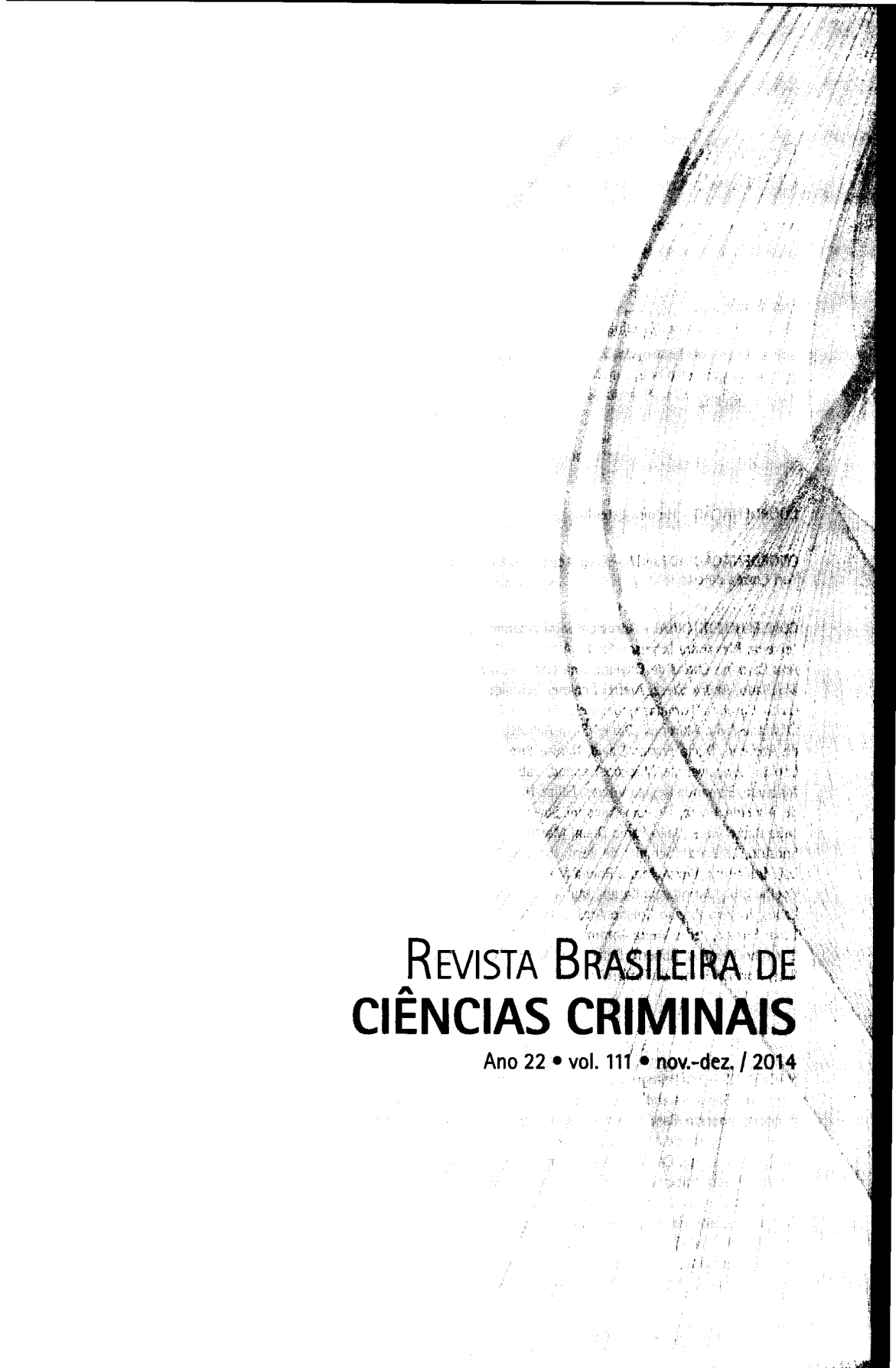


Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 111 • nov.-dez. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 111 • nov.-dez. / 2014

Presidência
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação
Heloisa Estellita

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Heloisa Estellita

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alaor Leite, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Davi de Paiva Costa Tangerino, Luís Greco e Yuri Corrêa da Luz

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Artur de Brito Gueiros Souza, Bruna Angotti, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Décio Franco David, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Augusto Paglione, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Giovani Agostini Saavedra, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Leonardo Schmitt de Bem, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luis Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Susana Aires de Sousa, Thiago Bottino e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício

Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Ana Messuti, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 111 • nov.-dez. / 2014

Presidência
MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Coordenação
HELOISA ESTELLITA

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

Diagramação eletrônica:
Textos & Livros Proposta Editorial S/C Ltda., CNPJ 04.942.841/0001-79
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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

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

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

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

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [01-2015]
Profissional
Fechamento desta edição: [06.01.2015]

EDITORA AFILIADA

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 111 • nov.-dez. / 2014

Coordenação
HELOISA ESTELLITA

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 22 • vol. 111 • nov.-dez. / 2014

Diretora Editorial
Marisa Harms

Diretora de Dperações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

Editores: Bruna Schlindwein Zeni e Danielle Oliveira
Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial
Juliana De Cicco Bianco

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

Equipe de Jurisprudência
Anolistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas de Qualidode Editorial: Cintia Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de A. Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

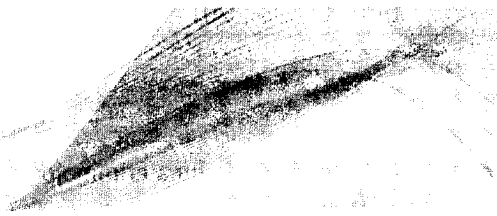
Capo: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito



SUMÁRIO

TEORIA GERAL

O paternalismo jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou à exploração sexual (art. 229 do CP)
JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA 13

Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión
JOSÉ MILTON PERALTA 37

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico
ANDREI ZENKNER SCHMIDT 61

Concurso aparente de normas penais na operação de dólar-cabo (um confronto entre os crimes de evasão e lavagem)
FÁBIO TOFIC SIMANTOB 91

Ações neutras e teoria do abuso de direito – Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia
JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO 113

Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos
MARCELO ALMEIDA RUIVO 157

PROCESSO PENAL

Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva
ANDRÉ SZESZ 181

Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas
JARDEL LUÍS DA SILVA E YURI FELIX 209

Estudo e crítica do "juiz das garantias"
MARCUS VINÍCIUS PIMENTA LOPES 227

CRIME E SOCIEDADE

"Mal de polícia" – À propósito de uma criminologia radical
AUGUSTO JOBIM DO AMARAL 263

As calças do Diabo: capitalismo e criminologia
PEDRO DALLA BERNARDINA BROCCO 293

SISTEMA PRISIONAL

Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida
DEBORA DINIZ e JULIANA PAIVA 313

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos
LENIO LUIZ STRECK e VINICIUS DE MELO LIMA 333

MEDICINA FORENSE

O delito de lesão corporal dolosa e a perda de elementos dentários
ISRAEL MOREIRA PARADELA e MARIA CRISTINA DE SOUZA TRULIO 361

RESENHA

Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – Aspectos constitucionais e penais, de GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Resenha por PATRICIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE 399

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 405

TEMAS 407

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 413

O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE MANTER ESTABELECIMENTO DESTINADO À PROSTITUIÇÃO OU À EXPLORAÇÃO SEXUAL (ART. 229 DO CP)

THE CRIMINAL LEGAL PATERNALISM AND THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE CRIME OF MAINTAINING AN ESTABLISHMENT FOR PROSTITUTION OR SEXUAL EXPLOITATION (ART. 229 OF THE CP)

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unijuí-RS. Especialista em Direito pela Unijuí-RS (em Direito Privado) e pelo Iesa-Santo Angelo. Professor do Mestrado em Direito da URI, Campus de Santo Angelo. Professor de Processo Penal e Direito Penal do Curso de Direito da URI. Professor de Direito Penal IESA-Santo Ângelo. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O direito penal brasileiro penaliza a conduta de manter local destinado à prostituição ou à exploração sexual, mesmo quando a conduta envolva pessoas adultas e capazes e, pois, dotadas de autonomia. Institui-se o paternalismo jurídico-penal de duvidosa constitucionalidade. No presente estudo, analisa-se criticamente a política punitiva sob o prisma do princípio anglo-americano do dano, herdado da filosofia liberal de Mill. Observa-se que a legislação punitiva se constitui em um paternalismo rígido e de indevida interferência no âmbito da autonomia pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade da intervenção penal - Princípio do dano - Autonomia -Casa de prostituição.

