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22.

30. Idem, ibidem.

Antes mesmo da Carta Magna, no decorrer da década de 80, o aumento da preocupação com os crimes econômicos levou à necessidade de se tipificar condutas que violassem a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional.

Note-se que o tema não se insere na esfera do Direito Financeiro, o qual aborda a regulação jurídica de atividades dirigidas à arrecadação de receitas pelo Estado, mas está sob a égide do Direito Penal Econômico, o qual "visa a manutenção da ordem estabelecida pelas medidas de política econômica, voltadas para efetivação da ideologia econômica constitucionalmente estabelecida".[31]

Naqueles idos tramitavam no Congresso Nacional diversos projetos que visavam a regulamentação de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, os quais se inseriam na busca de tipificação dessa subespécie de crime econômico. Exemplo disso é o anteprojeto apresentado pela Comissão instituída pelo Dec. 9.159, de 18.03.1985, que previa um sistema processual penal próprio e oitenta e sete tipos penais econômicos, dentre eles tipificadas as condutas que abalavam a credibilidade do sistema financeiro.

Para os crimes de gestão fraudulenta e temerária, o art. 302 do anteprojeto previa uma sequência de fatos que, ocorridos antes da liquidação forçada da empresa, implicariam na consumação do delito. A despeito disso, foi aprovado o Projeto 273/1983, do deputado Nilson Gibson, tendo esse sofrido vários vetos do Presidente da República conformando o atual texto da lei de crimes contra o sistema financeiro, à Lei 7.492/1986.

Importante frisar que o diploma não foi formulado por penalistas, mas tomou como base as Leis 7.595/1964 (Reforma Bancária) e 4.728/1965 (Mercado de Capitais), apresentando, portanto, deficiências do ponto de vista dogmático-penal,[32] as quais se analisará mais aprofundadamente no desenvolver deste tópico.

A Lei 7.492/1986 possui 35 artigos, organizados em três partes, a primeira trazendo o conceito para fins penais de instituição financeira (art. 1.º), a segunda contendo as previsões típicas (arts. 2.º a 24) e a terceira prevendo o procedimento criminal (arts. 25 a 35). No aludido diploma, o bem jurídico[33] tutelado é o Sistema Financeiro Nacional, sendo que em razão da fragmentariedade do direito penal, apenas as vulnerações especialmente gravosas a este bem entrarão no domínio da ilicitude criminal.[34]

---

31. BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o Sistema Financeiro no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 68.

32. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 33.

33. Tomamos aqui como base a conceituação de Welsel: "Bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é juridicamente protegido". WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 17.

34. MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., p. 16.

Conforme afirmado, o art. 1.º da Lei 7.492/1986 define instituição financeira, e os entes equiparados, abarcando o setor bancário, o segurador e o mercado de valores mobiliários:

"Art. 1.º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual."

Com fulcro no citado dispositivo, os órgãos governamentais entendem que para que se conceitue como instituição financeira a pessoa física ou jurídica deverá satisfazer concomitantemente os seguintes requisitos: (i) coleta, intermediação e aplicação de recursos, (ii) ter fim lucrativo, (iii) apresentar uma habitualidade mínima, (iv) ter caráter público a oferta de recursos.[35]

Sendo assim, a conduta a qual se pretende analisar a relevância criminal será a da gestão fraudulenta praticada no âmbito daquela instituição disciplinada pelo art. 1.º da Lei 7.492/1986.

E estes atos só se revestirão de interesse penal quando realizados, de forma direta ou indireta, por aqueles que têm poder de gestão nestas instituições. Para tanto, o art. 25 do mesmo diploma prevê os sujeitos ativos dos crimes nele tipificados:

"Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

§ 1.º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2.º Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Delineado o sistema financeiro, as instituições a ele pertencentes e os seus gestores, resta analisar a relevância criminal dada à gestão fraudulenta na legislação brasileira.

Antes da Lei 7.492/1986, a gestão fraudulenta estava tipificada no art. 3.º, IX, da Lei de Economia Popular (Dec. 1.521/1951), através de um tipo que apresentava diversos critérios normativos:

---

35. OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Morais. As instituições financeiras no direito pátrio. *Revista Cidadania e Justiça*. n. 8. jan.-jun. 2000. p. 213.

"Art. 3.º. São também crimes desta natureza:[36]

(...)

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

(...)

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros."

Naquele contexto Paschoal Mantecca elucidou o tipo afirmando que a gestão fraudulenta "caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizadas por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes".[37]

Note-se que a Lei de Economia Popular trazia no corpo do tipo os elementos interpretativos necessários para que, face ao caso concreto, pudesse o juiz fazer seguro juízo de tipicidade.

A atual legislação, porém, restringiu o conceito típico, permitindo ampla interpretação e, via de consequência, insustentável insegurança jurídica.[38]

Segundo Antônio Carlos Rodrigues da Silva, o art. 4.º da Lei 7.492/1986, ao substituir o art. 3.º da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/1951), adotou como tipo o *nomen júris* do crime, não considerando o *modus operandi* descrito no na lei anterior, deixando assim de traçar "os contornos necessários ao delineamento da figura típica, ferindo flagrantemente a regra da taxatividade, verdadeira expressão do *nullum crimen sine praevia lege*".[39]

Desta sorte, o tipo de gestão temerária ficou aberto em excesso, não apresentando efetiva descrição da conduta incriminada, o que viola o princípio da taxatividade do tipo penal bem como a legalidade, consoante lição de Delmanto:

---

36. Crimes contra a economia popular.

37. MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 41.

38. GOMES, Luiz Flávio. Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4.º da Lei 7.492/1986 (a questão das "contas fantasmas"). In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 357.

39. SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 41.

"As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. Por outro lado, ao juiz que cai aplicar as leis penais é proibido emprego da analogia ou da interpretação extensiva para incriminar algum fato ou tornar mais severa a sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este complementar o trabalho do legislador para punir alguém".[40]

E não poderá o juiz preencher as lacunas legais quanto à tipicidade em respeito ao princípio da reserva legal, cunhado por Feuerbach no início do século XIX, o qual estipula que a elaboração das normas incriminadoras é tarefa exclusiva da lei, que deve definir de forma precisa a conduta proibida.[41]

Por esta razão deverão os tipos penais descrever a conduta típica de forma a possibilitar a dedução do claro fim de proteção do legislador, cabendo ao teor literal do dispositivo marcar os limites da extensão contida na conduta tipificada, delineando claramente o âmbito do proibido, algo que não ocorre na definição do crime de gestão temerária.[42]

É por isso que, para a maior parte da doutrina pátria, a Lei de Economia Popular apresentava melhor resposta ao problema porquanto os tipos penais excessivamente abertos criam uma absoluta indefinição quanto às condutas criminosas.[43]

Com razão preceitua Pimentel que o tipo do parágrafo único do art. 4.° é demasiadamente aberto e viola o princípio da reserva legal, não havendo qualquer justificativa para uma redação que não descreva a conduta incriminada sendo possível fazê-lo:

"Agora, com a redação extremamente genérica do art. 4.° e do seu parágrafo único, torna-se demasiadamente subjetiva a pesquisa dos elementos do delito. Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório".[44]

---

40. DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.
41. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 54.
42. Idem, p. 56.
43. COSTA Jr. Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 79.
44. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.06.1986*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 49.

Não resta dúvida de que na espécie a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade está seriamente comprometida, posto que a norma que define o crime não dispõe de clareza normativa na significação de seus elementos.[45]

Assim dispõe o criticado art. 4.º da Lei 7.492/1986:

"Art. 4.º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

O bem jurídico tutelado é a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, indispensável à eficiente execução da política econômica de governo, sendo que secundariamente, visa o tipo proteger os investidores e o próprio mercado financeiro de quebras causadas pela irresponsabilidade dos gestores.

Assim sendo, o sujeito passivo primário será o Estado cuja política econômica é comprometida, e o sujeito passivo secundário é o mercado acionário e os investidores em geral.[46]

Inicialmente cabe indagar, a despeito da amplitude típica, qual seria o significado de gestão, a fim de se obter uma delimitação mínima quanto à conduta criminalizada.

Segundo Rodolfo Tigre Maia, "gerir é exercer as atividades de mando, é administrar, tomar decisões no âmbito da empresa, autorizado pelos poderes que são conferidos pela lei e pelo estatuto societário".[47]

Ademais deve a conduta ser fraudulenta, sendo que este termo é elemento descritivo/normativo de diversos tipos penais, e implica na ação ou omissão apta a enganar terceiros, levando-os a erro por uma falsa representação da realidade.[48]

Além de apto para induzir terceiro a erro, a manobra ardilosa, engenhosa ou maliciosa, deve visar à obtenção de indevida vantagem, para si ou para terceiro.[49]

A fraude pode se dar por meio de ardil, artifício, distorção ou omissão da verdade. Mirabete distingue o ardil do artifício afirmando que no primeiro há simples astúcia, conversa enganosa sob o aspecto meramente intelectual, ao passo que no artifício há utilização de algum aparato material que altere a representação de determinada realidade.[50]

---

45. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 78.
46. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. Op. cit., p. 76.
47. MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., p. 55.
48. Idem ibidem.
49. COSTA Jr. Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. Op. cit., p. 77.
50. MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal.* São Paulo: Atlas, 1987. p. 270.

Segundo Bittencourt o artifício é a simulação ou a dissimulação que leva a vítima a erro pela falsa aparência da realidade, o ardil é a astúcia, sendo que para perpetração da fraude caberá ainda qualquer outro meio de se levar alguém a erro.[51]

Havendo manobra enganosa na gestão de instituição financeira, para que esta seja apurada, indispensável o exame acurado nos livros, balanços, registros, operações e serviços da empresa uma vez que sem a constatação objetiva da fraude, não se configura o crime.[52]

Muitos tribunais, ao apreciarem práticas supostamente de gestão fraudulenta, têm atribuído relevância penal a ilícitos civis como a permissão de saques em saldos bloqueados ou a autorização de pagamento de cheques sem disponibilidade de saldo. Com isso, criam tipos novos através da analogia, o que é completamente vedado em matéria penal.[53]

Não há dúvida de que, ante a indefinição normativa e o tipo demasiadamente aberto, difícil a diferenciação das hipóteses de ilícito civil e penal.

Até porque, os negócios são habitualmente eivados de pequenas fraudes ou malícias, as quais só passam a figurar ilícito quando são aptas a levar alguém a erro causando-lhe prejuízo. Mas ainda este engano pode figurar mera fraude civil, a qual tem como consequência a anulação do contrato.

Apesar de diversas serem as correntes doutrinárias que visam à separação do ilícito civil do penal, não há diferença ontológica entre as espécies de fraude, sendo que estas se distinguem por razões de política criminal, devendo ser estabelecida legalmente a fixação dos parâmetros de distinção que permitam a segura opção do aplicador da lei.[54]

Não é o que ocorre na espécie, como já se demonstrou, sendo que muitas vezes o aplicador da lei acaba por valer-se de outros fatores para complementar a definição legal.

Tem sido frequente a utilização pelos tribunais de elementos trazidos pelas regulamentações do Banco Central (Bacen) para distinguir os contornos do ilícito.

Mas, o art. 4.º da Lei 7.492/1986 prevê tipos penais abertos, que deverão ser complementados pelo julgador através da valoração da situação fática na qual incidirá ou não o tipo completo descrito na lei.

Errôneo o pensamento de que trata o dispositivo de norma penal em branco, a qual poderia ser complementada por normas de outros ordenamentos e mesmo resoluções do Bacen.

---

51. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. Op. cit., p. 43.
52. Idem, ibidem.
53. SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. Op. cit., p. 46.
54. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. Op. cit., p. 38.

Até porque o princípio da tipicidade estrita não permite que outros diplomas sejam utilizados para complementar o sentido da norma penal.[55]

E valendo-se apenas do que está disciplinado pelo tipo, a gestão fraudulenta será a administração marcada pela fraude, pelo ardil, por manobras desleais, com o objetivo de obter indevida vantagem para o próprio agente ou para outrem, em prejuízo de terceiro de boa-fé (acionistas, sócios, credores).[56]

Nos termos da lição de Antônio Carlos Rodrigues da Silva, gerir fraudulentamente é dirigir com má-fé a instituição financeira, devendo a fraude ser o modo constante de agir do administrador, o veículo de regência que macule toda a sua atividade.[57]

Neste ponto é grande a discussão doutrinária quanto à necessidade de habitualidade dos atos fraudulentos para a configuração do tipo.

Há quem sustente, a nosso ver em completa violação à legalidade estrita, que a fraude em um único ato de administração seria suficiente para caracterizar a gestão da instituição financeira como fraudulenta.

Alinhamo-nos com a posição de Tórtima, que defende que o próprio verbo típico impede que um único ato fraudulento nele se insira, porquanto a gestão prescinde de sucessão de atos em um contexto, pois do contrário teria dito a lei "praticar ato de gestão".[58]

Quando o legislador desejou punir o ato de gestão isoladamente, o fez de forma expressa no tipo penal, como é o caso dos arts. 6.°, 7.°, 9.° e 10 da Lei 7.492/1986.

Deste modo, nem toda fraude praticada pelo administrador incide no art. 4.°, uma vez que pode não qualificar a totalidade da gestão como fraudulenta. Nada impede, porém, que estes atos configurem tipos penais distintos que tenham a fraude como elementar.

Concluímos com a lição de Mazloum,[59] o qual refuta a possibilidade de que ato isolado consubstancie o art. 4.°, já que a gestão sempre implicará em habitualidade e permanência nos atos de governo.

Grande divergência doutrinária e jurisprudencial surge, ainda, quando analisada a possibilidade do gerente de agência bancária ser sujeito ativo do crime em comento.

---

55. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. *Leis penais em branco e direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 190.
56. TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 52.
57. SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. Op. cit., p. 48.
58. TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 52.
59. MAZLOUM, Ali. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 358.

Cabe notar que a gestão fraudulenta é crime próprio e de mão-própria, somente podendo ser dele sujeito ativo quem está em condição de gerir a instituição financeira, nos termos do art. 25 da Lei 7.492/1986, sendo que o próprio dispositivo aponta para a possibilidade de participação, mas não coautoria de terceiros que não possuam as características de gestor.

O que pretende o já transcrito art. 25 é imputar os delitos da lei a quem possua efetiva responsabilidade na condução da instituição financeira. Tanto que foi vetado do rol de sujeitos aptos à gestão os membros dos conselhos estatutários e os mandatários e gestores de negócios, pois não se caracterizam como reais controladores, tendo o Presidente justificado seu veto a refutar a possibilidade de responsabilidade solidária em direito penal.

Por outro lado, o art. 1.º da Lei 7.492/1986 define instituição financeira, e os entes equiparados, abarcando o setor bancário, o segurador e o mercado de valores mobiliários. Mas, a agência bancária é definida de forma isolada pelo Bacen no art. 2.º, anexo III, da Res. Bacen 002099, de 17.08.1994.

Isso não bastasse, exige-se para a configuração típica que haja abalo ao bem jurídico tutelado, qual seja o Sistema Financeiro Nacional, o qual não sofre sequer perigo de lesão ante aos atos praticados pelo gerente de agência bancária.

Outro não é o posicionamento de Bittencourt e Breda, os quais dispõem:

"A imputação da prática de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira a um simples gerente de agência beira a autêntica responsabilidade penal objetiva. Não se pode olvidar, em primeiro lugar, que agência, casa ou unidade, regra geral, representam uma minúscula célula, quase insignificante, nesse complexo mercado financeiro, cujo "centro nervoso" fica concentrado em suas matrizes, que elaboram as diretrizes que determinam o funcionamento de toda uma rede de agências. O setor gerencial, especialmente de agências ou de contas, fica com limitada ou quase nenhuma margem para decidir estratégias ou operações que são sempre as menos significativas, no emaranhado de negócios que são objetos da atividade-fim das instituições financeiras".[60]

Resta, ainda, refutar a hipótese de gestão fraudulenta por omissão própria, porquanto esta espécie de delito deve estar expressamente prevista sob pena de violação ao princípio da legalidade. Nem mesmo sob a figura da omissão imprópria para a qual não se exige previsão típica específica não é possível que se configure a gestão fraudulenta, uma vez que não se encontra o gestor na posição de garante por nenhuma das três hipóteses do art. 13 do CP.

Assim, não poderá responder pela omissão face aos atos de gestão fraudulenta dos administradores e diretores a ele subordinados por estar se permitindo a responsabilidade objetiva dos mesmos.

---

60. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. Op. cit., p. 37.

Não bastassem as dúvidas geradas pelo *caput* do artigo, em ainda maior violação ao princípio da legalidade, prevê o art. 4.º, em seu parágrafo único, o crime de gestão temerária.

De acordo com Sebastião de Oliveira Lima, a expressão temerária significa arriscada, perigosa, arrojada, audaciosa, ousada, precipitada, sendo a gestão temerária assim, aquela realizada sem a prudência ordinária, ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo o administrador riscos audaciosos, em transações perigosas, inescrupulosamente arriscando o dinheiro alheio.[61]

Difícil, no entanto, é delimitar em que ponto os riscos corriqueiramente assumidos pelo gestor, e muitas vezes com resultados exitosos, podem significar o tipo de gestão a qual pretendeu o legislador punir.

Até porque o risco é algo absolutamente normal e até necessário dentro de uma gestão ativa de uma instituição financeira. O jogo de mercado e a natureza dos produtos exige desenvoltura e perspicácia, como numa aposta em que se pode, legitimamente, ganhar ou perder.

Afirma Oliveira[62] que importante observar que as instituições financeiras, em sua maioria, não trabalham com dinheiro próprio, mas com o dinheiro dos correntistas e investidores, entregues em fidúcia, sendo que parte da confiança nelas depositadas está no fato de que lograrão aumento de capital por meio de transações de risco.

Concluiu o autor, portanto, ser impossível punir por gestão temerária, por exemplo, os administradores de um banco que sofrera perdas irreversíveis por causa de um investimento de alto risco, desde que a intenção fosse apenas angariar lucros na operação, e não tripudiar com o dinheiro alheio.[63]

Para além da dificuldade de delimitar o verbo típico, complicada a verificação do elemento subjetivo, já que a gestão temerária só se efetivará se agir o administrador com dolo eventual.

José Carlos Tórtima esclarece que apesar do que possa levar a crer a expressão "temerária", a mera imprudência não configura o delito em tela por tratar de elemento do crime culposo que só pode ser caracterizado por previsão legal específica.[64]

Pelo princípio da excepcionalidade do crime culposo, a culpa não é elemento subjetivo de nenhum tipo penal, mas elemento normativo. No caso, não existindo

61. LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusto Tosta de. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29.

62. OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Morais. Op. cit., p. 9.

63. Idem, ibidem.

64. TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 39-40.

previsão específica no tipo de punição da conduta culposa, apesar de falar em uma espécie de imprudência, estamos no campo do dolo.

E este só se verificará quando a prática de risco desproporcional à normalidade das operações financeiras e consequente prejuízo à instituição for abarcada pela vontade do gestor, hipótese de verificação probatória extremamente árdua.

Afirma Reale Júnior que "a conduta deve ser informada pela intencionalidade manifesta do agente de colocar a integridade econômico-financeira da instituição sob grave e iminente risco (...) O sujeito ativo, assim, deve agir com dolo, antecipando mentalmente e querendo a situação de alto risco, extraordinário risco para a saúde da instituição financeira e do sistema financeiro".[65]

Por fim note-se que apesar de tratar de espécie de crime de perigo, a gestão temerária jamais poderá ser de perigo abstrato, em razão da enorme insegurança jurídica que causaria tal interpretação de um tipo tão aberto.[66]

Face a todo o articulado é que se defende que melhor redação apresentava o art. 3.º da Lei de Economia Popular, sendo que apesar de relevante criminalmente, no Brasil a conduta de gestão fraudulenta de instituição financeira está mal disciplinada.

3.2 A influência das decisões no âmbito administrativo

Aspecto importante na análise da relevância criminal da gestão fraudulenta no Brasil é a consideração da influência das decisões no âmbito administrativo para deflagração do processo penal.

Conforme demonstrado, o legislador brasileiro optou por descrever a conduta de gestão fraudulenta em um tipo demasiadamente aberto. Desta forma, a interpretação típica deve se fazer do modo mais restritivo, evitando assim violação à segurança jurídica.

Neste sentido, importante que se apure em cada caso concreto se houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a higidez do Sistema Financeiro Nacional.

A esse passo que se torna relevante o procedimento administrativo instaurado pelo Banco Central, o qual precede a ação penal e deve concluir ou não pela violação do bem jurídico.

Ocorre que, na grande maioria dos casos de persecução penal de crimes financeiros no Brasil, esta se inicia em razão do aludido procedimento, sendo que o Bacen, no exercício de seu poder fiscalizador, ao se deparar com indícios de infração penal, remete as peças informativas ao Ministério Público Federal.

---

65. REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 24-25.

66. TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 56.

Esclareça-se que o procedimento administrativo instaurado pelo Banco Central será julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro – CRSF, o qual decidirá, entre outros aspectos, se efetivamente houve abalo ao SFN.

Visto ser este o bem jurídico protegido pelo art. 4.º da Lei 7.492/1986, a conclusão imediata é a de que o procedimento penal só se deveria se instaurar após e caso o CRSF se manifestar pela ocorrência da violação.

Entretanto, na práxis dos tribunais, frequente tem sido o envio de peças informativas antes da conclusão do procedimento administrativo, sendo que por vezes aquele conclui pela ausência de lesão ao sistema financeiro, sem que tal conclusão seja sequer considerada na esfera penal.

Ora, impossível que se aceite tal posicionamento, porquanto a ilicitude é única, seja no âmbito administrativo quanto no penal, por tratar-se o direito de um modelo unitário, o qual se ramifica sem, contudo, perder seus fundamentos base.

Desta sorte, se decide o CRSF, órgão competente para tanto, pela ausência de violação ao bem jurídico, não pode iniciar ou prosseguir ação penal por gestão fraudulenta, vez que ausente condição objetiva de punibilidade dada ausência de lesão ao bem jurídico.

Do contrário se estaria aceitando ser o tipo em análise de perigo abstrato, o que é completamente refutado em razão da enorme insegurança jurídica que causaria tal interpretação face a um tipo tão aberto.[67]

Outro não é o posicionamento de Miguel Reale Júnior ante a necessidade de gerar a figura estudada ao menos perigo concreto ao bem tutelado:

"Parte da doutrina chega a considerar que o tipo penal do art. 4.º da Lei 7.492/1986 traz um crime de perigo abstrato, o que violaria, pela indeterminação e vacuidade, o princípio constitucional da legalidade e da taxatividade.

É forçoso dar-se a moldura de perigo concreto ao tipo indeterminado, visando adequá-lo às exigências constitucionais, graças ao estabelecimento de referências ao labor interpretativo e construtivo do juiz. Do contrário, o poder discricionário transforma-se em arbítrio, entregue exclusivamente às livres convicções subjetivas do magistrado, gerando a mais grave das inseguranças".[68]

Assim, em razão do princípio da intervenção mínima do direito penal, não havendo sequer ilícito no âmbito administrativo, impossível a persecução penal.

Ante ao exposto é que se defende que as decisões administrativas deverão ser tomadas como auxiliares na verificação da ocorrência típica, porquanto ante a descrição aberta no delito, poucos são os critérios a nortear o aplicador da lei.

---

67. Idem, ibidem.

68. REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 18.

E, existindo instância prévia a analisar a violação ao bem jurídico, deve tal decisão ser tomada como condição objetiva de punibilidade a fim de delimitar o amplo rol de indefinição contido no art. 4.º da Lei 7.492/1986.

3.3 Soluções dos tribunais

Diante da má formulação legal do delito de gestão fraudulenta, amplamente diversificadas são as decisões dos tribunais, sendo que aquilo que a lei não define o juiz passa a definir em completa arbitrariedade.

Caso fosse o objetivo deste trabalho seria possível reunir toda sorte de interpretações ao tipo penal, bem como inumeráveis violações ao princípio da legalidade, da taxatividade e da segurança jurídica.

Mas, nos valeremos neste estudo apenas dos bons exemplos, em que o aplicador da lei, ante a falha do legislador, optou por conter seu poder discricionário e garantir a vigência dos princípios embasadores do Direito Penal.

Primeiramente, tem fixado a jurisprudência os limites da aplicação da Lei 7.492/1986 ao determinar que aqueles crimes só ocorrerão quando houver instituição financeira autorizada a funcionar nos limites do território nacional:

"Recurso especial. Direito penal. Sistema financeiro nacional. Art. 4.º da Lei 7.492/1986. Gestão fraudulenta. Tipo penal dirigido aos agentes autorizados a atuar no mercado financeiro pátrio. Empresa com sede em país estrangeiro não regulada pelo Bacen. Inexistência de delito. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ.

1. O delito de gestão fraudulenta pressupõe, como elemento normativo do tipo legal, a atuação do agente, no mercado financeiro pátrio, na qualidade de instituição financeira formal e materialmente constituída, em atenção ao princípio da taxativamente penal (art. 4.º da Lei 7.492/1986).

2. Instituição com sede em país estrangeiro – sem autorização do Banco Central do Brasil (Bacen) para atuar no Sistema Financeiro Nacional – que, por meio de seus agentes, supostamente comete o delito de gestão fraudulenta não se subsume ao disposto no art. 4.º da Lei 7.492/1986; tal conduta encontra tipificação no art. 16 da referida lei.

3. Ausência de prequestionamento, incidência da Súmula 211 do STJ.

4. Recurso especial não conhecido". (STJ, REsp 1181572/SP, 6.ª T., j. 07.11.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28.11.2012).

Além disso, quanto aos possíveis agentes, indispensável o efetivo poder de gestão, sendo que os mais balizados acórdãos já se posicionaram pela impossibilidade de prática do delito em análise pelo gerente de agencia bancária:

"Penal e processual. Crime. Gestão de instituição financeira. Gerente. Vícios em contratos de empréstimos. Alegação de ofensa ao art. 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986.

Fatos que não comprovaram qualquer ato de gestão. (...) O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas a empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo 'gerir', pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição.(...)" (STJ, REsp 897.864/PR, 6.ª T., j. 04.11.2010, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 29.11.2010).

Outra questão polêmica que se enfrentou neste estudo diz respeito à necessidade de habitualidade para corporificação do crime de gestão fraudulenta.

A este respeito de forma escorreita se posicionou a 6.ª T. do STJ a refutar os gerentes de agências bancárias como sujeitos ativos dos delitos do art. 4.º da Lei 7.492/1986:

"Penal e processual. Crime de gestão fraudulenta de instituição financeira. Ação penal. Justa causa. Ausência. Trancamento. Possibilidade. *Habeas corpus*. Concessão.

1. O crime do art. 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção, conforme, aliás, rol expressamente previsto no art. 25.

2. Além disso, exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.

3. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora.

5. *Habeas corpus* concedido para trancar a APn 2003.51.01503779-3, em curso perante a 3.ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em relação ao ora paciente, Paulo Mário Pereira de Mello." (STJ, HC 101.381/RJ, 6.ª T., j. 27.09.2011, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 13.10.2011).

Por outro lado, a figura prevista no parágrafo único, qual seja a gestão temerária, por sua indefinição, gera ainda maiores indagações, e outros tantos posicionamentos divergentes.

Cumpre relembrar que, sob pena de injustificada violação à segurança jurídica, a gestão temerária só se verificará se houver lesão ou perigo concreto ao Sistema Financeiro Nacional.

Pela impossibilidade de punição pelo perigo abstrato assim se manifestaram os Tribunais Regionais Federais:

"Processo penal. *Habeas corpus*. Gestão temerária. Conceito. Trancamento da ação penal. Extensão da ordem. Art. 580 do CPP. 1. Gestão temerária é a que é feita sem a prudência ordinária, com demasiada confiança no êxito que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigo-

sas ou inescrupulosamente. Arriscando o dinheiro alheio. 2. A gestão temerária é crime de perigo concreto. Sem temeridade – elemento normativo – não há crime. É tipo anormal. 3. O crime de gestão temerária não exige condições objetivas de punibilidade e só pode ser punido a título de dolo. 4. Denúncia que não faz referência a dolo, afirmando, sim, a existência de ato praticado com negligência (culpa). (TRF-1.ª Reg., HC 0025494-86.2006.4.01.0000/PA, 3.ª T., rel. Des. Federal Tourinho Neto, *DJ* 31.08.2007, p. 13). No mesmo sentido: TRF-2.ª Reg., ApCrim 199902010322120, 4.ª T., rel. Des. Federal Rogerio Carvalho, *DJU* 18.10.2002, p. 152 e TRF-3.ª Reg., ApCrim 200503990063624, 1.ª T., rel. Juíza Silvia Rocha, *DJF3* CJ1 data:06.07.2011 p. 136).

Importante limite ao crime do parágrafo único do art. 4.º está no elemento subjetivo, porquanto face à ausência de previsão expressa da figura culposa, indispensável a comprovação do dolo do agente.

E nesse sentido, reiterado o posicionamento do STJ:

"(...) Para que se verifique o elemento volitivo do tipo – o dolo eventual próprio da gestão temerária – é necessária a demonstração de que os acusados anteviram e aceitaram o risco lesivo, o que não ocorreu na espécie, uma vez que os pacientes, no curso da auditoria externa a que procediam, contratados para realizá-la por amostragem, identificaram possíveis irregularidades na gestão bancária da área internacional e comunicaram os gestores do banco sobre a necessidade de revisão dos procedimentos de conciliação bancária em agências externas, como consignado na sentença cível. (...)" (STJ, HC 125.853/SP, 5.ª T., j. 02.02.2010, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 01/03/2010).

Para além das restrições conceituais, face a tipo tão aberto, indispensável que a denúncia descreva claramente o delito bem como haja prova apta para verificação de sua ocorrência sob a égide do contraditório penal:

"Penal e processual penal. Lei 7.492/1986, art. 4.º, parágrafo único. Gestão temerária. Ausência de provas. Condenação com base unicamente em autoria do Banco Central. Absolvição. Embargos de declaração. Omissão sanada. 1. Os fatos noticiados pelo Banco Central ao Ministério Público poderiam, em tese, configurar gestão temerária 2. Contudo, não pode ser confirmada a sentença condenatória, baseada exclusivamente, em auditoria do Banco Central. Não foi produzida no processo, sob o crivo do contraditório, nenhuma prova destinada a aferir a veracidade das conclusões lançadas na inspeção administrativa. Os auditores sequer foram ouvidos, ou foi realizada prova técnica esclarecendo se as práticas dos gestores foram realmente temerárias. 3. Embargos de declaração acolhidos, com alteração do resultado do julgamento, para, dando provimento à apelação do réu, ora embargante, absolvê-lo com base no art. 386, VI, do CPP." (TRF-1.ª Reg., EDcl na ApCrim 0000701-64.2004.4.01.4200/RR, 4.ª T., rel. Des. Federal Hilton Queiroz, rel. conv. Juiz Federal Ney Barros Bello Filho, *DJ* de 28.11.2007, p. 47.).

Por fim, tanto na figura do *caput* quanto no parágrafo único, retome-se a importância das decisões administrativas face à análise da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Neste sentido, manifestou-se o STF pela falta de justa causa da ação penal oriunda de representação do Banco Central a qual foi administrativamente julgada improcedente:

"Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Representação. Denúncia. Processo administrativo. Arquivamento. Ação penal: trancamento: falta de justa causa. I. – No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente. II. – *Habeas Corpus* deferido." (STF, HC 83674, 2.ª T., j. 16.03.2004, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 16.04.2004 p. 00088 ement. vol. 02147-13 p. 02629).

4. ABORDAGEM CRÍTICA DA RELEVÂNCIA CRIMINAL

O objetivo deste trabalho é analisar a relevância criminal dada à ação fraudulenta do gestor de instituição financeira no Brasil, a fim de se buscar melhores respostas jurídicas a relevante problema da contemporaneidade.

Importante notar que a punição penal e a forma de incriminação da conduta reflete uma escolha político-criminal, sendo que deverá ser adequada às reais necessidades de cada país, a fim de inibir a indesejável propagação de condutas lesivas à credibilidade do sistema financeiro.

A análise histórica do direito penal econômico aponta para um avanço da criminalização de condutas a partir da primeira Guerra Mundial, sabidamente sob o modelo de Estado Social.

Este ramo do direito penal secundário apresentou desorganizado avanço, sendo marcado por legislação extravagante bem como por dificuldades de conceituação e tipificação precisa das condutas.

Notório que, mesmo após anos de estudos sobre o tema, frágil a delimitação dos bens jurídicos tutelados nesta área do direito, o que dificulta o fundamento da punição de determinadas condutas.

Por outro lado, o aumento das notícias de problemas na lisura da gestão das instituições financeiras em todo mundo, responsáveis por vezes pelo desencadeamento de crises econômicas de grande repercussão, tem levado ao questionamento quanto à necessidade de previsões penais específicas e eficazes.

Diante deste controverso cenário o legislador brasileiro trouxe tipo penal específico para punição da conduta em estudo, o qual, entretanto, por ser demasiado

aberto, viola o princípio da taxatividade e acaba por criar mais dúvidas que soluções aos tribunais.

A relevância criminal de uma conduta sempre dependerá da existência de um bem jurídico e da necessidade de, para sua proteção, ser atribuída sanção penal, o que dependerá de uma opção político-criminal que poderá ser distinta em cada ordenamento.

Note-se, portanto, que não será em todo contexto necessária a resposta penal à fraude na gestão da instituição financeira, porquanto poderá ser que por outros meios se coíba a indesejada propagação da conduta.

Nesse sentido importante observar que as sociedades pós-industriais têm se caracterizado como sociedades do risco, o que tem servido muitas vezes como fundamento para justificação de um "Direito Penal do risco" o qual se caracteriza por um lado na expansão dos delitos de perigo, inclusive abstrato, e por outro pela flexibilização dos critérios dogmáticos da responsabilização individual.

Segundo Augusto Dias da Silva, nas sociedades de risco é comum a "colonização" do mundo da vida pelos mecanismos sistêmicos, através de uma destruição dos mecanismos de autorregulação social e substituição destes pelo recurso excessivo ao Judiciário e, em última instância, à criminalização.[69]

Questionável neste sentido o excessivo recurso à criminalização de condutas, não pela ofensa direta a bens jurídicos, mas pelo abalo ao sistema econômico ou financeiro.

O Direito Penal tem sido em muitos contextos utilizado como instrumento da teoria da precaução, na qual se fomenta a punição pelo medo de possível abalo aos sistemas sociais.[70]

Assim tem se admitido, como no caso do Brasil, uma expansão dos crimes de perigo abstrato, bem como a remissão do perigo às normas administrativas.

Em hipóteses mais graves, como ocorre na punição da gestão temerária, o princípio da precaução tem servido de justificativa para punição de crimes negligentes pela violação aos deveres de cautela fundados na suspeita de um risco não verificável *ex ante*, porquanto se dispense a necessária previsibilidade do resultado.[71]

Note-se ainda que a exagerada utilização dos meios de tutela do Direito Penal não costuma gerar ganhos quanto à efetiva tutela dos bens jurídicos, a uma pela possibilidade de recurso a outros meios sancionatórios mais eficazes, e a duas pela dificuldade de realização da função preventiva do direito penal em delitos cuja delimitação da conduta típica é extremamente complicada.

---

69. DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a proteção do futuro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 32.

70. Idem, p. 42.

71. Idem, p. 22-23.

Portanto, caso se pretenda atribuir alguma efetividade à sanção penal, esta deve mostrar-se clara e coesa, não se admitindo a violação aos consagrados princípios da taxatividade e da legalidade, porquanto a incerteza jurídica fragiliza a função preventiva da tutela criminal.

Por outro lado, nem sempre a punição penal será necessária, posto que sua ausência poderá não ampliar, em grau significativo, a prática daquela conduta indesejada.

O fundamento da sanção criminal da fraude na gestão de instituição financeira está por muitas vezes relacionado não ao abalo direto à credibilidade do sistema financeiro, mas à possibilidade de, caso a conduta se repita, seja o bem jurídico lesado.

Trata-se, portanto, de um tipo cumulativo, que não requer a comprovação de causalidade entre o contributo singular e o dano global pois, caso fosse exigida esta comprovação de causalidade, só seria possível a punição da conduta que causasse real dano ou perigo de dano ao bem jurídico coletivo.

Os delitos de acumulação punem a conduta do singular por acreditar que se esta se repetisse diversas vezes, haveria lesão à coletividade.[72]

Mas, para que se coadune com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, deve o legislador, ao avaliar a necessidade de punição, analisar se é provável esperar que sem a proibição reforçada com a pena a ação será praticada por tão grande número de pessoas que gere lesão grave e global do bem jurídico.

E para que um delito seja punível pela possibilidade de que a repetição dele cause dano ao bem coletivo é necessário que do contexto social seja possível auferir que sem a sanção penal aquela prática se propagaria.

No Brasil, é certo que entendeu o legislador pela necessidade de sanção penal específica para evitar uma indesejável propagação da conduta.

Tal argumento, por ser inerente a uma decisão político-criminal, não merece grandes críticas. O mesmo não se pode dizer acerca do meio utilizado para criminalização da conduta.

Consoante largamente exposto, valeu-se o legislador de tipo penal excessivamente aberto, o que causa grande dificuldade à aplicação da norma pelos tribunais.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que se estudou, verificou-se que o direito penal econômico vivenciou grande avanço no direito ocidental, principalmente após as grandes guerras mundiais.

72. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? Sobre a (in) capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *RPCC*. ano 13. n. 3. p. 303-345. jul.-set. 2003.

Esta preocupação do Estado em reger a atividade econômica, oriunda do modelo do Estado Liberal, permitiu a criação de diversos tipos de crime que visam limitar a conduta dos particulares visando à proteção de bens jurídicos coletivos.

Hipótese em que se verifica a atenção do direito penal é a da gestão fraudulenta de instituições financeiras, a qual traz potencialmente o perigo de lesão à credibilidade do sistema financeiro.

Esta conduta tem chamado a atenção dos estudiosos do Direito uma vez que as crises financeiras que têm se propagado de forma global alertam para a necessidade de melhoria na efetividade da tutela da gestão das grandes instituições de crédito.

Apesar da preocupação extrapolar limites geográficos, a relevância criminal dada às condutas dependerá sempre da opção do legislador, e levará em conta a necessidade político-criminal de cada país.

A legislação brasileira traz a gestão fraudulenta de instituição financeira como tipo penal delimitado pelo art. 4.º da Lei 7.492/1986. Entretanto, a descrição da conduta não permite ao aplicador do Direito a delimitação de seu contexto fático com o exigível grau de certeza.

Desta sorte, os efeitos preventivos da sanção são cerceados em razão da insegurança jurídica da previsão legal. Sendo assim, se por um lado é dada elevada relevância criminal à conduta através de tipo específico, por outro se dificulta a aplicação do Direito pelo desrespeito ao princípio da taxatividade.

Face ao afirmado, tem-se que, no Brasil, enquanto não for alterada a legislação a fim de dar melhor definição à conduta punível, devem os tribunais agir com a cautela necessária para não violarem o princípio da legalidade.

Isso levará à interpretação restritiva do tipo, sendo punível apenas a conduta que se mostrar suficiente para abalar o bem jurídico, sendo necessário que os atos de gestão sejam reiterados, praticados pelos efetivos gestores da instituição como um todo e aptos a abalar ou gerar concreto perigo de abalo à credibilidade do sistema financeiro em sua globalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostentable situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Temas de direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 66.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o Sistema Financeiro no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1971.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Evolução e revisão de alguns conceitos da culpabilidade. In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo; DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos : "in memorian"*. 2001. vol. 1.

_____. *Manual de direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

_____; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. t. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 109.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1967.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CATARINO, João Ricardo. *O liberalismo em questão – Justiça, valores e distribuição social*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998-2009.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis): introdução – a doutrina geral da infracção*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 137.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 103.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 79.

COTRIM, Maria Inês Martins Marçal Ferreira. *O princípio da culpa no direito penal económico: particularidades ou compressões?* Coimbra: [s.n.], 2011.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a proteção do futuro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

_____. What if everybody did it? Sobre a (in) capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *RPCC*. ano 13. n. 3. p. 303-345. jul.-set. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice. Washington, 1970.

FERNANDES, Gabriela Paris. *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*. Direito e Justiça. vol. 15, t. II.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4.º da Lei 7.492/1986 (a questão das "contas fantasmas"). In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 357.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. vol. 1.

GREENWAY, Larry D.; MILNER, Charles; LALL, Sanjaya. *Dossier Politica de empleo y mundialización*. Revista Internacional del Trabajo, OIT. vol. 14. n. 4-5. 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. II.

LATAS, António João; DUARTE, Jorge Dias; PATTO, Pedro Vaz. *Direito penal e processual penal*. INA – Instituto Nacional de Administração, 2007.

LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusto Tosta de. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003.

LINHARES, Marcello Jardim. *Responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. vol. 4.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MAZLOUM, Ali. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1987.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2002.

NELKEN, David. *White-collar crime*, Dartmouth:1994, *xxiii*

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1959.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Morais. As instituições financeiras no direito pátrio. *Revista Cidadania e Justiça*. n. 8. 1.° semestre de 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.06.1986*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3.

PODVAL, Roberto (org.) *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 192.

SHAPIRO, Suzan P. *Collaring the crime, not the criminal*. American Sociological Review, 1990.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Verbo, 2009.

SILVA, Luciano Nascimento. *Teoria do direito penal económico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. *Leis penais em branco e direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUSA, Susana Aires de. Direito Penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 3.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Congresso inovações no direito penal económico: contribuições dogmaticas, político-criminais e criminológicas, 2010. Inovações no direito penal económico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal económico : fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.

SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime – the uncut version*. Yale University Press, 1983.

_____. *White-collar criminality*. American Sociological Review, 1940. vol. 5.

TIEDEMANN, Klaus. *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires – estudes relatuves à la recherche criminologuique*. Conseil de l'Europe, 1997. vol. 15.

_____. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona, 1993.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, de Luciano Feldens e Thiago Zucchetti Carrion – *RBCCrim* 86/170, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/465 (DTR\2010\717);
- Coautoria e participação no crime de gestão fraudulenta: o agente não elencado no rol do art. 25 da Lei 7.492/1986. Co-perpetration and participation in the crime of fraudulent management: the unlisted agent in the list of article 25 Law 7.492/1986, de Camila Austregesilo Vargas do Amaral – *RBCCrim* 97/423 (DTR\2012\450322);
- Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 111/157-176 (DTR\2015\241);
- Gestão fraudulenta ou temerária de entidade financeira. Algumas controvérsias, de Ivan Lira de Carvalho – *RT* 765/465, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/741 (DTR\1999\364); e
- Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis, de Fábio Bittencourt da Rosa – *RT* 835/467, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/675 (DTR\2005\345).

Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada

Obtaining evidences at the preliminary stage of a criminal investigation: considerations on eyewitness recognition in Brazil and in compared legislation

Rafael Francisco França

Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS e em Ciências Policiais e Investigação Criminal pela ANP/DF. Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Sócio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Delegado de Polícia Federal.

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo tem por objetivo definir pontos de discussão sobre o reconhecimento pessoal dentro do contexto de obtenção de meios de prova no processo penal. Para tanto, serão conceituados os institutos, tendo como ponto de partida a legislação brasileira, com especial atenção às questões práticas para, assim, destacar a situação de tais dispositivos na investigação criminal preliminar. Dentro do objetivo mencionado, serão expostas informações sobre os procedimentos adotados para o reconhecimento pessoal pelo sistema espanhol, pelo português, na Itália e outros países, com o que se espera, por comparação, concluir sobre a necessidade de mudanças na legislação pátria sobre tal assunto.

Palavras-chave: Argumentos de prova - Reconhecimento pessoal - Legislação comparada (Espanha, Portugal e Itália).

Abstract: This article aims to define points of discussion of eyewitness recognition within the context of obtaining evidence in criminal proceedings. So it must be cited and studied institutes having as starting point the Brazilian law, with particular attention to practical issues thus highlight the use of such devices in preliminary criminal investigation. Within the mentioned objective this article will expose information on the procedures used for the recognition by the Spanish, the Portuguese, Italy and other countries legal systems, with the hopes that, by comparison, to conclude on the need for changes in legislation on such matters homeland.

Keywords: Evidence; Eyewitness Recognition; compared Legislation (Spain, Portugal and Italy).

Sumário: 1. Introdução - 2. Meios de obtenção de prova na investigação criminal preliminar - 3. Reconhecimento pessoal: 3.1 Reconhecimento pessoal no sistema brasileiro; 3.2 O reconhecimento pessoal na legislação comparada: 3.2.1 Reconhecimento pessoal no sistema processual italiano; 3.2.2 Reconhecimento pessoal no sistema português; 3.2.3 Reconhecimento pessoal no sistema processual espanhol - 4. Considerações finais - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a proposta de estudo de meios de obtenção de prova no processo penal, mais especificamente em sede de provas em espécie, são diversos os problemas enfrentados durante a instrução processual, tudo isso, sem dúvida, a partir de fatores determinantes desencadeados ainda na fase preliminar. Impõe-se a observação de métodos para o desenvolvimento das diligências, obriga-se o investigador a seguir ritos, transformar fatos em elementos de convicção.

Tendo como pano de fundo a necessidade de demonstração lógica do desenvolvimento da investigação criminal, torna-se imperioso definir que, como garantia, as formas e os meios pelos quais as provas são obtidas devem ser rigidamente obedecidos, sob pena de invalidade e de não utilização em Juízo.

Assim, este trabalho trata sobre aspectos controvertidos de um dos mais importantes meios de obtenção de provas no processo penal, de polêmica estrutura e de conturbada aceitação pela doutrina e pela jurisprudência: o reconhecimento pessoal.

Percebe-se a necessidade de definição dos procedimentos adotados não só no Brasil, mas também em outros países para que, pela comparação, possam ser desmitificados alguns pontos tidos como conflitantes em decisões judiciais exaradas pelos tribunais superiores durante os últimos anos.

Importante citar que não há a pretensão de abordagem profunda ao tema, isso tendo em vista a necessária comparação dos institutos após breves definições. Deve ser também citado que, embora sejam analisados diferentes sistemas processuais, dar-se-á preferência ao estudo de elementos atinentes às fases investigatórias dos processos penais, estabelecidas as dificuldades em se delimitar se há ou não investigação durante a instrução da ação penal em tais sistemas.

Dessa forma, e para que sejam mais bem entendidos os pressupostos de definição e comparação estabelecidos, foram feitas divisões em tópicos e subtópicos de acordo com a proposta de estudo sobre o mencionado meio de obtenção de prova.

Torna-se necessário determinar, desde já, que a medida cautelar de reconhecimento pessoal durante a fase de investigação policial também se difere em diversos aspectos do reconhecimento feito já na fase processual. Ademais, insta relatar que os principais problemas, sem dúvida alguma, são a exposição em definição de direito de não produção de prova contra si mesmos e a possibilidade de ser reconhecido por fotografia, o que delimita o trabalho policial e torna a execução das medidas ainda mais carentes de formalidades e preparo dos agentes responsáveis pela organização e execução das mesmas.

Por isso, optou-se por iniciar pela análise dos atos de reconhecimento pessoal na legislação brasileira, isso com o intuito de delimitar o campo de comparação com outras realidades em sistemas. A sistemática usada pelo Código de Processo Penal para o desenvolvimento das sessões de reconhecimento demonstra não só

a falta de detalhamento necessário à execução da medida, mas, também, atesta a possibilidade de realização sem a presença de advogado defensor, fato que pode macular os resultados e prejudicar a investigação.

Ao final, apresentar-se-ão comentários sobre o tema, tido como central em matéria de busca por meios de prova no processo penal brasileiro, mormente em sede de investigações policiais por crimes contra a vida, liberdade sexual e contra o patrimônio.

2. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR

No contexto apresentado pela investigação criminal preliminar, e levando-se em consideração a necessidade de estudo sobre a ferramenta de investigação aqui proposto, é necessário citar alguns pontos sobre meios de obtenção de provas durante a instrução de procedimentos policiais e preliminares em sede de apuração de delitos. Para tanto, deve ser levado em consideração o valor probatório que pode ser alcançado por alguns deles.

Embora se tenha em mente que, segundo Lopes,[1] *meio de prova* pode ser definido como "a atividade pelo meio da qual se introduz no procedimento um elemento de prova", é importante definir que, na fase de investigação policial ou preliminar penal não se tem, ainda, produção de prova, a qual somente ocorrerá no desenvolvimento de eventual ação penal. Por isso mesmo, segundo tal autora, a atividade em tela exige sempre a participação do juiz e das partes, isso com o dever de submissão ao contraditório, o que denota a possibilidade de produção antecipada quando possível.

Portanto, embora seja possível definir e até mesmo apontar indícios que levem ao reconhecimento e à autoria em sede de investigação preliminar, é necessário que, posteriormente, tais informações sejam filtradas pelo processo penal para que possam ser utilizadas em fundamentos de decisão cautelar e sentença.

De acordo com Grinover,[2] a sequência de atos que são praticados, por exemplo, na medida de interceptação telefônica determinam melhor o que seria um meio de

1. LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Processual, São Paulo, USP, 2011. Orientador: Antonio Scarance Filho. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php].

2. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/1995 e das leis de 1996. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 117. "Mas o termo "prova" não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os "meios de prova". Pode-se, assim, distinguir entre fonte de prova (os fatos percebidos pelo juiz),

prova. Importante citar que as expressões "meio de prova" e "indício-base a meio de obtenção de prova" podem ser consideradas como diversas para este trabalho. A primeira diz respeito ao procedimento de coleta ou separação de algum dado, objeto, documento, gravação etc., que, submetido ao contraditório, possa servir de fundamento à tomada de decisão pelo Juízo. Quanto à segunda, esta é relacionada ao procedimento apuratório, a algum dos itens acima citados que, embora ainda não submetidos ao contraditório, possam servir de base à investigação (indiciamentos, pedidos de interceptação telefônica, buscas e apreensões etc.), assemelhando-se ao chamado indício.

Dessa maneira, o reconhecimento fotográfico precário em sede policial (indício-base a meio de obtenção de prova) pode dar azo ao reconhecimento pessoal como antecipação de prova ou, ao menos, como fator de embasamento da denúncia. A importância da atividade investigatória, portanto, supera o preconceituoso caráter de "mera peça de informações"[3] para solidificar-se como período de coleta de meios para a delimitação do alcance da própria ação penal vindoura.

Para tanto, todavia, considera-se a necessidade de obediência à forma prevista na lei para que as atividades de investigação sejam desenvolvidas, para que, conforme será exposto em relação ao sistema processual de outros países, os resultados possam ser considerados como meio de prova.

3. RECONHECIMENTO PESSOAL

Após a ocorrência do delito, e como dever de coleta de todas as informações possíveis sobre os fatos em reconstrução, cabe ao investigador ouvir testemunhas, declarantes e informantes na tentativa de estabelecer a autoria. Nesse momento, entra em cena a busca por reconhecimentos.

Insta citar, nesse ponto, que o reconhecimento pessoal ou de coisas é meio de obtenção de provas em diversos sistemas processuais, sendo que as diferenças no modo como são desenvolvidos os atos determina a qualidade da prova produzida. Trabalha-se com duas variantes: tempo e memória.

---

meio de prova (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e objeto de prova (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova)." . Interessante a autora em tela também menciona que: "(...). O resultado da interceptação – que e uma operação técnica – é fonte de prova. Meio de prova será o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo" (p. 174).

3. "Verifica-se, assim, que a expressão "mera peça" deveria ser excluída dos livros doutrinários, já que, como é cediço, todas as provas produzidas dentro desse importante procedimento investigativo, são, na maioria das vezes, apenas repetidas em Juízo." CARVALHO, Paulo Henrique da Silva. A importância do inquérito policial no sistema processual penal. Disponível em: [www.advogado.adv.br/artigos/2006/paulohenriquedasilvacarvalho/aimportanciainquerito.htm]. Acesso em: 07.12.2012.

Conforme Cutler,[4] sessões de reconhecimento são consideradas importantes para a solução de investigações, sendo a forma mais comum de testemunho em julgamentos criminais. Todavia, é importante observar que há considerável possibilidade de erro se as sessões não forem desenvolvidas de maneiras a evitar dubiedade e imprecisões.

Sendo assim, nos termos do que aponta Fernandes,[5] ainda é possível apontar ser comum nas legislações penais que uma espécie de reconhecimento seja regulada e este regulamento sirva para determinar como se dará outra modalidade. Ainda, aponta o mesmo autor para a necessidade em se seguir um rito para tal meio de obtenção de prova, o que fica prejudicado se for aplicado um modo para a sua realização a outro não previsto. É o que chama de *irritualidade*.

Dessa maneira, discutiu-se na *XX Jornadas Ibero Americanas de Direito Processual Penal*, realizada em Málaga, Espanha, no ano de 2006, que, no caso brasileiro, em sendo realizado reconhecimento por meio de fotografia não haveria problema de atipicidade (tipo de reconhecimento) ou de *irritualidade*. Chega-se, portanto, à conclusão de que o problema, sim, reside no descumprimento do rito previsto, pois haveria coleta de prova típica por meio de rito diverso. Dessa forma, ficou evidente que o reconhecimento fotográfico é precário.

O ato de reconhecer, diga-se de passagem, é importante e necessário para a aproximação da vítima dos atos investigatórios. No entanto, e até pela carga de emoção envolvida no ato, torna-se ainda mais necessária a observância de cuidados elementares no desenvolvimento do ato de investigação em tela, eis que podem ser cometidos erros de considerada gravidade, sendo o principal deles o apontamento equivocado de autor de crime. Muitas vezes, pelo calor dos acontecimentos e pela necessidade de "vingança", equívocos cometidos na fase de investigação podem acarretar por anulações no processo penal. A investigação, portanto, seguirá para caminho diverso e haverá chance de fracasso na indicação de autoria.

---

4. "The criminal justice system recognizes that eyewitness testimony in generaland eyewitness identification in particular play profoundly important rolesin the apprehension, prosecution, and adjudication of criminal offenders. Police investigators rely heavily on eyewitness testimony in their initialinvestigation of a crime (Fisher & Geiselman, 1992). Eyewitness identifications from photo spreads and lineups are frequent occurrences (Brigham & Bothwell, 1983; Goldstein, Chance, & Schneller, 1991). And the eyewitness is probably the single most common form of witness in many criminal trials. The criminal justice system also acknowledges the influencethat eyewitnesses have on trial outcomes." CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D. *Mistaken identification: the eyewitness, psychology, and the law*. United States, New York: Cambridge University Press, 1996. p. 6.

5. FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *RBCCrim* 66/205-206.

Ademais, ressaltando-se a importância de tal procedimento, é possível definir que o reconhecimento é prova irrepetível.[6] Sendo dessa forma, não se pode simplesmente anular um ato de reconhecimento, haja vista que não se pode renovar tal sessão nos mesmos moldes já definidos. Ou seja, "não se reconhece o já reconhecido". Se não forem seguidos os ritos previstos, perde-se o valor probante do procedimento.

Dessa maneira, importa definir que se não forem seguidas regras para a execução das sessões de reconhecimento pessoal, grande se torna a possibilidade de se tornar inócua. Em determinados crimes, como naqueles em que a palavra da vítima e suas percepções sobre o crime são imprescindíveis para a elucidação e apontamento de autoria, o reconhecimento pessoal surge como meio de prova de inigualável valor. Por isso mesmo, deve ser revestido de estrita observação da forma prevista pela lei.[7]

De tal modo, quer seja realizado de modo preliminar, por fotografias ou como antecipação de produção de meio de prova, o reconhecimento pessoal deve obrigatoriamente ser envolto em formalidades.

Cabe também considerar que se tratando de ato atinente à memória das vítimas e testemunhas, ainda assim é possível ter como resultado um equívoco.[8] Ainda,

---

6. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

7. LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. *Boletim IBCCRIM*. ano 19. n. 229. p. 6-7. São Paulo: IBCCRIM, dez. 2011. "Um dos meios de prova previstos expressamente no Código de Processo Penal brasileiro é o reconhecimento de pessoas e coisas. O reconhecimento é meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado. O reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova. Realizado na presença do juiz e com a participação das partes, formará elemento de prova e poderá ser levado em consideração pelo julgador na sentença."

8. Os erros em reconhecimentos pessoais têm causado condenações errôneas nos Estados Unidos. Conforme reportagem a seguir citada, os exames de ADN demonstraram que os condenados foram reconhecidos equivocadamente, o que já provocou mais de duzentas libertações de inocentes. A seguir, trecho da mencionada reportagem: "In 1981, 22-year-old Jerry Miller was arrested and charged with robbing, kidnapping, and raping a woman. Two witnesses identified Miller, in a police lineup, as the perpetrator. The victim provided a more tentative identification at trial. Miller was convicted, served 24 years in prison, and was released on parole as a registered sex offender, requiring him to wear an electronic monitoring device at all times.Recent DNA tests, however, tell a different story: Semen taken from the victim's clothing – which could have come only from the perpetrator – did not come from Miller. In fact, when a DNA profile was created from the semen and entered into the Federal Bureau of Investigation's convicted offender database, another man was implicated in the crime. On April 23, 2007, Miller became the 200th person in the United States to be exonerated through DNA evidence." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *USAToday*

para piorar a situação, é possível determinar que não há preocupação em preservar o meio de obtenção de provas que representa o reconhecimento pessoal no sistema brasileiro, baseado na memória de vítimas, declarantes e testemunhas.[9]

Tal assunto já era tratado no sistema estadunidense há tempos, haja vista que se trata de tema atinente também à Psicologia. A principal preocupação incide sobre a transmissão dos dados da testemunha/vítima à Polícia e a apresentação de tais dados perante a Corte.[10]

Nesse ponto, é também discutido o fator "tempo" na construção do reconhecimento pessoal e nos resultados que se esperam com a atividade. A separação entre o fato (intervalo de retenção do dado a ser memorizado), conjecturado com as informações obtidas após o ocorrido, modifica a capacidade de resposta da testemunha ou da vítima sobre o que deve ser reconhecido.

Segundo estudo realizado por Marshall,[11] há três fatores que devem ser levados em consideração para a efetividade de reconhecimentos pessoais: 1– percepção (modo pelos quais os eventos são interpretados pela testemunha/vítima levando-

---

Journal, 4/23/2007 10:46 AM. DNA should clear man who served 25 years. Disponível em: [http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2007-04-22-dna-exoneration-inside_N.htm]. Acesso em: 23.10.2012.

9. GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla di. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília, 20, 21 e 22.11.2008. Vários são os fatores responsáveis pela deterioração da lembrança, sendo que os dois principais são: 1) o intervalo até a retenção (a diminuição da precisão da lembrança se deve ao esquecimento normal, o qual é mais rápido após a aquisição e antes da retenção, tornando-se mais lento em seguida) e 2) as informações obtidas após o ocorrido (durante o intervalo entre a aquisição e a retenção, ou mesmo após a retenção, a testemunha está exposta a novas informações sobre o acontecimento presenciado, por exemplo, por comentários posteriores de outras testemunhas, os quais criarão problemas para distinguir entre a informação original e a incorporada posteriormente).".

10. J JOHNSON, Wanda B. *Eyewitness identification of offenders: state-of-art survey and research recommendations*. Law Enforcement Assistance Administration. Washington D.C.: U.S. Department of Justice, 1973. p. 2. "Eyewitness identifications involve both psychological and proceduralfactors. The psychological aspects of eyewitness identification challenges human perception and question the human ability to distinguish one person from another. The procedural aspect is the questioning of: police procedures in obtaining eyewitness identification and the court procedures in presenting and interpreting eyewitness testimony. The main questions concerning the psychological aspect of eyewitness identification are: 1) the ability of a person to record characteristics of another; 2) the ability to retain these perceptions and; 3) the ability to communicate accurately and specifically these perceptions".

11. MARSHALL, James. *Law and Psychology in Conflict*. Garden City, New York: Anchor Books. Doubleday & Co., Inc., 1969. p. 10-11.

-se em consideração seu estado de humor e emoções); 2– lembranças: período de tempo decorrido entre o evento e a descrição feita pela testemunha/vítima sobre ele às autoridades, sendo que incidem sobre a memória desta outros fatores que podem influenciar na identificação; 3– articulação: as mesmas palavras são usadas com significados diversos por pessoas diferentes. Por essa razão, o art. 6.º do CPP, em seu inc. VI, determina à autoridade policial que proceda ao reconhecimento de pessoas e coisas assim que tiver notícia e constatar a ocorrência de fato definido como crime, evitando-se, com isso, a influência do tempo sobre a memória de testemunhas e vítimas.[12]

Dessa forma, aduz-se que, conforme determinado por Lopes[13] em recente tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, "quando há procedimento estabelecido para a prática de algum meio de prova, este deve ser respeitado, sob pena de se atentar contra o devido processo legal e acarretar a nulidade do ato".

Tanto a interceptação telefônica, quanto o reconhecimento pessoal são atividades de investigação que devem ser enquadrados em tal concepção, sendo imperiosa a obediência às formas estabelecidas.[14] A obediência às formalidades é garantia de

12. Conforme pensa Lopes Jr. e Di Gesu: "As contaminações a que estão sujeitas a prova penal podem se minimizadas através da colheita da prova em um prazo razoável, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória. (...)". LOPES JR., Aury Celso; GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. ano 7. n. 25. abr.-jun. 2007.

13. LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento como meio de prova... cit. Segundo a mesma autora: "O reconhecimento tem por finalidade identificar uma pessoa ou coisa supostamente envolvida na prática de um delito. Não se trata do único meio existente para identificação, mas deve ser utilizado preferencialmente em relação a outros meios".

14. ROBERTS, Andrew. Eyewitness Identification Evidence: Procedural Developments and the Ends of Adjudicative Accuracy. *International Commentary on Evidence*. vol. 6. issue 2. 2009. Article 3. United Kingdom, Berkeley, 2009. Disponível em: [http://wrap.warwick.ac.uk/887/]. Acesso em: 23.10.2012. "The outcome of well-designed procedures, which require the witness to make choices about a number of individuals of similar appearance, all of whom, apart from the suspect are known to be innocent, may provide some indication of the quality of the witness's memory. Where the witness identifies the suspect during such a procedure, there is a satisfactory basis (that is, evidence derived from the suspect's memory rather than evidence concerning the presence or absence of factors associated with reliability generally) for inferring both that the witness's memory is accurate, and consequently, that the suspect is the person that the witness saw engaged in wrongdoing. That inference may be more reliable where procedures are conducted at the earliest opportunity. The shorter the period between a witness's perception of the offender and any procedure designed to elicit reliable identification evidence, the less likely it is that a witness will have been exposed to situations which give rise to a risk of memory distortion".

produção de melhores resultados, já que todo objeto de prova pode ser refutado na fase judicial da atividade.

Ainda, conforme disposto pelo mesmo autor,[15] é possível apontar que nos Estados Unidos foi feita recomendação às forças policiais para que adotassem formas mais acuradas para o tratamento do reconhecimento pessoal.

Desta maneira, foi sugerida a substituição do reconhecimento simultâneo pelo sequencial, ou seja, os componentes da linha de reconhecimento não são postos às vistas da vítima/testemunha simultaneamente, mas de forma sequencial, entrando um após o outro no ambiente de reconhecimento. Se por acaso a vítima/testemunha apontar um dos reconhecendos como auto do delito, não terá acesso aos demais da linha, o que difere tal procedimento do "tradicional" (linha de reconhecimento simultâneo), haja vista que terá que tomar uma decisão a cada *reconhecendo* que entrar no ambiente de reconhecimento.

É direito do investigado, caso concorde em participar da sessão de reconhecimento, de ter todo aparato possível para que haja fidelidade nos resultados. Assim, conforme Roberts,[16] o acusado tem o direito de que a prova seja produzida pelo meio mais acurado, com maior precisão possível, não podendo o Estado alegar carência de meios ou de tempo para não proceder dessa forma.

---

15. Idem. Tratando sobre as necessárias modificações a partir desta década, o autor relata que: "In that period there has been a move away from the use of traditional corporeal identification parades (line-ups) in favour of video identification procedures in England and Wales. In the United States, the National Institute of Justice has published guidelines for law enforcement officers concerning the pretrial procedures that ought to be used to obtain identification evidence from eyewitnesses. This precipitated the adoption in some jurisdictions in the US of novel identification procedures in which those appearing in the procedure are presented to the witness sequentially rather than simultaneously, as they are in traditional identification parades or lineups. In Australia, the Uniform Evidence Acts 1995 (Cth and NSW) establish an exclusionary rule in respect of visual identification evidence where no identification parade has been conducted. A number of Australian jurisdictions have subsequently considered adoption of the Uniform Evidence Acts, Victoria having recently introduced a Bill which will lead to enactment of the uniform legislation in that jurisdiction. In New Zealand, a similar exclusionary approach is set out in recently enacted codifying legislation."

16. Idem. É o que aponta no trecho a seguir: "Where identification is, or might become, a central issue in a case, must the police always use procedures which are thought to produce the most reliable identification evidence? In other words, does a suspect have a right to the most accurate identification procedures? One way of addressing the problem of finite resources is to claim that the suspect's right to the use of the most accurate identification procedures is a qualified right. Dworkin, for example, argues that an absolute right to the most accurate procedures for determining innocence and guilt would require the criminal justice system to have first call on the resources available to a government. Diversion of resources into the criminal justice system to give effect to this right would lead to a state of affairs in which there were insufficient resources to fund other aspects of governments' welfare obligations."

Na verdade, os modelos para realização das sessões de reconhecimento (simultâneo ou sequencial), oferecem vantagens e desvantagens. Em relação ao reconhecimento simultâneo, a vítima/testemunha pode comparar as características físicas de todos os componentes da linha, eleger aqueles que mantêm maior semelhança com o autor.[17] A partir daí, pode apontar qual deles, componentes da linha, assemelha-se ao culpado. No reconhecimento sequencial,[18] tal possibilidade inexiste, já que terá que tomar uma decisão em relação cada um dos que forem aparecendo à sua frente, podendo, inclusive, isentar o real autor por não reconhecê-lo, evitando, também, "falsos positivos". No entanto, os resultados obtidos pelo sequencial são mais confiáveis, embora seja observado que há menor incidência de autores de crimes reconhecidos por tal método. Esta consequência é mais aceitável do que a indicação falsa de autoria pelas falhas do modelo simultâneo, o qual permite a escolha do "mais parecido".

Outro ponto interessante é relativo ao policial (ou policiais) responsável pela condução da sessão. De acordo com definição posta por Schuster,[19] se o policial que

17. "Simultaneous presentation of subjects allows the witness to compare the persons appearing in the procedure to one another. It is suggested that this might lead to the witness selecting the subject who bears the *closest* resemblance to the culprit, though that resemblance may not, in fact, be particularly close. The suspect maybe identified on the basis that he is the 'best candidate'". Idem.

18. "Because in the sequential lineup the witness is shown only one image at a time and is required to make a decision in relation to each image before the next is shown, the opportunity to compare subjects does not arise. Because intra-subject comparison is not possible, any identification is more likely to based on there being a close similarity in the suspect's appearance and the witness's recollection of the culprit. It has been suggested that, as identification of a suspect through a shallow relative judgment may amount to no more than speculation on the part of the witness, a higher rate of false identification might be expected. This kind of speculation on the part of the witness might be expected to lead to identification of suspects from time-to-time. If the opportunity to speculate is removed then the rate of accurate identification may fall. However, suppose further research were to reveal that the use of sequential lineups brought about a roughly equal reduction in the rate of false and accurate positive identifications; that its use would produce no net gain in procedural accuracy. Some might still advocate adoption of the sequential lineup on the grounds that its use would lead to an appropriate allocation of the risk of error between suspect and state. A reduction in the rate of accurate positive identifications might be viewed as a acceptable price for greater protection against the risk of false positive identification." Idem.

19. Schuster, Beth. Police Lineups: Making Eyewitness Identification More Reliable. National Institute of *Justice Journal*. n. 258. October 2007. Disponível em: [www.nij.gov/journals/258/police-lineups.html#note1]. Acesso em: 23.10.2012. "Typically, the law enforcement official or lineup administrator knows who the suspect is. Experts suggest that lineup administrators might – whether purposefully or inadvertently – give the witness verbal or nonverbal cues as to the identity of the suspect. For instance, if an eyewitness utters the

conduz a sessão tem conhecimento de quem é o autor do delito dentre os que compõem a linha ou a sequência de reconhecimento, voluntária ou involuntariamente acabará por sugerir à vítima ou à testemunha que aponte este como o reconhecido.[20] É o sistema do *double-blind lineup*.

De tal modo, é interessante que a condução do reconhecimento seja feita por policiais que não conheçam o suspeito, o que fará com que os resultados sejam valorados de forma a embasar tomada de decisões em sede policial ou até mesmo em Juízo.

3.1 Reconhecimento pessoal no sistema brasileiro

De acordo com o que está disposto no art. 226 e ss. do CPP,[21] procede-se ao reconhecimento pessoal obedecendo-se a uma sequência concatenada de atos, sem o que pode ser maculado o resultado da sessão de reconhecimento.

De tal modo, antes de ser regulada pelo mencionado dispositivo, a necessidade de reconhecimento é tratada, na verdade, pelo art. 6.º do CPP. Em tal dispositivo, observa-se que, dentre as diligências que devem ser realizadas pela autoridade policial quando for até o local do crime, figura o ato de tratar sobre tal procedimento de modo preliminar. Assim, é nesse momento, se possível, que serão apontadas pelas

---

number of a filler, the lineup administrator may say to the witness, 'Take your time (...). Make sure you look at all the photos.' Such a statement may effectively lead the witness away from the filler. In a 'double-blind' lineup, however, neither the administrator nor the witness knows the identity of the suspect, and so the administrator cannot influence the witness in any way."

20. Neste ponto, são conhecidas as "sugestões" feitas no decorrer das sessões: "olhe mais uma vez", "tens certeza?", "quer que eu mande que se aproximem?", "deseja olhar este mais de perto?".

21. "Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável. Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas".

testemunhas e pelas vítimas as características do autor do delito, fato extremamente relevante para a realização de outras diligências durante o inquérito.

Essa é a principal razão para Lopes Jr.[22] deduzir sobre a necessidade de estrito atendimento à forma prevista para a realização do ato. Com isso, evita-se a indução e outras consequências nefastas da sessão de reconhecimento mal conduzida.

De tal maneira, em sendo possível a indução da vítima em seu reconhecimento, considera-se necessária a reestruturação do procedimento.[23] Tal "indução a erro" pode ser causada até mesmo se o procedimento for executado de acordo com as regras do Código de Processo Penal. Por referidas regras, e conforme está disposto no art. 226 do CPP, a testemunha ou a vítima que tiver de fazer o reconhecimento será "convidada"[24] a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. Deduz-se que, antes da sessão de reconhecimento pessoal, a testemunha ou a vítima deve fornecer caracterís-

22. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 681. "Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer reconhecimentos informais, admitidos em nome do livre convencimento motivado".

23. GAZETA DO POVO ON LINE. Tragédia na Praia dos Amores em Caiobá. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=853179&tit=Tragedia-na-Praia-dos-Amores-em-Caioba]. Acesso em: 02.10.2012. Em determinado trecho da matéria é possível compreender que as diligências policiais realizadas na sessão de reconhecimento, em tese, determinaram que a vítima reconhecesse pessoa diversa (O perito Rodrigo Soares Santos, contratado pela defesa do acusado de ter cometido o crime no Morro do Boi, em Matinhos, afirmou que a estudante Monik Pegorari de Lima foi induzida ao erro pela polícia no reconhecimento de Juarez Ferreira Pinto. Em entrevista coletiva na tarde desta quarta-feira (1.º), Santos disse que a utilização de pessoas com biotipos físicos muito diferentes, fez com que a estudante associasse a imagem do criminoso com Juarez). Exemplo de complicações geradas pelo mau uso de tal meio de obtenção de provas está disposto no conjunto de investigação gerado pelo crime cometido contra Monik Pegoraro de Lima e seu namorado Osíris Del Corso em 31.01.2009, conforme fatos amplamente divulgados pela mídia. Mesmo que não se tenha a pretensão de avaliar a execução de atos de investigação no decorrer de tal procedimento, realizado pela Polícia Civil paranaense, é possível perceber pela leitura de matérias veiculadas que penderam dúvidas sobre a regularidade do resultado de reconhecimentos pessoais efetuados pela vítima Monik. Segundo peritos contratados pela defesa de Juarez Ferreira Pinto, apontado como autor do delito, Monik teria sido induzida ao erro pela Polícia Civil.

24. Pode a vítima se recusar a participar de sessão de reconhecimento na fase de investigação? Sim. Do mesmo modo que o investigado não é obrigado a comparecer a tal sessão, também à vítima assiste o direito de não participar de reconhecimentos pessoais ou fotográficos. Todavia, em relação às testemunhas há o dever de comparecer e participar, embora seja bastante temerário o comparecimento forçado de reconhecedores pela possibilidade de ocorrência de resultados diversos dos esperados. Desse modo, fica dito que reconhecimento pessoal é ato de caráter voluntário.

ticas físicas e do traje do suspeito, com o que vai ser preparada a sessão, de maneira a deixar que os componentes sejam trajados todos de maneira mais parecida possível.[25]

Em seguida, pela regra do inc. II, a pessoa a ser reconhecida deve ser colocada, *se possível*, ao lado de outras que possuírem semelhança com ela. A partir daí, o reconhecedor deve ter acesso ao grupo e, caso seja possível, apontar quem deva ser reconhecido dentre os presentes.

Bom ser citado que, nos termos dos arts. 227 e 228 do CPP, o mesmo rito aplicado ao reconhecimento pessoal deverá ser seguido para objetos a serem reconhecidos. Além disso, se houver mais de um reconhecedor, deverão ser separados para que não se comuniquem, não sendo esclarecido se antes ou depois das sessões.

O inc. III do art. 226 determina que se o reconhecedor demonstrar estar intimidado pela presença do suspeito, será providenciado que este último não o veja durante a sessão. Tal dispositivo deduz que se a testemunha ou a vítima demonstrem ou aleguem temor ou receio de participarem da atividade se puderem ser vistas pelas pessoas a serem reconhecidas. Deve ser levado em conta que, na fase judicial, provavelmente não será possível determinar que o denunciado, o réu, fique alheio à identidade do reconhecedor, o que causa problemas de toda ordem na sequência dos atos.

Assim, a experiência demonstra que, mesmo que haja o reconhecimento pessoal na fase policial, respeitando-se as formalidades previstas no referido artigo, a situação tende a mudar quando, colocada frente a frente do réu, a vítima ou a testemunha são "convidadas" a novamente reconhecê-lo no Juízo. Dois são os fatores que influenciam o reconhecimento nesta segunda fase: o tempo decorrido entre o primeiro reconhecimento e a audiência judicial, algumas vezes de meses ou anos, e o temor em proceder ao reconhecimento ao olhar no rosto do denunciado, muitas vezes algemado perante o Juízo[26] ou, ainda pior, já solto, podendo ter encontrado com o reconhecedor na entrada do Fórum ou no corredor de espera.