ABSTRACT: Brazilian Criminal Law penalizes the conduct of keeping premises for prostitution or sexual exploitation even when the conduct involves capable adults and, therefore, endowed with autonomy. Thus a criminal legal paternalism of dubious constitutionality is established. In this study, we analyze critically the punitive policy under the prism of the Anglo-American principle of harm, inherited from Mill's liberal philosophy. It is observed that the punitive legislation constitutes a hard paternalism and an undue interference in the context of personal autonomy.

KEYWORDS: Legitimacy of penal intervention - Harm principle - Autonomy - House of prostitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Na busca de uma definição para o paternalismo jurídico-penal - 3. A teoria do bem jurídico e a sua (im)possibilidade de limitar as intervenções de um paternalismo rígido: o necessário complemento pelo princípio do dano - 4. A punição do crime de manter estabelecimento destinado à exploração sexual ou à prostituição (art. 229 do CP) e a *legal paternalism* - 5. Considerações finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade das normas legais de um ordenamento jurídico faz-se presente quando se coaduna com os postulados jurídico-políticos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, as normas penais, para serem legítimas, devem manter uma relação especial com princípios morais,[1] os quais, no ambiente penal, são secularizados,[2] respeitando a pluralidade de pensamentos, crenças, convicções, orientações morais e demais componentes subjetivos que integram a consciência anímica humana. Logo, sob os auspícios do Estado Democrático de Direito,[3] que confere valor fundamental aos postulados dos direitos humanos, bem como aos direitos fundamentais positivados na ordem constitucional, que "abraçam" a democracia, tem-se que a liberdade e autonomia do sujeito gozam de um papel fundamental na construção do discurso jurídico. E, de tal constelação de princípios fundamentais, distingue-se a importância do princípio constitucional da proporcionalidade,[4] ao demonstrar que a restrição ou limitação do direito fundamental da liberdade e autonomia do homem somente será justificada se for operacionalizada para a especial proteção de outro interesse fundamental.[5]

É nesse quadro que assume relevância a problemática discussão a respeito do fenômeno denominado paternalismo,[6] que sob a égide de um Estado de bem-estar social, sofre influxos intervencionistas peculiares de um Estado protetor dos direi-

---

1. Ver HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad.* Curitiba: Juruá, 2012. p. 97-143.
2. Consultar FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 218-237.
3. Consultar DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y legitimidad democrática. In: _____; COLOMER, José Luis. *Estado, justicia, derechos.* Madrid: Alianza, 2002. p. 75-96. Conforme Díaz, "El Estado de Derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Com aquel se trata de converti em legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (liberdad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática". p. 75. Mais adiante, quando trata do termo *império da lei*, Díaz ensina que o termo corresponde ao império da lei fundamental (Constituição), à qual se vinculam as demais regras, correspondendo, também, à lei produzida como livre expressão da soberania popular, que é condição necessária e imprescindível para uma eficaz proteção das liberdades e direitos fundamentais. Ver p. 81-82.
4. Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-176.
5. Consultar FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha Ferreira; VEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo crítico à luz da autonomia da vontade pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 98. p. 210-237. São Paulo, set.-out. 2012.
6. A expressão paternalismo pode ser conceituada como sendo a interferência na liberdade da ação individual por parte do Estado, na qual o soberano atua como um pai de seus súditos, incapazes de se protegerem por si mesmos, editando leis e políticas. Nesse sentido,

tos fundamentais,[7] restringindo e por vezes eliminando, a liberdade-autonomia do sujeito, com o escopo de protegê-lo.

Nesse aspecto, não pode ser desconsiderado que o judiciário, por vezes, funciona como um *superego* da sociedade,[8] forjando uma nova e problemática sociabilidade, o faz, na maioria das vezes, premido pela *caverna midiática*[9] dos meios de comunicação,[10] tornando relevante, no âmbito do Direito, a discussão em torno de necessários limites à ação paternalista do Estado no âmbito do controle penal.

O paternalismo, de origem anglo-saxônica, é definido como *administração paternal* do Estado, ditada para suprir as necessidades de regular a vida de uma determinada nação, na lição de Martinelli.[11] Sua aplicação é justificada por motivos ligados ao bem-estar, à felicidade, como forma de se preservar determinados interesses e valores comunitários.[12] Cuida-se de uma intervenção coativa no comportamento de uma pessoa, a fim de evitar que produza danos a si mesma, nos ensinamentos de Garzón Valdés.[13] Para Elidio Resta, o paternalismo é utilizado,

---

COLOMER, José Luis. Liberdad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos. In: _____; DÍAZ, Elías. *Estado, justicia, derechos*. Madrid. Alianza, 2002. p. 177-209.

7. Nesse sentido, RESTA, Elidio. Metáfora del contrato. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante. n. 05. p. 227-242. 1988.
8. Conforme MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15 e seguintes. Nas palavras de Maus, "a sociedade órfã, de maneira paradoxal, promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece. Assim, os indivíduos e coletividade podem ser mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos funcionais da sociedade industrial evoluída".
9. A expressão é de CAPELLA, Juan-Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid: Trotta, 2007. p. 187-188. Capella, nesse particular, recorre à metáfora da "caverna" que Platão emprega na "República" (referindo-se à visão de pessoas presas no fundo de uma caverna, que só haviam visto as sombras do que, do lado de fora, refletiam em um de seus muros, mas que detinham a crença de que essas sombras refletiam a realidade), para ensinar que a mídia oferece imagens de todo o mundo, que tende a se considerar informado por tais imagens, que são apresentadas como correspondentes à verdadeira realidade.
10. Ver GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 76-81.
11. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. *Revista Liberdades*. n. 02. p. 13-23. São Paulo: IBCCRIM, set.-dez. 2009. Também, para a compreensão do tema, é de fundamental leitura, a obra do citado autor: *Paternalismo jurídico-penal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.
12. Idem, p. 14.
13. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante. n. 5. p. 155. 1988.

na linguagem política, para designar uma técnica de governo de comportamentos autoritários, ainda que benévolos, dos governantes aos governados.[14] Por outro lado, também soa inegável que, a partir da obra *Sobre a liberdade,* de John Stuart Mill, no sentido de que cumpre ao controle penal interferir na esfera da liberdade de ação de outrem somente no limite para evitar condutas danosas a terceiros (*princípio de dano*),[15] o paternalismo tem sido objeto de discussão crítica, na medida em que se contrapõe à autonomia, à autodeterminação e à igualdade, caros a própria democracia. Em síntese, procura-se criticar o *moralismo jurídico,* que é o fenômeno de proibirem-se condutas por considerá-las, intrinsecamente imorais.[16] Ou seja, numa espécie de *perfeccionismo moral,*[17] busca-se aperfeiçoar o caráter moral do indivíduo,[18] violando-se, por consequência, o princípio da secularização do Direito Penal.

Diante do exposto, pretende-se abordar o denominado paternalismo jurídico-penal, fazendo um contraponto com o *princípio de dano* de Stuart Mill para, ao final, tentar demonstrar a falta de legitimidade da punição para a manutenção de local destinado à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 229, CP).[19]

2. NA BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO PARA O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

De início, é necessário que se diga que o paternalismo não se confunde, ao menos desde uma concepção liberal, com o denominado *moralismo jurídico,* o qual, orientado pelo princípio da moralidade, entende que o Estado pode (e deve) intervir na liberdade das pessoas quando sua conduta for considerada imoral, independente-

14. RESTA, Elidio, op. cit., p. 227.

15. Nesse sentido, COLOMER, José Luis. Liberdad individual y límites del derecho... cit., p. 182, para quem o "célebre" ensaio de Mill (*Sobre a liberdade*), converteu-se no lugar clássico sobre os limites da ação do Direito em respeito à autonomia pessoal e tolerância moral.