Tal entendimento também é compartilhado por Lopes,[27] quando assevera a necessidade de produção antecipada de prova no reconhecimento pessoal na fase de investigação preliminar.

---

25. Dessa maneira, não se podem colocar quatro homens com barba e cabelos compridos ao lado de um com cabelos curtos e sem barba, ainda mais se, por exemplo, a vítima disser que o autor do crime tinha estas características. Tal situação pode induzi-la em erro e acarretar a desconsideração dos resultados. Ou seja, ela será induzida a reconhecer o componente que estiver trajado ou de características físicas mais próximas daquele que traz em mente.

26. Deve ser ainda levado em conta que, muitas vezes e quando o réu está solto, testemunha, vítima e familiares aguardam pelo "pregão" no saguão do fórum, o que já determina a temeridade em participar de reconhecimentos, haja vista que não são separados dos demais presentes.

27. LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento de pessoas... cit.* "A partir do momento que o reconhecedor teve contato com a pessoa a ser reconhecida, a imagem guardada na

Ou seja, há problemas a serem resolvidos no procedimento adotado pelas polícias e pelo Poder Judiciário no Brasil[28] quanto ao sistema de reconhecimento pessoal, devendo ser levado em conta que, em sede de crimes patrimoniais e contra a liberdade sexual, a prova por tal meio é muitas vezes essencial para a formação de culpa.

As modificações deduzidas pela doutrina são, portanto, necessárias e urgentes, o que pode ser feito ainda no Projeto do Novo Código de Processo Penal, em trâmite

---

memória influirá no segundo reconhecimento. Assim, estará o ato viciado. É, portanto, meio irrepetível de prova. Assim, deve sempre ser produzido com todas as cautelas e observando o procedimento existente em lei para sua realização (arts. 226 e ss. do Código de Processo Penal). Em resumo, por somente ser produzido uma única vez, para que forme elementos de prova, deve ser realizado de forma perfeita, respeitando rigorosamente o procedimento legal e sempre na presença das partes e do juiz, em respeito ao princípio do contraditório. É também um meio de prova urgente e, por isso, deve ser realizado antecipadamente. Levando em conta a influência que a memória produz no reconhecimento, deve-se refletir o caráter de urgência existente na sua produção. O reconhecimento deve ser um dos primeiros atos de investigação de um fato criminoso, pois, para a sua adequada realização, exige-se que o sujeito ativo recorde muito bem a imagem da pessoa ou da coisa envolvida." Ainda assevera tal autora: "Em resumo, tendo em vista que o reconhecimento se trata de um meio de prova irrepetível, pois somente pode ser produzido uma vez, deve sempre ser realizado de acordo com o procedimento previsto em lei e com a participação das partes e do juiz, em respeito ao princípio constitucional do contraditório. Por ser meio de prova urgente, tendo em vista a influência negativa que o tempo acarreta na memória, deve ser realizado o mais rápido possível, preferencialmente na fase de investigação, antecipando-se a sua produção, com respeito ao rito e com a participação das partes e do juiz.".

28. Conforme entendimentos jurisprudenciais do STJ, é possível determinar que ainda se está bastante distante de atendimento ao que determina a Constituição Federal em sede de direitos e garantias fundamentais. Somente como exemplo, a ementa de uma das decisões: "Processual penal. Habeas corpus preventivo substitutivo de recurso ordinário. Homicídio. Reconhecimento pessoal. Direito ao silêncio. Ausência de violação. Providência probatória facultada ao juiz. Livre convencimento. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o reconhecimento pessoal não é obrigatório, ficando ao prudente arbítrio do Juiz da causa a necessidade de realização dessa diligência. Precedentes do STJ e STF. 2. *Habeas corpus* conhecido e ordem denegada" (HC 164.870/SP, 5.ª T., j. 21.06.2012, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJRJ), *DJe* 03.08.2012). E outra: " Processo penal. Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Reconhecimento pessoal. Vício. Superveniente reconhecimento judicial. Eiva superada. Regime inicial fechado. Motivação: elementos concretos. Ilegalidade: ausência. 1. Resta superada a alegação de vício em reconhecimento pessoal, levado a cabo em sede policial, diante de congênere providência regularmente realizada em juízo. 2. Encontra-se motivada a sujeição ao regime inicial fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, fixada no mínimo legal. 3. Ordem denegada" (HC 152.988/SP, 6.ª T., j. 02.02.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 15.02.2012).

no Congresso Nacional. No entanto, conforme aduz Lopes Jr.,[29] as previsões não são favoráveis.[30]

Em virtude da carência de doutrina especializada sobre o tema, e pela simples repetição do que determina superficialmente a lei, é possível apontar que, como indicado acima por Lopes Jr., se já não se tem disciplina para a realização de reconhecimentos pessoais (e fotográficos), quiçá quanto aos que necessitam ou dependem de outros sentidos para serem realizados (acústicos, olfativos ou tácteis). O Código de Processo Penal fala apenas em "pessoas e coisas", não tendo ainda definição sobre demais meios de gravação de imagem, como é possível observar no sistema processual português.

Outra questão interessante é a falta de regramento a ser seguido na sessão de reconhecimento em si, ou seja, antes, durante e após o ato de obtenção do meio de prova. Não se exige número mínimo de pessoas (somente deduz-se que sejam exigidas duas outras além do suspeito), sequências de entrada dos "reconhecendos"

29. LOPES JR., Aury. Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso. *Boletim IBCCRIM*. ano 17. n. 200. p. 16-17. São Paulo, jul. 2009.

30. "O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto atualmente no art. 226 e ss. do CPP, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. No anteprojeto de reforma do CPP, o reconhecimento está regrado nos arts. 191 a 193, sendo o ponto nevrálgico estabelecido no art. 191. Basta uma rápida comparação para ver que não há nenhuma evolução ou reforma digna de nota. Os velhos problemas persistem: quantas pessoas devem participar do ato de reconhecimento? E a problemática lacuna em torno do "reconhecimento" por fotografias, será resolvida? E o reconhecimento que dependa de outros sentidos, como o acústico, olfativo ou táctil, quando será disciplinado? No anteprojeto do CPP, nada consta". Idem. Ainda, interessante observar o que vem sendo aprovado no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal quanto a tal matéria: "*Seção IV.* Do Reconhecimento de Pessoas e Coisas e da Acareação. *Art. 191.* Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma: I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrevera pessoa que deva ser reconhecida; II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III – a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento; IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais. V – no reconhecimento do acusado será observado o disposto no art. 265, § 4.º. Parágrafo único. O disposto no inc. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. *Art. 192.* No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável. *Art. 193.* Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas".

no local a ser utilizado para a sessão de reconhecimento,[31] condições de repetição do ambiente, das vestimentas e, no mínimo, das características físicas do suspeito,[32] presença do advogado do reconhecido, prévia comunicação ao Juízo, à defesa e ao representante do Ministério Público para a realização das sessões, isso dentre outros pontos considerados importantes para melhor aceitação dos resultados como meio de obtenção de prova na investigação.

Por fim, interessante citar que o investigado, indiciado ou réu não é obrigado a participar de sessões de reconhecimento pessoal, haja vista o exercício do direito a não produzir prova contra si mesmo.[33]

---

31. No que tange ao local em que são realizadas as sessões de reconhecimento, tal ponto de discussão mereceria estudo mais aprofundado para que fosse possível repetir com a maior fidelidade possível o ambiente em que o reconhecedor captou a imagem, a voz ou algum ponto característico do autor do delito. No entanto, o que se vê nas Delegacias de Polícia e nas unidades da Polícia Militar pelo Brasil é crucial para entender os motivos pelos quais o reconhecimento pessoal vem sendo atacado como meio de obtenção de prova pelos estudiosos do Direito Penal. São muito comuns reconhecimentos pessoais feitos com um só "reconhecendo" (por óbvio, o suspeito), com ele algemado, trajando roupas e com semblante de quem está recolhido ao cárcere (sapatos sem cadarços, sem cinto nas calças, cabelos despenteados, barba por fazer, camisa abotoada até o colarinho etc.) ou completamente diferente em sua aparência dos demais. Além disso, são comuns reconhecimentos feitos através de frestas de portas, por buracos em placas de compensado, por "olhos mágicos" de portas de gabinetes, por persianas ou pelas cortinas da sala do cafezinho, sem iluminação e sem as mínimas condições de reprodução de ambientes que se exigem em tal assunto.

32. Número: 70050185339. Tribunal: TJRS. Seção: Crime. Tipo de Processo: Apelação Crime. Órgão Julgador: 6.ª Câmara Criminal. Decisão: Acórdão. rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. Comarca de Origem: Comarca de Tramandaí. Ementa: AC 70.050.185.339 AC/M 4.074. S 30.08.2012, p. 67.
"Apelação criminal. Roubo majorado. Tese recursal absolutória centrada na ausência de prova suficiente para a condenação. Acolhimento. Incidência do princípio humanitário do in dubio pro reo (Art. 386, VII, do CPP). Absolvição. A única prova existente contra o réu no processo reside no reconhecimento pessoal feito pela vítima direta do fato, única que teve contato com o assaltante. Ocorre que a vítima afirma não ter visto o rosto do autor do fato, jamais tendo apontado qualquer característica física dele que possibilitasse o reconhecimento. Forma do ato de reconhecimento que pode ter gerado indução do reconhecedor, pois o réu foi colocado sozinho na sala logo após ter sido preso em razão de outro processo. Prova frágil para embasar a condenação, quando desacompanhado de qualquer outro elemento de prova a confirmar o aponte. Absolvição do réu que se impõe. Apelo Provido" (TJRS, ApCrim 70050185339, 6.ª Câmara Criminal, j. 30.08.2012, rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. Disponível em: [www1.tjrs.jus.br/busca/?q=%22reconhecimento+pessoal%22&tb=jurisnova]. Acesso em: 07.10.2012.

33. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. Prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 301. Diz tal autora que "Portanto, além de calar-se, negando-se a declarar, ou até mentir, pode também o acusado não contribuir para a atividade

Essa também é uma das razões pelas quais o reconhecimento fotográfico é tido como de precário valor, devendo necessariamente ser cotejado com outras provas para que possa obter maior respaldo. Também vale tal assertiva para os reconhecimentos feitos por imagens de câmeras de segurança, circuitos internos de televisão, celulares etc., não se podendo admitir regras menos rígidas para procedimentos tão importantes.

De acordo com Lopes Jr.,[34] o reconhecimento fotográfico somente pode servir como ato preparatório para o reconhecimento pessoal, sendo vedado seu uso como um substitutivo àquele ou, ainda, como prova inominada (admissão do auto de reconhecimento fotográfico sem o posterior auto de reconhecimento pessoal).

Interessante também ser citado que o referido autor[35] deixa claro que o reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado em duas oportunidades, quais sejam, de forma direta, com o suspeito ou imputado presente (caso concorde em participar do ato), e de forma indireta, haja vista o suspeito ou imputado não estar presente. No primeiro caso, inclusive, seria possível substituir a descrição referida no inc. I do art. 226 do CPP pela fotografia reconhecida.

Ademais, também se faz necessário observar que não se pode substituir um modo de produção de prova (reconhecimento pessoal), por outro (reconhecimento fotográfico) quando os procedimentos para a formação dos resultados são tão diferentes. Na verdade, segundo Fernandes,[36] busca-se burlar a disciplina legal do meio de prova que poderia ter sido adotado, o que acarreta vício de origem e, se for usado na instrução, vício processual.

---

probatória levada a cabo pelos órgãos de investigação. O acusado não pode ser compelido a declarar nem a participar de qualquer atividade que possa porventura incriminá-lo ou prejudicar sua defesa".

34. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* cit., p. 683.

35. Idem, p. 683-684.

36. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords). Op. cit., p. 38. Tratando sobre a citada substituição de prova, diz Fernandes que "Também há referências à ocorrência de substituição em casos de reconhecimento. Assim, substitui-se o reconhecimento pessoal pelo fotográfico, quando o primeiro não pode ser realizado. Em juízo, substitui-se o reconhecimento pelo apontamento do acusado na audiência pela testemunha. Mencionam Rosa Maria Rocha e Teresa Alves Martins crítica à admissão, pelo Supremo Tribunal de Portugal, de reconhecimento atípico efetuado em audiência de julgamento sem observância dos formalismos legais para o reconhecimento de pessoas, com invocação do princípio da livre apreciação da prova, embora o Tribunal Constitucional tenha afirmado a impossibilidade de se admitir como prova reconhecimento feito sem a observância dos requisitos legais. Lembra-se de que o reconhecimento na audiência tem sido considerado em algumas decisões como meio de identificação e não de reconhecimento, não submetido, por isso, ao regime deste".

Questões interessantes surgem quando a discussão avança para elaboração de retratos falados e manipulação de fotografias de suspeitos para submissão a reconhecimentos fotográficos. Ainda, é necessário tecer comentários sobre álbuns de fotografias (agora, digitalizados) e oportunidade para fotografar suspeitos na fase de investigação.

Desse modo, é possível confeccionar *retratos falados* atualmente com o uso de softwares avançados, em nível bastante diferente dos antigos desenhos à mão. Tal diligência não pode ser comparada a uma sessão de reconhecimento fotográfico, mas ao estabelecimento de perfil de suspeitos a serem procurados e investigados pela Polícia.

Assim, não há interferência no contexto apresentado se o perito incluir boné, chapéu, bigode, óculos escuros etc., para que a descrição da vítima/testemunha aproxime-se ao máximo do que mantém em sua memória acerca do autor do delito. O estabelecimento de padrões de autoria é elementar para refinamento dos atos de investigação, restringindo o campo de trabalho e economizando meios para a solução do caso. Se houver semelhanças entre o retrato falado e o suspeito indiciado, tal resultado interessa, entretanto, somente à investigação.

A situação é modificada quando se aborda a segunda questão. Tendo em vista a possibilidade de reconhecimento fotográfico como meio preparatório para o reconhecimento pessoal, e levando-se em consideração as peculiaridades do ato criminoso (por exemplo, se o autor do assalto utilizava óculos, se o estuprador estava de gorro, se o sequestrador usava barba etc.), seria possível manipular fotografias do suspeito para que sejam mostradas no reconhecimento?

No que diz respeito ao reconhecimento pessoal, Lopes Jr.[37] traz exemplo do ordenamento alemão em que há possibilidade de modificação do aspecto físico do imputado (cortar-lhe os cabelos, raspar barba etc.) para que participe da sessão de modo aproximado à descrição da vítima/testemunha,[38] o que não é permitido pela legislação brasileira.

Mas o que se deseja é abrir discussão sobre a possibilidade de *modificação de fotografias do suspeito* para que sejam mostradas no ato (incluir um boné, retirar o bigode, envelhecê-lo etc.). Dessa forma, e de acordo com o que foi dito pela vítima/testemunha, seria possível definir que todas as fotografias que forem mostradas

37. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal* cit., p. 685.

38. Interessante notar que, no Brasil e em alguns casos, o indiciado/réu modifica suas características físicas aparentes durante o lapso de tempo decorrido entre o reconhecimento em sede policial e a audiência, situação em que novamente será visto pela vítima/testemunha. Assim, corta cabelos, pinta-os, raspa a barba ou deixa-a crescer, o que pode acarretar que não se confirme o reconhecimento. Assim, mais uma razão para que se realize produção antecipada de provas quando do reconhecimento pessoal, nos moldes do art. 6.º do CPP.

tenham o adereço, ou estejam de bigode, ou com cabelos loiros, o que definirá aproximação com a descrição original.

Não há restrição às modificações em tela, haja vista que podem até mesmo servir para substituir o apontamento de características pela vítima/testemunha antes da sessão de reconhecimento pessoal, conforme apontado por Lopes Jr.[39] Todavia, não poderá manter valor se não for realizada sessão de reconhecimento pessoal[40] em seguida.

No que diz respeito aos *álbuns de fotografias*, estes atualmente e em sua quase totalidade estão contidos em programas computacionais, com o que são agrupadas as fotos de suspeitos, de presos e indiciados pelo delito cometido, pela região em que atuam, pelo grupo criminoso do qual fazem parte etc., tudo com o objetivo de facilitar a identificação de ações criminosas perpetradas.

Bom ser comentado que a grande maioria das forças policiais toma tais providências, não sendo incomum a identificação de suspeitos por vítimas/testemunhas por tais padrões.

Ainda, tais fotografias podem ser obtidas por atos de identificação criminal, conforme dispõe a Lei 12.037/2009, ou pelos bancos de dados disponibilizados aos órgãos policiais, os quais contêm dados de registros de identidade, de carteiras de habilitação, do sistema prisional. Interessante notar que a Internet também disponibiliza importantes ferramentas de identificação de suspeitos, haja vista a disseminação de redes sociais (Facebook, Orkut, Linkedin etc.), consideradas como "fontes abertas" de investigação, sítios que armazenam fotos e dados interessantes para qualquer investigação.

Portanto, não há ilegalidade na formação de bancos de dados de suspeitos para uso em sede policial, sendo questão de natureza técnica. O que não pode ocorrer é a indução a reconhecimentos ou, ainda, a desconfiguração do ato com a ausência de posterior reconhecimento pessoal.

3.2 O reconhecimento pessoal na legislação comparada

Pela proposta desse estudo, passa-se a citar as principais características dos sistemas de alguns países no que diz respeito ao reconhecimento pessoal, seja visual presencial ou por fotografias, isso em atendimento à ideia inicial de comparar os meios de obtenção de provas alienígenas com o que vige no direito processual brasileiro.

---

39. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* cit., p. 683-684.

40. Mas, e se o suspeito não concordar em utilizar um boné, por exemplo, no ato da sessão de reconhecimento pessoal? Mais uma vez tem que ser apontado que o reconhecimento pessoal é ato voluntário pelo sistema processual brasileiro, não se podendo obrigá-lo a modificar sua apresentação durante a sessão de reconhecimento.

De antemão, revela-se interessante mencionar que as legislações analisadas não dedicam muitos dispositivos ao reconhecimento de pessoas e coisas, modificando-se em maior grau no que tange ao momento em que são realizados os procedimentos e ao valor probatório dos resultados obtidos.

No entanto, já se nota a necessidade de adequação dos procedimentos aos meios tornados disponíveis pela tecnologia para gravação de imagens e sons, o que certamente será objeto de discussão nos tribunais superiores daqui para frente. Quer dizer, em virtude da grande quantidade de câmeras e de equipamentos de gravação de dados espalhados por todos os cantos das cidades, rodovias, shoppings, bancos, lojas etc., é possível concluir que, se forem utilizados como meio de apontamento preliminar de suspeitos, deve haver um procedimento para tanto, por minimamente regrado que possa ser.

Passa-se, então, ao estudo dos dispositivos sobre reconhecimento pessoal em sistemas processuais alienígenas, com o que se pretende deduzir como está a situação do instituto na legislação nacional através de quadro comparativo.

Reconhecimento Pessoal

Assunto	Brasil	Direito Comparado
Tratamento legal	Art. 226 e seguintes do Código de Processo Penal. Novo CPP pouco modifica o que já está previsto.	Itália: art. 213 e ss. do Codice di Procedura Penale. Espanha: arts. 368 e ss. da LECrim. Portugal: artigo 147 e seguintes do Código de Processo Penal. Inovações trazidas pela Lei 48/2007, de 29 de agosto: o "reconhecimento por fotografia, filme ou gravação" passou a constituir um tipo de reconhecimento.
Número de Suspeitos	O CPP é omisso. Deduz-se que devem estar presentes outras duas pessoas além do suspeito. Recomenda-se, entretanto, que o número de *reconhecendos* na linha não seja inferior a cinco (o próprio e mais quatro). Fala-se, ainda, da necessidade de colocarem-se de cinco a nove participantes, isso a partir de estudos realizados no campo da Psicologia.	Itália: duas pessoas, além do réu. Art.214.1 do Codice di Procedura Penale. Espanha: não há menção. Pessoa colocada ao lado de "outras" com ela fisicamente parecidas, inclusive com cuidados quanto às vestimentas. Diretor do Presídio deve cuidar para que o investigado não modifique suas características e tem que guardar as roupas com que foi preso. Portugal: duas pessoas, fora o suspeito. Art. 147.2 do Código de Processo Penal.
Rito	No Brasil, não é ato obrigatório (vide: HC 164.870/SP, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ), 5.ª T., j. 21.06.2012, *DJe* 03.08.2012). Descrição do suspeito, com características. Não se pergunta se já teve acesso a fotos ou se participou	Itália: descrição do suspeito, perguntas a vitima/testemunha se já teve acesso a alguma foto ou participou de outra sessão de reconhecimento. Semelhança inclusive no que tange à vestimenta. Suspeito pode escolher seu lugar na linha de reconhecimento. Suspeito pode ser chamado a participar como

	de outro reconhecimento "informal" em sede policial. Nada há quanto ao modelo a ser seguido (simultâneo ou sequencial).	reconhecedor, podendo exercer direito ao silêncio. Nada há sobre modelo a ser seguido (sequencial ou simultâneo). Se o reconhecedor alegar ter visto as costas do suspeito, a linha de reconhecimento será colocada em tal situação. Fotografia ou filmagem da sessão de reconhecimento. Espanha: a pessoa a ser reconhecida deve ter colocada a frente da reconhecedora ao lado de outras com ela fisicamente parecidas. O reconhecedor ficará postado em local em que não possa ser visto pelas pessoas que participam da sessão como possíveis reconhecidos. Em seguida, o juiz perguntará ao reconhecedor se, dentre as pessoas presentes na "rueda o enel grupo de personas" está a que fora referida nas declarações anteriormente prestadas. Ou seja, antes da sessão de reconhecimento, a testemunha ou vítima é ouvida em declarações, situação em que relatará as características físicas e demais detalhes sobre o autor do crime. Dessa forma, na sessão de reconhecimento apontará se ali está o responsável de acordo com suas anteriores declarações. Portugal: descrição do suspeito, com perguntas feitas ao reconhecedor para "firmar convicção". Também é perguntado ao reconhecedor se já havia visto o suspeito e em que circunstâncias. Podem ser fotografadas ou filmadas as sessões, com juntada ao processo.
Momento de realização da sessão	Pode ser realizado o reconhecimento pessoal na fase policial e na fase judicial. Pode haver "reconhecimento" do suspeito em audiência judicial, com condução do registro pelo próprio juiz da causa.	Itália: a cargo do juiz. Espanha: prova tipicamente realizada na fase pré-processual (inidônea e atípica se realizada em Juízo). Portugal: no inquérito policial ou durante a instrução processual. Conforme decisões judiciais encontradas, se houver realização de sessão de reconhecimento no inquérito, fica dispensada sua realização no processo (N. Convencional: 486/07.2. Gamld.C1 JTRC. Relator: Gomes de Sousa Descritores: Prova por reconhecimento proibição de valoração de provas. Data do Acordão: 05.05.2010. Votação: Unanimidade. Tribunal Recurso: Comarca da Mealhada Texto Integral: S Meio Processual: Recurso penal. Decisão: Confirmada. Legislação Nacional: 147.º, 355.º do CPP). Ainda, pode haver reconhecimento do suspeito em audiência, momento em que não são exigidas

		as formalidades do art. 147 do Código de Processo Penal português. Vide: ([www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f669fff872265f448025748a004ae282?OpenDocument&Highlight=0,art,147.%C2%B0]).
Presença do Defensor	Não é obrigatória.	Itália: não é obrigatória a presença do defensor. Espanha: obrigatória a presença do defensor. Portugal: não é obrigatória a presença de advogado.
Valor do reconhecimento fotográfico	É admitido como substitutivo para o reconhecimento pessoal e, por vezes, como prova inominada.	Itália: previsto, mas deve a sessão ser revestida das mesmas garantias previstas para o reconhecimento de pessoas. Espanha: admite-se o reconhecimento fotográfico, desde que haja a realização do reconhecimento pessoal ou que seja corroborado por outras provas. Portugal: previsto – art. 147 do CPP. Todavia, tem que haver o reconhecimento pessoal para que tenha valor probatório.
Reconhecimento de coisas, voz, odores, ambientes e sons.	Há previsão em relação a coisas, aplicando-se o rito do reconhecimento pessoal (arts. 227 e 228 do CPP). Não há previsão para reconhecimentos de vozes, odores, ambientes e sons.	Itália: previsto. Arts. 213, 215 e 216 do *Codice di Procedura Penale* ("qualquer outra coisa que pode ser objeto de percepção sensorial"). Espanha: não previsto. Construção jurisprudencial. Portugal: previsto em relação a vídeos, objetos. Alteração processual. Artigo 148 do CPP.

3.2.1 Reconhecimento pessoal no sistema processual italiano

Pelo que consta do *Codice di Procedure Penale* da Itália, há a previsão do que foi chamado de "verdadeiro procedimento preliminar ao reconhecimento" por Lopes Jr.[41]

De tal modo, o reconhecimento no procedimento italiano segue as determinações de forma previstas no art. 213 e ss. do mencionado Código, pelo que deverá o juiz convidar a vítima ou a pessoa a ser reconhecedora a descrever a pessoa a ser reconhecida. Neste ato, deverá descrevê-la, indicando todas características possíveis.

Importante mencionar que, por este sistema, a testemunha ou a vítima são questionadas acerca da possibilidade de já terem participado de algum outro "reconhecimento", ou seja, se já viram o suposto autor do delito por fotografia ou por imagens. A partir daí, será elaborada uma ata em que estarão presentes todos estes dados. Somente daí se seguirá a sessão propriamente dita.[42]

---

41. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* cit., p. 682.

42. BONILINI G., CONFORTINI M. *Codice di procedura penale commentato*. 4. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 1326. "La ricognizzoni è quel complesso mezzo di prova finalizzato a

Portanto, no sistema processual penal italiano é possível a realização de sessão de reconhecimento para objetos, o que não é previsto como rito específico pelo art. 226 do CPP brasileiro. Trata-se de importante meio de comprovação da verossimilhança de afirmações em sede de investigação preliminar, haja vista a possibilidade de reforço de hipóteses na formação dos resultados a serem apresentados ao Juízo.

Além disso, fica caracterizado que há meios de identificação por reconhecimento de pessoas (art. 213 do CPP italiano), coisa (art. 215 do mesmo código) ou de voz, som ou qualquer outra coisa que possa ser objeto de percepção sensorial (art. 216 do CPP italiano).[43] Segundo Tonini,[44] qualquer irregularidade cometida no desenvolvimento das sessões de reconhecimento acarretará dúvidas na idoneidade do que chamou de "resultado probatório".

Outro ponto a ser considerado é o número de pessoas que devem ser chamadas para compor a fila de "reconhecendos".[45] Pelo que se depreende dos dispositivos do Código de Processo Penal italiano, são exigidas pelo menos duas pessoas para acompanhar o suspeito na exibição ao reconhecedor, devendo ser observado que devem ser fisicamente semelhantes a ele para os efeitos desejados. Ainda, devem manter tal semelhança também nas vestimentas.

Além disso, o suspeito pode escolher o local em que queira se posicionar dentre as demais pessoas para que participe da sessão, o que não é sequer citado no caso brasileiro. Ao ser obrigado a se posicionar em determinado local, é possível definir que o investigado passe a ser mais um objeto do que sujeito em tal fase, o que impede que exerça com plenitude seu direito à defesa.[46]

Em seguida à descrição detalhada da pessoa do autor do delito, ou de quem se queira como reconhecido, o reconhecedor será convidado a se retirar do local. Depois de tomadas as providências anteriores, o reconhecedor retorna à sala e, per-

---

La conferma de un ato conoscitivo: attraversso esso, a una persona che abbia visto un determinato individuo o abbia precepito con i propri una cosa si chiede di riconoscerla individuandola tra altre simili".

43. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 182.

44. Idem, ibidem.

45. Trata-se das pessoas que serão postas ao lado do suspeito para cumprimento do que determina a legislação. Todavia, não se encontra menção a este termo no sistema italiano, tampouco no nacional, sendo apenas utilizado no meio policial para facilitar o desenvolvimento do procedimento.

46. Interessante mencionar que, de acordo com a Ley de Procedimiento Policial (Ley 18.315 de 5 de julio de 2008 – Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley), da República Oriental do Uruguai, naquele país também é possível a escolha pelo suspeito do local em que quer ficar na linha de reconhecimento (art. 66, número 2).

guntado, aponta se reconhece algum dos presentes, sendo que, em caso positivo, deverá "precisar sua convicção".

Por fim, outra diferença a ser indicada diz respeito à possibilidade do acusado também ser chamado a efetuar um reconhecimento no sistema italiano. Todavia, como garantia fundamental, poderá exercer seu direito ao silêncio.

3.2.2 Reconhecimento pessoal no sistema processual português

O sistema processual penal português acolheu o reconhecimento pessoal no art. 147 do CPP,[47] pelo que é possível definir as principais características de tal procedimento na legislação daquele país.

Conforme consta, o reconhecedor é também incitado a descrever com detalhes a pessoa a quem deva reconhecer, o que determina que seja ouvido em declarações antes da sessão de reconhecimento, fato que é também mencionado em seguida, eis que também é perguntado se já havia visto o suspeito antes e em que condições. Ademais, é parte do procedimento a elaboração de questões ao reconhecedor que reforcem ou não a credibilidade no resultado do reconhecimento.

A sequência da sessão de reconhecimento por esse sistema também é revestida de garantias inexistentes no sistema nacional. De acordo com o que está previs-

47. "Artigo 147.º Reconhecimento de pessoas 1 – Quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa, solicita-se à pessoa que deva fazer a identificação que a descreva, com indicação de todos os pormenores de que se recorda. Em seguida, é-lhe perguntado se já a tinha visto antes e em que condições. Por último, é interrogada sobre outras circunstâncias que possam influir na credibilidade da identificação. 2 – Se a identificação não for cabal, afasta-se quem dever proceder a ela e chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar. Esta última é colocada ao lado delas, devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes e, em caso afirmativo, qual. 3 – Se houver razão para crer que a pessoa chamada a fazer a identificação pode ser intimidada ou perturbada pela efectivação do reconhecimento e este não tiver lugar em audiência, deve o mesmo efectuar-se, se possível, sem que aquela pessoa seja vista pelo identificando. 4 – As pessoas que intervierem no processo de reconhecimento previsto no n. 2 são, se nisso consentirem, fotografadas, sendo as fotografias juntas ao auto. 5 – O reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito da investigação criminal só pode valer como meio de prova quando for seguido de reconhecimento efectuado nos termos do n. 2. 6 – As fotografias, filmes ou gravações que se refiram apenas a pessoas que não tiverem sido reconhecidas podem ser juntas ao auto, mediante o respectivo consentimento. 7 – O reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer. Código de Processo Penal português". Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis]. Acesso em: 07.10.2012.

to pelo art. 147 do CPP português, se o reconhecedor não der certeza sobre a identificação do suspeito, serão colocadas outras pessoas com características físicas semelhantes (traços físicos e roupas, por exemplo) para nova rodada de reconhecimento.

Importante observar que, de acordo com o mesmo dispositivo, se não forem seguidos os passos determinados por este, o reconhecimento ou os resultados obtidos não poderão servir como meio de prova. Ainda, fica também indicado que, se a identificação for cabal já no primeiro contato, não serão colocadas outras pessoas com semelhanças físicas ao lado do suspeito, conclusão retirada da leitura do dispositivo em tela.

Assim, embora se tenha alegado que a legislação portuguesa possua regramentos mais evoluídos do que a brasileira na proteção das garantias fundamentais do investigado/suspeito, de testemunhas ou de vítimas, é imperioso também considerar que, de acordo com entendimentos jurisprudenciais encontrados sobre o tema em tribunais daquele país, há pouco ou nenhum avanço sobre os procedimentos adotados no Brasil em tal matéria.

Conforme está disposto no trecho a seguir colacionado, entendimento jurisprudencial sobre a matéria pelo Tribunal da Relação de Coimbra, é possível afirmar que não se dispensa o reconhecimento pessoal realizado na fase do inquérito policial, não necessitando o ato ser reproduzido na esfera judicial (audiência em julgamento).[48]

48. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. N. Convencional: 486/07.2. GAMLD.C1 JTRC Relator: Gomes de Sousa Descritores: Prova por reconhecimento Proibição de valoração de provas. Data do acordão: 05.05.2010. Votação: Unanimidade. Tribunal recurso: Comarca da Mealhada Texto integral: S. Meio processual: Recurso penal. Decisão: Confirmada. Legislação Nacional: 147°, 355° do CPP. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/55466d6aa2c66c848025772a0035046f?OpenDocument]. Acesso em: 07.12.2012. Descritores: *Prova Por Reconhecimento Proibição De Valoração De Provas* Data do Acordão: 05.05.2010. Votação: Unanimidade. Tribunal Recurso: Comarca da Mealhada Texto Integral: S Meio Processual: Recurso Penal. Decisão: Confirmada. Legislação Nacional: 147°, 355° do CPP. Sumário: "1. O reconhecimento realizado em inquérito é uma 'prova autónoma pré-constituída' a ser examinada em audiência de julgamento nos termos dos artigos 355°, n. 1, *in fine*, n. 2 e artigo 356.°, n. 1, b) do Código de Processo Penal, não lhe sendo aplicável o disposto nos ns. 2 e 3 do artigo 356.° do Código de Processo Penal. 2. *Caso já tenha sido realizado um reconhecimento em inquérito, torna-se desnecessário repeti-lo em audiência de julgamento.* 3. A realização de um reconhecimento em audiência de julgamento com o cumprimento dos requisitos previstos no n. 2 do artigo 147° do Código de Processo Penal só se coloca se inexistir reconhecimento realizado em inquérito ou instrução, ou se realizado, enfermar de nulidade processual ou nulidade probatória. 4. O artigo 147° do Código de Processo Penal não determina a repetição de reconhecimentos. Limita-se a impor ao tribunal que, se entender adequado proceder a um reconhecimento em audiência de julgamento, este deverá observar o formalismo ali previsto. 5. A ineficácia da prova contida

Conforme se depreende do julgado acima mencionado, tampouco se exige em Portugal que se proceda ao novo reconhecimento de forma obrigatória na fase judicial, dito que, se acaso o juiz entendê-lo como necessário, deverá seguir as determinações do art. 147 do CPP.

Ademais, percebe-se que o referido artigo determina que a semelhança física dos indivíduos que compõem a sequência para reconhecimento é fator de ordem para que a sessão tenha os efeitos de meio de prova (valor). Ou seja, conforme o julgado a seguir colacionado, embora não acarrete nulidade, o reconhecimento pessoal realizado sem atendimento aos preceitos do art. 147 do CPP em Portugal pode definir "uma maior fragilidade na livre apreciação que o julgador deve fazer das provas obtidas", podendo, inclusive, não ter valor algum.

Todavia, de acordo com a Lei 48/2007, de 29 de agosto, foi regulado o reconhecimento por fotografia, por filmagens ou gravações no direito processual

---

no n. 7 do artigo 147.º do Código de Processo Penal não é uma nulidade processual em sentido restrito nem uma 'inexistência', mas sim uma proibição de valoração da prova" (sem grifos no original). N. Convencional: 07P659 JSTJ000 Relator: Santos Carvalho. Descritores: Reconhecimento Prova Por Reconhecimento Nulidade Prova Proibida Livre Apreciação Da Prova n. do Documento: SJ20070315006595 Data do Acordão: 15.03.2007. Votação: Unanimidade. Texto Integral: S. Privacidade: 1 Meio Processual: Recurso Penal Decisão: Rejeitado Recurso. Sumário : "I – A semelhança dos indivíduos sujeitos ao acto de identificação não é um requisito essencial da validade do acto, pois o que se pede é que as pessoas (duas, pelo menos) que se chamam ao acto apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive no vestuário, com a pessoa a identificar (art. 147.º, n. 2, do CPP). II – Assim, para além de se poder dizer que a 'semelhança' nem sempre é objectivável, também nem sempre são possíveis as condições necessárias para a obter. E, por isso, a alegada ausência de semelhança dos indivíduos sujeitos ao reconhecimento não torna nula a prova obtida, de resto só existente quando se usam os meios proibidos de prova enunciados no art. 126.º do CPP, *antes acarreta uma maior fragilidade na livre apreciação que o julgador deve fazer das provas obtidas, nos termos do art. 127.º do CPP, a ponto de poder nem ter qualquer valor (art.º 147.º, n.º 4)*. Sumário elaborado pelo relator.Ainda, interessante notar que, pelo acórdão a seguir exposto pelo 'sumário', é possível perceber que houve recente modificação na legislação portuguesa no que diz respeito ao reconhecimento". Abaixo, a ementa da decisão citada: N. Convencional: 1582/04.3TBVIS.C1. JTRC. Relator: Elisa Sales Descritores: *Prova Por Reconhecimento De Pessoas*. Data do Acordão: 06.05.2009. Votação: Unanimidade. Tribunal Recurso:. Comarca de Viseu – 2º J. Texto Integral: S. Meio Processual: Recurso Penal. Decisão: Revogada. Legislação Nacional: Artigos 147º do CPP. Sumário: "1 – Só com a revisão da lei processual penal operada com *a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o 'reconhecimento por fotografia, filme ou gravação' passou a constituir um tipo de reconhecimento* (a par dos reconhecimentos por descrição, presencial e com resguardo – ns. 1, 2 e 3 do art. 147º), o qual só pode valer como meio de prova quando for seguido de reconhecimento presencial, como dispõe o n. 5 do referido preceito. 2 – Quando no n. 5 do art. 147º do CPP se alude a "investigação criminal", não se está a referir a uma fase processual, devendo ser interpretada como uma actividade material de descoberta da verdade, onde o objectivo é procurar o responsável pelo crime".

penal português, o que representa avanço em relação à legislação brasileira. Não é demais apontar que não raramente são apresentados indícios de participação de indivíduos através de fotografias ou de gravações de circuitos internos de segurança, o que traz problemas no ato da formalização de reconhecimentos por carência de disposições legais.

Dessa maneira, conclui-se que, também em Portugal, a efetividade do dispositivo em tela sofre sérias influências da estrita obediência à forma, o que pende para o descumprimento na fase pré-processual. Interessante ser observada a semelhança do menor valor (ou até mesmo desvalor) dado à sessão de reconhecimento realizada sem cumprimento das formalidades legais com o instituto da *inutilizzabilitá*, previsto pelo sistema processual italiano, conforme será tratado neste trabalho.

3.2.3 Reconhecimento pessoal no sistema processual espanhol

Nos termos do que está determinado pela *Lei de Enjuiciamento Criminal* (LECrim), em seu art. 368 e ss., a função de identificação do acusado é "função típica da investigação preliminar, sem a qual não se pode produzir a acusação".[49] De tal modo, a execução de "la diligencia de reconocimiento em rueda" é considerada inidônea para ser realizada em plenário ou em algum ato de juízo oral.

A argumentação utilizada para tanto é baseada, principalmente, no tempo que geralmente decorre entre a ocorrência do fato delituoso, a realização de sessão de reconhecimento na fase preliminar e a realização de audiência em contraditório perante a autoridade judicial. Com relativa demora, é possível que a testemunha ou a vítima percam informações e memórias que seriam importantes para assegurar maior fidelidade a eventual reconhecimento pessoal realizado, com o que se determina a produção antecipada de prova em relação a tal meio.

Importa também ressaltar que, de acordo com o LO 04/1997, fica regulada a utilização de imagens captadas por câmeras de vigilância instaladas em lugares públicos por "Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", isso com a finalidade exposta por Martínez:[50] "asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como para prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública." Essas imagens, certamente, podem ser requisitadas para fins de reconhecimento pessoal ou de objetos/coisas.

---

49. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* cit., p. 681.

50. MARTINÉZ, Sara Aragoneses e outros. *Derecho procesal penal*. Nueva edición, 30 de junio de 1999. Completada y actualizada. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999. p. 481.

Determina a autora em tela, ainda, que como resultado da observação de atos tidos preliminarmente como ligados a possível crime, tais forças policiais devem reter a gravação e encaminhá-la, em até 72 horas, ao Ministério Público ou ao Juízo para providências cabíveis. Não sendo possível a gravação, será elaborado um relatório com o resumo sobre o conteúdo das imagens e dos fatos averiguados pelos policiais para os mesmos fins acima citados.

No que diz respeito ao reconhecimento em si, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece, no art. 369, os requisitos que devem ser atendidos para tal ato, ou seja, para que produza os efeitos desejados. Ademais, também foram construídos entendimentos jurisprudenciais que fornecem limites e reforçam os requisitos a serem cumpridos para tanto.

Sendo assim, segundo o *SSTS de 02.02.1996*, e como garantia constitucional, tornou-se recomendada a presença do juiz e do advogado nas sessões de reconhecimento. Ademais, conforme consta, a pessoa a ser reconhecida deve ter colocada a frente da reconhecedora ao lado de outras com ela fisicamente parecidas. O reconhecedor ficará postado em local em que não possa ser visto pelas pessoas que participam da sessão como possíveis reconhecidos.

Em seguida, o juiz perguntará ao reconhecedor se, dentre as pessoas presentes na "rueda o enel grupo de personas" está a que fora referida nas declarações anteriormente prestadas. Ou seja, antes da sessão de reconhecimento, a testemunha ou vítima é ouvida em declarações, situação em que relatará as características físicas e demais detalhes sobre o autor do crime. Dessa forma, na sessão de reconhecimento apontará se ali está o responsável de acordo com suas anteriores declarações.

Importante notar que, pelos arts. 371 e 372 da *LECrim*, deve haver cuidado para que o autor do delito não modifique suas características físicas (por exemplo, raspe a barba ou pinte os cabelos de outra cor) ou use trajes diferentes no intuito de furtar-se ao reconhecimento. Fica encarregado o diretor do estabelecimento prisional para onde foi enviado possível detido pela guarda e conservação das roupas com que foi apresentado, isso para favorecimento e garantias durante possíveis sessões de reconhecimento.

Pelo sistema em tela, se forem vários suspeitos a serem reconhecidos, serão efetuadas quantas sessões forem necessárias, de modo separado. Por outro lado, se foram várias vítimas ou testemunhas para reconhecer um só suspeito, pode ser realizado um só ato.

O que resta a ser confirmado quanto ao reconhecimento no modelo espanhol é a característica que assume como prova de produção antecipada, como já mencionado.[51] Dessa maneira, deve ser observado que, de acordo com sentença pu-

51. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Codex, 1999. p. 380. "En muchas ocasiones, dado el tiempo que transcurre desde que ocurrieron los hechos hasta que se celebra el juicio, se hace

blicada recentemente pelo Tribunal Superior de Justiça da Catalunha, em relação ao chamado *Caso Banda Bing* (Sentencia n. 412, en Barcelona a 29 de octubre de 2009. Francisco Javier Paulí Collado, Magistrado juez titular del juzgado Penal n. 22 de Barcelona),[52] ficou determinado que: "En este punto se ha discutido por las defensas los reconocimientos realizados, planteando en algún momento que o bien hubo previa exhibición de fotografías, o bien lo que se reconoce es un dorsal y no una cara. Establece el Tribunal Supremo en diversas resoluciones de la que se destaca la de 29 de abril de 1997, n. 642-97, recurso 212-96 que la diligencia de reconocimiento en rueda constituye una específica prueba sumarial que no se puede practicar en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea. Igualmente ha reconocido la virtualidad de esa diligencia practicada en las dependencias policiales, a presencia de Letrado, cuando ha sido ratificada en el Juzgado de instrucción y posteriormente en el acto del juicio oral por la persona que ha intervenido en la misma, identificando, sin duda, como sucede en este caso, a los autores de los hechos enjuiciados. Así se han manifestado, entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 10 de diciembre de 1991 que declaran la validez de la diligencia de reconocimiento en rueda de detenidos practicada en Comisaría y en presencia de Letrado, como actividad probatoria de cargo, siempre que se cumplan las previsiones de los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sea posteriormente ratificada en el acto del juicio oral."

Portanto, pelo que está disposto no trecho acima destacado, o reconhecimento por meio de exposição de fotografias foi considerado válido, isso com sua realização em sede policial. Todavia, tal reconhecimento foi depois realizado de forma pessoal e com a presença de advogado, fato que foi confirmado no contraditório do processo penal (no Juízo de Instrução e no Juízo Oral). Ou seja, no sistema espanhol, o reconhecimento pessoal ocorre em fase preliminar ao processo, ressaltando-se que deve ser confirmado visual e pessoalmente na fase judicial.

Todavia, considera-se importante definir que, conforme está disposto por Ruiz,[53] é necessário submeter este reconhecimento feito na fase preliminar ao "interrogatório cruzado", efetuado durante o processo sob o crivo do contraditório.

---

prácticamente imposible que en éste pueda reconocerse a la persona que realizó los hechos. Por estas circunstancias la diligencia de reconocimiento en rueda puede ser absolutamente necesaria para la condena del inculpado, convirtiendo en uno de los casos que están reconocidos en la ley y en la jurisprudencia como de pruebas anticipadas o diligencias sumariales que producen en el juicio oral los mismos efectos que las pruebas de cargo".

52. Disponível em: [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Cataluna/Sala_de_prensa/Archivo_de_notas_de_prensa/Sentencia_Bada_Bing]. Acesso em: 04.10.2012.

53. RUIZ, Juan Saavedra; QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid: Colección Tribunal Supremo. El Derecho, 2012. p. 282. "La verdadera diligencia de identificación procesal,

Por outro lado, é possível apontar a importância de tal meio de obtenção de prova para o processo penal espanhol, tendo em vista que é obrigatoriamente realizado na presença de advogado, não podendo acontecer de maneira informal como ocorre na investigação preliminar no Brasil.

No entanto, bom ser observado que, de acordo com entendimentos jurisprudenciais coletados junto ao sítio do TSE (Tribunal Superior de España),[54] não se despreza

---

como pone de relieve la citada Sentencia de 19 de diciembre de 1994, es la prevenida en los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Practicada con las debidas garantías y en forma contradictoria con la presencia del Letrado del acusado sometido a reconocimiento en rueda, tal identificación pode valorarse si, comparecido en el Juicio Oral en reconociente, puede ser sometido al interrogatorio cruzado de las partes a tal punto, para satisfacer el principio o se aportan en otra forma válida, como puede ser su lectura en el caso de imposibilidad cierta de comparecencia del testigo".

54. Roj: SAP M 12079/2012 Id Cendoj: 28079370072012100442. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Madrid. Sección: 7. N. de Recurso: 327/2012. N. de Resolución: 702/2012. Procedimiento: Apelación. Ponente: Maria Teresa Garcia Quesada. Tipo de Resolución: Sentencia. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6479261&links=%22327/2012%22%20MARIA%20TERESA%20GARCIA%20QUESADA&optimize=20120830&publicinterface=true]. Acesso em: 07.12.2012. "En cuanto a las diligencias de identificación, concretamente en lo que se refiere al hoy apelante, esta Sala concuerda con los atinados argumentos expuestos en la sentencia impugnada respecto a la corrección de las diligencias de reconocimiento en rueda de detenidos que, ratificadas por el testigo en el acto de la vista, han dado lugar a la discutida imputación de autoría. El Tribunal Supremo ha venido sosteniendo sobre las distintas clases de identificación y su valor probatorio, lo siguiente: '*A)* Que el reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, mediante la exhibición de un álbum o serie de fotografías de delincuentes conocidos que por sus "modus operandi" pueden ser sospechosos de haber cometido el delito que se persigue, constituye diligencia legítima de iniciación de la investigación dirigiéndola contra la persona reconocida por aquel medio o técnica generalmente utilizada en la práctica de todas las Policías de los distintos países; diligencia cuyo valor es de naturaleza preprocesal por lo que no constituye por sí sola una prueba, aunque puede traerse al juicio por otros medios probatorios de los procesalmente admisibles; es decir, que carece de virtualidad probatoria en sí, pero puede tener eficacia cuando se corrobora en trámite judicial y se ratifica en las sesiones del juicio oral. *B)* La verdadera diligencia de identificación procesal es la prevenida en los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Practicada con las debidas garantías y en forma contradictoria con la presencia del Letrado del acusado sometido a reconocimiento en rueda, tal identificación puede valorarse como cierta si, compareciendo en el juicio oral el reconociente, puede ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre tal punto para satisfacer el principio de contradicción o se aportan en otra forma válida, como puede ser su lectura en el caso de imposibilidad cierta de comparecencia del testigo. *C)* Comparecido el identificantte en el acto del juicio oral y recibido su testimonio en forma pública y contradictoria, las eventuales contradicciones de tal testimonio pueden ser valoradas por el Tribunal contraponiendo dialécticamente las distintas versiones encontradas y aceptando aquellos extremos del mismo que considere más conveniente, siempre que motive

totalmente o reconhecimento feito em sede policial com a presença do advogado do suspeito reconhecido, mesmo que tal sessão tenha se dado por meio de mostra de álbum fotográfico, meio de reconhecimento utilizado por diversas forças policiais em vários países como forma de levantamentos iniciais de alvos de investigação ou seus cúmplices pela descrição inicialmente fornecida pela vítima ou pelas testemunhas.[55]

De tal maneira, mesmo que se tenha por incidental o reconhecimento fotográfico realizado preliminarmente ao reconhecimento pessoal, este último terá valor muito maior se forem atendidos os requisitos para a realização das sessões, sendo um deles a realização com presença de advogado do suspeito e dentro das regras estabelecidas pela legislação.

A exigência de cumprimento das formalidades previstas, portanto, é cotejada com a busca de suspeitos pela polícia, sem o que seria impossível dar conta de

---

las razones del criterio selectivo. *D)* El valor de prueba de identificación no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también reconocido antes en álbum fotográfico exhibido por funcionarios policiales en el ámbito de su investigación, *práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral*'. En el presente caso, tales condiciones deben tenerse por cumplidas, ya que consta al folio 64 de las actuaciones que dicha diligencia de reconocimiento en rueda se practicó a presencia de la letrada que firma el recurso que hoy se resuelve, sin que se hiciera constar en la misma objeción alguna por parte de la letrada a su composición, es más, se recoge en la diligencia expresamente que 'se hace constar que los integrantes de la rueda son personas que presentan un aspecto físico similar con la persona objeto de reconocimiento en cuanto a constitución, altura, aspecto físico general, indumentaria, etc., no existiendo ningún rasgo relevante que distinga a éste del resto de las personas mencionadas. Antes del inicio de la diligencia se muestra la configuración de la rueda al Letrado del imputado, manifestando lo siguiente', sin que se recoja en este extremo manifestación alguna, firmando el letrado la diligencia. Resulta obvio que caso de existir la queja que ahora denuncia, se hubiera hecho constar y hubiera podido el letrado solicitar la modificación de la rueda, o en su caso, la aportación de las fichas fotográficas de los integrantes de la misma, a los efectos de una posterior impugnación. Nada de esto se ha hecho, y en consecuencia la extemporánea impugnación, realizada en el mismo acto del Juicio oral, no puede ser estimada. Por ello, la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia no puede ser acogida, como tampoco puede estimarse el pretendido error en la valoración de la prueba, pues examinada ha sido correcta y acertadamente valorada por el propio juez que la practicó bajo el principio de inmediación, y el mismo ha realizado un juicio de razonabilidad de esas pruebas personales ajustado a las exigencias de la lógica y la experiencia".

55. RUIZ, Juan Saavedra; QUIROGA, Jacobo López Barja de. Op. cit., p. 282. Este também foi o entendimento exposto no julgado a seguir transcrito: "El valor de la prueba de identificación no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también reconocido antes en el álbum fotográfico exhibido por funcionarios policiales en el ámbito de su investigación, práctica que no contamina o erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del Juicio Oral (STS 2ª – 822/2008 – 04/12/2008 – 818/2008 – EDJ2008253397-).".

indivíduos a serem reconhecidos. No entanto, fica também indicado que, já tendo tido acesso à fotografia do investigado antes da sessão, por meio de consulta às fotos cadastradas pela polícia, o reconhecedor pode ser direcionado, mesmo que involuntariamente, a somente confirmar o reconhecimento de forma pessoal, ou seja, ao identificar o mesmo rosto da fotografia ou imagem que lhe fora mostrada com o que aparece pessoalmente a sua frente durante a sessão.

Portanto, mesmo no sistema espanhol, o reconhecimento pessoal é tido como diligência problemática, que exige redobrada atenção às formalidades e na sequência dos atos a serem praticados para que não se cometam equívocos que determinam a inconsistência dos resultados.

Em seguida, no tema sobre meios de obtenção de provas, passa-se à análise da interceptação de sinais telefônicos, a qual também se reveste de intermináveis controvérsias quanto à sua aplicação e quanto às investigações em que pode ser utilizada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por elementos de prova no processo penal começa pela indicação dos meios para sua obtenção na fase investigativa preliminar. Por isso, é necessário dar maior atenção ao que ocorre neste período, eis que os equívocos e irregularidades cometidos aqui são diretamente refletidos na qualidade da denúncia e, consecutivamente, na instrução da ação penal.

Em matéria de reconhecimento pessoal, os dispositivos encontrados no sistema brasileiro deixam clara a carência de maiores formalidades para o desenvolvimento das sessões e acerca do momento em que devem estas serem desenvolvidas. O que deve definir, balizar o desenvolvimento de tal diligência é o respeito ao direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo.

Deve-se levar em conta que o ato de reconhecimento é procedimento *irrepetível*. Assim, se houver reconhecimento, ainda que fotográfico, na fase procedimental preparatória, não se pode repeti-lo durante a instrução processual com a mesma validade. O simples contato com a fisionomia ou com os dados do suspeito já maculariam os resultados.

Por outro lado, também deve ser observado que a efetividade de tal meio de obtenção de prova tem estrita relação com o tempo. Assim, pertinente considerar o que já determina o art. 6.º do CPP e determinar que, sendo possível, seja realizada produção antecipada de provas.

Conforme consta do que foi citado em relação aos sistemas processuais penais de legislações comparadas, é possível também definir que alguns dos vícios aqui existentes também são observados por lá. Um deles, sem dúvida, é a possibilidade de admissão de reconhecimentos fotográficos realizados na fase de investigação quando da instrução processual, com posterior convalidação dos resultados obtidos em Juízo.

Além disso, indica-se a possibilidade de modificações no modo como são conduzidas as sessões de reconhecimento na fase preliminar. Admite-se que a observação do modelo de reconhecimento sequencial pode trazer maior segurança ao meio de prova aqui citado. Dentre as vantagens que podem ser elencadas pela adoção do modelo sequencial está a menor taxa de "falsos positivos" após as sessões, o que já seria um grande avanço.

A busca pela evolução nos procedimentos aqui citados também passa pela melhor avaliação do profissional policial que vai conduzir o procedimento, que vai organizar a sessão. Asseverou-se a importância da isenção de quem conduz os procedimentos, pelo que melhor seria se também no Brasil se adotasse a fórmula do "double-blind lineup". Por esta, tanto o policial que conduz o procedimento, como quem está na linha de reconhecimento não podem saber quem está no outro lado. Essa medida, embora pareça simples, diminui em considerável grau a possibilidade de indução.

Por fim, importante admitir que o sistema processual penal brasileiro, no que diz respeito ao reconhecimento de pessoas e de coisas, precisa evoluir, eis que, enquanto em outros países já se fala em adoção de procedimentos de reconhecimento em relação a vídeos, vozes e outros pontos de maior interesse em investigações criminais, no Brasil tornam-se a repetir erros que continuam a macular elementos de prova.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio Adriano. LEUTÉRIO, Alex Pereira. *A interceptação das comunicações como meio de investigação*. Monografia de conclusão de pós-graduação em Direito, São Paulo, USP, 2012.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. A regulamentação do sigilo das comunicações entre pessoas presentes e do sigilo profissional no direito processual penal chileno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 17. vol. 80. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BONILINI G., CONFORTINI M. *Codice di procedura penale commentato*. 4. ed. Torino: Utet Giuridica. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p.

_____. STF. HC 69818, 1.ª T., j. 03.11.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 27.11.1992.

_____. _____. Inq 2424, Tribunal Pleno, j. 26.11.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 26.03.2010.

_____. STJ. HC 164.870/SP, 5.ª T., j. 21.06.2012, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJRJ), *DJe* 03.08.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22reconhecimento+pessoal%22&b=ACOR#DOC4]. Acesso em: 08.10.2012.

_____. _____. HC 152.988/SP, 6.ª T., j. 02.02.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 15.02.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22reconhecimento+pessoal%22&b=ACOR#DOC4]. Acesso em: 08.10.2012.

_____. TJRS. Processo número: 70050185339. Seção: Crime. Tipo de Processo: Apelação Crime. Órgão Julgador: 6.ª Câmara Criminal. Decisão: Acórdão. rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. Comarca de Origem: Comarca de Tramandaí. Ementa: AC 70.050.185.339 AC/M 4.074. S 30.08.2012.

CARVALHO, Paulo Henrique da Silva. A importância do inquérito policial no sistema processual penal. Disponível em: [www.advogado.adv.br/artigos/2006/paulohenriquedasilvacarvalho/aimportanciainquerito.htm]. Acesso em: 07.12.2012.

COLLI, Maciel. Interceptações telefônicas: uma análise sob o direito comparado da Itália, Espanha e Portugal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (orgs.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D. *Mistaken identification: the eyewitness, psychology, and the law*. New York: Cambridge University Press, 1996.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Codex, 1999.

ESPANHA. Audiencia Provincial de Madrid. Roj: SAP M 12079/2012 Id Cendoj: 28079370072012100442. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Madrid. Sección: 7. N. de Recurso: 327/2012. N. de Resolución: 702/2012. Procedimiento: Apelación. Ponente: Maria Teresa Garcia Quesada. Tipo de Resolución: Sentencia. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6479261&links=%22327/2012%22%20MARIA%20TERESA%20GARCIA%20QUESADA&optimize=20120830&publicinterface=true]. Acesso em: 07.12.2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *USAtoday Journal*, 4/23/2007 10:46 AM. DNA should clear man who served 25 years. Disponível em: [http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2007-04-22-dna-exoneration-inside_N.htm]. Acesso em: 23.10.2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 15. vol. 66. São Paulo: Ed. RT, mai.-jun. 2007.

_____. ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords). *Provas no processo penal – Estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAZETA DO POVO ON LINE. Tragédia na Praia dos Amores em Caiobá. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=853179&tit=Tragedia-na-Praia-dos-Amores-em-Caioba]. Acesso em: 02.10.2012.

GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla di. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília, 20, 21 e 22.11.2008.

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica. Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/1995 e das leis de 1996. São Paulo: Ed. RT, 1997.

ITÁLIA. Codice de Procedura Penale. Disponível em: [www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-iii/capo-iv/art267.html]. Acesso em: 07.12.2012.

JOHNSON, Wanda B. *Eyewitness identification of offenders: state-of-art survey and research recommendations*. Law Enforcement Assistance Administration. Washington D.C.: U.S. Department of Justice, 1973.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso. *Boletim IBCCRIM*. ano 17. n. 200. p. 16-17. São Paulo, jul. 2009.

_____. GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. ano 7. n. 25. abr.-jun. 2007.

LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Processual, São Paulo, USP, 2011. Orientador: Antonio Scarance Filho. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php].

_____. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. *Boletim IBCCRIM*. ano 19. n. 229. p. 6-7. São Paulo: IBCCRIM, dez. 2011.

MARSHALL, James. *Law and Psychology in Conflict*. New York: Anchor Books. Doubleday & Co., Inc., 1969.

MARTINÉZ, Sara Aragoneses e outros. *Derecho procesal penal*. Nueva edición, 30 de junio de 1999. Completada y actualizada. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. Dec-lei 78/1987, de 17 de fevereiro. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis]. Acesso em: 07.12.2012.

_____. Tribunal da Relação de Coimbra. N. Convencional: 486/07.2. GAMLD.C1 JTRC Relator: Gomes de Sousa Descritores: Prova por reconhecimento Proibição de valoração de provas. Data do acordão: 05.05.2010. Votação: Unanimidade. Tribunal recurso: Comarca da Mealhada Texto integral: S. Meio processual: Recurso penal. Decisão: Confirmada. Legislação Nacional: 147°, 355° do CPP. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/55466d6aa2c66c848025772a0035046f?OpenDocument]. Acesso em: 07.12.2012.

_____. _____. N. Convencional: 209/09.1PBFIG.C1 JTRC. Relator: Paulo Guerra. Descritores: Prova por reconhecimento. Data do acordão: 10.11.2010. Votação: Unanimidade. Tribunal recurso: Comarca da Figueira da Foz – 3° J. Texto Integral: S. Meio processual: Recurso penal. Decisão: Confirmada. Legislação Nacional: Art. 147° do CPP. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/8fa09bd5c06877aa802577ee0041e7f1?OpenDocument]. Acesso em: 07.12.2012.

_____. _____. N. Convencional: 1582/04.3TBVIS.C1. JTRC. Relator: Elisa Sales Descritores: Prova por reconhecimento de pessoas. Data do acordão: 06.05.2009. Votação: Unanimidade. Tribunal Recurso: Comarca de Viseu – 2° J. Texto Integral: S. Meio Processual: Recurso penal. Decisão: Revogada. Legislação Na-

cional: Arts. 147° do CPP. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ca88b9c730ebb885802575be0039c450?OpenDocument&Highlight=0,M%C3%89TODOS,PROIBIDOS,DE,PROVA]. Acesso em: 07.10.2012.

ROBERTS, Andrew. Eyewitness Identification Evidence: Procedural Developments and the Ends of Adjudicative Accuracy. *International Commentary on Evidence*. Vol. 6, Issue 2. 2009. Article 3. United Kingdom, Berkeley, 2009. Disponível em: [http://wrap.warwick.ac.uk/887/]. Acesso em: 23.10.2012.

RUIZ, Juan Saavedra. QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid: Colección Tribunal Supremo. El Derecho, 2012.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. Prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SCHOTT, Richard D. Warrantless Interception of Communications. *Law Enforcement Bulletin*. January 2003. vol. 72. n 1. United States. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. Washington, DC.

SCHUSTER, Beth. Police Lineups: Making Eyewitness Identification More Reliable. *National Institute of Justice Journal*. n. 258. October 2007. Disponível em: [www.nij.gov/journals/258/police-lineups.html#note1]. Acesso em: 23.10.2012.

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

URUGUAI. Ministerio del Interior. Ley de Procedimiento Policial (Ley 18.315 de 05.07.2008. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adaptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17.12.1979).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O reconhecimento de pessoas precisa ser aperfeiçoado, de Roberto Delmanto - *RT* 676/389 (DTR\1992\75);
- Prova e sucedâneos da prova no processo penal, de Antonio Scarance Fernandes - *RBCCrim* 66/193, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/283 (DTR\2007\318); e
- Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró - *RBCCrim* 65/175, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/253 (DTR\2007\189).

INDULTO DE CRIMES NÃO IMPEDITIVOS EM CONCORRÊNCIA COM CRIMES IMPEDITIVOS E OUTRAS REFLEXÕES: CONSTITUCIONAL?

PARDON IN NOT PROHIBITED CRIMES IN COMPETITIVE WITH IMPEDITIVE CRIMES AND OTHER REFLECTIONS: CONSTITUCIONAL?

LEONARDO MELO MOREIRA

Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ. Mestrando em Direito e Políticas Públicas – Uniceub. Professor de Direito Penal e Execução Penal da Escola da Defensoria Pública do Distrito Federal. Membro Titular do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (Copen-DF). Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal. Titular da 2.ª Defensoria de Atendimento Penitenciário. Defensor Público do Distrito Federal.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: O instituto do indulto, espécie da *clementia principis*, cada vez mais abrangente e benevolente, talvez em razão da deficiência estatal em garantir meios dignos de cumprimento de pena, vem ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Este artigo tem por escopo, além de pautar o tema, demonstrar as divergências existentes acerca de tal instituto. Assim, pretende discutir, a par de vedação constitucional no que concerne à aplicação aos delitos hediondos ou a eles equiparados, se o indulto pode ser aplicado aos delitos comuns quando em execução junto a delitos impeditivos, sem que, para tanto, haja a necessidade de cumprimento integral da pena relativa a estes últimos, consoante possibilitam os decretos presidenciais mais recentes. Neste contexto, analisa também a hipótese de aplicação do instituto à pena de multa decorrente de cometimento de crimes impeditivos, bem como aos próprios delitos hediondos, se anteriores à Lei 8.072/1990, demonstrando, por fim, que a jurisprudência nacional é amplamente favorável, tanto à constitucionalidade do dispositivo que permite a concessão de indulto a crimes comuns após o cumprimento de 2/3 da pena relativa ao delito hediondo, como ao indulto da multa, mesmo se aplicada em crimes hediondos. Para tanto, utilizou-se da metodologia de análise de doutrina atinente ao tema, bem como de vasta pesquisa jurisprudencial.

ABSTRACT: The institute's pardon, kind of *clementia principis*, ever more comprehensive and benevolent, perhaps on grounds of disability to ensure state resources worthy of imprisonment, is gaining more space in the Brazilian legal. This article is scope, and to pattern the theme, demonstrating the differences about this institute. We intend to discuss, the pair of constitutional prohibition in respect of the application to heinous offenses or their equivalent, if the pardon can be applied to common crimes when in competition with offenses impediments without, therefore, there is the need for compliance full sentence on the latter, depending on possible presidential decrees latest. In this context, also examines the possibility of applying the institute to fine resulting from the commission of crimes impediments, as well as the heinous crimes themselves up before the law 8.072/1990, showing, finally, that the national law is very favorable to both the constitutionality of the device that allows the granting of pardon for common crimes after meeting two thirds of the sentence on the heinous crime like the pardon of the penalty, even if applied heinous crimes. Therefore, we used analysis of doctrine regards the issue as well as a wide research jurisprudence.

PALAVRAS-CHAVE: Crime - Decreto - Hediondo - Indulto - Multa.

KEYWORDS: Crime - Decree - Heinous - Pardon - Penalty.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Crimes hediondos e equiparados em concorrência com crimes comuns - 3. Crimes anteriores à Lei 8.072/1990 - 4. Indulto e pena de multa aplicada em decorrência de crimes impeditivos - 5. Indulto e pena por tráfico substituída por restritiva de direitos - 6. Considerações finais - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dúvidas não há de que ao Estado incumbe o direito de punir, notadamente, através de seu sistema penitenciário. Nesta senda, importante ressaltar que a pena tem caráter retributivo e preventivo. No tocante ao primeiro, visa-se, unicamente, à punição do indivíduo, ou seja, deve ele cumprir pena para expurgar o ato injusto cometido. Assim Kant dispunha:[1]

"Si una sociedad tuviera que disolverse y sus miembros debieran espacirse por el mundo, antes de llevar a cabo dicha decisión el último asesino que se encontrara en prisión debería ser ejecutado (téngase en cuenta que Kant no cuestinaba la pena de muerte), para que así todo el mundo supiera el valor que merecían sus hechos y se hiciera justicia, por más que obviamente si una sociedad está a punto de perecer carezca de utilidad el hecho de que todavia se ejecute al último asesino que quedara en sus carceles".

Por outro lado, a finalidade preventiva da pena é evitar que, no futuro, ainda haja o cometimento de crimes. Subdivide-se em geral, dirigida à generalidade dos cidadãos, com o intuito de servir de ameaça, intimidando os delinquentes potenciais, e especial, essa direcionada estritamente àquele que cometeu o delito, com o escopo de ressocializá-lo, prevenindo, assim, a reincidência.

Ocorre que o sistema prisional brasileiro se mostra extremamente deficitário e inapto a alcançar um dos principais objetivos da pena, qual seja, a prevenção especial positiva, exemplificada, como visto, na ressocialização. Isso porque padece dos mais severos problemas, dentre os quais a superlotação, ofensa a direitos fundamentais, ausência de políticas públicas, dentre outros.

A par disso, vem crescendo no Brasil a adoção de medidas alternativas à prisão, alicerçadas no moderno ideário inserto nas Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não privativas de Liberdade, as Regras de Tóquio.[1] Procura-se, com a criação de penas e medidas alternativas baseadas nas Regras de Tóquio,

1. KANT *apud* HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminologia.* Madri: Tirant, 2001. p. 30.

reduzir a incidência da pena de prisão, reservando-a para os casos em que esta se configura como absolutamente indispensável, e contribuir para a ressocialização do apenado, evitando-se, desta feita, reincidência delitiva.

"O sistema penal, gerador de situações muito mais graves e dolorosas do que os conflitos qualificados como crimes, que, enganosamente, anuncia poder resolver, alimenta e alimenta-se de uma nefasta e perversa fantasia, que faz crer que a punição de selecionados autores daquelas condutas conflituosas qualificadas como crimes, serviria para trazer segurança, tranquilidade e proteção. A reação punitiva, no entanto, não passa de mera manifestação de poder, servindo apenas para manter e reproduzir as estruturas dominantes em que este surge. Do ponto de vista das almejadas segurança, tranquilidade e proteção, as intervenções do sistema penal constituem tão somente uma ilusão cruel, a permitir a subsistência de um sofrimento tão inútil quanto profundo, que atinge dimensões extremas, quando encontra, como ainda hoje, na privação da liberdade, a forma primordial de concretização da reação punitiva".[2]

Nesse contexto, ganha relevância no Brasil, além de outras medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, o indulto, espécie de *clementia principis*, surgido na Grécia, no período de 594 a.C, no governo de Sólon, que instaurou um regime democrático e concedeu atos de clemência ao reintegrar os direitos aos cidadãos perseguidos pelos regimes tirânicos antecedentes, concedendo assim o perdão a todos aqueles que foram perseguidos, exceto aos condenados por traição ou homicídio.[3]

No Brasil, assim como a anistia e a graça, o indulto tem uma longa história. Data do período colonial, no processo de colonização com o surgimento das capitanias hereditárias, os donatários tinham um amplo poder e estes iam desde a aplicação da pena de morte à clemência. Dessa forma, diversos condenados à pena de morte obteriam perdão ao se comprometer a lutar contra os invasores e rebeldes, o que em princípio, se assemelha a remição pelo trabalho. Entretanto, é apenas com a Independência e a Constituição de 1824 que o indulto, bem como a anistia, passam a figurar como institutos do nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Imperador concedê-la ou não, seguindo-se daí em diante a evolução do instituto de forma a acompanhar a evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, este artigo tem por escopo, além de pautar o tema, demonstrar as divergências existentes acerca do instituto do indulto. Assim, pretende discutir, a par de vedação constitucional no que concerne à aplicação aos delitos hediondos

2. KARAM, Maria Lúcia. Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Verve, revista semestral do Nu-Sol, Núcleo de Sociabilidade Libertária, Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais*. n. 2. São Paulo: PUC-SP, 2002, p. 210-224.

3. Res. 45/110 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.
BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1, p. 445.

ou a eles equiparados, se o indulto pode ser aplicado aos delitos comuns quando em execução junto a delitos impeditivos, sem que, para tanto, haja a necessidade de cumprimento integral da pena relativa a estes últimos, consoante possibilitam os decretos presidenciais mais recentes. Nesse contexto, analisa-se também a hipótese de aplicação do instituto à pena de multa decorrente de cometimento de crimes impeditivos, bem como aos próprios delitos hediondos, se anteriores à Lei 8.072/1990 e ao crime de tráfico quando presente a circunstância privilegiadora prevista no art. 33, § 4.°, da Lei 11.343/2006, especialmente se aplicada pena restritiva de direitos. Com tal desiderato, além da doutrina, pugna-se pela análise da jurisprudência pátria mais recente, seja no que concerne aos tribunais superiores, seja no atinente aos tribunais locais.

2. CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS EM CONCORRÊNCIA COM CRIMES COMUNS

Os decretos natalinos, como são denominados os instrumentos legais concessivos de indulto (pleno e parcial), uma vez que são publicados, tradicionalmente, no fim do ano, vêm, paulatinamente, sendo mais benevolentes, trazendo, a cada edição, mais hipóteses de abrangência. Nesse contexto, desde o ano de 2009, com a edição do Dec. 7.046, há um dispositivo que estabelece parâmetros para a concessão de indulto aos crimes comuns em concorrência com crimes hediondos ou equiparados. Senão, vejamos:

"Art. 7.° As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 8.°, a pessoa condenada não terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (art. 76 do Código Penal)".

Como dito, tal previsão foi repetida *ipsis litteris* nos Dec. 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012,8.172/2013 e 8.380/2014, sendo que, nos dois últimos, passou ao art. 8.°. Embora de compreensão clara, tal hipótese vem trazendo enorme celeuma no meio jurídico. Isso porque, como é cediço, o art. 5.°, XLIII, da Carta Magna de 1988 veda a concessão de anistia ou graça a crimes hediondos ou a eles equiparados:

"Art. 5.°, XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;".

Nesse diapasão, há quem entenda que como a interpretação de norma excepcional deve ser restritiva, sem acréscimos ou supressões, torna-se imperioso que a regra que restringe a concessão da graça ou da anistia seja interpretada em consonância com tal princípio, não devendo tal restrição estender-se ao indulto, justa-

mente por não ter sido contemplado pela Lei Maior.[4] Ademais, destaca-se que "o poder de conceder indulto haure seu fundamento de validade diretamente do art. 84, XII, da CF, de sorte que essa atribuição discricionária do Presidente da República não poderia ser restringida pela legislação comum, senão por outra norma constitucional".[5]

Ocorre que, com todas as vênias ao posicionamento acima mencionado, verifica-se que não obstante não tenha sido o texto constitucional expresso em relação ao indulto, tal espécie de emanação da soberania do Estado é também vedada. Certo é que enquanto a graça é de caráter individual e condicionada à prévia solicitação, o indulto é de natureza coletiva e concedido de ofício.[6] Todavia, tal celeuma legislativa pode ser mais bem esclarecida a partir da leitura do item 172 da exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, onde define que "as disposições em torno da anistia e do indulto (art. 187 e ss.) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo".

Nesta senda, importa dizer que ao vedar a concessão de graça, a Constituição também o fez no que concerne ao indulto, devendo a mesma interpretação ser conferida à comutação, a qual nada mais é do que hipótese de indulto parcial.

Sobre o tema, assim se manifesta o Pretório Excelso:

"Ementa: *Habeas Corpus*. Constitucional e processual penal. Latrocínio. Crime hediondo. Comutação de pena. Dec. 7.046/2009. Vedação legal expressa. Impossibilidade. Denegação da ordem. 1. A jurisprudência deste STF é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.°, XLIII, da CF, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional. Precedentes. 2. O Dec. 7.046/2009 dispõe que a concessão dos benefícios de indulto e comutação da pena não alcança as pessoas condenadas por crime hediondo, praticado após a edição das Leis 8.072/1990, 8.930/1994, 9.695/1998, 11.464/2007 e 12.015/2009. 3. Ordem denegada".[7]

Nesta mesma linha, é o posicionamento remansoso do Tribunal da Cidadania:

"*Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Execução da pena. Comutação. Requisito objetivo. Crime hediondo. Impossibilidade.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do *habeas corpus* e não mais o admitem como substitutivo de recursos outros, nem sequer para as revisões criminais.