16. FEINBERG, Joel. Legal paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Comp.). *Paternalism.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. p. 27.

17. Conceito de perfeccionismo moral é fornecido por SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2. p. 29-97. Na lição de Sarmiento, "parece-nos que a tutela ultrareforçada conferida às liberdades fundamentais, a consagração do pluralismo jurídico como fundamento da República (art. 1.º, V, CF) ao lado do princípio da laicidade estatal (art. 19, I, CF), desautorizam qualquer interpretação que abra espaço para um Estado perfeccionista, que, em nome de tradições coletivas, ou de alguma visão majoritária sobre o bem comum, busque tutelar, paternalisticamente a vida de cada um, passando por cima da autonomia individual". p. 48.

18. GARZÓN VALDÉS, op. cit., p. 157.

19. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Trad. Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

mente da ausência de lesão a um interesse.[20] No moralismo jurídico intenta-se, portanto, proibir comportamentos estritamente imorais, mesmo que ausente qualquer lesividade, atingindo, por isso, atos praticados por adultos capazes.[21] Logo, para os partidários de tal pensamento, é defensável, para a prosperidade da sociedade em geral, a criminalização de atos meramente imorais. Nesse particular, cumpre notar que dentre os autores que se destacam na defesa do *moralismo legal* pontua Patrick Devlin, o qual, na lição de Martinelli,[22] estima que toda a sociedade possui uma estrutura moral (além da estrutura política), que deve ser protegida pela lei, na medida em que se constitui em um interesse vital. Dessa maneira, sustenta Devlin que cabe à sociedade julgar quais as moralidades devem ser perseguidas pelo sistema do Direito, daí o porquê de ele ser favorável à criminalização de todas as formas de imoralidades sexuais, notadamente a prostituição, que para ele constitui-se em um caso típico de "fraqueza" moral. Em síntese, para Devlin, qualquer imoralidade afeta, em maior ou menor grau, a vida em sociedade, revelando-se, pois, utilitária a sua defesa.[23-24]

Assim, uma vez apresentado o conceito de *moralismo legal,* impõe-se a definição do paternalismo. Nesse passo, nota-se que o *paternalismo,* no Direito Penal, apresenta-se na forma de sanções penais utilizadas para criminalizar condutas de quem intenta se autolesionar, ou para proibir comportamentos de terceiros que possam concorrer à lesão de outrem.[25] Conforme lição de Martinelli, "o paternalismo, assim, pode ser definido como a interferência na liberdade de escolha de alguém, com ou sem coerção, para o bem da própria pessoa, contra a sua vontade".[26] No

20. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p. 46-47.

21. Na lição de MARTINELLI, João Paulo Orsini, idem, p. 47 e ss., o *moralismo legal* possui duas versões. A versão "forte" entende que basta a imoralidade para legitimar a intervenção do Estado na liberdade de outrem; já, a versão "fraca, no pensamento do autor, entende que a imoralidade é condição necessária, todavia, não suficiente à coação estatal.

22. Idem, p. 48-49.

23. Idem, p. 49.

24. Tal *moralismo legal* defendido por Devlin foi criticado por Hart, para quem não há legitimidade do Estado em criminalizar comportamentos sexuais entre pessoas maiores e capazes, na medida em que a capacidade e o consentimento minam o interesse do Estado, pois a mera imoralidade, despida de lesão ou perigo a um determinado interesse (princípio da ofensividade ou princípio do dano), não é capaz de justificar a intervenção do controle penal. Ver MARTINELLI, João Paulo Orsini, idem, p. 49-50.

25. Nesse sentido, a lição de HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 67. p. 11-28. São Paulo: jul.-ago. 2007, p. 12. Conforme Von Hirsch, nesse particular, o paternalismo pode ser denominado direto, quando o controle penal é acionado para evitar que a pessoa se lesione ou indireto, que é o que ocorre quando o sistema penal é utilizado para coibir comportamentos que auxiliem outrem a se lesionar.

26. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas cit., p. 14.

que concerne às características do paternalismo, ainda nas pegadas de Martinelli, pode-se apontar as seguintes: "(1) a intervenção na liberdade de seleção de alguém; (2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; (3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado".[27] De outro lado, segundo definição utilitarista adotada por Gerald Dworkin,[28] o paternalismo pode ser entendido como uma interferência na liberdade de ação de outra pessoa, justificada por um ideal de bem-estar, necessidades, interesses, felicidade, valores da pessoa submetida à coação estatal.[29]

Cuida-se de uma *self proteccion* justificada por vetores de justiça distributiva, que busca evitar danos ao indivíduo e à sociedade,[30] objetivando facilitar as conquistas do indivíduo na sua própria concepção de bem.[31] Por outro lado, as intervenções paternalistas em Direito Penal, conforme Von Hirsch, apresentam duas características: (a) dizem respeito ao próprio bem jurídico; e (b) a coerção não concede à pessoa a possibilidade de repelir a medida que, de certa forma, é imposta pela potestade estatal contra sua vontade e autonomia.[32] Em suma, na intervenção paternalista, que a princípio deve ser evitada[33] porque sua aplicação convoca o tema de *hard cases*,[34] impõe-se um dever ou uma conduta desprezando-se a autodeterminação alheia,[35] que é desconsiderada na busca de uma proteção a sujeitos incapazes de expressar sua autonomia ou evitar que terceiros possam concorrer à lesão de determinado bem jurídico. Assim, o Direito, funcionalizado na figura de um verdadeiro "pai", procura compensar tal *déficit*, estabelecendo normas penais que se apresentam até mesmo contra a vontade de um sujeito capaz. Cuida-se, enfim, de intervenções demarcadas por escopo "benéfico", isto

27. Idem, ibidem.

28. Cumpre notar, por relevante, que Gerald Dworkin possui um viés utilitarista, na medida em que sua base de fundamentação vem da *Common Law*, necessitando devidas adaptações com o teorema do bem jurídico, o qual é informado pela tradição Romano-Germânica (*Civil Law*).

29. DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: WASSERSTROM, Richard A (coord.) *Morality and the law*. Belmont (EUA): Wadsworth, 1971. p. 230-239.

30. Conforme RESTA, Elidio, op. cit., p. 229.

31. Na observação de NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 383.

32. HIRSCH, Paternalismo direto... cit., p. 13.

33. Conforme COLOMER, José Luis. Liberdad individual y límites del derecho... cit., p. 198-199.

34. Na observação de RESTA, op. cit., p. 229, que traz à colação os intrincados temas como a obrigação de os motociclistas usarem capacetes até o recurso de intervenções médicas contra a vontade do paciente, especialmente no caso de transfusões de sangue nos casos das Testemunhas de Jeová.

35. FEIBERG, Joel. *Harm to self*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

é, de políticas compensatórias que buscam proteger indivíduos, uns contra os outros ou contra elas mesmas, podendo ser definidas como "ato de gestão ou governabilidade autorreferencial".[36]

O paternalismo também é comumente classificado, a partir da proposta de Dworkin, como paternalismo *puro* ou *impuro*. No paternalismo puro (ou direto), há interferências no comportamento de um grupo de pessoas para protegê-las de suas próprias ações (por exemplo, o suicídio), existindo correspondência entre o sujeito beneficiado e o que sofre restrição na sua autonomia.[37] Por outro lado, no paternalismo impuro (indireto), justifica-se a interferência na liberdade de um grupo de pessoas para protegê-las da ação de outras que não integrantes de tal grupo, como o que ocorre no art. 217-A do Código Penal (que pune o estupro de vulnerável), oportunidade em que o legislador limita a liberdade de pessoas adultas com o fim de proteger o grupo de pessoas vulneráveis (menores de 14 anos).[38]

Para o doutrinador Feinberg,[39] o paternalismo é classificado em *rígido, duro ou forte* (o *hard paternalism*), quando é informado pelo ato de intromissão na vontade de quem possui plena capacidade de sobre ela dispor, ignorando, portanto, a autonomia do sujeito imputável e plenamente capaz. Cuida-se de um paternalismo autoritário, que pretende legitimar sua intervenção pela prevenção de resultados danosos, mesmo quando emanam de pessoa autônoma e com capacidade de livre resolução, comprometido a evitar "autolesões" ou "heterolesões consentidas", o que somente se justificaria em casos excepcionais.[40] O paternalismo *moderado*, brando ou débil (*soft*), refere-se à medida interventiva que cuida de ação involuntária, buscando a proteção de pessoa contra si mesma ou conduta de terceiros, na medida em que, premida pela sua própria incapacidade e fragilidade, pode vir a praticar condutas nocivas contra a sua própria pessoa.[41] Dessa forma, no paternalismo *soft*, há uma mitigação total ou parcial na manifestação de vontade do sujeito incapaz ou vulnerável, que é justificada em razão da incompleta maturidade de disposição, que possuem os absolutamente vulneráveis, como crianças, adolescentes, doentes mentais, dentre outros.[42-43-44]

---

36. FERREIRA; VIEIRA, op. cit., p. 213.
37. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas cit., p. 15.
38. Ver MARTINELLI, João Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p. 116.
39. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas cit., p. 15.
40. FERREIRA; VIEIRA, op. cit., p. 216-217.
41. Idem, p. 213.
42. Conforme FERREIRA; VEIRA, op. cit., p. 214-217.
43. Consultar, de igual sorte, HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto... cit., p. 18.
44. Importa a leitura de MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p. 115-116.

Nesse rumo, Manuel Atienza define a conduta paternalista como aquela que se destina à obtenção de um benefício para um indivíduo ou grupo de indivíduos, desprezando a capacidade de disposição acerca do conteúdo da deliberação resolutiva por parte dos possíveis beneficiários da legislação protecionista.[45] Assim, para Atienza, o paternalismo somente pode estar eticamente justificado quando: (a) estiver encaminhado à proteção de um bem jurídico objetivo de uma pessoa ou coletividade; (b) os indivíduos ou a coletividade a quem se aplica ou se destina a medida não podem prestar seu consentimento por serem portadores de uma incapacidade, transitória ou não; (c) se pode presumir, racionalmente, que eles prestariam seu consentimento se não estivessem em uma situação de incapacidade.[46] No mesmo entendimento é a lição de Garzón Valdés, para quem somente é legítimo o *paternalismo soft,* defendendo, por isso, que a intervenção paternalista somente é justificada quando parte de duas premissas: (a) uma do tipo empírica (constatação de uma incapacidade básica); (b) outra do tipo ético-normativa, que consiste no *déficit* provocado pela incapacidade que deve ser superada, como forma de assegurar a autonomia e a igualdade, em observância ao princípio do dano. Sob essa ótica, para ele, o paternalismo não se justifica quando privilegia alguém capaz e dotado de plena autonomia e que quer danar-se ou até mesmo privar-se da vida ou, ainda, quando prefere correr um dano altamente provável (autocolocação em risco) na busca de prazer.

Pode-se referir, a partir do exposto, que as intervenções paternalistas no Direito Penal, parafraseando Von Hirsch, são problemáticas, sobretudo pelo fato de que se confrontam com o princípio da autodeterminação do homem, tema caro ao Estado Democrático de Direito e que, nas democracias liberais, se legitima no respeito ao princípio da autonomia.[47] Portanto, é razoável concluir que a intervenção penal paternalista somente encontra legitimidade, de regra, na sua forma *limitada* ou *fraca* (*soft,* na definição de Feinberg), que estima como positivas as intervenções do Estado de bem-estar para compensar o *déficit* de autonomia e desigualdade, protegendo o agente que não é completamente capaz para tomar um determinada decisão.[48] Ora, como bem expressa Martinelli, "o direito penal, como instrumento de controle social formal, o mais rigoroso do Estado, só pode ser utilizado para

45. ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa*: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 5, p. 203, 1988.

46. Idem, p 209. Conforme Atienza, a medida paternalista somente estará justificada se for um meio adequado para consecução de um fim, do bem perseguido, e sempre que não suponha a destruição de outros bens de igual ou parecido valor. Para tanto, segundo o autor, deve-se objetivar a ideia de bem e, ao mesmo tempo, interpretá-la no sentido mais restritivo possível, a fim de que se revele compatível com o valor da autonomia (num verdadeiro consenso racional que respeite o princípio da universalização da igualdade). Ver p. 210.

47. Ver ÁLVAREZ, Silvina. La autonomía personal. In: DÍAZ, Elías; COLOMER, José Luis. *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002. p. 153-176.

48. HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto... cit., p. 18-19.

prevenir lesão ou perigo de lesão a bens de terceiros" (incapazes).[49] Com efeito, o paternalismo limita o princípio da autonomia pessoal, correlato do princípio da dignidade da pessoa humana,[50] que ensina que nos modelos de organização democrática, o dirigismo não pode intervir, indiscriminadamente, no conteúdo dos direitos individuais, devendo sua intervenção se resumir aos casos em que a restrição for sumamente benéfica à proteção de outros interesses.[51-52]

3. A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A SUA (IM)POSSIBILIDADE DE LIMITAR AS INTERVENÇÕES DE UM PATERNALISMO RÍGIDO: O NECESSÁRIO COMPLEMENTO PELO PRINCÍPIO DO DANO

A teoria do bem jurídico ocupa um papel central na teoria jurídico-penal contemporânea,[53-54] possuindo uma função crítica limitadora da ação do legislador,[55] embora tal concepção sofra constantes embates.[56] Logo, estima-se que a função primordial do Direito Penal se refere ao compromisso de proteção subsidiária de bens

49. MARTINELLI, João Paulo Orsini, Paternalismo na lei de drogas cit., p. 15.

50. Ver BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 88-93.

51. Como refere NINO, Carlos Santiago, op. cit., p. 174-242, o princípio da autonomia pessoal, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana constituem a base de uma concepção liberal e decorrem dos direitos fundamentais individuais, possuindo, ainda, o efeito de invalidar doutrinas filosóficas totalitárias da sociedade, como o holismo, o perfeccionismo e o determinismo normativo. E tais direitos fundamentais, notadamente, o da autonomia pessoal informam um princípio geral que proscreve a interferência em qualquer atividade que não interfira na atividade de outras pessoas.

52. FERREIRA; VEIRA, op. cit., p. 218.

53. Uma excelente abordagem sobre o bem jurídico e sua complexidade é dada na obra organizada por HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

54. A afirmação é de HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el princípio del daño. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 37. Conforme Hirsch, a teoria do bem jurídico, além de constituir um *topói*, recebe, conforme concepção dominante, uma função crítica, que, embora questionável, constitui a base irrenunciável de um sistema jurídico-penal racional.

55. Por todos, ver HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

56. Os contornos contemporâneos de tal discussão são apontados por GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

jurídicos.[57-58-59] Nesse sentido, apresenta-se consensual a assertiva de que o teorema do bem jurídico se constitui em uma base irrenunciável de um sistema jurídico-penal racional, herança da filosofia da Ilustração (Hassemer[60]). Na visão do penalista da Escola de Frankfurt, a missão do controle penal é a proteção de bens jurídicos, os quais, em sua origem, constituíam-se em um princípio negativo, limitador do controle penal. Este, por sua vez, não pode ser lido como uma exigência de criminalizar qualquer conduta que lesione um bem jurídico. Ao contrário, permite deslegitimar toda lei penal que não se refira a uma lesão ou perigo a um bem jurídico, no preciso ensinamento de Hassemer, quando assevera que "una prohibición de una conduta bajo amenaza penal que no pudiera remetirse a un bien juridico sería terror de Estado".[61]

Todavia, importa reconhecer que o teorema do bem jurídico não possui esse "reconhecimento" esperado pelos teóricos da "Escola de Frankfurt",[62] na medida em que, face a sua vagueza e maleabilidade, carece de conteúdo material (e, nesse particular, nem a ancoragem constitucional é o bastante para delimitá-lo[63-64]), le-

57. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 87. p. 103-120. São Paulo, nov.-dez. 2010.

58. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I:* fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 51-56. Conforme Roxin, os bens jurídicos "son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para em individuo y su livre desarollo em el marco de un sistema social global estruturado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema".

59. Importa a leitura de CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008. especialmente p. 331-347. Segundo o ensinamento de Carvalho, "a sanção penal deve ser a *ultima ratio,* isto é, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens indispensáveis para a conservação da sociedade, tutelando não a totalidade da ordem ético-social, mas apenas as normas fundamentais que a compõem que não possam ser protegidas de modo eficaz através de meios menos gravosos".

60. HASSEMER,Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 24-73.

61. HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal cit., p. 95-104. Conforme Hassemer, a questão de poder haver delitos que não afetem bens jurídicos é retórica, uma vez que o bem jurídico é fundamento necessário e constitucional tanto para conceber proteção como para estabelecer limites à intervenção penal. Ver. p. 104.

62. Consultar LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o Direito Penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 97. p. 142-181. São Paulo: jul.-ago. 2012.

63. Consoante FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 100. p. 110-111. São Paulo: jan.-fev. 2013.

64. Ver, por todos, GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 49. p. 89-147. São Paulo: jul.-ago. 2004.

gitimando o ceticismo existente acerca da capacidade de prestação do conceito, na acurada observação de Feijoo Sánchez.[65] Com efeito, a este assiste razão quando afirma que a teoria do bem jurídico, sob a perspectiva de política criminal serve, tão somente, para desvelar o fim protetor de uma norma incriminadora ou discutir a legitimidade de uma norma penal concreta, na medida em que não responde a importantes questionamentos sobre o que proteger, como, quando e até onde. Assim, ao contrário de limitar, o teorema pode possibilitar uma política criminal expansiva, ampliando o espectro de proteção.[66]

No mesmo sentido posiciona-se Greco,[67] que apresenta a atual distinção da moderna teoria do bem jurídico (a saber: *conceito dogmático de bem jurídico,* referido a determinado tipo penal e o *conceito político-criminal de bem jurídico,* vocacionado a controlar a atividade do legislador[68]), e para quem a teoria não consegue se opor à criminalização de atividades "meramente imorais",[69] porque tais crimes, somente de forma indireta, se referem a bens jurídicos como vida, integridade física, autodeterminação sexual, dentre outros. Nesse caminho, segue o pensamento de Feijoo Sánchez, entendendo que a teoria do bem jurídico tem-se revelado incapaz de constatar a ausência de lesividade social de determinadas opções ideológicas, religiosas, morais ou políticas, na medida em que os "gestores ideológicos ou morais" conseguem, na atualidade, criminalizar o que consideram incorreto, especialmente no que respeita à liberdade sexual, afirmando que existe uma verdadeira expansão do Direito Penal sexual.[70]

Sob esse aspecto, importa notar que a ciência penal anglo-americana, diversamente da família romano-germânica, trabalha com um conceito equivalente ao

65. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., p. 89-139.

66. Idem, p. 116-123.

67. GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e o Direito Penal Liberal: Reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 92. p. 444-445. São Paulo: set.-out. 2011. Como bem vaticina Greco, "sempre é possível, ainda que partindo de um conceito político-criminal de bem jurídico que exclui a moral do rol de bens passíveis de proteção pelo direito penal, encontrar um argumento de consequências indiretas para considerar imoral não apenas imoral, mas também perigosa para um dos bens reconhecidos pela teoria". Ver. p. 446.

68. Ver GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato cit., p. 89-147. Conforme Greco, de "uma perspectiva dogmática", toda norma terá seu bem jurídico. Logo, no art. 229, o bem jurídico corresponderia à "moralidade pública sexual". Agora, segundo ele, quando se trabalha com um conceito "político-criminal" de bem jurídico se busca alguma eficácia para limitar o poder de punir do Estado. Ver. p. 92-93.

69. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 82. p. 165-185. São Paulo: jan.-fev. 2010.

70. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., p. 123-132.

bem jurídico, denominado *harm principle* (princípio do dano), que é empregado como instrumento para delimitar e limitar o âmbito da aplicação legítima das normas penais.[71] Conforme Hirch,[72] nos países da língua inglesa a base de legitimação das normas penais recorre ao teorema do *harm principle,* que tem ocupado papel essencial, desde o século XIX, na dogmática penal, observando, ainda, que tal axioma segue as pegadas de Mill, vertidas na sua obra "Sobre a liberdade".[73] Cumpre notar que, no pensamento de Mill, a única finalidade para qual o poder, com pleno direito, pode ser exercido sobre o membro de uma determinada comunidade civilizada, contra sua vontade, é para evitar que ele prejudique os demais. Logo, seu próprio bem físico ou moral não é justificação suficiente, pois ninguém pode ser obrigado a realizar ou não determinados atos porque isso é melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos outros, seria mais acertado ou mais justo. A única parte da conduta de que cada um é responsável face à sociedade é a que atinge/ofende interesse dos demais membros da coletividade. Busca-se, portanto, a separação das esferas de liberdade pelo princípio do dano, possibilitando que cada cidadão tenha plena liberdade para perseguir seus desejos e fins, desde que não produza danos a outrem. Dessa forma, não se pode castigar a autolesão, nem tampouco se pode justificar o castigo unicamente em virtude de sua imoralidade.[74]

Com efeito, o conflito entre a liberdade e autoridade é questão crucial para Mill, pois a liberdade significa proteção contra a tirania das opiniões de massa e sua propensão a impor estilos de vida, a demostrar a tensão existente entre a liberdade individual e o controle social. Com isso, ressalta-se que a intervenção do controle penal somente é legítima no caso de impedir ameaça ou lesão a outra pessoa. A independência/autonomia de uma pessoa é, por direito, absoluta, já que, no que se refere ao próprio corpo e à consciência, a pessoa é soberana. Nas palavras de Mill:

"Cada um é o guardião de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade é a grande vencedora ao permitir que cada um viva como lhe pareça melhor, mais do que seria se coagisse cada pessoa a viver de acordo com o que parecesse melhor para o resto das pessoas".[75]

Importa observar que Mill já detectava uma crescente inclinação, em geral, de ampliação dos poderes da sociedade sobre os indivíduos, ou seja, o fortalecimento

71. Conforme MULGAN, Tim. *Utilitarismo.* Trad. Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 40-41, que sustenta que o "princípio da liberdade" de Mill também é conhecido como "princípio do dano".

72. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño' cit., p. 37-52.