---

4. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, p. 170

5. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*, p. 399.

6. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*, p. 655

7. HC 115.09/SP, 2.ª T., rel. Min. Carmen Lúcia., *DJe* 13.03.2013.

2. A comutação da pena é assemelhada ao indulto. Por isso, expressamente vedada para aqueles que cometerem crimes hediondos, por força de previsão constitucional (art. 5.º, XLIII). Paciente que cumpre pena pela prática de latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*, do CP) não pode ser beneficiado com a sua comutação porque previsto como hediondo, nos termos do art. 1.º da Lei 8.072/1990.

3. *Habeas corpus* não conhecido".[8]

De toda sorte, o próprio art. 8.º dos decretos de indulto (art. 9.º nos Dec. 8.172/2013 e 8.380/2014) veda expressamente a concessão de benefícios ali contidos nos casos de crimes hediondos ou a eles equiparados:

"Art. 8.º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

I – por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos dos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – por crime hediondo, praticado após a edição das Leis 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 06 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998, 11.464, de 28 de março de 2007, e 12.015, de 07 agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores;

III – por crimes definidos no Código Penal Militar – Decreto-Lei 1.001, de 1969, que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do referido Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e do inciso I do art. 1.º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do citado art. 1.º".

Ora, dessa forma, não sobejam dúvidas de que resta impossível a concessão de indulto nas hipóteses em apreço. Além das normas já referidas, estabelece o art. 76 do CP que "no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave." Assim, como interpretar o parágrafo único do art. 7.º dos decretos natalinos em consonância com o arcabouço normativo brasileiro?

De início, é fundamental mencionar que a interpretação que conclui pela ilegalidade da norma deve sempre ser a última. Não é possível imaginar que o Estado, quer pelo seu Poder Legislativo, quer pelo Poder Executivo, queira editar normas inaptas ao ingresso no ordenamento jurídico. Cabe ao intérprete, nesse passo, e sempre que possível, conciliar normas que, a princípio, aparentem conflito.

Na hipótese, com o devido respeito, não há conflito real de normas. É certo que a norma do art. 7.º, parágrafo único, do Dec. 7.046/2009, versa sobre questão distinta daquela tratada no art. 76 do CP, que determina a ordem de cumprimento das penas de gravidades distintas. O decreto acrescenta um requisito temporal à comutação das penas nos crimes comuns.

8. HC 238.480/SP, 5.ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 17.02.2014.

Desse modo, o art. 76 do CP trata de cumprimento das penas, da execução das penas para os casos de concurso de crimes. É certo que, para que o sentenciado retorne gradativamente ao convívio social, para que se readapte paulatinamente, a legislação dispõe que as penas mais graves devem ser cumpridas antes das mais leves.

É desnecessária a inversão no cumprimento das penas para que se aplique a comutação ordenada no Decreto Natalino. Quanto ao requisito temporal, basta o transcurso do tempo equivalente a um quarto ou um terço do total das penas dos crimes comuns, conforme seja o réu primário ou reincidente, mais a expiação de dois terços no crime hediondo.

Enquanto a norma insculpida nos decretos acrescenta um requisito temporal necessário ao indulto da pena correspondente aos crimes comuns, quando em concurso com crime hediondo, o *caput* do art. 76 do CP alude à ordem de cumprimento dessas penas, das mais graves para as menos graves, não havendo, pois, qualquer incompatibilidade entre os dois dispositivos.

Ora, a literalidade do art. 8.º, parágrafo único, do atual Decreto não permite dúvidas de que, em tal cenário, além do preenchimento dos requisitos ditados pelos art. 1.º ou 2.º do decreto, o sentenciado precisará cumprir 2/3 (dois terços) da pena do delito hediondo – e não sua integralidade.

Prosseguindo, tem-se que o art. 8.º, parágrafo único, do decreto não confronta com o art. 76 do CP.

É importante destacar que o art. 76 do CP *não* determina o cumprimento, primeiro, das infrações *referentes* aos delitos mais graves e, em seguida, o cumprimento das infrações *referentes* aos delitos menos graves. Diferentemente, o art. 76 do CP, estabelece que, em concurso de infrações, será executada primeiramente a *pena mais grave*.

Revela-se equivocada a compreensão de que a definição da gravidade da pena imposta, para fins do art. 76 do CP, esteja atrelada à gravidade da infração praticada. Diferentemente, a *mens legis* do art. 76 do CP é sistematizar o cumprimento das penas quando, pelo concurso de infrações, forem impostas ao condenado penas distintas de reclusão e/ou detenção e/ou prisão simples– sendo este o critério pelo qual se pode ordenar as penas por gravidade.

Neste sentido, é o precedente do E. STJ:

"(...). 3. *De acordo com os arts. 69 e 76 do CP e 681 do CPP, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a mais grave, devendo a pena de reclusão ser cumprida antes da pena de detenção.*

4. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas com regime inicial aberto, se do somatório ultrapassar quatro anos, há a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto.

5. Recurso improvido, recomendando-se celeridade ao Juízo das Execuções para apreciar eventual direito de progressão para o regime semiaberto".[9]

A toda evidência, se o indulto visa a beneficiar o sentenciado, a norma não pode receber interpretação que o prejudique, sob pena de ser desvirtuado o referido instituto.

Assim, enquanto a *ratio legis* do art. 76 do CP é proporcionar a gradativa reinserção social mediante o cumprimento das penas mais graves antes das menos graves, o instituto do indulto objetiva o abatimento de penas. São, dessa maneira, assuntos diversos.

Nesse diapasão, a norma infralegal em comento não afronta o art. 76 do CP. Não há, portanto, determinação para que o cumprimento da pena do crime a que se veda o indulto seja suspenso para que, na sequência, se inicie o cumprimento da pena do delito em que o mesmo é possível.

Na verdade, os decretos natalinos estabelecem critérios aritméticos para o abatimento da pena. Nesse passo, estabeleceram uma ficção para o desconto da pena do crime apto ao indulto. É assim que, após o cumprimento de dois terços do delito hediondo (art. 8.º, parágrafo único c/c art. 9.º), permite-se a análise do indulto ou comutação do delito comum. Não haverá, assim, interrupção da execução da pena mais grave. Segue, portanto, inabalado o art. 76 do CP.

Não há, nos decretos, qualquer disposição referente a qual pena deve ser cumprida primeiro. A vocação do diploma legal é unicamente abater a quantidade da pena daquele que já a cumpriu parcialmente.

Além disso, as normas penais benéficas convivem com o ambiente democrático e, por isso, merecem aplausos. Suas disposições restringem o ávido desejo punitivo do Estado; constituem, por conta disso, importante instituto de proteção da cidadania.

Nesta mesma linha, são os julgados de lavra do STJ e de alguns dos Tribunais de Justiça de maior relevância no país:[10]

---

9. RHC 18664/RJ, 6.ª T., j. 06.03.2007, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/ acórdão: Min. Nilson Naves, *DJ* 26.03.2007, p. 283.

10. Assim também se posicionou a 6.ª Câm. de Direito Criminal do TJSP nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade 0288492-4.2011.8.26.0000, com decisão publicada em 15.05.2012. Também neste sentido, vejam-se as ementas a seguir:
"Recurso de agravo. Execução penal. Indulto. Condenações por crime comum e crime hediondo. Dec. 7.648/2011. Art. 76 do CP e art. 5.º, XLIII, da CF. Ofensa. Inexistência. Requisitos objetivos e subjetivos. Cumprimento. Desprovimento.
I – Inexiste inconstitucionalidade ou ilegalidade no disposto no art. 7.º, parágrafo único, do Dec. 7.648/2011, pois ele não autoriza a concessão de indulto ao condenado por crime hediondo nem modifica a ordem de execução das penas. II – De acordo com o art. 1.º, XIV,

"Agravo regimental. Recurso especial. Execução penal. Dec. 7.648/2011. Indulto. Concurso de infrações. Crimes comum e hediondo. Art. 76 do CP. Cumprimento integral da pena relativa ao delito hediondo. Desnecessidade. Matéria constitucional. STF.

1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se *quaestio afeta* à competência do STF, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da CF.

2. A controvérsia destes autos cinge-se em determinar se, na hipótese de concurso entre crimes comum e hediondo, é necessário o cumprimento integral da reprimenda relativa ao delito hediondo para o condenado obter o benefício da comutação da pena do crime comum, conforme estipulado no Dec. 7.648/2011.

3. O Dec. 7.648/2011 veda a comutação da pena para delitos hediondos (art. 8.°, II). Todavia, na hipótese de concurso entre crimes comum e hediondo, permitiu-se a concessão da benesse, quanto ao primeiro delito, mediante o cumprimento de 2/3 da pena referente ao crime hediondo e de 1/4, se não reincidente, ou 1/3, se reincidente, da pena afeta ao delito comum (arts. 2.° e 7.°, parágrafo único).

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido".[11]

"Agravo de execução penal. Concessão de indulto. Dec. 7.648/2011. Cumprimento pelo apenado, respectivamente, das frações de dois terços pelo crime hediondo – tráfico, e de um terço, pelo crime comum – receptação, atendendo ao

---

c/c art. 7.°, parágrafo único, ambos do Dec. 7.648/2011, na hipótese de haver condenação por crime comum e crime hediondo, faz jus ao indulto o réu não reincidente que estiver cumprindo pena em regime aberto, se até a data limite da concessão da benesse houver sido cumpridos 2/3 (dois terços) da pena do crime impeditivo acrescidos de 1/4 (um quarto) da pena relativa ao delito comum, e o restante da pena a ser cumprida for inferior a oito anos. III – Presentes os requisitos subjetivos e objetivos exigidos para a concessão do indulto, deve ser mantida a decisão que o concede. IV – Recurso conhecido e desprovido" (Ac 674524, 20130020070666 RAG, 3.ª T. Crim., rel. Des. Nilsoni de Freitas, *DJe* 08.05.2013, p.189).
"Ementa: Agravo – Execução penal – Comutação – Condenado por crime hediondo e comum em concurso – Possibilidade – Aplicação do Dec. Presidencial 7.648/2011 – Recurso provido em parte.
– Na hipótese de haver concurso entre infração de caráter hediondo e comum, o condenado terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, desde que cumpra no mínimo dois terços da pena correspondente ao crime impeditivo" (TJMG, RAG 1.0342.09.127945-1/003, 2.ª Câm. Crim., rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJe* 20.08.2012).

11. STJ, AgRg no REsp 1479104/DF, 6.ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 31.10.2014.

disposto no decreto retro mencionado. Insurgência ministerial tendo em vista a inconstitucionalidade no que pertine ao cumprimento parcial da pena relativa ao crime hediondo. Sustenta o *parquet* que a pena do crime hediondo teria que ser cumprida em sua integralidade, para só após, ser cumprida a fração relativa ao crime comum. Desnecessidade. Indulto concedido tão somente em referência ao crime comum. Não há qualquer excepcionalidade ao princípio da legalidade, eis que o mencionado decreto foi editado em observância aos parâmetros da Constituição Federal. Satisfação, pelo agravado, dos requisitos objetivos e subjetivos. Recurso não provido. Decisão confirmada".[12]

A mesma interpretação e pelas mesmas razões deve ser conferida àqueles casos em que condenados a delitos hediondos ou equiparados e crimes comuns já cumpriram a integralidade da pena correspondente aos primeiros. Exemplifique-se: determinado sentenciado reincidente fora condenado a 6 (seis) anos por delito de tráfico (equiparado a hediondo) e a 4 (quatro) anos por roubo (comum), tendo iniciado o cumprimento de ambos em 20.12.2006. Se considerarmos que este sentenciado somente precisa expiar 2/3 do delito equiparado a hediondo para iniciarmos o cálculo relativo ao delito comum, verifica-se que, com espeque no art. 1.º, I, do Dec. 8.172/2013,[13] fará jus ao indulto pleno no tocante ao delito de roubo, uma vez que, para fins deste benefício, já havia cumprido mais da metade da pena relativa ao delito de roubo. Por outro lado, se entendermos que, diante do cumprimento integral da reprimenda concernente ao delito equiparado a hediondo, não há que se falar na aplicação da fração de 2/3, o sentenciado do exemplo mencionado não faria jus a qualquer benefício no ano de 2013, uma vez que, ao tempo do Dec. 8.172, só havia expiado 5 (cinco) dias da pena do delito de roubo.

Nesse diapasão, é o julgado de jaez do TJDF:[14]

"Recurso de agravo. Decisão deferiu comutação de pena. Concurso de penas por crime impeditivo e não impeditivo. Constitucionalidade art. 7.º, parágrafo único, Dec. 7.046/2009 e 7.420/2010. Compatibilidade com art. 76 do CP. Requisitos objetivos. Crime impeditivo. Exigência legal 2/3. Cumprimento integral. Delito não impeditivo. Cumprimento de 1/4. Comutação mantida. Recurso desprovido.

---

12. TJRJ, RAG 0021892-09.2013.8.19.0000, 7.ª Câm. Crim., rel. Des. Sidney Rosa da Silva, *DJ* 14.05.2013

13. "Art. 1.º É concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:
I – condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes."

14. Em outro julgado sobre o mesmo tema, a 3.ª T. Crim. do TJDF se manifestou no mesmo sentido, no Ac 674.127, nos autos do recurso de Ag 20130020000619, publicado em 07.05.2013.

1. Indulto, espécie da *clementia principis*, é ato anual do Presidente da República que, com suporte na prerrogativa constitucional prevista no art. 84, XII, da CF, e com amparo em estudos técnicos realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, pode extinguir a pena (indulto pleno), ou reduzi-la ou substituí-la (indulto parcial ou redutório ou comutação).

2. O parágrafo único do art. 7.º dos Dec. 7.046/2009 e 7.420/2010 não conflita com o art. 5.º, XLIII, da CF – que sequer versa sobre indulto, mas menciona apenas os institutos da graça e anistia –, e nem mesmo com o art. 44 da Lei 11.343/2006, já que não permite indulto para os delitos listados do dispositivo constitucional, dentre os quais se inclui o tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Os decretos vedaram a concessão de indulto ou comutação aos condenados pelos delitos listados nos incisos do art. 8.º, razão pela qual restaram denominados de 'crimes impeditivos'. A inadmissão de indulto e comutação de penas aos crimes impeditivos é tema pacífico nos Tribunais Pátrios. Precedentes STF, STJ e TJDF.

4. O art. 7.º dos decretos estabelece, no parágrafo único, que, havendo concurso de crimes impeditivos com crimes não impeditivos haverá mais um requisito a ser preenchido pelo interessado, qual seja o cumprimento de 2/3 (dois) terços da pena do delito impeditivo – e não a integralidade.

5. A *mens legis* do art. 76 do CP é sistematizar o cumprimento das penas quando, pelo concurso de infrações, forem impostas ao condenado penas distintas de *reclusão* e/ou *detenção* e/ou *prisão simples* – sendo este o critério pelo qual se pode ordenar as penas por gravidade, independente da gravidade das infrações que culminaram na imposição das penas.

6. A pena cumprida pelo delito impeditivo não deve ser subtraída do total da pena cumprida para fins de aferição do cumprimento de 1/4 da pena total, porque o Dec. 7.046/2009 e 7.420/2010 não dispuseram neste sentido e, portanto, deve prevalecer interpretação mais favorável ao réu.

7. De acordo com as informações contidas nos autos o réu preenche os requisitos objetivos dos decretos para fazer jus à comutação da pena.

8. Recurso desprovido".[15]

3. CRIMES ANTERIORES À LEI 8.072/1990

Inicialmente, o doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete,[16] dispõe que, em decorrência do princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da lei penal estabele-

15. Ac 645866, 20120020238522 RAG, 2.ª T. Crim., j. 10.01.2013, rel. Silvânio Barbosa dos Santos, Publicado no *DJE* 16.01.2013. p. 326.

16. MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Código Penal comentado*, p. 99.

ce, conforme dispositivo constitucional que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art. 5.°, XL, da CF/1988).

Da mesma forma, ressalta o insigne Rogério Greco[17] que "em virtude do princípio constitucional da irretroatividade *in pejus*, podemos afirmar que a lei posterior que de qualquer modo vier a prejudicar o agente não terá aplicação retroativa, ou seja, não poderá alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor".

Ora, como restou claro, a Lei 8.930/1994, a qual alterou a Lei 8.072/1990, que regulamentou o art. 5.°, XLIII, da CF/1988, e disciplinou quais seriam os delitos considerados hediondos, somente restou publicada em 06.09.1994, momento em que adquiriu eficácia. Eventuais efeitos da natureza hedionda de determinado delito não podem atingir fatos praticados antes de tal data, sob pena de ofensa ao já mencionado, princípio da legalidade, o qual se encontra em nossa Carta Magna (art. 5.°, XXXIX).

Como é cediço, são funções do princípio da legalidade:

– proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

– proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullun crimen nulla poena sine lege scripta*);

– proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

– proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Diante das funções elencadas acima, resta imperioso destacar que a regra é a irretroatividade da lei, sendo a retroatividade a exceção, desde que seja para beneficiar o agente.

Nesse esteio, manifestam-se o STF e do Tribunal da Cidadania, senão vejamos:

"Ementa: *Habeas corpus*. Penal e constitucional. Homicídio praticado anteriormente à vigência da Lei 8.930/1994, que passou a considerá-lo hediondo. Indeferimento da comutação da pena com fundamento na lei posterior, mais gravosa. Violação do art. 5.°, XL, da CF. Homicídio praticado anteriormente à vigência da Lei 8.930/1994. Não obstante a determinação, no Dec. 5.993/2006, de que a vedação à comutação da pena refere-se somente aos crimes hediondos praticados após a Lei 8.072/1990, o Juiz indeferiu a comutação da pena com fundamento na Lei 8.930/1994, que acrescentou o crime de homicídio no rol da Lei dos Crimes Hediondos. Franca violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5.°, XL, da CF). Ordem concedida".[18]

17. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, Parte Geral. p. 130.

18. STF, HC 101238/SP, 2.ª T., rel. Min. Eros Grau, *DJe* 20.05.2010.

"*Habeas corpus*. Execução penal. Pedido de indulto. Dec. 6.706, de 22.12.2008. Requisitos legais. Cometimento de falta grave. Interrupção da contagem do prazo para a concessão do benefício. Descabimento. Ausência de previsão legal. Falta grave cometida antes do período estabelecido no art. 4.º do decreto presidencial. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido antes da lei dos crimes hediondos e da nova lei de drogas. Possibilidade de conceder o benefício expressamente prevista. Transgressão ao princípio da irretroatividade da lei penal. Precedentes do STF. *Habeas corpus* parcialmente concedido.

1. Preenchidos os requisitos estabelecidos no decreto presidencial, não há como impedir a concessão de indulto ao sentenciado, por falta de requisitos de ordem subjetiva, uma vez que a sentença, nesse caso, tem natureza jurídica meramente declaratória.

2. A prática de falta disciplinar de natureza grave fora do período estabelecido no art. 4.º do Dec. 6.706/2008 – isto é, nos últimos doze meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à data da publicação da referida norma – não tem o condão de interromper o prazo para a concessão de indulto, por ausência de previsão legal. Precedentes.

3. Hipótese em que, publicado o decreto presidencial em 25.12.2008, a última falta grave cometida pelo paciente ocorreu em 30.08.1989.

4. O STF considera que, sendo o crime cometido em data anterior à da vigência da lei que o definiu como hediondo, qualquer ato normativo posterior que veicular vedação aos benefícios do indulto e comutação a esse delito afronta o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Precedentes do Pretório Excelso.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, afastada a restrição à indulgência, determinar que o Juízo da Execução Penal prossiga no exame dos demais requisitos para a concessão do indulto parcial".[19]

Ademais, os Dec. 5.993/2006, 6.294/2007 e 6.706/2008, dispunham que só não seriam beneficiados aqueles que houvessem cometido crime hediondo *após* a edição da Lei 8.072/1990, observadas as alterações posteriores, o que, por si só, demonstra o espírito da norma, ainda que tal disposição não tenha sido expressamente repetida nos mais recentes decretos natalinos.

Por outro lado, há julgados asseverando que a natureza dos crimes deve ser aferida à época da edição do respectivo ato normativo (decreto natalino), não importando a data em que tais delitos foram praticados. Nesse sentido:

"Ementa: *Habeas corpus*. Comutação. Crime hediondo. Impossibilidade. Ordem denegada. A natureza dos crimes não contemplados pelo decreto presidencial que concede o benefício de indulto e comutação de pena deve ser aferida à época da edi-

19. STJ, HC 189724/SP, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 15.08.2012

ção do respectivo ato normativo, pouco importando a data em que tais delitos foram praticados. Precedentes (RE 274.265, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 19.10.2001, p. 49; e HC 74.429, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 21.03.1997, p. 8507). Ademais, a comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena). Daí por que a vedação à concessão de indulto em favor daqueles que praticaram crime hediondo – prevista no art. 2.°, I, da Lei 8.072/1990 – abrange também a comutação. Ordem denegada".[20]

4. INDULTO E PENA DE MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DE CRIMES IMPEDITIVOS

Tema que também merece destaque é a análise do insculpido no inc. IX do Dec. 7.873/2012, cujo teor não traz inovação no tocante aos decretos natalinos anteriores:

"IX – condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25.12.2012".[21]

Sobre tal hipótese, doutrina e jurisprudência divergem acerca da amplitude da benesse, uma vez que há posicionamento no sentido de que tal não abrange a multa aplicada em razão de crime hediondo.

---

20. STF, HC 94.679/SP, 2.ª T. Crim., rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 18.11.2008
No mesmo sentido do julgado acima: "*Habeas corpus*. Homicídios qualificados. Crimes cometidos antes da edição da Lei 8.930/1994. Dec. 4.495/2002. Indulto. Impossibilidade. Natureza do delito aferida no momento da entrada em vigor do diploma presidencial. Ordem denegada.
1. A concessão do indulto é vedada ao condenado pela prática de crime considerado hediondo, mesmo que perpetrado em data anterior a sua adjetivação mais gravosa, porquanto se trata de ato discricionário do Presidente da República, a quem compete a definição e a extensão do benefício, sem que a providência adotada configure violação do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.
2. É assente na jurisprudência deste Tribunal o entendimento no sentido de que a natureza do ilícito é aferida no momento da entrada em vigor do Diploma Presidencial.
3. A vedação expressa contida no art. 7.°, I, do Dec. 4.495/2002, no sentido de não ser possível a concessão do indulto aos condenados por crimes hediondos, mostra-se perfeitamente aplicável à espécie.
4. Ordem denegada" (STJ, HC 100665/RJ, 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 22.06.2009).

21. O Dec. 8.172/2013, ao dispor sobre o indulto da pena de multa, em seu art. 1.°, X, impôs novos requisitos, os quais, de toda sorte, somente restringem o benefício, não contrariando os argumentos aqui despendidos:
"X – condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la;".

Para melhor compreender o tema, impende mencionar que a pena de multa está prevista no art. 49 e ss. do CP, os quais salientam que

"Art. 49 – A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1.º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2.º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária".

Pagamento da multa

"Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

§ 1.º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

a) aplicada isoladamente;

b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;

c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2.º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família".

Conversão da Multa e revogação

"Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

Aqui, releva dizer que a redação do art. 51 acima mencionado foi modificada pela Lei 9.268/1996. Até então, dispunha o dispositivo que a multa converter-se-ia em pena de detenção quando o condenado, solvente, deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução.

Segundo Renato Flávio Marcão,[22] "a Lei 9.268, de 01.04.1996, estabeleceu que a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor. Mesmo assim, a multa imposta pelo juízo criminal não perdeu ser caráter de sanção penal. A reforma promovida pelo legislador não alterou a substância jurídica ostentada pela multa que permanece na esfera repressiva penal. O legislador procurou apenas esclarecer

22. MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*, p. 291.

que a pena de multa deverá ser considerada como dívida de valor, obedecendo em consequência as disposições contidas na Lei 6.830/1980".

Ocorre que, como visto, o indulto é manifestação de soberania estatal, com respaldo no art. 84, XII, da Carta Magna de 1988, a qual confere poder administrativo discricionário ao Presidente da República.[23] Desse modo, ao exercê-lo, disciplinou no parágrafo único do art. 8.º do decreto natalino que

"Art. 9.º O disposto neste decreto não alcança as pessoas condenadas por:

I – crime de tortura ou terrorismo;

II – crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do *caput* e § 1.º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei 11.343, de 23.08.2006;

III – crime hediondo, praticado após a publicação das Leis 8.072, de 25 de julho de 1990; 8.930, de 06 de setembro de 1994; 9.695, de 20 de agosto de 1998; 11.464, de 28 de março de 2007; e 12.015, de 07 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; ou

IV – crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do caput do art. 1.º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos IX, X, XI e XII do *caput* do art. 1.º".

Ora, é evidente que o decreto permite a concessão de indulto à pena de multa, mesmo em se tratando daquela aplicada em decorrência de condenação em crime hediondo ou equiparado, consoante menção expressa ao disciplinar que a restrição ali disposta não se aplicaria à hipótese prevista no inc. IX, justamente o que dispõe acerca de multa.

Por outro lado, há inúmeros julgados entendendo tratar-se de hipótese inconstitucional, devendo a autorização para que o Presidente da República conceda indulto submeter-se e respeitar os limites constitucionais e legais, uma vez que o decreto tem hierarquia inferior a lei e não pode contra ela dispor. Salientam ainda que o parágrafo único do art. 8.º dos decretos natalinos é de clara inconstitucionalidade por infringir o inc. XLIII da CF/1988 ao conceder indulto da pena pecuniária para condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados e que tenham cumprido integralmente a pena privativa de liberdade.

Ademais, o art. 2.º, I, da Lei 8.072/1990 veda expressamente a concessão de indulto aos crimes hediondos e equiparados.[24] Deste modo, defendem que a pena

---

23. Art. 84 da CF/1988. "Compete privativamente ao Presidente da República:
XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;".

24. Art. 2.º da Lei 8.072/1990. "Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

pecuniária, principalmente no delito de tráfico de drogas, é reprimenda principal, assim como a privativa de liberdade, decorrendo da própria condenação, razão pela qual também estaria abrangida pela vedação legal.

Nesta linha, é o julgado abaixo colacionado:

"Agravo em execução penal indulto da pena de multa Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8.º do Decreto Presidencial 7.046/2009, que concede indulto aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, em afronta ao inc. XLIII do art. 5.º da CF, reconhecida questão apreciada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em sessão Plenária. Arguição de Inconstitucionalidade julgada procedente. Pleito do agravante que não pode ser acolhido Recurso improvido".[25]

Em outra vertente, inúmeros julgados sedimentam a constitucionalidade do disposto no parágrafo único do art. 8.º do Dec. 7.873/2012 e consequente plena possibilidade de concessão de indulto à pena de multa imposta em condenação por crime hediondo ou equiparado. Tal corrente alicerça-se no fato de que a alteração trazida pela Lei 9.268/1996, que deu nova redação ao art. 51 do CP, impossibilitando a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, objetivou desafogar o sistema carcerário brasileiro e evitar injustiças, pois, antes de sua edição, apenas as pessoas de baixa renda eram levadas à prisão em decorrência do não pagamento da pena pecuniária.

Anteriormente, quando a pena de multa aplicada não era paga ou era frustrada a sua execução, sendo solvente o condenado, a multa era convertida em detenção e somente se revogava tal conversão quando fosse paga a multa, a qualquer tempo.

I – anistia, graça e indulto."

Tal disposição é ratificada no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 no tocante aos crimes de tráfico:

"Art. 44 da Lei 11.343/2006. "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

25. TJSP, RAG 0428045-03.2010.8.26.0000, 4.ª Câm. Crim., rel. Des. Edison Brandão, *DJe* 13.02.2013. Também se posicionando da mesma forma: "Ementa: Agravo em execução – Tráfico de drogas – Indulto da pena pecuniária – Condenação por crime hediondo – Vedação legal. 01. A Constituição da República de 1988, em seu art. 5.º, XLIII, e a Lei 8.072/1990, art. 2.º, estabeleceram que são insusceptíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, eis porque o Decr. Presidencial 7.648/2011, na mesma toada, não concedeu o indulto aos condenados por esses crimes. 02. A pena pecuniária aplicada ao condenado por tráfico de drogas, é reprimenda principal, eis que prevista no preceito secundário desse tipo penal, assim como a privativa de liberdade, razão pela qual é compulsória, decorre da própria condenação, donde se conclui que a vedação legal à concessão do indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados é de caráter geral, estendendo-se também à pena pecuniária aplicada em virtude de sua natureza jurídica" (TJMG, RAG 1.0024.03.036207-3/001,3.ª Câm. Crim., rel. Des. Fortuna Grion, *DJe* 15.05.2013).

Atualmente, segundo o ordenamento jurídico, quando do trânsito em julgado da sentença condenatória à pena de multa, esta é considerada dívida de valor, passando a ter caráter extrapenal, devendo ser promovida sua execução pela Fazenda Pública nos moldes da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Verifique-se que a partir do momento que o condenado não efetua o pagamento da multa, pode ela ser cobrada como dívida de valor, precisando se constituir uma Certidão de Dívida Ativa, considerada pelo CPC no art. 585, VI, como título executivo extrajudicial.

Nesse diapasão, nota-se que, assim como outras normas penais, as quais vêm sofrendo modificações no sentido de despenalização, buscou-se, paulatinamente, tanto com a alteração introduzida pela Lei 9.268/1996 como com a novel disposição, iniciada pelo art. 8.º, § 1.º, do Dec. 7.648/2011, a flexibilização e abrandamento das normas atinentes a pena de multa.

Não restam dúvidas ainda de que a pena de multa tem um caráter menos gravoso em relação à pena privativa de liberdade. Assim, sempre que concedido indulto em relação à determinada reprimenda corporal, tal decisão também abarca a pena de multa, o que demonstra ainda que a pena de multa é um *minus*, se comparada à privação de liberdade. É cediço que os crimes hediondos ou a eles equiparados não são passíveis de anistia ou graça, a teor do art. 5.º, XLIII, da Carta Magna brasileira. Todavia, igual interpretação não devemos estender à multa. Por óbvio, o espírito da norma constitucional originária, ao impedir que o Presidente da República, munido de poder normativo e regulamentar, em sua discricionariedade, concedesse benesses aos praticantes de crimes reputados hediondos e/ou equiparados a eles, é que aqueles cumpram fielmente a sanção corporal que lhes foi imposta em sentença judicial. Como dito, a pena de multa se tornou um *minus*, uma sanção de menor gravidade em relação à pena privativa de liberdade, e eventual concessão de indulto em relação a ela jamais obstará o caráter retributivo ou mesmo preventivo da sanção penal.

Assevera-se, ainda, que tal disposição insculpida em decreto natalino não está despenalizando os crimes hediondos e equiparados, pois a pena privativa de liberdade já foi integralmente cumprida, remanescendo apenas a pena multa, que, apesar de ter natureza penal, não deixa de ser dívida de valor, a qual pode ser dispensada pela própria credora, a União.

Neste sentido, é o seguinte julgado:

"Agravo em execução. Dec. 7.648/2011. Condenado por tráfico ilícito de entorpecente. Pena restritiva de liberdade. Cumprimento integral. Indulto em relação à pena de multa. Possibilidade.

I. A pena de multa, apesar de manter a natureza penal, é considerada dívida de valor, podendo, por esse motivo, ser dispensada pela própria credora – a União – ao possibilitar a concessão de indulto.

II. Além disso, o inc. LXIII do art. 5.º da CF, que veda a concessão apenas de graça e de anistia aos crimes hediondos, é norma proibitiva e, como tal, deve ser interpretada restritivamente de modo a possibilitar a concessão do indulto.

III. Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade do Dec. 7.648/2011, diante da possibilidade de se conceder indulto em relação à pena pecuniária, mesmo que aplicada em decorrência da prática de crimes hediondos e equiparados.

IV. Recurso conhecido e não provido".[26]

Assim, resta imperioso analisar-se o espírito da norma constitucional, respaldando-se em interpretação histórica, na qual se verifica que tanto a moderna doutrina quanto a legislação penal vêm abrandando as consequências da imposição da pena de multa.

5. INDULTO E PENA POR TRÁFICO SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Estabelece o art. 1.º, XIII, do Dec. 8.172/2013 que:

"Art. 1.º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

XIII – condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;".

Logo após, no parágrafo único do art. 9.º, faz a seguinte ressalva:

"Art. 9.º O disposto neste decreto não alcança as pessoas condenadas:

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do *caput* do art. 1.º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X, XI e XII e XIII do *caput* do art. 1.º".

---

26. TJDF, RAG 20120020185987, 3.ª T. Crim., rel. Des. Nilsoni de Freitas, *DJe* 21.09.2012. p. 394. Também neste sentido: "Ementa: Agravo em execução defensivo. Indulto. Dec. 7.648/2011. Pena de multa. viabilidade. Art. 1.º, XII. Hediondez. Exceção do art. 8.º, § 1.º. O art. 1.º, IX, do Dec. 7.648/2011 não impõe obstáculo à obtenção dos benefícios aos reeducandos que obtiveram condenação por crime hediondo e já cumpriram sua pena privativa de liberdade, restando por adimplir tão somente a pena de multa. Hediondez que não afasta o indulto ante a expressa previsão de excepcionalidade quanto à pena de multa. Leitura conjunta dos arts. 1.º, IX, e 8.º, § 1.º, do Dec. 7.648/2011. Atendidos os requisitos exigidos pelo ato normativo, não há motivos para negar a benesse, motivo pelo qual adequada a concessão do benefício de indulto, extinguindo a punibilidade do condenado com base no art. 107, II, do CP e art. 192 da Lei de Execução Penal. Agravo defensivo provido. Unânime" (TJRS, Ag 70047944244, 6.ª Câm. Crim., j. 10.05.2012, rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório).

Nesta senda, impende salientar que o delito de tráfico é reputado por equiparado a hediondo,[27] sendo tal natureza, recentemente, asseverada em decisão do STJ.[28] Não obstante, impende que se entenda que, em sua forma privilegiada, não possui tal caráter, como forma de política criminal adotada diante da menor gravidade da conduta praticada. Tanto assim que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 2012, sugeriu à Presidência da República que contemplasse os condenados pelo referido delito com os benefícios de indulto e de comutação de penas, e, assim sendo, deve-se entender como constitucional a aplicação de benefícios a condenados por tráfico privilegiado previstos no decreto natalino, mormente quando houve o cumprimento de mais de um quarto (ou um terço, se reincidente) da pena, sob a forma de prisão cautelar, e, ao final da lide, veio a reprimenda a ser substituída por restritiva de direitos. Nesses casos, principalmente, muito embora a sanção estatal privativa de liberdade tenha sido substituída por medida menos constritiva, demonstrando o reduzido grau de reprovabilidade da conduta praticada, mormente diante dos demais delitos hediondos e equiparados, o sentenciado já teria cumprido, no cárcere, fração relevante de sua reprimenda.

Nesse sentido, assim se posicionou recentemente o TJDF:

"Recurso de agravo. Réu apenado por crime hediondo. Indulto pleno. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Preenchimento dos requisitos. Dec. 7.873/2012. Recurso parcialmente provido.

Se o réu condenado pelo crime de tráfico de drogas teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, tem-se como viável a concessão do indulto pleno, haja vista a exceção prevista no art. 1.°, XI, e no art. 8.°, I e § 1.°, do Dec. 7.873/2012".[29]

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, portanto, através do presente trabalho, as vicissitudes e reflexos do indulto. Pode-se notar que, a despeito da literalidade de seus dispositivos, muitas divergências, sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, há em torno deste instituto. Muito embora este artigo não tenha a ousadia de exaurir suas dúvidas, jogou luzes sobre o tema, com o escopo de fomentar novas discussões acerca de tão rico tópico.

Deste modo, restou patente que, a despeito da vedação constitucional à concessão de graça e/ou anistia aos crimes hediondos ou aos a eles equiparados, plenamente possível é a aplicação do indulto, seja pleno ou parcial, aos delitos comuns

27. A controvérsia acerca da natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está submetida ao Plenário do STF no HC 110.884/MS.

28. HC 280790/RS, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 17.11.2014.

29. TJDF, RAG 20140020180986, 1.ª T. Crim., j. 09.10.2014, rel. Romão C. Oliveira, Publicado no *DJE* 17.10.2014, p. 124).

quando em concorrência a delitos hediondos, ainda que não haja o cumprimento integral da pena em relação a estes últimos, nos termos dos decretos natalinos. Isso porque, como visto, o decreto de indulto, ao trazer a referida possibilidade, versa sobre questão distinta daquela tratada no art. 76 do CP. Enquanto esta determina a ordem de cumprimento das sanções de gravidades distintas, aquela acresce um requisito temporal ao indulto e/ou comutação das penas de crimes comuns, não havendo que se falar, portanto, em inversão no cumprimento das reprimendas para a aplicação de benefício contido no decreto.

No que concerne aos delitos previstos na Lei 8.072/1990, mas a ela anteriores, restou claro, face ao princípio da legalidade, que podem ser objeto de indulto e/ou comutação, uma vez que não devem ser abarcados pelas consequências advindas de *novatio legis in pejus*. Também, demonstrou-se não haver óbice à concessão do aludido benefício às penas de multa em condenações por prática de crimes hediondos ou equiparados ou mesmo às penas por delito de tráfico ilícito de entorpecentes quando substituídas por penas restritivas de direitos ou suspensas condicionalmente, uma vez que, tanto em um, como em outro caso, não se pode exigir que se confiram as mesmas gravosas repercussões que são impostas aos condenados ao cárcere por prática de tais crimes reputados pela sociedade como abjetos e odiosos, salientando-se que, ainda que sanções, têm caráter menos grave do que a privação de liberdade, consoante o próprio legislador asseverou, evidenciando que, em determinadas hipóteses, mister se faz a análise da reprimenda imposta para a verificação da compatibilidade da clemência estatal.

7. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, Parte Geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminologia*. Madri: Tirant, 2001.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Verve, revista semestral do Nu-Sol, Núcleo de Sociabilidade Libertária, Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais*. n. 2. São Paulo: PUC-SP, 2002.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas questões polêmicas acerca da remição penal, de João José Leal – *RT* 822/456, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 6/635 (DTR\2004\278);
- Crimes hediondos e similares. Constitucionalidade e compatibilidade de tratamento diverso, de Leonir Batisti – *RT* 799/448 (DTR\2002\595);
- Indulto especial, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 6/288 (DTR\2011\2875); e
- O indulto e as condições subjetivas do sentenciado, de Francisco Dias Teixeira – *RBCCrim* 25/115 (DTR\1999\7).

Agressão física à gestante e morte do feto: algumas considerações sobre o julgamento do HC 85298 no Superior Tribunal de Justiça

Physical aggression towards a pregnant woman and death of the fetus: some notes on the judgment given by the Brazilian Superior Court of Justice on HC 85298

Gustavo de Oliveira Quandt
Mestrando em Direito Penal na Universidade Federal do Paraná. Defensor Público Federal.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo analisa o acórdão proferido pelo STJ no julgamento do HC 85298, em especial a orientação de não conhecer de pedidos de *habeas corpus* impetrados em substituição de recursos, e o argumento de que a distinção entre aborto e homicídio se baseia na condição da vítima no instante de sua morte. No texto, defende-se que o critério da condição da vítima no momento do resultado é incompatível com as decisões político-criminais contidas na lei brasileira relativas à proteção penal do feto.

Palavras-chave: *Habeas corpus* substituto de recurso - Aborto - Homicídio - Momento da incidência - Momento do resultado.

Abstract: The article analyzes the judgment given by the Brazilian Superior Court of Justice on HC 85298, especially the Court's lines of not accepting the writ of *habeas corpus* in substitution of an appeal and of distinguishing between abortion and homicide according to the victim's condition at the time of his or her death. The text argues that taking the victim's condition at the time of the result as the distinctive criterion between abortion and homicide is not compatible with the decisions on criminal policy inherent in the Brazilian penal laws that protect the fetus.

Keywords: Writ of *habeas corpus* in substitution of appeal - Abortion - Homicide - Moment of incidence - Moment of harm.

Sumário: 1. Introdução - 2. A questão processual: não conhecimento do pedido e concessão de ofício da ordem - 3. A questão material da morte do feto: 3.1 Introdução; 3.2 Solução tradicional para o caso julgado: aborto consumado; 3.3 Solução do acórdão comentado. Momento da ação, da incidência e do resultado; 3.4 Fim da tentativa de aborto?; 3.5 Fim do aborto consumado?; 3.6 Observações sobre o critério do momento do resultado; 3.7 O critério do momento do resultado e o dolo; 3.8 Os problemas do critério do momento da incidência; 3.9 A delimitação do homicídio e do aborto pelo critério da probabilidade - 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O[NE1] STJ, julgando o pedido de HC 85298, impetrado contra decisão proferida pelo TJMG, proferiu acórdão divergente da doutrina relativa ao crime de aborto dominante há várias décadas no país.[1] O presente estudo se dedica a examinar a coerência dos fundamentos da decisão e as consequências da aplicação sistemática de suas premissas.

Em síntese, o paciente foi pronunciado por lesões corporais agravadas pela aceleração de parto em concurso formal com homicídio qualificado. Segundo a denúncia, o paciente teria agredido mulher grávida, provocando-lhe lesões, aceleração de parto e a morte do neonato, ocorrida fora do ventre materno. O STJ, seguindo a orientação que o STF adotara havia pouco, não conheceu a impetração,[2] mas verificou de ofício se havia constrangimento ilegal a ser reprimido, concluindo negativamente. Em particular, negou que houvesse *bis in idem* na punição simultânea por lesões corporais (da gestante) agravadas pela aceleração de parto e pelo homicídio do neonato; reconheceu o concurso formal imperfeito entre os dois crimes; concluiu que, em razão de a morte do fruto da gestação ter ocorrido após o parto, o crime cometido contra ele foi de homicídio e não de aborto.

2. A QUESTÃO PROCESSUAL: NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO E CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM

Embora o tema central do presente trabalho seja a última questão mencionada – a adequação típica da ação que causou a morte do feto –, a afirmação de inadmissibilidade do *habeas corpus* como sucedâneo recursal também merece alguns comentários. Como se sabe, desenvolve-se atualmente intensa discussão sobre a amplitude das hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, especialmente quando ele é manejado em substituição de algum recurso propriamente dito. Resumidamente, contrapõem-se nessa discussão os que consideram exagerada e indevida a abrangência que os tribunais deram às hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, creditando-lhe em boa medida o abarrotamento do aparato judiciário, aos que in

---

NE1. Nota do Editorial: O inteiro teor deste acórdão está disponível no site do Tribunal [www.stj.jus.br], para os assinantes do RT Online [www.revistadostribunais.com.br], e na versão eletrônica disponível em Thomson Reuters ProView.

1. STJ, 6.ª T., rel. Des. convocada Marilza Maynard, *RT* 944/346, jun. 2014. As indicações de número de página sem indicação da fonte nestes comentários se referem à versão do acórdão disponível na página do STJ na rede mundial de computadores ([www.stj.jus.br]); nessa mesma página podem ser encontrados os demais acórdãos do STJ referidos ao longo do texto.

2. "Ordem não conhecida", diz a ementa. A impropriedade técnica é evidente: ordem se *concede* ou *denega*; é o *pedido* ou a *impetração* que se conhece ou deixa de conhecer.

sistem na necessidade de conservar a largueza desse instrumento constitucionalmente previsto para a tutela da liberdade. Esse debate já perdura por alguns anos e foi marcado recentemente por dois acontecimentos: a rejeição,[3] pelo STF, do HC 109956 (julgado em 07.08.2012),[4] em postura que foi prontamente imitada pelo STJ;[5] e, mais recentemente, pela flexibilização, se não inteira retratação, pelo próprio STF do entendimento adotado no referido HC 109956.[6]

O debate é intrincado e envolve questões fundamentais concernentes não apenas ao sistema recursal, mas à própria função do Poder Judiciário e ao acesso à justiça como direito fundamental. Nestes breves comentários, apenas questionamos a racionalidade desse expediente de não conhecer a impetração, mas, em seguida, analisar de ofício os mesmos fundamentos da impetração desconsiderada. Certamente, em algumas hipóteses, isso é compreensível – concessão, de ofício, de ordem requerida em impetração apócrifa, por exemplo[7] – mas no caso em exame não se vê vantagem no expediente adotado pelo STJ (não conhecer da impetração e analisar se é possível conceder a ordem de ofício, concluindo negativamente) em relação à orientação tradicional (conhecer da impetração e indeferir o pedido, se for esse o caso). Em matéria

3. Segundo o acórdão e a certidão de julgamento (disponíveis em [www.stf.jus.br], como as demais decisões do STF citadas no texto. Acesso em: 03.11.2014), o Tribunal "julgou inadequado o *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário".

4. Lamentando essa decisão, Daniel Guimarães Zveibil, *Considerações sobre a "nova" vedação do habeas corpus substitutivo de recurso*, em *Tribuna Virtual* 3, abr. 2013. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/edicao/3-Edicao-n%C2%BA-03-%E2%80%93-Abril-de-2013]. Acesso em: 03.11.2014, passim.

5. São inúmeros os julgamentos do STJ nesse sentido. V., p. ex., o HC 264155, 5.ª T., j. 16.09.2014, Min. Felix Fischer, com referências. Enquanto isso, a assessoria de imprensa do STJ, a pretexto de informar o público, segue em franca cruzada contra o *habeas corpus*: Número de *habeas corpus* no STJ dobra em apenas três anos e preocupa ministros (notícia de 29.05.2011, disponível em: [http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102007], acesso em: 03.11.2014); *Habeas corpus*: remédio constitucional ou panaceia universal? (notícia de 21.10.2012, disponível em: [http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107417], acesso em: 03.11.2014); Em 25 anos, número de *habeas corpus* no STJ bate em 300 mil (notícia de 23.03.2014, disponível em: [http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113780], acesso em: 03.11.2014).

6. V., p. ex., HC 116225, 2.ª T., j. 14.05.2013, Min. Ricardo Lewandowski; HC 115715, 1.ª T., j. 11.06.2013, Min. Marco Aurélio; RHC 121849, 1.ª T., j. 22.04.2014, Min. Dias Toffoli.

7. Outros exemplos, como o não conhecimento da impetração por supressão de instância, seguido pela concessão de ofício da ordem (STF, HC 111459, 1.ª T., j. 25.06.2013, Min. Luix Fux), exigiriam maior reflexão. De toda sorte, o resultado é curioso: o impetrante não pode exigir do tribunal que aprecie uma questão ainda não decidida pela autoridade judiciária tachada de coatora (sob pena de supressão de instância), mas o tribunal pode decidir a questão de ofício. E a supressão de instância?

de prazos ou fases processuais, por exemplo, a lei processual civil vigente se vale justamente do raciocínio inverso: se ao juiz é dado conhecer de determinada matéria de ofício, deve-se forçosamente concluir que é facultado à parte interessada alegá-la a qualquer tempo, pois seria um *contrassenso* proibir a parte de provocar o juiz, mas permitir a este que aprecie o tema de ofício.[8] Pois é exatamente esse contrassenso que vem orientando o STJ no julgamento dos *habeas corpus*.

Assim, o não conhecimento da impetração aparece no acórdão comentado como uma *questão de honra* completamente irracional. Uma vez que um dos argumentos daqueles que defendem a limitação do uso do *habeas corpus* é o excesso de trabalho dos tribunais, e que para o impetrante, e mais ainda para o paciente, pouco se lhes dá se a ordem é concedida em deferimento do pedido ou de ofício, a solução adotada pelo STJ (e que já havia sido insinuada pelo STF no HC 109956 citado) tira com uma mão e dá com a outra. Esses tribunais e sua nova concepção do *habeas corpus* lembram o sujeito que deseja emagrecer e se propõe a não almoçar mais churrasco; passa a acordar perto do meio-dia e comer o desejado churrasco a título de café da manhã – e não consegue entender por que não perde peso.

Tudo isso não apenas não reduz o trabalho dos tribunais, como ainda o aumenta, pois a discussão sobre o cabimento do *habeas corpus* como sucedâneo recursal acaba ocupando umas tantas páginas do acórdão e toma tempo nos debates da sessão de julgamento. Se o STJ pretende diminuir seu avassalador volume de serviço, deveria repensar sua estratégia. Mais razoável seria discriminar os fundamentos aptos ao conhecimento de *habeas corpus* e reconhecer que, nessas hipóteses, a ordem que venha a ser concedida o será em deferimento do pedido formulado, e não de ofício.

3. A QUESTÃO MATERIAL DA MORTE DO FETO

3.1 Introdução

No caso apreciado pelo STJ, o paciente era acusado de haver agredido uma gestante, ocasionado a aceleração do parto (ocorrido 18 dias após a agressão) e a morte do feto (02 dias após o parto).[9] Em relação a este último resultado, o TJMG havia mantido a classificação dada na sentença de pronúncia, qual seja, de homicídio qualificado (art. 121, § 2.°, II e IV).[10] O impetrante requereu a desclassificação desse crime para o de aborto.

---

8. CPC, arts. 303, II, e 245, *caput* e parágrafo único. Por outro lado, isso não impede que a parte sofra sanções por não ter suscitado o ponto na primeira oportunidade que teve, o que evitaria a retardação do processo: vejam-se, por exemplo, os arts. 113, § 1.°, e 267, § 3.°, do CPC.
9. Os intervalos são indicados no final da p. 3 do acórdão.
10. Os dispositivos legais citados sem indicação diversa integram o Código Penal.

A peculiaridade do caso em questão reside na mudança de *status* jurídico da vítima ao longo do *iter criminis*: ao sofrer, através do útero, os golpes desferidos contra sua mãe, ela ainda era um feto, que a lei penal protege diretamente apenas pela incriminação do aborto doloso.[11] No entanto, no momento da morte, a vítima já havia sido nascido e poderia ser sujeito passivo de numerosos crimes contra a pessoa previstos em lei – em particular, de homicídio ou lesões corporais, ambos nas formas dolosa e culposa.

O problema consiste em determinar em que instante o objeto material do crime deve reunir as condições exigidas no tipo penal para que se reconheça a existência do delito. No caso do aborto, aquelas hipóteses em que tanto a ação como o resultado ocorrem antes do início do parto, ou em que ambos os elementos do crime são precedidos por ele, não parecem despertar dúvida quanto à capitulação do fato: tais casos se inserem no que Ramón Ribas denominou *conceitos restritivos* de aborto e de homicídio, respectivamente.[12] Todavia, as situações em que ação e resultado são mediados pelo início do parto (ou, *a fortiori*, pelo parto completo, como ocorreu no caso discutido) exigem, para sua punição como crime consumado,[13] a adoção de um *conceito ampliativo* de aborto ou de um *conceito ampliativo* de homicídio.[14] Para tais conceitos ampliativos, a separação da ação e do resultado pelo início do parto não descaracteriza o crime em questão. Contudo, resta o problema de determinar *qual dos conceitos* deve ser ampliado – o de homicídio ou de aborto – e, se ambos o forem, exige-se a definição de um critério que informe, em um caso concreto em que ação e resultado sejam mediados pelo início do parto, qual dos conceitos ampliativos se aplica.[15] Por fim, como se demonstrará nos tópicos subsequentes, esses casos em que

11. E indiretamente com a previsão do crime de lesões corporais (à gestante) qualificadas pela aceleração de parto ou pelo aborto (art. 129, § 1.°, IV, e § 2.°, V). Em nível mais remoto, pode-se enxergar alguma proteção ao feto na circunstância agravante do art. 61, II, *h* ("São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido o crime: (...) *h*) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida"). A referência à gestante contida nesse último dispositivo foi incluída pela Lei 9.318/1996 (cujo objeto se esgotava nessa modificação do CP) e mantida pelo Estatuto do Idoso, que trocou a palavra "velho" pela expressão "maior de 60 anos" e deu ao dispositivo sua redação atual.

12. Eduardo Ramón Ribas, Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva em los delictos de resultado: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de trece de octubre de 1993 (RJ 7380), *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 969-980 (disponível em: [http://ruc.udc.es/handle/2183/1891], acesso em: 03.11.2014), p. 971 e ss.

13. Pois, mesmo diante dos referidos conceitos restritivos, elas constituiriam geralmente tentativa de aborto.

14. Novamente, a terminologia é a proposta por Ramón Ribas.

15. Ramón Ribas, obra citada na nota 12, p. 973.

a vítima nasce durante o crime não apenas são problemáticos em si mesmos, como ainda podem perturbar a simplicidade do tratamento daqueles outros que pareciam definitivamente resolvidos pelos conceitos restritivos supracitados.[16]

O tema das consequências da mudança de *status* da vítima na delimitação do aborto e do homicídio não é novo. O caso tratado pelo STJ, em particular, vem recebendo menção da doutrina nacional há algumas décadas e também aparece ocasionalmente na jurisprudência. No entanto, parece difícil encontrar um critério que forneça uma solução satisfatória para todas as hipóteses em que aquele problema se apresenta, como o caso Contergan pôs às escâncaras:[17] aquelas que asseguram maior proteção ao feto parecem contrariar as opções político-criminais da lei, e as mais fiéis a estas últimas abrem lacunas de punibilidade (ou, quando o menos, criam *déficits* de punibilidade). Num certo sentido, o problema se assemelha ao da planificação do globo:[18] as projeções cartográficas que preservam a forma dos continentes distorcem sua área, e as que representam adequada e proporcionalmente as áreas comprometem a forma.[19] A questão é qual dos aspectos deve ser prestigiado – se a maior amplitude da proteção do feto, ou se as opções político-criminais da lei vigente.

3.2 Solução tradicional para o caso julgado: aborto consumado

A doutrina amplamente dominante, ao menos no Brasil, trataria como aborto o caso analisado no acórdão em questão. Isso se deve à aplicação conjugada de duas premissas:

---

16. Semelhante, Elena Farré Trepat, Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 43, p. 337-355, 1988 (p. 341-342). Hans Lüttger (*Medicina y Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1984), ao contrário, pretende confinar a controvérsia aos casos em que o nascimento da vítima intermedeia a ação e o resultado (p. 71-72); mas isso decorre da particular solução daquele autor para os casos problemáticos (v. nota 34), e não porque seja sempre possível apartar os casos aparentemente simples daqueles outros mais obviamente intrigantes.

17. Assiste razão a Armin Kaufmann (*Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan* (*Tatbestandsmässingkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren – Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung*, 1971), tradução originalmente publicada em *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1973, p. 7-35, e consultada na compilação *Estudios de Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2013, p. 167-203) quando pondera que os problemas por trás do caso Contergan já eram conhecidos em alguma medida e não surgiram *Deus ex machina* (p. 173). Contudo, como enfatizam Lüttger (obra citada na nota 16, p. 71) e Farré (obra citada na nota 16, p. 339), não há como negar que ele lhes deu uma nova visibilidade e importância.

18. Isto é, ao da representação da superfície do globo terrestre em um plano.

19. O problema é um pouco mais complicado que isso, e as projeções mais utilizadas na prática distorcem tanto a área como a forma. Um panorama do tema pode ser encontrado em [http://en.wikipedia.org/wiki/Map_projection], acesso em: 03.11.2014.

1) A agressão a uma gestante constitui ação típica do crime de aborto. Essa premissa às vezes é estabelecida expressamente,[20] mas também pode ser identificada claramente nas afirmações de que o aborto é crime de forma livre[21] e de que a violência física é um dos meios possíveis de sua prática;[22] no tratamento da tentativa de suicídio da mulher grávida como tentativa de aborto;[23] na exposição dos crité-

20. Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 2, 9. ed., São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 123; Julio Fabbrini Mirabete, *Direito penal*, vol. 2, 21. ed., São Paulo: Atlas, 2003, n. 4.4.16, p. 101. Euclides Custódio da Silveira dá notícia do seguinte caso real: "um esposo esfaqueou o útero da esposa, que se achava em adiantado estado de gravidez. Destruiu o feto, mas a mulher não morreu. Decidiu a Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o meu voto, pelo concurso material: tentativa de morte e aborto consumado" (*Direito penal: crimes contra a pessoa*, 2. ed. com notas de Everardo da Cunha Luna, São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 27, nota 52). Mantendo a condenação por aborto proferida pelo júri contra acusado que desferiu violento pontapé no ventre de mulher visivelmente grávida, causando a expulsão e morte do feto, o acórdão publicado na *RT* 578/305, dez. 1983. Na Itália, v. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. I, 2. ed. inalterada, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1956, p. 84.

21. Roberto Lyra, *Noções de direito criminal, Parte especial*, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1944, p. 103; Aníbal Bruno, *Direito penal*, t. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 163; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, vol. IV, São Paulo: Saraiva, 1961, § 178 B 2, p. 154; Eugenio Cuello Calón, *El aborto criminal*, em *Tres temas penales*, Barcelona: Bosch, 1955, p. 102; Damásio Evangelista de Jesus, *Direito penal*, vol. 2, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121. Ricardo C. Núñez menciona que o Projeto Tejedor arrolava meios de cometimento do aborto criminoso ("violencias, heridas u otros medios"), e conclui que tal especificação "no interesa esencialmente ni en la ley ni en la ciencia" (*Tratado de derecho penal*, t. III, vol. 1, 2.ª reimp. da 2. ed., Córdoba: Marcos Lerner, 1987, p. 164).

22. Paulo César Busato, *Direito penal, Parte especial 1*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 99. De "traumas contusivos no ventre" fala Nélson Hungria (em Hungria/Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, vol. 5, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, n. 67, p. 299).

23. Hungria, obra citada na nota 22, n. 65, p. 290, nota 184; Bruno, obra citada na nota 21, p. 163; Marques, obra citada na nota 21, § 178 B 6, p. 159; Prado, obra citada na nota 20, p. 123; Rogério Greco, *Direito penal*, vol. II, 11. ed., Niterói: Impetus, 2014, p. 258; José Manuel Damião da Cunha, em Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense ao Código Penal, Parte especial*, t. I, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 153 e 154. Como observa Marques, as três modalidades de aborto previstas no CP são definidas pelo uso da mesma expressão – "provocar aborto" (obra citada na nota 21, § 178 A 2, p. 149; § 178 B 1, p. 153; § 178 B 2, p. 154). Por tal razão, parece-nos que as proposições relativas ao aborto provocado pela gestante (art. 124) se aplicam, em larga medida, ao aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126). Edmund Mezger, comentando o crime de aborto provocado pela gestante, concluía que o verbo então usado pelo Código Penal alemão (*abtöten*) impedia que se enxergasse tal delito (consumado ou tentado) na tentativa de suicídio da gestante (*Derecho penal: libro de estudio*, t. II: Parte Especial [trad. de *Strafrecht II: BT. Ein Studienbuch*[6], 1958], Buenos Aires: El Foro, 2001, t. II, §10 III 2 *a*, p. 58). O Código Penal alemão vigente usa a expressão *die Schwangerschaft abbrechen* (ou *Abbruch der Schwangerschaft*) para todas

rios distintivos do crime autônomo de aborto e da modalidade do delito de lesões corporais (contra a gestante) agravada pelo aborto (art. 129, § 2.º, V).[24]

2) O fato de a morte da vítima ocorrer após o nascimento não descaracteriza o crime de aborto consumado nem o converte em homicídio, desde que ela decorra das ações abortivas praticadas antes do parto e não haja novas ações posteriores a ele tendentes a matar o neonato.[25] Quanto a esse aspecto, verificam-se duas divergências principais. A primeira diz respeito à causa da morte e ao lapso existente en-

---

as modalidades de aborto (§§ 218 e ss.). Igualmente contra a punição da gestante suicida (embora se referindo apenas à hipótese de *tentativa de aborto*), Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, Parte especial: arts. 121 a 212 do CP*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, n. 80, p. 114.

Os autores geralmente tratam o caso do suicídio da gestante na análise do *dolo de abortar*. Apesar disso, existe uma clara questão prévia de adequação ao tipo objetivo: se a tentativa de suicídio não constituir sequer em tese uma ação abortiva, pouco importa o aspecto subjetivo. A hipótese vale, de toda forma, como demonstração de que, mesmo implicitamente, a doutrina trata a tentativa de suicídio da gestante como uma ação adequada ao tipo objetivo de aborto, o que contribui para a conclusão de que espancar mulher grávida pode, igualmente, constituir uma ação de abortar.

24. V. especialmente Silveira, obra citada na nota 20, p. 147: "se este [o agente] sabe da existência da gravidez e, não obstante, desfere um pontapé no ventre da gestante, é fora de dúvida que assumiu o risco de provocar o aborto e por esse crime responderá". No mesmo sentido, detalhadamente, Rogério Greco, obra citada na nota 23, p. 243 e 257. As mesmas ressalvas metodológicas da nota 23 valem aqui: ainda que os autores citados se ocupem do problema do dolo, suas manifestações pressupõem implicitamente que o espancamento de uma gestante possa constituir uma ação adequada ao tipo objetivo de aborto.
V. ainda Hungria, obra citada na nota 22, n. 32, p. 341; Bruno, obra citada na nota 21, p. 210; Marques, obra citada na nota 21, § 179 D 6, p. 219.

25. Quanto a essa última ressalva, Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal (Programma del corso di dirito criminale dettato nella Regia Università di Pisa)*, vol. III, 2. ed., Bogotá: Temis, 1967, § 1266, p. 357; Bruno, obra citada na nota 21, p. 160; Marques, obra citada na nota 21, § 178 B 6, p. 159; Mirabete, obra citada na nota 20, n. 4.4.7, p. 96; Fragoso, obra citada na nota 23, n. 80, p. 114; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1945/1946 (reimp. 1951), § 85 III, p. 112; Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. IV, 2. ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma, reimp., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, § 85 4 2, p. 227; Silveira, obra citada na nota 20, p. 111 e 113; Cuello, obra citada na nota 21, p. 101; Prado, obra citada na nota 20, p. 124; Lüttger, obra citada na nota 16, p. 74; Adriano Marrey, O crime de aborto, em *Revista dos Tribunais* n. 329, mar. 1963, p. 7-17 (p. 31); Vicente Celso da Rocha Guastini, em Franco/Stoco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 2, 7. ed., São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 2227; Damião da Cunha, obra citada na nota 23, p. 152. Na jurisprudência, v. *RT* 483/277 (jan. 1976). O acórdão sugere que a segunda intervenção, pós-natal, foi omissiva, mas em seguida esclarece que o recorrente enterrou a criança viva e chorando, de modo que o aparente problema de um homicídio por omissão sucessivo a uma tentativa de aborto na verdade não existia no caso concreto.

tre a ação e o resultado: alguns autores, ao conceder que o aborto pode consumar-se após o parto (com a morte do feto), exigem que a morte se deva à imaturidade da vítima, cujo estágio de desenvolvimento não lhe permitiria, ainda, sobreviver fora do útero;[26] já outros autores admitem que a morte possa decorrer dos meios abortivos em si mesmos[27] ou simplesmente não fazem distinção entre as hipóteses.[28] Essa divergência, se real, teria particular relevância naqueles casos em que o

26. Lyra, obra citada na nota 21, p. 103 (diversamente, porém, quanto ao resultado de aborto que agrava o crime de lesões corporais contra a gestante: p. 125); Carrara, obra citada na nota 25, § 1266, p. 358; Soler, obra citada na nota 25, § 85 II e III, p. 111; Fontán, obra citada na nota 25, § 85 4 2, p. 226; Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962, p. 535; Fragoso, obra citada na nota 23, n. 80, p. 114; aparentemente também Busato, obra citada na nota 22, p. 98; pouco claro, Antolisei, obra citada na nota 20, p. 84.

27. "Não tem importância o momento em que este [o feto] vem a morrer: se quando ainda no útero materno ou se quando já expulso, uma vez que a morte tenha ocorrido em consequência da própria imaturidade do feto *ou dos meios abortivos empregados*" (Hungria, obra citada na nota 22, n. 63, p. 289; compare-se, contudo, a obscura passagem do n. 68, p. 300; no mesmo sentido do trecho transcrito, v. tb. n. 63, p. 301); "também não importa o momento em que vem a ocorrer a morte do feto. Ou ele morre no útero e só depois é expulso, ou ali mesmo se dissolve ou se mumifica ou petrifica, sem haver expulsão, ou é expulso vivo e vem a morrer *em consequência das práticas abortivas* ou porque sua imaturidade não lhe permite a vida no mundo exterior" (Bruno, obra citada na nota 21, p. 162); "a morte deverá ser consequência da imaturidade *ou do emprego de meios abortivos*, sendo indiferente que se verifique dentro ou fora do útero materno" (Silveira, obra citada na nota 20, p. 111); "a ação material é dar causa ou produzir a morte do feto, quer no clausuro materno, quer depois de sua expulsão. Indiferente que a morte sobrevenha *pelos meios usados* ou pela própria imaturidade do feto" (Edgard Magalhães Noronha, *Direito penal*, vol. 2, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1963, n. 280, p. 63; no mesmo sentido no n. 281, p. 64); Cuello, obra citada na nota 21, p. 53 (comparar com as p. 47 e 50, em que parece defender a opinião dos autores da nota anterior); "o momento da morte do feto não importa para a caracterização do crime de aborto: pode o feto morrer no útero materno – sendo expulso em seguida ou petrificado ou absorvido pelo organismo, sem expulsão – ou ser expulso ainda vivo e morrer em decorrência das manobras abortivas realizadas ou porque o estágio de sua evolução não tenha possibilitado a continuidade dos processos vitais" (Prado, obra citada na nota 20, p. 121; v. tb. p. 124 e 125). V. ainda Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 7, nova (?) edição atualizada, Torino: Utet, 1951, n. 2752 IV, p. 540, e n. 2676, p. 544; Remo Pannain, *Manuale di diritto penale*, II/1, Torino: Utet, 1957, n. 320 IV, p. 523.

28. "É irrelevante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada" (Jesus, obra citada na nota 21, p. 123). "É indiferente, para o efeito de sua conceituação, morra o feto no claustro materno, ou logo após, contanto que resulte a morte dos meios abortivos empregados" (Marrey, obra citada na nota 25, p. 9). "Pouco importa que a morte ocorra no ventre materno ou fora dele" (Bitencourt, p. 171). "A morte do produto da concepção pode ocorrer no útero ou fora dele (no caso de expulsão com vida)" (Mirabete, v. 2, n. 4.4.5, p. 95). "Uma primeira dificuldade pode logo surgir

feto já se encontra plenamente desenvolvido e pode nascer (ou ser retirado do útero por operação cesariana) a qualquer instante: a prevalecer a primeira orientação, a agressão à gestante de que resulte o parto e a morte do feto não seria aborto, pois esse resultado não se poderia creditar à imaturidade do neonato.

A segunda divergência concerne à possível existência de um limite temporal entre ação abortiva e morte do feto: alguns autores, ao admitir a consumação do aborto pela morte extrauterina, referem à sua ocorrência "logo após" o parto,[29] enquanto outros expressamente desprezam tal requisito.[30]

Essas duas divergências serão analisadas adiante (item 3.8). Por ora, basta acentuar que, no caso analisado pelo STJ, o laudo necroscópico menciona a *imaturidade renal* do feto como causa da morte (p. 8), e que a morte, como já dito, ocorreu dois dias após o parto (p. 3).

Assim, segundo a doutrina dominante, a interrupção da gravidez decorrente de agressões à gestante com a subsequente morte do feto em razão de sua imaturidade constitui o crime de aborto, se houve dolo quanto a ele. Os repositórios de jurisprudência igualmente registram precedentes em que se considerou punível a título de aborto a morte do feto em razão do espancamento da gestante.[31]

---

quando se queira distinguir entre crime de aborto e crime de homicídio, no caso de verificação de um *parto prematuro*. Neste caso, ponto de partida tem de ser o seguinte: se o parto prematuro é resultado de um acto abortivo, é irrelevante se o feto morre dentro do ventre materno, ou já no exterior. Não há que exigir qualquer *conexão temporal* entre o parto e a morte da criança (cf. S / S / Eser § 218 7 s.)" (Damião da Cunha, obra citada na nota 23, p. 152). "No importa que el feto seja expulsado ya muerto o que muera después de haber sido expulsado vivo, como consequencia de práticas abortivas" (Giuseppe Maggiore, *Derecho penal* (*Diritto Penale, Parte Speciale*, 4. ed., 1950), vol. IV, 2.ª reimp. da 2. ed., Bogotá: Temis, 2000, p. 141) ."Consuma-se o crime com a morte do feto ou embrião. Pouco importa que a morte ocorra no ventre materno, ou fora dele" (Marques, obra citada na nota 21, § 178 B 3, p. 157, e § 178 B 9, p. 164). Este último autor menciona ainda o exemplo real do sujeito que esfaqueou o ventre da gestante, matando a esta e provocando a antecipação do feto e a posterior morte deste, em consequência das facadas (§ 178 B 4, p. 158, nota 17). A passagem é transcrita por Noronha, obra citada na nota 27, n. 281, p. 64.

29. P. ex., a opinião de Marrey transcrita na nota 25.

30. Farré, obra citada na nota 16, p. 354: "Es indiferente que la muerte tenga lugar inmediatamente después de la expulsión, o bien horas, días o quizás años más tarde".

31. V., p. ex., o recente acórdão proferido pelo TJSP no RSE 0090499-67.2005.8.26.0224, publicado na *RT* 934 (ago. 2013), com comentário de Antonio Baptista Gonçalves (*Controvérsias relativas à pronúncia do crime de aborto*, p. 379-389). V. tb. *RT* 590/361, dez. 1984. Registra-se, de toda forma, que ambas as decisões foram tomadas em recurso contra a sentença de pronúncia, e não constituem a palavra final sobre a adequação típica do fato.

3.3 Solução do acórdão comentado. Momento da ação, da incidência e do resultado

O STJ, contudo, decidiu no sentido diametralmente oposto, apartando-se da doutrina dominante com fundamentação bastante exígua – tão exígua, aliás, que podemos transcrevê-la por completo (p. 9):

"Ademais, mostra-se irrelevante que no momento da ação o bebê estivesse dentro da barriga da mãe. A intenção a ser verificada para a definição da conduta delituosa deve ser a do resultado almejado, e não a do tipo específico. Assim, na ação descrita como praticada pelo paciente é possível se identificar o suposto dolo de matar, resultado possível tanto no delito de aborto, quanto no de homicídio – ambos crimes contra a vida. Devido ao fato de a consumação ter ocorrido após o nascimento, deve-se adequar o tipo penal – como ocorreria, por exemplo, no caso de uma tentativa de homicídio em que, posteriormente, a vítima viesse a falecer, modificando o delito para a modalidade consumada".

Como se vê, o STJ identificou o dolo de homicídio com o dolo de aborto e desconsiderou a condição da vítima no momento da ação, apreciando-a, pelo contrário, ao tempo do resultado. Contrapôs, assim, dois possíveis critérios de delimitação do aborto e do homicídio: o da situação da vítima no momento da ação, e o da condição dela ao tempo do resultado.

Essa contraposição (momento da ação x momento do resultado) demanda algumas considerações. Caso se compreenda como "momento da ação" o instante em que o agente desenvolve seu movimento corporal, a inviabilidade do critério que considera esse momento pode ser facilmente demonstrada: se o responsável pela manutenção de uma incubadora neonatal a manuseia com imperícia, introduzindo-lhe defeito, e uma criança prematuramente nascida ali alojada sofre lesões ou morre em razão do mau funcionamento do aparelho, àquele encarregado não aproveitará a escusa de que a vítima ainda não detinha a condição de pessoa com existência independente (isto é, o *alguém* dos arts. 121 e 129) no momento da ação.[32] Em outros casos, como o do engenheiro que comete erro no projeto da ponte que vem a desabar, as vítimas fatais do desastre podem sequer ter sido concebidas ao

32. Outros exemplos em Kaufmann, obra citada na nota 17, p. 170; Farré, obra citada na nota 16, p. 346. O exemplo da incubadora neonatal remete naturalmente aos fatos culposos; exemplos de fatos dolosos são mais difíceis de propor porque neles geralmente o agente conserva o poder de desfazer os efeitos de sua ação antes que eles atinjam a vítima já nascida. Em razão disso, seria possível sustentar o critério do momento da ação tomando-a em sentido um pouco mais amplo, isto é, fazendo-a compreender também a *omissão* subsequente do agente de reverter o perigo por ele criado. Para o problema examinado no texto, um exemplo ideal da falibilidade do critério do momento da ação consistiria na criação de um perigo para a criança que ainda estivesse por nascer, perigo este que fugisse do controle do agente já antes do parto. Parece claro que um exemplo com tais características tenderia a ser artificial e pouco convincente.

tempo da ação, o que não deveria isentar-lhe de responsabilidade pela morte delas (arts. 256, parágrafo único, e 259).[33]

Precisamente por isso, o critério do momento da ação é vantajosamente substituído por aquele enunciado por Armin Kaufmann a propósito do caso Contergan,[34] consistente em considerar a condição da vítima no momento da *incidência do meio lesivo sobre ela*, e que conduz, no caso analisado, à solução da doutrina majoritária descrita no item 3.2.[35]

No caso apreciado na decisão em análise, o momento da ação coincidiu com o da incidência, razão pela qual a dicotomia *momento da ação* x *momento do resultado* parecia suficiente. Ainda assim, convém distinguir claramente o critério do momento da ação (compreendida esta como o movimento corporal do agente) e o do momento da incidência, especialmente porque o primeiro, como visto, pode conduzir a resultados absurdos, e as críticas que se podem dirigir a ele não necessariamente afetam o segundo.[36]

---

33. Outros exemplos em Jesús-Maria Silva Sánchez, La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción, em Quintero Olivares/Morales Prats (orgs.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Aranzadi, 2001, p. 759-771 (p. 764, nota 16). Naturalmente, de uma forma ou de outra, o engenheiro imperito ficaria sujeito, no mínimo, às penas do crime de desabamento culposo em sua forma simples, isto é, sem o acréscimo da responsabilidade pela morte das vítimas (art. 256, parágrafo único).

34. Kaufmann, obra citada na nota 17, p. 170. Sobre o critério, v. tb. Silva, obra citada na nota 33, p. 764; Farré, obra citada na nota 16, p. 347; Manuel Cancio Meliá, El caso Contergan cuarenta años después, publicado originalmente como o caso 10 em Sánchez-Ostiz Gutiérrez (org.), *Casos que hicieran doctrina en Derecho Penal*, 2. ed., Madrid: La Ley, 2011, p. 207-222), consultado na *Revista Liberdades* 7, mai.-ago. 2011, p. 63-76, disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=85], (acesso em: 03.11.2014) e publicado também no *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, 2011, p. 5-13, disponível em: [www.adpeonline.com/anuario2011/indice.php], (acesso em: 03.11.2014), p. 71; Enrique Peñaranda Ramos, La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo, em *Revista de Derecho Penal y Criminología* 11 (2.ª época), 2003, p. 165-247, disponível em: [http://e-spacio.uned.es/fez/list.php?collection_pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-11], (acesso em: 03.11.2014), p. 229. Adota-o decididamente Lüttger, obra citada na nota 16, p. 73. O critério foi defendido por Kaufmann para os crimes culposos (como eram os do caso Contergan), com expressa referência ao fato de que os crimes dolosos exigiriam análise à parte (p. 170 e 179, nota 9), a qual é empreendida por aquele autor de forma bastante sintética (p. 179). Essa ressalva geralmente é suprimida nas referências ao trabalho de Kaufmann.