73. Idem, p. 38-39.

74. Idem, ibidem.

75. MILL, John Stuart, op. cit., p. 54.

da sociedade e diminuição do poder dos indivíduos.[76-77] A partir da constatação da crescente limitação da liberdade nas sociedades modernas, Mill procurou estabelecer um limite para os interesses sociais, afirmando que o fato de se viver em associação torna indispensável que cada um seja obrigado a observar uma certa linha de conduta para com os outros, representada na máxima de não ferir interesses de outra pessoa. Dessa forma, tão logo a conduta de uma pessoa lese o interesse das outras, a sociedade "tem jurisdição" sobre ela. Todavia, segundo o filósofo inglês, "não há espaço para tratar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta o interesse de ninguém, a não ser dela mesma".[78] Disso resulta que somente os atos danosos a outras pessoas, cometidos com infração às regras necessárias para a sua proteção, individual ou coletivamente, é que são passíveis de punição.[79]

Em resumo, pode-se referir que, para o liberalismo de Mill, o indivíduo não pode ser responsabilizado face à sociedade por suas ações e escolhas morais, desde que sua conduta não afete o interesse de terceiro. Orientação, persuasão, reprovação moral ou o afastamento das outras pessoas são as únicas medidas que a sociedade dispõe para exprimir seu desagravo. Desse modo, o princípio da liberdade constitui-se num verdadeiro princípio de justiça,[80] assinalando a fronteira e limites legítimos da coerção social e política sobre as pessoas. E, como já apontado por Mill, tal coerção só é permitida em caso de dano para os outros, representado na forma de violações dos direitos ou de deveres significativos assentados em interesses vitais.[81] Sob esse aspecto, a liberdade é caracterizada como "zona inviolável" e, por isso, o direito ao livre desenvolvimento pessoal, o direito à individualidade e

76. Idem, p. 55.

77. No mesmo sentido, ver MAUS, Ingeborg, op. cit., p. 221-222.

78. MILL, John Stuart, op. cit., p. 145. Na lição do autor, "nem uma só pessoa, ou grupo de pessoas, pode dizer a outro ser humano, já maduro, que ele não pode, para seu próprio benefício, fazer de sua vida o que ele escolheu. Ele é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar, o interesse que qualquer outra pessoa, exceto em fortíssima ligação emocional, possa ter nesse bem-estar é diminuto perto do que ele próprio tem; o interesse que a sociedade tem para com ele, como indivíduo (excetuando a sua conduta para com os outros) é parcial, e completamente indireto (...)". p. 146.

79. Idem, p. 151. Por tal motivo, assevera Mill, "por uma conduta que nem viola nenhum dever específico para com o público, nem, em nenhuma ocasião, fere alguma outra pessoa além de si mesma, a inconveniência é daquelas que a sociedade pode suportar, pelo bem maior da liberdade humana. Se pessoas crescidas devessem ser punidas por não tomar conta de si mesmas, eu preferiria antes que isso se desse pelo bem delas, e não sob a pretensão de prevenir que elas prejudiquem a capacidade que deveriam ter de oferecer à sociedade benefícios que a sociedade não pode pretender de forma justa que tenha o direito de exigir". p. 155.

80. Conforme DONNER, Wendy; FUMERTON, Richard. *John Stuart Mill*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 89.

81. Idem, p. 89-90.

à autonomia recebem destaque especial, constituindo-se em condições prévias do bem-estar numa vida em sociedade.[82-83]

Por fim, com Hirsch, pode-se afirmar que o *harm principle* se constitui em um teorema destinado a limitar o direito de punir da potestade estatal, aproximando-se da teoria do bem jurídico para enriquecer o debate e preencher possível vagueza do conceito bem jurídico, já que exige o *harm to others* para ingerência na liberdade de um indivíduo, servindo como um critério limitador.[84] É diante da ênfase dada à lesão aos interesses de terceiros, pedra de toque para o *harm principle,* que se pode analisar a penalização da conduta de manter local destinado à exploração sexual ou à prostituição quando envolve a prática consentida e sem exploração de pessoas adultas,[85] com base em fundamentações paternalistas[86] de duvidosa constitucionalidade.

4. A PUNIÇÃO DO CRIME DE MANTER ESTABELECIMENTO DESTINADO À EXPLORAÇÃO SEXUAL OU À PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CP) E A *LEGAL PATERNALISM*

O ponto controverso no presente estudo está no debate entre o *moralismo jurídico-penal* (tese que entende que a imoralidade de um determinado comportamento é uma razão para a punição da conduta, consistindo num bom motivo para criminalizá-la) e o *liberalismo jurídico-penal* (tese contrária e que, por sua vez, defende que a imoralidade de um determinado comportamento não é relevante, por si só, para legitimar uma decisão política de incriminá-lo[87]). Tal discussão, em certa medida, já foi enfrentada por Luís Greco,[88] quando analisou o julgado HC 104.467 do STF, apontando os erros e acertos de tal decisão, cumprindo que se destaque o acerto da jurisprudência em rechaçar a alegação da adequação social como forma de revogação implícita de tipos penais incriminadores. De outro lado, o "grave erro" da decisão, dentre outros elencados por Greco, foi sufragar o inconstitucional paternalismo jurídico (ou *moralismo perfeccionista*). Nesse sentido, pretende-se destacar que tal punição trata-se de uma nefasta intervenção da moral. Já se observou, no decorrer deste estudo, que o paternalismo se choca com o princípio da autonomia

82. Idem, p. 90.

83. Os contornos do utilitarismo são dados por HART, Herbert L. A *Entre utilidad y derechos.* Trad. Everaldo Lamprea Montealegre. Colombia: Universidad de Externado, 2003. Também importa leitura de HALPIN, Andrew. *Derechos, utilitarismo y moralidad: observaciones preliminares.* Trad. Paula Torres Holguín. Colombia: Universidad de Externado, 2005.

84. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño cit., p. 45.

85. Idem, ibidem. Na Alemanha, a lei de estupefacientes, que pune o consumo de drogas, protege, como no Brasil, o bem jurídico saúde pública.

86. Idem, p. 46.

87. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?... cit., p. 172-173.

88. GRECO, Luis. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e o Direito Penal Liberal... cit., p. 421-457.

pessoal.[89] Nesse contexto, não pode ser esquecido, como ensina Feinberg, que o moralismo jurídico colide com o princípio da autonomia dos cidadão que, em certas esferas (ainda que reduzidas), é soberano absoluto para a prática de determinadas atividades, ainda que não caia no gosto dos demais membros da comunidade, que devem, em respeito à liberdade, suportar as exigências.[90]

Logo, conforme Hirsch, a justificação de normas fundadas no paternalismo depende, de maneira decisiva, da gravidade e da irreparabilidade dos danos autoinfligidos, da intensidade e duração temporal da intervenção, bem como da racionalidade dos motivos que pode ter o agente para realizar sua conduta.[91] Nessa esteira, cumpre referir que a maioria dos sistemas penais modernos, de regra, evitam o paternalismo em seu Direito Penal, consagrando a impunidade das autolesões como critério de política criminal. Por isso, a tentativa de suicídio e a autolesão dolosa, de acordo com o sistema penal pátrio, não são catalogadas como delitos.[92] Não se nega, por outro lado, que é razoável a utilização do paternalismo moderado para evitar comportamentos de terceiros que lesionem pessoa vulnerável, ou concorram para que outrem intencionalmente se lesione.[93] Tal debate, caro à literatura anglo-americana, sobretudo do século XIX, deve-se, como já assentado, à formulação do "princípio da ofensa" de Mill, crítico das intervenções paternalistas. Dele vem o ensinamento de que o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões, o que faz baseado na afirmação da ideia da autodeterminação (*personal sovereignity*).[94] Portanto, na acertada lição de Hirsch, "a sanção penal não é uma forma adequada de coerção estatal para proteção de um agente contra a autolesão".[95] E é possível se agregar um outro argumento, o do que o ato lesivo não pode ser imputado de forma negativa ao agente, carecendo a pena de sua função censuratória.[96]

---

89. Conforme HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto... cit., p. 11-28.
90. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?... cit., p. 176-178.
91. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño cit., p. 48.
92. HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto... cit., p. 12.
93. Idem, p. 13. Hirsch, seguindo ensinamentos de G. Dworkin, nesse particular, aponta a existência de um paternalismo limitado, permitindo a intervenção estatal quando: 1) a autolesão for especialmente séria e irreversível (como o caso de morte ou de lesões corporais graves); 2) a pessoa parecer estar agindo em virtude de uma situação extraordinária de estresse; 4) a duração da intervenção for delimitada; e 5) houver restrições para intervenções repetidas. Entretanto, sinaliza que, mesmo na hipótese de um paternalismo limitado, não há espaço para um controle do Direito Penal, reclamando, ao contrário, intervenções coercitivas de outra natureza, como, por exemplo, de natureza civil ou administrativa. p. 17-18.
94. Idem, p. 18.
95. Idem, p. 22.
96. Idem, p. 25-26. Com isso, afasta-se o argumento no sentido de que a punição ao porte/uso de drogas combate atos que vitimizariam outras pessoas, bem como pelo fato de que leva a outras consequências criminológicas e criminais, tais como roubos, furtos, vandalismo,