35. Justamente por isso, o mérito de Kaufmann provavelmente não foi de haver criado o critério, mas sim de tê-lo estatuído de forma clara, distinguindo-o explicitamente do critério do momento da ação.

36. Precisamente por esse motivo, Kaufmann criticou a insistência do tribunal que apreciou o caso Contergan na afirmação de que o momento da ação era irrelevante; para Kaufmann,

Em síntese: caso se pretenda distinguir aborto e homicídio segundo a condição da vítima em determinado instante, propõem-se em doutrina três alternativas – o momento da ação, o momento da incidência da ação sobre a vítima, e o momento do resultado. O primeiro desses critérios é o mais facilmente descartável, pelas razões expostas linhas acima, de modo que a disputa é travada pelos outros dois.

De toda forma, seja qual for o critério que se contraponha ao do momento do resultado, o STJ adotou este último, segundo o qual a adequação típica é dada pela qualidade da vítima no instante em que sua morte ocorreu. Em princípio, tanto o critério do momento da incidência como o momento do resultado são compatíveis com o teor literal dos tipos de homicídio e aborto:[37] a lei não define o significado da palavra aborto, a qual, no sentido médico-legal, se refere antes à interrupção da gravidez do que à morte do fruto da gestação,[38] de modo que a exigência de que a morte do feto ocorra antes do parto não decorre diretamente do sentido daquele termo. De outra parte, é indiscutível que, ao perder a vida, a vítima já era *alguém*, como reconhecem todos aqueles autores segundo os quais toda *nova ação* voltada a matá-la após o nascimento constitui homicídio.[39]

O acórdão sugere que o critério do resultado se impõe por si só. Segundo ali se afirma, o momento da ação é irrelevante; a definição do crime ocorrido seria dada pelo momento da consumação; o dolo de abortar e o de matar seriam idênticos, pois "a intenção[40] a ser verificada para a definição da conduta delituosa deve ser

---

essa irrelevância era "totalmente indiscutida" na literatura (obra citada na nota 17, p. 170). Ramón Ribas lida apenas com os critérios do momento da ação e do resultado, nominando erradamente Kaufmann como um defensor do primeiro (obra citada na nota 12, p. 973, nota 23): apenas ocasionalmente menciona a incidência, mas sem expressa separação da ação propriamente dita (p. 972, penúltima frase; p. 973, nota 22). Sobre a construção desse autor, v. item 3.9 abaixo.

37. Os defensores do critério do resultado às vezes põem em dúvida que a morte de alguém já nascido possa constituir a consumação de um aborto, ainda que a ação mortífera tenha incidido sobre o feto: Silva, obra citada na nota 33, p. 765, nota 23; Lycurgo de Castro Santos, Direito penal e aborto, em *RT* 712, fev. 1995, p. 347-357 (reproduzido em Franco/Nucci (org.), *Doutrinas essenciais: direito penal*, vol. 5, São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 581 e ss.). p. 352 (pouco claro). No sentido do texto, isto é, admitindo, em princípio, as duas interpretações possíveis, Farré, obra citada na nota 16, 348; Ramón Ribas, obra citada na nota 12, p. 975.

38. Núñez, obra citada na nota 21, p. 161.

39. Cf. nota 25.

40. O termo intenção parece valer no acórdão por dolo. Se for esse o caso, a atecnia é evidente. Há mais de setenta anos, Antônio José da Costa e Silva já ensinava que a intenção é apenas uma das formas de dolo (*Direito penal*, vol. I, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 108). São conhecidas as dificuldades criadas pelos Códigos Penais espanhois, que se valiam de termos como "malícia" e "intenção", exigindo um esforço infinito para definir

a do resultado almejado [isto é, a morte da vítima, seja ela ainda um feto ou já um recém-nascido], e não a do tipo específico [aborto ou homicídio]". O acórdão compara o problema da mudança de *status* da vítima à transformação da tentativa em crime consumado pela superveniência do resultado, e afirma que a expulsão da vítima do útero antes de sua morte exige "adequar o tipo penal".[41] No entanto, esse paralelismo pode funcionar como ilustração, mas não serve de fundamento. Que a consumação transforma a tentativa em crime consumado é uma platitude que decorre imediatamente das definições dessas formas de aparição do fato punível, e não diz nada sobre o problema do aborto. A questão a decidir é se espancar a gestante e causar a interrupção da gravidez e a morte do fruto desta última corresponde a "provocar aborto", a "matar alguém" ou a nenhum desses fatos, e para sua solução não contribui em nada a constatação trivial de que o crime, depois de consumado, deixa de ser meramente tentado.

Assim, parece-nos mais judicioso postular simplesmente que o STJ tinha diante de si algumas opções e elegeu uma delas, adotando o critério do momento do resultado e um conceito ampliativo de homicídio. Infelizmente, a decisão comentada não desenvolveu o critério do resultado de forma consequente e procurou evitar certas conclusões que, em nossa opinião, decorreriam inexoravelmente das premissas nela adotadas. Além disso, seja em sua forma logicamente imperfeita, seja adaptada para adquirir coerência, a solução do acórdão parece-nos incompatível com as opções político-criminais contidas na lei.

Nos tópicos a seguir, tentaremos desenvolver as consequências sistemáticas e político-criminais dos critérios adotados no acórdão – não apenas nos casos em que ocorre a mudança de *status* jurídico da vítima no curso do crime, mas também naqueles outros que, à primeira vista, pareceriam induvidosamente puníveis apenas como aborto consumado ou tentado.

3.4 Fim da tentativa de aborto?

Admitindo-se que o critério decisivo para distinção do aborto e do homicídio provocados por ações com incidência pré-natal é a situação da vítima (nascituro

---

se tais termos abarcavam a consciência da ilicitude e se permitiam a punição do dolo eventual (ou mesmo do dolo de consequências necessárias). Vejam-se, por exemplo, Santiago Mir Puig, notas ao *Tratado de derecho penal* de Hans-Heinrich Jescheck, vol. 1, Barcelona: Bosch, 1981, p. 426; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. III, 2. ed., Buenos Aires: Losada n. 1552, p. 363, e n. 1575, p. 479 (esp. p. 485).

41. Em razão da exigência de que o fato seja ajustado ao tipo penal (ou, como geralmente se diz, seja típico) se fala em Direito Penal em "adequação típica". Mas a adequação é *do fato ao tipo*, e não do tipo em si. A expressão "adequar o tipo penal" não tem foro científico algum; melhor seria falar em *adequar a capitulação*, o *enquadramento legal* etc.

no primeiro caso, neonato no segundo) no momento de sua morte, como ficam as coisas quando a vítima *não* morre – ou seja, naqueles casos em que o agente espanca a gestante com dolo de matar o fruto da gravidez, mas este, expulso ou não do útero, sobrevive?

Segundo a doutrina dominante, articulada na forma exposta no item 5, o fato constituiria tentativa de aborto.[42] Contudo, não vemos como evitar a conclusão de que, adotadas as premissas do acórdão, a hipótese seria de tentativa de *homicídio*. Com efeito, se (1) o dolo de homicídio e de aborto são idênticos, como afirma a decisão, e refere-se apenas à morte da vítima, sem considerar a situação dela no instante do resultado (se ainda em gestação ou se já nascida), e se (2) a ação do sujeito for apta a causar a sucessão *parto – morte*, cremos que seria necessário reconhecer a tentativa do crime mais grave implicado, ou seja, de homicídio. Em particular, as agressões à gestante, tais como as imputadas no caso em análise, constituiriam sempre tentativa de homicídio do feto, se este estivesse maduro o suficiente para ser parido com vida, pois o autor dessas agressões não deteria suficiente controle dos acontecimentos para evitar a aceleração de parto seguida de morte do neonato.

O acórdão expressamente rejeita tal conclusão, afirmando em sua ementa que, se a vítima houvesse sobrevivido às agressões sofridas pela mãe, o crime seria de tentativa de aborto.[43] Com isso, estabelece a seguinte escala para os casos de ações com incidência pré-natal sobre a vítima:

(i) emprego de meios abortivos, com ou sem aceleração de parto, com sobrevivência da vítima: tentativa de aborto;

(ii) morte do feto no ventre materno: aborto consumado;

(iii) expulsão do feto seguida de morte: homicídio consumado.

Esse esquema, talvez atraente à primeira vista, baseia-se numa visão puramente *ex post* do problema, lançada sobre um acontecimento já plenamente encerrado. A análise do fato em sua dinâmica, por outro lado, propõe a seguinte questão: como pode a morte da vítima transformar uma *tentativa de aborto* em um *homicídio consumado*? Certamente existem situações em que a forma consumada do crime não é precedida por uma tentativa punível: isso ocorre nos delitos que não admitem tentativa;[44] em

42. Fragoso, obra citada na nota 23, p. 114; Busato, obra citada na nota 22, p. 98; Silveira, obra citada na nota 20, p. 111; Darci Arruda Miranda, O crime de aborto, em *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nélson Hungria*, Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962, p. 205-234 (p. 227).

43. P. 1: "Devido ao fato de a criança ter nascido com vida – *condição que, caso se mantivesse, resultaria no delito de tentativa de aborto* – mas falecido em seguida em decorrência das agressões, deve-se adequar o tipo para o crime de homicídio consumado" (sem grifos no original).

44. Veja-se, por exemplo, Julio Fabbrini Mirabete, *Direito penal*, vol. 1, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2003, n. 3.10.5, p. 160; Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal: parte geral*, 2. ed.,

ocorrências concretas de crimes que, embora admitam tentativa, se desdobram tão rapidamente que mal se identifica um período entre o início da execução e a consumação; nos crimes praticados com dolo eventual, cuja tentativa é reputada inconcebível ou impunível por alguns autores.[45] No entanto, nada disso interfere diretamente no problema em análise, pois o homicídio é indiscutivelmente um dos crimes que admitem a tentativa; no caso julgado pelo STJ, houve o considerável lapso de 20 dias entre ação e resultado; e ainda que o acórdão não se detenha em analisar se o paciente agiu, em tese, com dolo direto ou eventual,[46] é plenamente concebível um caso análogo com dolo direto, em que a tese de incompatibilidade da tentativa com o dolo eventual não teria lugar. Além disso, e mais importante, nenhuma dessas hipóteses de surgimento instantâneo do crime consumado (isto é, sem a precedência de uma tentativa punível) explicaria como a tentativa do crime *A* pode se consumar no crime *B*.

A necessidade de, a cada instante do fato punível, saber-se sua capitulação (ainda que ela seja alterada por um fato futuro, como a superveniência do resultado consumativo), não é puramente teórica, pois surte relevantes efeitos processuais: suponha-se que o agente espanca uma gestante e esta dá à luz a criança, que é levada para a maternidade e ali permanece sob perigo de morte. O agressor é preso em flagrante; a que título será indiciado? A tentativa de homicídio qualificado[47] é inafiançável,[48] e a tentativa de homicídio, simples ou qualificado, pode dar ensejo a

---

Florianópolis: Conceito, 2012, p. 380. Não é preciso analisar a fundo se esses arrolamentos oferecidos pela doutrina estão inteiramente incorretos; os equívocos quanto à tentativa nos crimes preterdolosos e agravados pelo resultado, por exemplo, já os denunciamos em trabalho anterior (A consumação nos crimes agravados pelo resultado, em Luís Greco/Lobato (org.), *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 377-419, esp. p. 385). Para a argumentação exposta no texto, basta o reconhecimento de que existem crimes que não admitem tentativa.

45. V., p. ex., José de Faria Costa, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, reimp., Coimbra: Coimbra Ed., 1996, passim; Josep Maria Tamarit Sumalla, La tentativa con dolo eventual, em *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 45, 1992, p. 515-560, passim (disponível em: [http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46415.pdf], acesso em: 03.11.2014).

46. Caso se interprete a palavra "intenção" (v. nota 40) como "dolo direto de 1.º grau", o próprio STJ considerou que o paciente estava animado, em tese, pelo dolo direto e não eventual.

47. O acórdão do TJMG, contra o qual se dirigiu o *habeas corpus* julgado pelo STJ, havia pronunciado o paciente por homicídio qualificado pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, e também pela futilidade do motivo (art. 121, § 2.º, II e IV). O problema da aplicabilidade daquela primeira qualificadora ao homicídio de crianças pequenas exigiria um estudo à parte; para a argumentação do texto, basta a qualificadora do motivo fútil, que não depende de qualquer condição da vítima.

48. Arts. 1.º, I, e 2.º, I, da Lei 8.072/1990.

prisão temporária;[49] nada disso ocorre com a tentativa de aborto. O problema não é exclusivo do exemplo da agressão física: se uma pessoa realiza manobras abortivas com o consentimento da gestante, e o feto nasce prematuramente com vida, a prisão preventiva será admissível caso se considere existente uma tentativa de homicídio, e vedada na hipótese de capitulação como tentativa de aborto.[50]

Ao estabelecer que a morte da vítima transforma uma tentativa de aborto num homicídio consumado, a proposta do STJ não se ajusta às próprias considerações contidas no acórdão sobre a necessidade de se "adequar o tipo penal" quando a tentativa passa à consumação.[51]

Assim, para evitar-se um homicídio consumado que surge *ex nihilo*, ou melhor, deriva da uma tentativa *de outro crime*, seria preciso considerar que, havendo aceleração do parto, a tentativa de aborto se converte em tentativa de homicídio. O esquema do acórdão precisaria sofrer a seguinte adaptação:

(i_1) emprego de meios abortivos sem expulsão nem morte do feto: tentativa de aborto;

(i_2) emprego de meios abortivos com expulsão do feto, que sobrevive: tentativa de homicídio;

(ii) morte do feto no ventre materno: aborto consumado;

(iii) expulsão do feto seguida de morte: homicídio consumado.

Com isso, o fato do nascimento se torna uma condição de maior punibilidade do resultado morte porventura sobrevindo. Mas tal construção reduz o homicídio a uma forma anômala de aborto e constitui uma subversão desconcertante, que transforma o acessório no principal e vice-versa; embora seja abstratamente concebível, não tem apoio algum na lei. Além disso, ela destoa inteiramente das posições adotadas na infinita discussão sobre a legitimidade da incriminação do aborto provocado pela gestante, na qual se pressupõe que a incriminação do aborto é um *complemento* da incriminação do homicídio, e não o *fundamento* desta.

Como se vê, o corretivo proposto (que desdobra a hipótese *i* em *i1* e *i2*) não sana o principal defeito do esquema esboçado no acórdão, que é apoiar a separação do homicídio e do aborto num fato posterior e alheio à conduta do agente. Reconhecido tal problema, percebe-se que a única forma coerente de desenvolver as premissas da decisão – quais sejam: a adoção do critério do momento do resultado para a delimitação entre aborto e homicídio, e identidade de dolo dos dois crimes – é concluir que, mesmo que o feto sobreviva, *toda ação dirigida contra ele que seja*

49. Art. 1.º, III, *a*, da Lei 7.960/1989.

50. Em razão da pena cominada: confrontem-se os arts. 121 e 126 do CP com o art. 313, I, do CPP.

51. P. 11.

idônea para provocar a antecipação do parto e subsequente morte do feto, constitui tentativa de homicídio, e não de aborto. A tentativa de aborto seria confinada àqueles casos em que, pelos meios abortivos eleitos pelo agente, os desfechos plausíveis *ex ante* fossem apenas a sobrevivência do feto ou sua morte no ventre materno, isto é, àqueles casos em que, no momento da ação, fosse possível descartar inteiramente a possibilidade de morte do feto após o parto.

3.5 Fim do aborto consumado?

Aceitas as conclusões do tópico anterior, não há motivo algum para restringi-las aos casos em que o crime – seja ele de aborto ou de homicídio – permaneceu meramente tentado. De fato, se o dolo do aborto e do homicídio é o mesmo, e a situação da vítima é irrelevante no momento da ação ou da incidência desta sobre o feto, é forçoso reconhecer que, sob as condições expostas no item precedente – isto é, de impossibilidade de exclusão, *a priori*, da morte da vítima apenas após o parto –, *todo crime de aborto consumado é, ao mesmo tempo, uma tentativa de homicídio.* Valha o seguinte paralelo: se alguém, pretendendo matar um desafeto, envenena a refeição deste, mas a vítima sofre apenas uma perturbação em sua saúde, a consumação do crime de lesões corporais não elide a existência de uma tentativa de homicídio.

Assim, da mesma forma como a tentativa de aborto seria confinada aos casos em que a sequência *parto antecipado – morte do feto* pudesse ser excluída *a priori* (pois as demais hipóteses de sobrevivência do feto constituiriam tentativa de homicídio), também a punição por aborto *consumado* se limitaria à sequência *manobras abortivas – morte do feto antes do início do parto* em que a expulsão do feto antes de sua morte pudesse ser descartada de saída. Nos demais casos de morte intrauterina, mas em que não fosse possível excluir *a priori*, no momento da ação ou da incidência, a possibilidade de expulsão do feto ainda vivo, o crime de aborto consumado concorreria com um crime de homicídio tentado, e não vemos fundamento para, em sede de concurso aparente de normas, dar preferência para a primeira capitulação.

3.6 Observações sobre o critério do momento do resultado

Como se vê, o acórdão comentado pretendeu adotar o critério do resultado, mas o fez de forma parcial e incoerente, evitando suas consequências necessárias. O mesmo tanto não se pode dizer da proposta de Silva. Para esse autor, uma vez constatado que a ação criminosa criou o risco não permitido da morte de uma pessoa já nascida, tem-se um homicídio consumado ou tentado, pouco importando que a ação ou a incidência sejam anteriores ao próprio nascimento.[52]

52. Silva, obra citada na nota 33, p. 767.

O problema, a que já referimos no final do tópico 3.3, é que tal concepção nos parece incompatível com as opções político-criminais contidas na lei de cominar penas diferentes para o aborto e o homicídio, punir a forma culposa do último, mas não do primeiro, e distinguir aborto consentido e aborto não consentido.

Em primeiro lugar, como já visto, o crime de aborto, consumado ou tentado, se limitaria aos casos em que a ação não fosse idônea a provocar a morte extrauterina, ou seja, em que fosse possível excluir *a priori* a sequência *aceleração do parto – morte*.

Em segundo lugar, uma vez que o consentimento da gestante tem eficácia redutora da pena apenas para o aborto, mas não para o homicídio, todas as ações idôneas a provocar a morte do feto apenas após sua expulsão prematura sofreriam a mesma pena em abstrato, independentemente da existência ou ausência de consentimento da gestante: o sujeito que prescrevesse medicamentos abortivos sem que essa qualidade fosse conhecida pela gestante, e aquele outro que praticasse um aborto consentido, estariam sujeitos à mesma escala penal, sempre que a possibilidade de morte do feto apenas após sua expulsão fosse juridicamente apreciável.

Em relação ao aborto praticado pela própria gestante, é de notar que a forma privilegiada do infanticídio mencionada por Santos[53] dificilmente teria lugar, pois a exigência de que o crime tenha ocorrido "sob a influência do estado puerperal" não pode ela mesma, segundo nos parece, ser aplicada conforme esse critério: se a mãe, sob a influência daquele estado, agride o neonato, que é resgatado por terceiros e morre dias depois no hospital, após o término do estado puerperal, o crime obviamente é de infanticídio e não de homicídio. Em outras palavras: não é razoável exigir que o puerpério se estenda até o momento da morte da vítima. Mas se o momento de apuração do estado puerperal é o da ação e não do resultado, é pouco provável que ele possa influenciar os delitos em que ação/incidência e resultado são intercalados pelo início do parto.

Por fim, o efeito extensivo do critério do momento do resultado é bastante óbvio em relação aos crimes culposos. Se o decisivo não é a situação do feto no momento da ação ou da incidência dos meios abortivos sobre ele, mas sim no momento de sua morte, então aquelas ações meramente culposas que produzissem a expulsão seguida de morte, hoje tratadas como aborto culposo impunível, passariam a ser consideradas *homicídio* culposo – e, portanto, sujeitas a pena. A impunidade do aborto culposo seria limitada aos casos de morte do feto no interior do útero. Isso teria os efeitos profundamente negativos, denunciados por Kaufmann, de ampliar em demasia os deveres de cuidado da gestante; pense-se no consumo de álcool, tabaco e outras drogas durante a gestação, ou na realização de esforços físicos ex-

53. "Se presentes os pressupostos legais" (obra citada na nota 37, p. 352).

cessivos expressamente proscritos pelo obstetra.[54] Hoje, não havendo indícios de dolo, os abortamentos espontâneos e acidentais são percebidos como uma desgraça pessoal ou familiar. A prevalecer uma aplicação consequente do critério do momento do resultado, seria preciso analisar em todos os casos se o feto morreu antes ou depois do parto antecipado, e, na segunda hipótese, se houve culpa da gestante. Cada gestação interrompida ensejaria uma investigação criminal; cada acidente abortivo sofrido pela gestante por sua própria culpa, caso demonstrado o nascimento da vítima ainda com vida, se resolveria em homicídio culposo, a exigir um processo e apenas ao final se resolver em perdão judicial.

Como se vê, a adoção do critério do momento do resultado talvez soe convincente no caso apreciado pelo STJ, mas cria várias dificuldades em outras situações de inegável importância prática. Não se trata de conclusões logicamente aberrantes, que demonstrem a incorreção do acórdão por *reductio ad absurdum*, mas sim de consequências de discutível compatibilidade com as opções político-criminais da lei vigente.

Santos, aparente defensor do critério do momento do resultado,[55] deu-se conta de algumas dessas dificuldades, observando que a punição por homicídio culposo daquelas hipóteses que, segundo o critério da incidência, constituiriam aborto culposo, pode desencorajar o médico que tenha cometido um erro profissional de tentar reverter os efeitos de sua imperícia, o que seria contrário à finalidade motivadora da norma penal. Como observado pelo autor, ao médico seria mais vantajoso deixar o feto morrer no útero da mãe (aborto culposo impunível) do que tentar salvá-lo, correndo o risco de que a morte ocorra apenas após o parto (homicídio culposo punível, segundo o critério do momento do resultado).[56] No entanto, o argumento não prova que, uma vez eleito o critério do momento do resultado, o tipo do homicídio culposo não deva aplicar-se aos fatos decorrentes de ações imprudentes anteriores ao parto,[57] pois a não punição de *nenhum* homicídio culposo de neonato em razão da necessidade de estimular os médicos a tentarem salvar os filhos de suas pacientes seria indevidamente benéfica (uma vez admitida a punibilidade desses quase abortos culposos) com os médicos que sequer se deram conta do erro profissional cometido, ou

54. Kaufmann, obra citada na nota 17, p. 177. No mesmo sentido, Cancio, obra citada na nota 34, p. 71; Peñaranda, obra citada na nota 34, p. 233; Farré, obra citada na nota 16, p. 350.

55. Santos, obra citada na nota 37, p. 352. O texto não é particularmente claro e talvez diga respeito apenas àquelas situações em que a morte do neonato não ocorreu pela *interrupção da gravidez*, mas apenas após seu nascimento tempestivo, ainda que em razão das ações abortivas que incidiram sobre ele (v. item 3.8 abaixo). Parece-nos que a proposta de Busato de punir certos fatos decorrentes de incidências pré-natais como homicídio culposo também se refere apenas a tais situações (obra citada na nota 22, p. 93).

56. Santos, obra citada na nota 37, p. 352.

57. Ou melhor, de ações imprudentes que tenham *incidido* sobre o feto antes do parto.

com aqueles que produziram um risco irreversível de morte pós-parto. O argumento prova apenas que seria conveniente conceder eficácia escusante (por uma aplicação bastante generosa do dispositivo que prevê o arrependimento eficaz, por exemplo) aos esforços sérios voltados a evitar o resultado. Por fim, ao propor a criação de um tipo penal de aborto culposo,[58] Santos se move do problema da aplicação da lei vigente para o terreno do regime de *lege ferenda*.

Já Silva procurou minimizar o efeito dessas considerações de caráter político-criminal dizendo-as "demasiadamente" condicionadas pelo Direito positivo, em especial pela impunidade do aborto culposo e das lesões ao feto.[59] Ainda que assim seja, essa observação não tem valor de crítica se as referidas considerações forem fiéis ao sentido da lei:[60] se o Código Penal brasileiro não distinguisse aborto consentido e não consentido, punisse o aborto culposo e aproximasse mais as penas do aborto e do homicídio, o critério do momento do resultado talvez fosse mais palatável. Não é esse, porém, o caso.[61] Assim, a observação de Silva vale apenas como advertência de que a mudança do texto legal obriga a uma revisão das conclusões alcançadas na vigência da lei anterior; tal revisão, como ensinado por Soler, não se limita à exegese dos dispositivos diretamente atingidos pela alteração, mas deve abranger o sistema como um todo.[62]

3.7 O critério do momento do resultado e o dolo

Repetimos várias vezes nos itens anteriores que uma das premissas do acórdão comentado era a identidade do dolo do aborto e do homicídio (p. 9). Contudo, o critério do momento do resultado pode ser conjugado com a premissa oposta, qual seja, de que o aborto se caracteriza pelo dolo voltado à morte intrauterina, e o homicídio, pela morte extrauterina.[63] Caso o resultado produzido não coincida com

58. Obra citada na nota 37, p. 352.

59. P. 765. O autor se referia especificamente aos textos de Farré (obra citada na nota 16) e Kaufmann (obra citada na nota 17).

60. Insistindo na necessidade de se atentar para o Direito Penal vigente (no caso, o alemão) para resolver-se corretamente o caso Contergan, Lüttger, obra citada na nota 16, p. 72.

61. Após a publicação do texto de Farré citado na nota 16, o Direito Penal espanhol sofreu profunda reforma em matéria de proteção ao feto, e a disciplina atualmente vigente é bastante complexa. Veja-se, por exemplo, o esforço de sistematização de Peñaranda, obra citada na nota 34, p. 234, que rejeitou expressamente a proposta de Silva.

62. "Las derogaciones expresas o tácitas no son el único efecto [de la nueva ley]; son solamente, según decimos, el más patente. Pero si el sistema, con su nuevo agregado, ha de seguir manteniendo una coherencia perfecta, sin duda que se hará necesaria la revisión de muchos otros preceptos que, sin ser derogados, son afectados por el nuevo principio" (Sebastián Soler, *La interpretación de la ley*, Barcelona: Ariel, 1962, p. 113).

63. Esse desenvolvimento é feito por Silva, obra citada na nota 33, p. 766.

aquele abrangido pelo dolo, aplicam-se as disciplinas do concurso de crimes e de leis:[64] a gestante que realiza manobras abortivas sem ao menos cogitar da possibilidade de que o feto morra apenas após a expulsão, como vem a acontecer, cometeria uma tentativa de aborto em concurso formal com um homicídio culposo.

O problema é que nem a gestante que pratica aborto em si mesma, nem o terceiro que a agride, provavelmente sequer cogitam sobre no instante em que ocorrerá a morte do feto – se antes da sua expulsão do útero, ou se após o parto. Além disso, caso se admitisse generalizadamente um dolo alternativo[65] – o sujeito agride a gestante com dolo de causar o aborto (morte do feto no interior do útero) ou homicídio (morte do feto após o parto) –, seria difícil negar a tentativa de homicídio em praticamente todos os casos, pois em poucos deles o sujeito teria condições de supor que a morte do feto haveria de ocorrer antes do nascimento. O resultado seria a proliferação de ficções e ocultação de critérios intuitivos por trás da afirmação ou negação do dolo. Considerando-se que o aborto é julgado pelo tribunal do júri, que profere seus veredictos pela simples resposta "sim" ou "não" a quesitos apresentados pelo juiz presidente, o critério do dolo seria absolutamente arbitrário e encobriria decisões puramente sentimentais.

3.8 Os problemas do critério do momento da incidência

Por todo o exposto, consideramos que, de *lege lata*, o critério do momento da incidência é superior ao do momento do resultado para a distinção entre aborto e homicídio Isso não significa, porém, que a adoção daquele seja isenta de dificuldades.

A primeira delas, lembrada por Silva, é a própria definição exata dessa incidência.[66] Tratando-se, por exemplo, de uma substância química ingerida pela gestante, é preciso estabelecer quando ocorre a tal incidência – se no momento da ingestão, se com o ingresso da substância na corrente sanguínea da mãe, se no instante em que a substância começa a atuar no feto.[67]

Além disso, o critério do momento da incidência, embora convincente em muitos casos, não tem um fundamento material claro; aparece antes como um sucedâneo do critério do momento da ação.[68] Silva observa que o momento da incidência

64. Silva, obra citada na nota 33, p. 766 e 770.

65. Mencionado por Santos, obra citada na nota 37, p. 352, e Silva, obra citada na nota 33, p. 765.

66. Obra citada na nota 33, p. 767.

67. Farré menciona os esforços de Albin Eser para precisar o conceito de incidência (obra citada na nota 16, p. 347).

68. Silva (obra citada na nota 33, p. 766, nota 27) e Santos (obra citada na nota 37, p. 352, nota 29) mencionam a proposta de Bajo Fernandes de resolver a disputa de critérios pela regra

poderia ser interpretado como o instante em que a ação interfere na esfera pessoal da vítima.[69] Outra possibilidade seria tomá-lo como indicador do momento perda do controle do nexo causal: a incidência demarcaria o término da possibilidade de reversão da criação do perigo. No entanto, os conceitos não coincidem, pois é possível, em tese,[70] que o sujeito perca o controle do curso causal por ele inaugurado antes que o meio mortífero incida sobre a vítima.

Contudo, o principal defeito do critério é propiciar a punição insuficiente de casos relativamente graves. O primeiro deles já foi noticiado no texto:[71] caso se entenda que a morte do feto após o parto somente caracteriza a consumação do aborto se ela se dever à imaturidade daquele, e simultaneamente se adote intransigentemente o critério do momento da incidência para distinção do aborto e do homicídio, aquelas hipóteses em que o feto morre após o parto acelerado em razão das manobras em si consideradas, e não por sua falta de maturidade, consistirão simples tentativas de aborto – embora o feto tenha morrido. Outrossim, a razão parece assistir a Farré, Lüttger e Peñaranda quando insistem que não há motivo algum para que se excluam do âmbito do aborto consumado os casos de morte do feto, ocorrida após a expulsão, em razão das sequelas das manobras abortivas e não da imaturidade dele.[72]

Mais problemático é o exemplo em que o emprego de meios mortíferos sobre o feto não provoca a interrupção da gravidez, causando a morte da vítima apenas após seu nascimento tempestivo. A generalidade dos autores nacionais define o aborto como a *interrupção da gravidez* acompanhada da *morte do feto.*[73] Euclides

---

segundo a qual o *momento do crime* é o do resultado (no Direito Penal espanhol). No entanto, tal norma legal diz respeito a um problema inteiramente distinto, que é o da sucessão de leis penais. Além disso, no Direito brasileiro, o momento do crime, para efeitos de direito intertemporal, é o da ação (art. 4.°), mas a prescrição começa a correr do dia em que o crime se consumou (art. 111, I), o que demonstra a inexistência de uma regra universal de fixação do momento do crime. Contra a proposta de Bajo, com argumentação semelhante, Peñaranda, obra citada na nota 34, p. 240; Farré, obra citada na nota 16, p. 347, nota 31.

69. Silva, obra citada na nota 33, p. 767.

70. Cf. nota 32 acima.

71. V. item 3.2.

72. Farré, obra citada na nota 16, p. 352; Lüttger, obra citada na nota 16, p. 74; Peñaranda, obra citada na nota 34, p. 186.

73. "Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto" (Bruno, obra citada na nota 21, p. 160). Exigindo a interrupção e a morte, Hungria, obra citada na nota 22, n. 63, p. 287; Marques, obra citada na nota 21, § 178 A 1, p. 146. "Sinteticamente, podemos dizer que aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção." (Noronha, obra citada na nota 27, n. 278, p. 60); "suas formas [do aborto] são: (...) aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou do embrião"

Custódio da Silveira, seguindo Pannain,[74] fala explicitamente em crime de duplo resultado.[75] Adotando-se tal definição, o critério do momento da incidência impossibilita a punição por homicídio (consumado ou tentado), e a própria definição de aborto impede o reconhecimento de tal crime em sua forma consumada.

Tais casos, em princípio, não são comuns. Ainda assim, Noronha refere haver elaborado parecer em processo relativo a caso em que a facada desferida no ventre da gestante não interrompeu a gravidez, mas resultou na morte da criança após seu nascimento, ocorrido na época esperada; conclui que houve crime de homicídio.[76] Posteriormente, o caso Contergan[77] deixou claro que a morte do feto após seu nascimento tempestivo (isto é, sem interrupção da gravidez) poderia ser provocada pelo consumo de fármacos durante a gestação que afetem o desenvolvimento do feto, tais como a talidomida.

De toda forma, os casos mais graves de morte do neonato causada por ações sofridas ainda durante a gestação não interrompida provavelmente consistiriam no mínimo tentativa de aborto:[78] o fato analisado por Noronha certamente o seria, pois o desferimento de facadas no ventre de mulher grávida sem dúvida provoca o risco não apenas da morte do feto, como também da interrupção da gravidez.

(Guilherme de Souza Nucci, *Manual de direito penal*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 606). No estrangeiro, Fontán: "la materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción" (obra citada na nota 25, § 85 4 1, p. 225).

74. Obra citada na nota 27, n. 320 IV, p. 520.

75. Obra citada na nota 20, p. 111.

76. Noronha, obra citada na nota 27, n. 281, p. 68. O tema não aparecia na edição anterior (1. ed., 1960, n. 281, p. 67). Prado, impugnando a opinião de Noronha, propõe a punição do fato como aborto consumado: "o lapso temporal mais ou menos longo não descaracteriza o delito de aborto – e tampouco a inexistência de expulsão prematura" (obra citada na nota 20, p. 124).

77. Nome comercial na Alemanha da droga talidomida, posta à venda como remédio contra enjoos durante a gravidez e provocadora de milhares de casos de mortes e deformidades em fetos. Sobre o caso Contergan, v. especialmente o trabalho de Kaufmann citado na nota 17, e a obra de Cancio citada na nota 34, p. 63. Sobre o modo de atuação da talidomida nos fetos, v. brevemente Edilson Antedomenico; Claudemir Rodrigues Dias Filho; Rodrigo Rodrigues Dias, Medicamentos quirais e suas implicações bioquímicas e jurídicas: o caso da talidomida, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 108, p. 493-509, maio. 2014, passim. No Brasil, houve problemas análogos àqueles ocorridos na Alemanha e Espanha e editaram-se as Leis 7.070/1982 e 12.190/2010 em favor das vítimas do medicamento. Outras informações podem ser obtidas na página da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida ([www.talidomida.org.br], acesso em: 03.11.2014).

78. Contra tal solução, sem argumentos convincentes, Silveira, obra citada na nota 20, p. 111, nota 217.

Outra dificuldade enfrentada pelo critério do momento da incidência surge nos casos em que esta e o resultado são separados por um intervalo considerável de tempo. Marrey, por exemplo, afirmou que "é indiferente, para o efeito de sua conceituação, morra o feto no claustro materno, ou logo após, contanto que resulte a morte dos meios abortivos empregados".[79] No entanto, o autor não esclareceu qual a consequência de a morte não ocorrer "logo após" a expulsão, mas apenas depois disso: o fato constituiria simples tentativa de aborto, por impossibilidade de imputação do resultado tardio,[80] ou homicídio consumado? Considerando que o autor escreveu em 1963 – época em que os recursos de prolongamento da vida do feto prematuramente nascido eram mais limitados do que hoje –, é possível que seu texto simplesmente não cogitasse da possibilidade fática de morte tardia do feto. Tampouco se define com clareza o que é "logo após", para os efeitos do texto. Já Damião da Cunha e Farré negam expressamente qualquer relevância ao período maior ou menor de sobrevivência do feto.[81]

A alegada possibilidade de que alguém morra anos após o parto em razão de intervenções sofridas durante a gestação é justamente um dos argumentos de Silva contra o critério do momento da incidência: esse autor julga pouco convincente que se considere a morte de uma criança de vários anos como a realização do risco típico do crime de aborto.[82] No caso decidido pelo STJ, cremos que o intervalo de dois dias entre parto e morte não permitiria falar em "resultado tardio" hábil a pôr em xeque o critério do momento da incidência. Além disso, e mais importante, os resultados tardios geralmente esbarram em problemas processuais que desde logo inibem uma solução apropriada: se o feto nasce com vida, apenas o desconhecimento da identidade do autor ou alguma outra patologia processual permitiria que o julgamento ocorresse somente após a morte daquele. Não nos parece nem um pouco razoável,

79. Obra citada na nota 25, p. 9.

80. Esse possível obstáculo à imputação da morte do feto em razão da demora de sua superveniência é mencionado por Busato (obra citada na nota 22, p. 93). Além da bibliografia indicada por esse autor, veja-se também Jesús-Maria Silva Sánchez, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, em *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 59-72 (publicado originalmente no *Libro en memoria del Profesor Fernández-Albor: estudios penales*, Santiago de Compostela, 1989, p. 677-687), passim.

81. V. as passagens transcritas nas notas 28 e 30, respectivamente. A opinião de Carrara não é muito clara e merece as mesmas observações feitas no texto a propósito da de Marrey: "Es, pues, indiferente que la muerte del feto se efectúe dentro del útero o después de su expulsión, y hasta después de algún intervalo, com que conste que la expulsión precoz fu ela causa de esa muerte" (obra citada na nota 25, § 1266, p. 358). Essa passagem é citada por Miranda com a inclusão de um "não" indevido, que lhe inverte o sentido ou mesmo a priva dele (obra citada na nota 42, p. 221).

82. Silva, obra citada na nota 33, p. 768, nota 34.

outrossim, transformar uma tentativa de aborto em tentativa de homicídio apenas porque a vítima, embora tenha sobrevivido, ainda pode vir a morrer em razão das manobras abortivas, e, caso isso ocorra, o resultado tardiamente sobrevindo seria de homicídio e não de aborto. Como já observado, o problema da adequação típica da constelação de casos analisada no texto deve considerar os mais relevantes, e não as hipóteses raras e excepcionais para as quais nenhuma solução parece convincente. Caso se queira conferir algum significado à não imediatez da produção do resultado, ele deve ser de impedir a imputação de tal resultado, ou determinar alguma forma de atenuação da pena, e não de transformar o aborto em homicídio.

Por fim, a aplicação do critério do momento da incidência ao crime de lesões corporais impede que se punam lesões ao feto, ainda que elas se reflitam na integridade física e na saúde da vítima pelo resto de sua vida extrauterina. Novamente, o caso Contergan revelou que, com a expansão da indústria farmacêutica, as ações incidentes sobre os fetos e provocadoras de limitações físicas permanentes constituem um perigo real. No entanto, a impunidade das lesões sobre o feto é uma clara decisão político-criminal em nossa lei: nada impede, em princípio, que o legislador institua um delito semelhante ao do art. 157 do CP espanhol;[83] enquanto isso não ocorre, porém, a decisão de manter impunes as lesões ao feto deve ser respeitada, ainda que ao preço de deixar impunes fatos de seriíssimas consequências, como foi o próprio caso Contergan.[84] Permanece, apenas, a possibilidade de punição por tentativa de aborto, se preenchidos os requisitos dessa infração.[85]

---

83. "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años."

84. O projeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional (PLS 236/2012, disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1]) mantém essencialmente as definições de aborto, homicídio e lesões corporais. Ainda assim, o tema foi gravado com a marca registrada do projeto, que é seu baixíssimo nível técnico. Propôs-se a seguinte disposição sobre o aborto praticado sem o consentimento da gestante (art. 126, § 1.º): "aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má-formação do feto sobrevivente". Ao referir a "feto sobrevivente" e enfatizar que a causa de aumento se aplica tanto à tentativa de aborto como ao aborto *sic et simpliciter*, isto é, ao crime *consumado*, o projeto parece sugerir que a morte do feto deixa de ser elementar do crime. No entanto, no delito de lesões corporais, permanece a separação da modalidade qualificada pela *aceleração de parto* (art. 129, § 2.º, V) daquela outra, mais grave, qualificada pelo *aborto* (art. 129, § 3.º, II). Uma vez que não é possível distinguir aceleração de parto e aborto senão pela morte do feto, não há como saber qual a definição de aborto empregada no projeto.

85. Pannain, obra citada na nota 27, n. 320 IV, p. 524.

3.9 A delimitação do homicídio e do aborto pelo critério da probabilidade

Por fim, resta analisar rapidamente um critério alternativo proposto em doutrina, que de certa forma considera a condição da vítima no instante do resultado, mas substitui a avaliação do fato real pela valoração do curso causal tido por mais provável no momento da ação.

Ramón Ribas, comentando um caso real em que a gestante, ao sofrer fortes dores e contrações, pôs-se em pé e propiciou que o feto saísse de seu ventre diretamente em direção ao solo, vindo a morrer em razão do impacto, propôs que, nesses casos em que a ação e o resultado são mediados pelo nascimento da vítima, se distinguisse aborto e homicídio da seguinte forma: "se *ex ante* a ação é adequada para destruir a vida do feto, seja no interior do ventre materno, seja mediante sua expulsão prematura, deverá aplicar-se o regime jurídico próprio do aborto, com independência de que a morte tenha lugar, finalmente, vários dias ou mesmo semanas depois. É necessário, em suma, que a postergação de dita morte seja meramente circunstancial ou casual, isto é, consequência da grande resistência física oposta pelo feto, da relativamente ineficaz ação executada pelo autor, ou dos cuidados pós-natais que o mantiveram vivo durante determinado tempo. De outra parte, quando desde uma perspectiva *ex ante* seja previsível que o resultado se produzirá uma vez adquirida a condição de pessoa, a conduta deverá submeter-se às normas que regulam o homicídio. Isso sucederá, por exemplo, em hipóteses de produção de resultados a longo prazo".[86]

Assim, a morte extrauterina não descaracterizaria o aborto apenas quando fosse "casual ou circunstancial";[87] todo o resto seria homicídio. Infelizmente, o autor não informa como tratar os casos em que o feto sobrevive, ou em que a morte ocorreu antes da expulsão, mas a sequência inversa era mais provável, ou pelo menos era plausível *ex ante*.

Seja como for, o critério proposto se aproxima suficientemente da solução do momento do resultado para sofrer a mesma crítica acima dirigida a ela, qual seja, a de reduzir excessivamente a eficácia das opções contidas na lei de não punir o aborto culposo e de distinguir o aborto consentido pela gestante do não consentido. Chama a atenção o fato de que, no caso comentado por Ramón Ribas, os critérios do momento da incidência e do momento do resultado conduziriam à mesma solução (homicídio), e apenas o critério mais obviamente imperfeito – do momento da ação propriamente dita – tinha de lutar contra as próprias deficiências.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito acima, o problema das ações lesivas ou mortíferas incidentes sobre o feto não parece comportar uma solução satisfatórias em todos os casos. Reconheci-

86. Obra citada na nota 12, p. 974.

87. Idem, p. 976.

do isso, cremos que o critério do momento da incidência ainda é o mais aceitável, pois se conforma melhor com as opções político-criminais da lei vigente e oferece a solução mais convincente nos casos de maior relevância prática.

O STJ, por sua vez, decidiu em favor do critério do momento do resultado, sem demonstrar preocupação alguma com o impacto geral de sua aplicação. A questão que se põe é: qual o peso dessa decisão no debate, proferida que foi num processo de *habeas corpus* em que a impetração não foi conhecida? O Min. Rogerio Schietti Cruz, que declarou voto à parte (p. 10), confessou sua "dificuldade de vislumbrar homicídio na espécie", mas ponderou que, "como não se conhece do pedido, caberá ao tribunal [do júri?] definir essa questão", e acompanhou o voto da relatora.[88] Como se vê, o próprio ministro participante do julgamento insinuou que a proclamação de que o crime era de homicídio e não de aborto constituía quase um *obiter dictum*.

Assim, pensamos que o STJ ainda não deu a palavra final sobre o assunto, e esperamos que, quando o fizer, leve minimamente em conta os reflexos de sua decisão nos demais casos.

---

88. A coerência de tal voto é questionável: se aderiu ao expediente de não conhecer da impetração e conceder de ofício as ordens porventura cabíveis (v. item 2 supra), e não concordou com a capitulação dada na sentença e acórdão de pronúncia, cremos que deveria tê-la corrigido de ofício, nos termos do art. 654, § 2.°, do CPP.

Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal – La concepción del ilícito. Su relación con la teoría de la imputación objetiva. ¿Fundamentación subjetiva a partir de Jakobs?, de Marcelo A. Sancinetti

José Danilo Tavares Lobato

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor e Líder do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Defensor Público/RJ.

Mayra Danielle Bastos Dias

Membro do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Graduanda em Direito.

Dados bibliográficos: Marcelo A. Sancinetti. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal — La concepción del ilícito. Su relación con la teoría de la imputación objetiva. ¿Fundamentación subjetiva a partir de Jakobs?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

A presente resenha trata da clássica obra do professor da Universidade de Buenos Aires, Marcelo Sancinetti, que veio a lume após anos de pesquisa na Espanha e Alemanha. Um de seus pontos altos reside na construção de um subjetivismo penal dotado de uma relativa autonomia frente ao finalismo de Welzel. Inicialmente, Sancinetti analisa os fundamentos e as consequências da assunção de uma concepção subjetiva de ilícito. Sua primeira preocupação é demonstrar que, apesar de se contraporem abstratamente, a teoria finalista e a causalista convivem juntas em perfeita harmonia. Em seu entendimento, essa harmonia decorre da percepção de que, a depender da perspectiva adotada, as consequências práticas de ambas são as mesmas. Argumenta que o dolo como dado psíquico está na cabeça do agente, uma vez que, como elemento de análise da imputação, seu posicionamento dogmático não passa de uma mera classificação mutável. Assim, o efeito prático da teoria do dolo – exclusão da punibilidade pelo dolo no erro de proibição –, poderia ser aceito se a lei assim o exigisse. Tão somente sua denominação e seu fundamento seriam diferentes dos estruturados pela teoria do dolo. A contrário senso, o mesmo valeria para a teoria da culpabilidade agregada à teoria finalista em matéria de erro, ressalvando-se, todavia, que seria apenas necessário proceder a uma pequena alteração explicativa.[1]

1. Sancinetti, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal.* Buenos Aires: Editoral Ad-Hoc, 1997. p. 25-27.

Sancinetti procura construir seu argumento a partir de algumas premissas, como a de que, na teoria finalista de Wezel, o núcleo do ilícito não se encontra na lesão a um bem jurídico, mas no fato de que se realiza uma conduta "com tendência ao menoscabo do objeto do bem jurídico", o que expressa que os bens jurídicos alheios não importam ao agente.[2] Outra premissa é a de que a imputação está sempre fundamentada nos atos do sujeito a quem se formula a imputação, posto serem estes atos dominâveis, enquanto que os resultados são produtos de um sem número de fatores. Nesse sentido, defende que o objeto da imputação se restringe ao último instante em que há domínio do fato pelo sujeito, ou seja, o resultado se encontra fora desse âmbito, uma vez que se rege, necessariamente, por uma "dose de azar posterior ao domínio do sujeito sobre seus atos". A ideia de Sancinetti é no sentido de que o resultado depende sempre de circunstâncias que estão além da conduta do agente, ou seja, de fatores externos ao domínio do sujeito sobre seus atos.[3]

A partir dessas considerações, Sancinetti começa a precisar os elementos decisivos da estruturação do fato punível e da imputação. Esclarece que não se pode compreender o direito positivo como fundamento da estruturação do ilícito, pois o trabalho se limitaria à interpretação legal, não representando o "desenvolvimento ou a proposição de uma teoria", além de que nenhum sistema legal é composto "de modo sempre consequente pela mesma ideia imputativa".[4] Por outro lado, apesar de Sancinetti reconhecer que se pode deduzir um sistema de teoria do delito das teorias da pena em razão de elas estabelecerem o critério que legitima o castigo estatal, o que conduz à determinação das consequências práticas do sistema punível, ressalva que não se pode justificar completamente a estrutura do fato punível com base nas teorias da pena, uma vez que há questões incapazes de serem resolvidas avaliando-se os fins da pena, como, por exemplo, a decisão acerca do desvalor da ação e do resultado. Além do mais, pontua que não se deve perder de vista que a identificação da conduta criminosa é prévia à teoria que legitima seu castigo, de forma que o ponto de partida deve ser distinto ao proposto pelo funcionalismo.[5]

Sancinetti prossegue sua reflexão recorrendo à teoria das normas. Reconhece que ao longo dos tempos houve diferentes noções de norma e que, por essa razão, não se pode chegar a um conceito com validade geral. Aproxima-se da concepção de Zielinski, que trabalha com juízos de desvalor primário e secundário, que, respectivamente, recaem sobre a situação fática e sobre a ação.[6] Este último coincide com o objeto da norma. A construção de Zielinski teria o mérito de concluir a elaboração da teoria do ilícito pessoal, retirando de seu seio a "magia causal" do

2. Idem, p. 29.
3. Idem, p. 29-30.
4. Idem, p. 33-34.
5. Idem, p. 36-41.
6. Idem, p. 41 e 52.

desvalor do resultado, tanto no delito doloso, quanto no culposo, de modo a converter o ilícito em um mero "ato final contrário ao dever".[7] Em seguida, analisa o problema da "falácia naturalista" que existe dentro da teoria dos imperativos. Sua defesa é no sentido de que a proteção de bens jurídicos não deve ser interpretada como uma concepção naturalista, já que haveria uma diferença entre "bens de museu" e "bens de intercâmbio", de modo que a teoria da proteção de bens jurídicos erraria ao aderir à noção de "antijuridicidade material", fazendo com que esta fosse equivocadamente compreendida como "lesão de um objeto físico de bem jurídico".[8]

Para Sancinetti, a relação entre ilícito e reprovabilidade deve ser o ponto de partida de uma concepção subjetiva do ilícito, ou seja, qualquer "outra associação entre fato e autor se desentenderia da verdade de que o autor não pode fazer mais", isto é, "o que excede disso é causalidade".[9] Desse modo, a reprovação somente poderia incluir elementos da "dominabilidade do autor sobre seu ato, sobre seu corpo e o meio que o rodeia", logo imputar o que está além excederia o reprovável. Em outras palavras, tratar-se-ia de uma culpabilidade que recai em elementos não alcançados pela vontade.[10]

Após advertir que as teorias jurídicas somente se demonstram corretas se seus pontos de partida são corroborados pelo valor das consequências, Sancinetti discorre acerca da necessidade de se identificar como o dogma subjetivista se projeta nos diversos aspectos da teoria da imputação objetiva. Para isso, entende imprescindível desconstruir dois "mitos" conectados ao dogma de que o resultado é uma garantia liberal. Primeiramente, dever-se-ia perceber que a tentativa é o centro da teoria da imputação e o elemento consumação não agrega ao ilícito nenhum conteúdo de valor relevante. Essa concepção claramente destoa do entendimento difundido de que a teoria da imputação exige a produção do resultado como manifestação de um direito penal garantista. Sancinetti observa que o primeiro mito reside na tendência social de se crer que o resultado confere ao autor maior maldade em sua ação, o que consequentemente termina por elevar o ilícito e a culpabilidade. Por outro lado, o segundo mito encontrar-se-ia na prática judicial de substituir a prova do dolo pela prova do resultado, o que significaria a incorporação da *praesumptio doli: facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium* que terminaria por acarretar um infundado aumento de pena e uma ainda pior produção de efeitos processuais.[11] Não se pode negar razão à sua crítica, principalmente, no que toca à práxis de substituir a prova do dolo pela do resultado.

7. Idem, p. 52.
8. Idem, p. 56-59.
9. Idem, p. 65.
10. Idem, p. 64-65.
11. Idem, p. 65-69.

Sancinetti argumenta que a teoria da tentativa deve ser usada como o centro da teoria da imputação e que esse recurso permite a superação dos mitos oriundos da suposta garantia do resultado. Com o advento desta mudança, o conceito de dolo converte-se no conceito central da teoria da imputação.[12] Em seguida, defende o combate à forte tendência de se compreender o dolo direto de primeiro grau como protótipo do fato punível. Em sua visão, esta concepção tem como ponto de partida o juízo de "que somente na ação intencional o autor mostra toda sua maldade", o que acaba por conferir inferioridade às demais formas de dolo, assim, o imprescindível seria a tomada de consciência do autor acerca das circunstâncias do fato, bem como do risco reprovado.[13] Para evitar a crítica de que sua consideração é de cunho objetivista, Sancinetti pontua que essa concepção possui seu aspecto subjetivo no "conhecimento do autor de entrar no âmbito do risco próprio do delito respectivo".[14]

Outro ponto analisado por Sancinetti refere-se à tentativa inacabada e à acabada. A primeira seria um ilícito de menor gravidade que se configura quando o agente ultrapassa o início da execução sem, contudo, seguir com sua ação até o ponto em que ele admita a perda do controle sobre o fato, isto é, até o momento em que o crime pode se consumar ou fracassar independentemente de sua vontade e controle. Sancinetti acredita que essa forma de tentativa infringe uma norma diferente à do delito consumado, pois o dolo ainda não estaria completamente desenvolvido, ou seja, não teria alcançado o ponto em que se considera admissível a produção do resultado. No entanto, quando o comportamento do autor for considerado suficiente para a consumação do delito, haverá tentativa acabada, que, a seu modo de ver, será regido pela mesma norma do delito consumado. Por essa razão, ao analisar o problema da tentativa objetivamente não perigosa, Sancinetti argumenta que, desde que presente "uma vontade de realização do tipo com um conteúdo racional", é irrelevante a situação de perigo exterior, de modo que, mesmo sem a produção de um perigo para o objeto do bem jurídico, haverá ilícito reprovável, posto que reprovar a mera produção de um resultado quando a representação do fato não consiste num "projeto comunicativamente relevante e racional" trata-se de uma simples reprovação da causalidade.[15] Para reforçar seu argumento, recorre às causas de justificação. Supõe que neste campo não há tantos defensores do objetivismo, tal como supostamente ocorre no âmbito do tipo penal, já que se tem como admitida a justificação da conduta, mesmo quando *ex ante* não se tenha condições objetivas de operar o salvamento. Basta que o comportamento esteja amparado por uma ação subjetivamente racional de salvamento. Por exemplo, o bombeiro que destrói os

12. Idem, p. 70.
13. Idem, p. 70-71.
14. Idem, p. 72.
15. Idem, p. 73-79.

vidros de uma casa em chamas para tentar salvar alguém que lá está preso. A justificação valerá, ainda, que a vítima seja pré-morta à ação de salvamento.[16]

Após estes primeiros esclarecimentos, Sancinetti finaliza o primeiro capítulo apresentando suas conclusões, dentre as quais vale destacar as principais. A primeira trata da impossibilidade de se interpretar o princípio da lesividade de modo a acarretar um aumento na responsabilidade de cunho meramente objetivo, já que o sentido correto do princípio reside na finalidade da norma penal de evitar lesões a terceiros.[17] Esclarece que somente pode ser desvalorado aquilo que é dominável pelo autor e, também, que a vontade de realização – em que o autor incorpora o risco da ocorrência do delito – é o objeto do ilícito, o que acaba por excluir as intenções e motivos pessoais.[18] Outra conclusão pugna pela irrelevância do perigo objetivo exterior. Entende que o essencial é a existência de uma vontade de realização que se constitua numa representação racional de que se cria um risco não permitido com a prática da conduta.[19] Por fim, vale destacar a que assenta que a ilicitude alcança seu grau mais elevado quando o agente assume como inevitável a consumação, leia-se, tentativa acabada, enquanto que o ilícito da tentativa inacabada seria menos grave.[20] Talvez, dentre estas conclusões, a primeira seja a menos controversa e a única que se possa aderir sem aumentar o espaço de atuação do poder punitivo.

No segundo capítulo, o propósito de Sancinetti consiste em construir uma explicação acerca da relação entre concepção subjetiva do injusto e teoria da imputação objetiva e, também, do que seria a fragilidade e a insegurança dos institutos da imputação objetiva. Afirma ser uma falácia a assertiva de que a teoria da imputação objetiva é contrária ao subjetivismo. Entende que, independentemente da ideia – objetiva ou subjetiva – defendida, não há outra maneira de se definir o dolo senão por meio da representação dos tipos objetivos, de modo que não se consegue abdicar da teoria do tipo objetivo como marco de referência do dolo.[21] Por isso, Sancinetti pontua que, ao se aceitar como "postulado mínimo da imputação objetiva" que "o proibido não é simplesmente causar um resultado desvalioso", tem-se como consequência que o dolo deve dirigir-se incondicionalmente à realização do tipo objetivo, "então, a discussão pelo tipo objetivo correto é também, na mesma instância do reflexo do tipo objetivo no subjetivo, uma discussão sobre o conceito de dolo correto ou de tipo subjetivo correto".[22]

16. Idem, p. 79-81.
17. Idem, p. 84.
18. Idem, p. 83-84.
19. Idem, p. 84.
20. Idem, p. 84.
21. Idem, p. 89-90.
22. Idem, p. 91.

Apesar de asseverar que a expressão "tipo objetivo" é carente de conteúdo, Sancinetti reconhece a imprescindibilidade de critérios objetivos de imputação. Em sua visão, a imputação objetiva se classifica em dois grandes grupos: criação de um risco não permitido e realização do risco no resultado. Destes dois grupos, Sancinetti considera que um subjetivista não pode desconsiderar os elementos que determinam a criação do risco não permitido – trata-se da própria tipicidade da ação –, enquanto que o âmbito de realização do risco no resultado sofrerá interferência na demarcação do dolo nos casos em que o agente reconheça, antes de abandonar a decisão pela ação, a presença de qualquer elemento ou circunstância que elimine objetivamente a possibilidade de realização do risco.[23] Ao fixar estas premissas, expõe que, para um subjetivista, o que interessa, no âmbito da imputação objetiva, é a criação do risco não permitido, que se caracteriza essencialmente por se configurar como um problema de formulação da norma. Por exemplo, o problema dos conhecimentos especiais deveria ser enfrentado sob outra perspectiva. Nesse sentido, afirma que, apesar de o significado do imperativo normativo "não matarás" ser claro na maior parte do tempo, ele necessita de complementação em cada caso concreto, isto porque não é a mesma coisa instigar uma pessoa a viajar de avião e outra a viajar em um avião com uma bomba armada.[24] Outro exemplo apresentado é o do vendedor de automóveis. Esse não possui o dever de impedir que o comprador portador de necessidades especiais revenda com sobrepreço o carro adquirido em regime tributário especial. Aqui, a proibição de regresso torna a conduta atípica por um defeito próprio de imputação objetiva, já que nenhum conhecimento especial tem o condão de modificar a permissão do risco.[25]

Outra consideração acerca da teoria da imputação objetiva refere-se à assunção, por parte desta, de um juízo *ex ante* como base da medida do risco reprovado. Para Sancinetti, esse critério acabaria contraditoriamente recorrendo ao desvalor do resultado como critério de imputação, pois se uma espécie de risco é determinante na fundamentação do ilícito, esse não deve modificar sua natureza segundo o resultado posterior, já que o resultado terminaria como uma cassação da permissão do risco. Do mesmo modo, a produção de um resultado posterior não pode converter em típica uma conduta aprioristicamente atípica. Aqui, Sancinetti registra o mérito da construção antiresultadista de Jakobs que, em sua visão, tem a vantagem de oferecer argumentos incontestáveis à construção de uma teoria da imputação que não se vale dos resultados e percebe a presença de uma concorrência entre imputação e falta de sorte.[26] De fato, há de se concordar com Sancinetti no sentido de que um

23. Idem, p. 96-101.
24. Idem, p. 104-107.
25. Idem, p. 111-112.
26. Idem, p. 114 e ss.

resultado posterior não tem o condão de alterar a prévia natureza do risco criado. No entanto, isso não significa que, no âmbito do tipo objetivo, o risco não permitido possa funcionar desconectado ao resultado que, por uma questão de lógica temporal, será sempre posterior à produção do risco. Ressalvamos que o juízo *ex ante* de avaliação do risco vem em socorro à montagem de uma imputação que supere a mera causalidade, pois, num juízo *ex post*, todo risco associado a um resultado seria de plano não permitido.

Sancinetti esclarece que uma dupla função é atribuível ao tipo objetivo, mas adverte que, apesar de a maior parte da doutrina perceber o tipo objetivo como um requisito prévio ao tipo subjetivo, essa assertiva é correta somente em parte, uma vez que apenas referencia a primeira função do tipo objetivo, que é a função normativamente constitutiva de fixar o marco do tipo subjetivo. O agente atua com dolo exclusivamente quando representa as circunstâncias que integram o tipo objetivo da lei penal, de modo que, havendo atuação segundo esta representação, ter-se-á uma infração à norma, o que sujeitará o autor à pena do crime tentado. Apenas neste sentido e nesta função o tipo objetivo seria prévio ao tipo subjetivo.[27] Já a segunda função do tipo objetivo, que é rechaçada por Sancinetti, consiste na elevação da pena do fato consumado frente ao crime tentado. Essa função não seria prévia ao tipo objetivo, sendo-lhe, em regra, posterior ou, quando muito, concomitante.[28]

Em seguida, com o propósito de confirmar o acerto de sua proposta subjetivista, Sancinetti recorre a algumas concepções de Jakobs por acreditar que elas possuam capacidade de rendimento. Assevera que o esquema de interpretação seria objetivo, mas o objeto da interpretação estaria limitado por aquilo que o agente representou. Ou seja, argumenta que, para a definição da conduta, não interessam as representações, mas o desvalor da ação em si, em seu "sentido objetivo". O rol dos papéis sociais possuiria limites objetivos capazes de conferir contornos à norma, cujo alcance independe da representação do agente. Entende correta a definição de transgressão da norma de modo objetivo, isto é, sem a análise das representações do agente, uma vez que bastaria a transgressão do rol, sendo indiferente a interpretação que o agente dê ao seu ato, já que se pode ter como suficiente a consciência do perigo.[29] Neste tocante, é evidente que, apesar de todo esforço em negar uma relativização de sua concepção subjetivista, Sancinetti acaba por defender um modelo dotado com alguns traços de uma teoria objetivista. Nossa crítica se confirma na fala de Sancinetti de que a teoria subjetivo-monista não se restringe ao tipo doloso, mas também abarca o tipo imprudente, posto que os deverem inerentes a um determinado rol determinam-se "normativamente e configuram um esquema

27. Idem, p. 123.

28. Idem, p. 124.

29. Idem, p. 125 e ss.

de interpretação, um molde objetivo, ao qual o tipo subjetivo deve adequar-se para configurar o ilícito".[30] Em sua tentativa de manter a coerência de proposta, registra que é imprescindível o conhecimento das circunstâncias de fato como base da reprovação, todavia, esclarece que este é diverso ao conhecimento do risco normativamente reprovado, que se trata de um problema de cognição da antijuridicidade.[31]

Em seguida, discute o porquê de, no delito culposo, de um modo geral, somente haver punição com o advento do resultado típico. Advoga a controversa tese de que o ilícito imprudente consiste, basicamente, em um perigo abstrato, "cuja base fática deve ser reconhecida pelo autor".[32] Destaca, contudo, que tais tipos subjetivos não estão legalmente determinados, pela falta de determinação dos correspondentes tipos objetivos de imprudência. Assim, admite que a maior dificuldade em delimitar o aspecto objetivo dos delitos imprudentes está no fato de que não há qualquer representação do perigo concreto a ser feita pelo autor do fato, pois, à sua conduta, que não está descrita legalmente, não integra a produção do resultado, enquanto que, no delito doloso, por seu turno, o tipo objetivo se integra com a produção do resultado, levando a que o tipo subjetivo se refira à probabilidade do resultado dentro da criação do risco próprio da norma penal correspondente. Sancinetti afirma que, como uma descrição típica particularizada daquilo que é perigoso é uma obra irrealizável e o delito imprudente possui um enorme grau de indeterminação, torna-se imprescindível a ocorrência do resultado no perigo criado abstrativamente, posto que o Estado não tem meios para perseguir ou mesmo identificar toda imprudência praticada sem a produção de um correspondente resultado. Nesse aspecto, o resultado atuaria como contrapeso, possuindo a importante função político-criminal vinculada ao princípio da oportunidade e proporcionalidade da intervenção estatal.[33] Em realidade, Sancinetti propõe uma regulação jurídica que permita flexibilizar a dependência da punibilidade do tipo imprudente da produção de um resultado imputável. Quer obter uma fórmula legal que permita simultaneamente punir tentativas de crimes imprudentes e atenuar a pena quando da concorrência de circunstâncias secundárias fortuitas.[34] De plano, é possível reconhecer a inconveniência político-criminal desta proposta. Ela converte o resultado em uma questão de discricionariedade do poder punitivo ao negar-lhe a função de garantia do cidadão contra essa mesma potestade.

O terceiro e último capítulo da obra foi elaborado com o propósito de encontrar uma fundamentação subjetiva do ilícito que demonstre que até um objetivista

30. Idem, p. 134-135.
31. Idem, p. 135.
32. Idem, p. 145.
33. Idem, p. 145-147.
34. Idem, p. 153.

não deixa de ser um subjetivista. O núcleo da argumentação gira no entorno das soluções de Jakobs para a tentativa e a desistência da voluntária. Sancinetti busca provar as teses de que, para Jakobs, é irrelevante a existência de uma perturbarção social exterior, as representações subjetivas do autor são responsáveis pela afirmação do cometimento do ilítico, a tentativa acabada é o ponto final e o grau mais elevado do ilícito e, por consequência, o resultado não integra o ilícito.[35]

Para Sancinetti, a perturbação social é, quando muito, representada na tomada de conhecimento, pela sociedade, de que o agente, com sua conduta, teve dolo. Argumenta que, em virtude de Jakobs partir da ideia de que a objetivação de uma conduta somente se determina segundo a vontade do agente, Jakobs admitiria um ilícito mesmo quando houvesse apenas uma representação na cabeça do autor, como seria o hipotético ilícito de tentativa inidônea de crime omissivo do pai que nada faz para salvar da morte uma criança que pensa ser seu filho, mas que, em realidade, é filho de terceiro.[36] Ocorre que ao consultar o Tratado de Jakobs, seja o original citado ou a versão traduzida para o castelhano, percebe-se que Sancinetti realiza uma citação inexistente. A seção 25, que trata da tentativa, se encerra no item 85, inexistindo, portanto, o citado item 114. Por outro lado, Jakobs, ao analisar o problema da suposição errônea de deveres especiais, acerta ao afirmar a ocorrência de delito putativo. Esclarece que se trata de deveres imaginários e que o elemento do tipo, que qualifica o autor, restringe o âmbito de destinatários da norma. Assim, por exemplo, o particular não sofrerá a incidência das normas penais destinadas a funcionários públicos pelo simples fato de se considerar abarcado pela norma especial.[37] Nesse ponto, em nosso entender, a argumentação de Sancinetti não prospera.

Para provar a tese de que as representações subjetivas do autor funcionam como fator de constituição do ilícito, Sancinetti analisa os problemas vinculados à definição normativa do conceito de dolo. Nesse aspecto, duas são as questões levantadas. A primeira, até que ponto uma representação ignorante segue cumprindo com o tipo subjetivo da lei. A segunda, a partir de que momento se pode considerar que uma representação já cumpre com o tipo subjetivo, ainda que o autor não seja consciente de todos os elementos do tipo.[38] No que tange à primeira questão, Sancinetti declara seguir o pensamento de Jakobs no sentido de que não é típica toda e qualquer representação do agente. O fundamento fático para um juízo normativo consiste na imagem do fato criada pelo agente e, nesse sentido a representação é

35. Idem, p. 161.

36. Idem, p. 165.

37. JAKOBS, Günther. *Strafrecht* Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 723-726; *Derecho Penal Parte General – Fundamentos y Teoria de La Imputación*. 2. ed. Madrid, 1997. p. 876-880.

38. SANCINETTI, Marcelo. Op. cit., p. 166 e ss.

psicológico-naturalista, subjetivista. Isso significa que uma certeza sem base racional não cumpre o tipo subjetivo.[39] No que diz respeito ao segundo problema, cegueira dos fatos, Jakobs percebe uma diferença de marcos e, também, que, muitas vezes, o legislador equipara fatos dolosos e imprudentes para resolver problemas de segurança jurídica.[40] Sancinetti crê, como devida, a assertiva de Jakobs de que as representações subjetivas do autor são imprescindíveis na configuração do ilícito. De fato, Jakobs reconhece que a subjetivização tem a função de desvalorar o agente para além dos papéis sociais.[41] Sancinetti observa, ainda, que Jakobs, seguindo a doutrina majoritária alemã, aceita as representações do agente como elementos constitutivos do ilícito, ainda que não haja um perigo exterior, de modo que admite a punibilidade da tentativa inidônea.[42]

Sancinetti acredita que outra prova do giro subjetivista de Jakobs reside em sua sustentação de que há tentativa e não desistência voluntária quando o agente assume de modo definitivo a possibilidade de consumação do crime.[43] Não concordamos com essa leitura, que, em realidade, vai muito além do que Jakobs escreveu e denota um esforço de Sancinetti de encontrar pontos de apoio para sua tese. No tocante, Jakobs deixa claro que o agente pode desistir enquanto possa reverter de modo planificado e seguro a marcha em direção à realização do tipo, além de fazer expressa referência à questão do deslocamento do perigo.[44] Jakobs admite a perda de dominabilidade do fato de modo objetivo e subjetivo, por exemplo, se o agente crê que a marcha causal posta em ação é irreversível.[45] Apesar de uma falta de clareza, Jakobs trabalha com uma proposta mista em que a tipicidade subjetiva não a assume preponderância percebida por Sancinetti.

Outra preocupação apresentada refere-se ao estabelecimento de diferença entre desistência do fato e genérica conduta posterior ao fato, o que, de certa forma, leva a nossa conhecida distinção entre desistência voluntária e arrependimento posterior. Apesar de o conteúdo do § 24, 1.°, primeira parte, do Código Penal alemão[46] não ser muito diferente da redação do nosso Código Penal, a abordagem dogmática é distinta. Inclusive, Sancinetti critica Jakobs por aceitar o desfazimento da

39. Idem, p. 167.

40. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*... cit., p. 259-260; *Derecho Penal*... cit., p. 313-314.

41. JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal – Estudios Compilados*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006. p. 489.

42. SANCINETTI, Marcelo. Op. cit., p. 169.

43. Idem, p. 172.

44. JAKOBS, Günther. *Moderna*... cit., p. 532-533.

45. Idem, p. 523-524.

46. "Não será punido por tentativa aquele que renunciar voluntariamente à realização do crime ou evitar sua consumação."

tentativa acabada e, assim, obscurecer os conceitos ao vincular, respectivamente, a desistência voluntária à tentativa inacabada e a evitação do resultado à tentativa acabada, quando o correto seria tratar a questão distinguindo ação e omissão.[47]

Outra consequência oriunda da assunção de uma concepção subjetiva destaca-se na defesa de Sancinetti de que o êxito da desistência não seja tido como elemento de referência, já que a supressão segura do risco criado somente se concebe como desistência quando, em sua conduta, o agente tenha reservado de modo certo a possibilidade dessa eliminação, ou seja, desde que esta eliminação não se vincule a fatores aleatórios. Argumenta que a perda do controle afasta o curso causal do sujeito responsável, fazendo com que não seja mais possível ao agente reinterpretar o fato, isto é, quem perdeu o controle já não pode desistir.[48] Jakobs vincula a possibilidade dessa reinterpretação do fato à total eliminação do perigo criado. Subsistindo um risco residual não controlado pelo agente, ainda que não haja a ocorrência do resultado lesivo, não se configurará a desistência.[49] Por outro lado, como, nessa perspectiva, o êxito da desistência não é necessário para sua configuração, torna-se irrelevante que se evite a consumação do resultado quando o agente já houver cumprido todas as exigências da desistência. A modificação ou revogação do fato já se verifica com a interrupção da fase executória, de modo que eventual produção do resultado seria uma hipótese de consumação antecipada, imputável somente a título de imprudência.[50] O importante seria que o agente não assumisse dolosamente a possibilidade de perder o controle dos riscos que gera com sua conduta.

Em suas conclusões, Sancinetti declara ter provado que as representações subjetivas são decisivas para o injusto penal, o ilícito da tentativa inacabada e o da tentativa acabada se fundam em normas distintas, bem como ter demonstrado que o desenvolvimento de um plano de ação tendente a lesionar um bem expressa seu maior grau de desvalor na tentativa acabada, pois é aqui que se perde o domínio sobre o fato e, por consequência, se alcança o final do ilícito, já não se podendo mais desistir, de modo que toda e qualquer consequência que exceder a ação será mera causalidade.[51]

Não se pode negar que algumas das considerações de Sancinetti tenham seus méritos. No entanto, prescindir do resultado na constituição do ilícito significa presumir que, encerrada a conduta, sempre e em qualquer hipótese, toda e qualquer consequência posterior será obra do acaso. Por mais que a física mecanicista esteja em crise, cremos que não tenhamos hoje elementos técnico-científicos suficientes

47. SANCINETTI, Marcelo. Op. cit., p. 172.

48. Idem, p. 178 -179.

49. JAKOBS, Günther. *Moderna...* cit., p. 530 e 531.

50. SANCINETTI, Marcelo. Op. cit., p. 184.

51. Idem, p. 189.

que nos permitam prescindir, para resolver problemas de causalidade, das leis do movimento – inércia, dinâmica e ação e reação – formuladas por Isaac Newton.[52] Como já afirmamos em outra oportunidade, não desconhecemos que o princípio da incerteza[53] trazido pela mecânica quântica afeta o conceito de trajetória da mecânica newtoniana, mas não a trajetória do tiro desfechado por Mévio contra a cabeça de Tício ou do carro dirigido por Semprônio que atravessa o sinal vermelho e atropela Caio, provocando sua morte instantânea.[54] Isso, sem olvidar que a proposta de Sancinetti aumenta a esfera de arbítrio judicial na análise da prova, abrindo ainda mais espaço para o exercício do poder punitivo estatal, o que, em nosso entender, é um grave erro político-criminal.

52. NEWTON, Isaac. *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*. Trad. Andrew Motte. Londres, 1729. p. 19-21.

53. HEISENBERG, Werner. *The Physical Principles of the Quantum Theory*. Trad. Carl Eckart e F.C. Hoyt. Mineola – N.Y.: Dover Publications, 1949. p. 13 e ss.

54. LOBATO, José Danilo Tavares. Apresentação. In: ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no direito penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. XVIII.