O delito de manter casa de prostituição ou local destinado à exploração sexual (art. 229, CP) se encontra tipificado no título VI do CP (sob o nome dos *crimes contra a dignidade sexual),* que teve sua nomenclatura alterada pela Lei 12.015/2009, que, em boa hora, estabeleceu que o controle penal não está a serviço de "moralidades públicas" ou de tutelar "costumes"; ao contrário, protege a dignidade daquele que tem sua liberdade sexual violada. O tipo em questão pune a conduta do *lenocida* que: (a) mantiver, por si ou terceiro; (b) local destinado a encontros libidinosos ou exploração sexual; (c) com certa habitualidade (ou, no mínimo, o *animus* de permanência); (d) mesmo que sem intuito de lucro.[97] O crime expressa-se na conduta daquele que favorece/concorre/ou lucra com a prostituição alheia, já que a prostituição individual é conduta atípica. Cuida-se, nos ensinamentos de Hungria, de um *lenocídio acessório,* consistente na atividade criminosa dos "mediadores" e "aproveitadores", em geral, da prostituição alheia. Na sua dicção, "o texto legal incrimina a manutenção de local destinado, permanentemente, habitualmente, ao agasalho de casais para fins sexuais".[98] Trata-se, ainda na lição de Hungria, "de iniciativa e de incremento da prostituição, não passando de uma atividade puramente parasitária, representa uma grave lesão à disciplina social, uma conduta subversiva da organização da vida sexual e incompatível com a própria ordem econômica".[99] No mesmo sentido, a doutrina de Noronha quando ensina "exprime o art. 229 a ação física pelo verbo manter, que significa sustentar, conservar, permanecer, prover etc. Em síntese, podemos dizer que mantém casa de prostituição quem, por sua atuação, faz com que ela exista".[100]

Ou seja, a conduta incriminada é sustentar, conservar, custear, com habitualidade, local destinado à prostituição ou exploração sexual.[101-102] Nesse sentido, também se posiciona Nucci,[103] que crítica a atual redação, argumentando que

---

enfim, fomenta a criminalidade. Ora, na objeção de Hirsch, esses resultados lesivos não podem ser imputados moralmente aos agentes originários e, sem tal imputação, revela-se inadequada a resposta penal, já que a posse e o uso de drogas não causa *per se* qualquer lesão ou perigo à outra.

97. Conforme GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial.* 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. vol. 3, p. 579-581.

98. HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. 3, p. 278.

99. Idem, p. 270.

100. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3, p. 226.

101. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, p. 150.

102. Nesse sentido, a doutrina de COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal comentado.* 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: DPJ, 2007. p. 736-738.

103. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 985-994.

a punição dos dias atuais remete aqueles que exercem a prostituição, de forma individual, à clandestinidade e à vulnerabilidade. Além disso, entende o referido autor, que o tipo incriminador viola o princípio constitucional da intervenção mínima. Argumenta, por outro lado, de forma equivocada, a possibilidade de ser aplicado o princípio da adequação social.[104] Tal pensamento é compartilhado por Capez, sob o argumento de que o tipo proíbe a conduta do agente que mantiver estabelecimento em que ocorra qualquer forma de exploração sexual, e não apenas a prostituição. Desta forma, o crime, para Capez, expressa-se na conduta do proprietário de qualquer estabelecimento, destinado ou não à prostituição, em cujo interior ocorra exploração sexual (restaurante, hotel, bares).[105] Em suma, segundo o autor, o art. 229, CP, que não abarca saunas, motéis e hotéis de alta rotatividade, conforme consolidada orientação doutrinária e jurisprudencial,[106] incrimina a conduta daquele que mantiver local destinado à exploração sexual e ou à prostituição de pessoas adultas e capazes, sufragando, portanto, do inconstitucional paternalismo rígido.

Dito isso, cumpre observar que tal incriminação, abraçada por Capez dentre outros, soa inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana e seus correlatos princípios da autonomia/soberania pessoal (que todos os seres humanos são portadores), os quais devem ser compatibilizados com a esfera de autonomia do outro. Não cabe a um Estado Democrático de Direito punir condutas "meramente imorais", especialmente quando a prostituição não for imposta mediante coação, violência ou fraude, se consentidas e desejadas e não envolverem pessoa vulnerável. Não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana possui uma *perspectiva política:* dignidade como autonomia (Greco[107]), conferindo às pessoas "o direito de viver segundo o seu plano de vida, a sua própria noção de vida boa". Como bem sinala Greco, por mais que não se considere a prostituição como "algo admirável", não é tarefa do Estado (que, na ótica liberal, segundo ele, deve permanecer neutro face às diferentes noções de vida boa) impedir que pessoa capaz tome a decisão autônoma de dedicar-se à prostituição, sob pena de se resvalar a um "conceito perfeccionista" de dignidade (no qual cumpre ao Estado promover cidadãos virtuosos), conferindo, por fim, ao judiciário, por meio dos aparatos punitivos, a função de controlar a virtude de seus cidadãos.[108]

104. Idem, p. 988-989.

105. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3, p. 141-143.

106. Veja-se PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* parte especial. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2, p. 697-699.

107. GRECO, Luís. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e o direito penal liberal... cit., p. 448.

108. Idem, p. 449.

Ou seja, a moral e os bons costumes não constituem interesse jurídico a ser protegido pelo controle penal.[109] O tipo do art. 229 CP, somente se legitimaria nas hipóteses em que houvesse coação, violência, necessidades econômicas, caracterizando, vulnerabilidade ou vontade viciada.[110] Com isso, reafirma-se que os cidadãos têm, em princípio, soberania e capacidade de disposição sobre seus próprios bens, somente precisando da proteção estatal (sob pena de se criar uma casta de dependentes da relação Estado-juiz, conforme Garapon[111] e Maus[112]) quando não forem capazes de proteger esses bens com suas próprias forças, na precisa lição de Schünemann.[113]

Em síntese, pode-se referir que o sistema penal se legitima na proteção dos chamados danos sociais,[114] não se prestando para imposição de meras formas de vida, para a consecução coercitiva de determinada ideologia, pois aí se apresenta mais factível como "tirania" das maiorias.[115] Com efeito, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a pessoa se apresenta como um sujeito racional, que possui capacidade de autorreflexão, o que, no dizer de Feinberg,[116] compreende a autonomia em conexão com a autodeterminação para a tomada de decisões, o que faz com que o paternalismo não se aplique a sujeitos competentes.[117] Deste modo, o controle penal, respondendo a pressupostos ideológicos ou de proteção de valores (moralismo),[118] padece de total legitimidade, culminando por instrumentali-

109. Idem, p. 444-445.

110. Ibidem, p. 452-453.

111. Conforme GARAPON, o crescente protagonismo do judiciário no mundo da vida (judicialização da política), num efeito perverso, pode criar a figura dos dependentes do Estado jurisdicional. Ver GARAPON, Antoine, op. cit., p. 33-74.

112. MAUS, Ingeborg, op. cit., p. 15-40. Nas palavras de Maus, "por isso, a 'sociedade órfã', de maneira paradoxal, promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece. Assim, os indivíduos e coletividade podem ser ainda mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos da sociedade industrial evoluída". p. 15.

113. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 53. p. 09-37. São Paulo: mar.-abr. 2005.

114. AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.

115. SCHÜNEMANN, op. cit., p. 13.

116. FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford, 1984.

117. HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto... cit., p. 15.

118. Ver SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madri:

zar as pessoas, convertidas em objetos na persecução de determinados objetivos morais. No limite, o Estado Democrático de Direito cobra caro à "autonomia dos cidadãos", porque, em certas esferas, na acurada observação de Greco,[119] o cidadão é soberano absoluto, notadamente no que atine à forma de viver ou ao ideal de "vida boa". Ora, se a pessoa não se sente violada na sua dignidade pela prática da prostituição, tal opção não poderá ser negada, razão pela qual a punição do art. 229 do CP revela-se ilegítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle penal possui um caráter secundário ou de última instância, na lição de Ordeig,[120] não tendo, por isso, a função de moralizar, porque o que dá ensejo a uma intervenção jurídico-penal não é a imoralidade de um comportamento, mas, sim, a perturbação direta da ordem social da paz.[121] Assim sendo, o controle penal deve ficar limitado à *verdadeira criminalidade*, abstendo-se de penalizar comportamento contrário à moral ou costumes da sociedade, como é o caso da prostituição. Esta (na lente do citado autor) pode ser objeto, no máximo, do serviço da assistência social. Como vaticina Ordeig, a repressão dos "associais" não se justifica com base nos princípios fundamentais de um Estado liberal de Direito, "que limita a liberdade de seus cidadãos apenas quando é imprescindível para proteger os bens jurídicos dos demais",[122] e para quem, com base nos princípios do Estado liberal social e na sua política de inclusão social, a legitimidade do controle penal repousa na "imposição de penas e medidas contra seus cidadãos quando fracassarem todas as medidas de uma política social positiva".[123]

A existência de uma política criminal que proíba a manutenção de local destinado à exploração sexual e à prostituição (art. 229 do CP), atendendo a uma

---

Marcial Pons, 2007. p. 69-92. Na lição de Seher, o termo moralismo denota a proteção penal de representações morais, referindo, ainda, que a particularidade das normas moralistas radica que não remetem a uma relação autor-vítima, ou seja, não castigam uma lesão à pessoa, senão que protegem valores por si mesmos.

119. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?... cit., p. 165-182. Conforme Greco, não é possível "esquecer a tese do liberalismo jurídico-penal, segundo o qual a imoralidade de um comportamento não é razão para puni-lo, e de desconhecer o potencial da própria teoria da esfera nuclear da vida privada". p. 132.

120. Ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004. p. 13 e ss.

121. Conforme GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal.* Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 29.

122. Idem, p. 30.

123. Idem, p. 30.

orientação moral no intuito de forjar pessoas virtuosas, viola o princípio da autonomia e da dignidade da pessoa humana. Ora, partindo de uma postura liberal, o paternalismo no Direito Penal somente encontra amparo na sua versão moderada ou impura.[124] Daí o acerto de Martinelli, quando ensina que, no Brasil, o capítulo dos crimes sexuais, atualmente denominado "crimes contra a dignidade sexual", foi influenciado pelo *moralismo legal,* que pretende defender os hábitos da vida sexual ou costumes da vida social (moralidade pública).[125] Ressalta o autor que tal moralismo não merece acolhimento pelos estados democráticos, pois resulta numa severa limitação à liberdade individual das pessoas, punindo vontades que não violam interesses de outrem. E, com tal proceder, o Estado viola a autonomia individual, bem como o princípio basilar da *ultima ratio,* porque "o direito penal no Estado democrático e liberal deve ser o último instrumento de resolução de conflitos por ser aquele que traz as consequências mais gravosas aos cidadãos".[126]

Efetivamente, perdeu oportunidade o legislador brasileiro de revogar o mencionado dispositivo legal, que atualmente vige apenas como uma "bandeira moral", uma vez que não coíbe a prática (basta atentar para os anúncios de jornais, revistas), mas permite a punição de verdadeiros "bodes expiatórios" localizados na zonas marginais da sociedade. Parece que o legislador, como costuma acontecer, não conseguiu resistir à pressão dos *gestores atípicos da moral,* (notadamente dos grupos de pressão da Igreja, bem representados no Congresso Nacional[127]), que se valem, de forma perversa, de sua influência na opinião pública para gerar atitudes punitivas violadoras dos princípios básicos do Direito Penal.[128] Cuida-se, efetivamente, de um indevido paternalismo rígido, que despreza a autonomia da pessoa em dispor quanto ao sexo, notadamente quando tal conduta se dá de forma consentida e sem danos à pessoa.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVAREZ, Silvina. La autonomía personal. In: DÍAZ, Elías; COLOMER, José Luis. *Estado, justicia, derechos.* Madrid: Alianza, 2002.

124. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas cit., p. 15.

125. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p. 55-56.

126. Idem, p. 58.

127. Na lição de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais:* bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 319.

128. Idem, p. 320.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho.* Alicante. n. 5. p. 203-214. 1988.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos.* Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 4.

CAPELLA, Juan-Ramón. *Entrada en la barbarie.* Madrid: Trotta, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito.* São Paulo: Ed. RT, 2008.

COLOMER, José Luis. Liberdad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos. In: _____; DÍAZ, Elías. *Estado, justicia, derechos.* Madrid. Alianza, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal comentado.* 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: DPJ, 2007.

DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y legitimidad democrática. In. _____; COLOMER, José Luis. *Estado, justicia, derechos.* Madrid: Alianza, 2002.

DONNER, Wendy; FUMERTON, Richard. *John Stuart Mill.* Lisboa: Edições 70, 2011.

DWORKIN, Gerald. *Paternalism.* In: WASSERSTROM, Richard A (coord.) *Morality and the law.* Belmont (EUA): Wadsworth, 1971.

FEIBERG, Joel. *Harm to self.* Oxford: Oxford University Press, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 100. p. 89-139. São Paulo: jan.-fev. 2013.

FEINBERG, Joel. *Harm to others.* New York: Oxford, 1984.

_____. *Legal paternalism.* In: SARTORIUS, Rolf (Comp.). *Paternalism.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha Ferreira; VEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo crítico à luz da autonomia da vontade pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 98. p. 210-237. , São Paulo: set.-out. 2012.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas.* Trad. Maria Luiza Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho.* Alicante. n. 5. p. 155-174. 1988.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal.* Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

GRECO, Luis. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e o direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 92. p. 421-457. São Paulo: set.-out. 2011.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato:uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 49. p. 89-147. São Paulo: jul.-ago. 2004.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 82. p. 165-185. São Paulo: jan.-fev. 2010.

_____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. vol. 3.

HALPIN, Andrew. *Derechos, utilitarismo y moralidad: observaciones preliminares*. Trad. Paula Torres Holguín. Colombia: Universidad de Externado, 2005.

HART, Herbert L.A *Entre utilidad y derechos*. Trad. Everaldo Lamprea Montealegre. Colombia: Universidad de Externado, 2003.

HASSEMER,Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad:* bases para uma teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland. (org.). *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 87. p. 103-120. São Paulo: nov.-dez. 2010.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

_____. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67. p. 11-28. São Paulo: jul.-ago. 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários do Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. 8.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 97. p. 142-181. São Paulo: jul.-ago. 2012.

MARTINELLI, João Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

_____. Paternalismo na lei de drogas. *Revista Liberdades*. n. 2. p. 13-24. São Paulo: set.-dez. 2009.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Trad. Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Trad. Nelio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.

RESTA, Elidio. Metáfora del contrato. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante. n. 5. p. 227-242. 1988.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I:* fundamentos: *la estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 53. p. 9-37. , São Paulo: mar.-abr. 2005.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madri: Marcial Pons, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Casa de prostituição, de Ariosvaldo de Campos Pires – *RT* 703/406 (DTR\1994\224);
- Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública, de João Paulo Orsini Martinelli – *RBCCrim* 110/457 (DTR\2014\18449);
- Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467), de Luís Greco – *RBCCrim* 92/431 (DTR\2011\4697); e
- Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 12/177 (DTR\2010\578).

Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión

Legality and justification for improper crimes of omission

José Milton Peralta
UNC-Conicet.

Área do Direito: Penal; Internacional (en rigor, esto no derecho internacional, sino nacional. El análisis vale para cualquier legislación nacional, en principio. Pero ustedes sabrán dónde quieren colocarlo)

Resumen: En este trabajo defiendo las siguientes tesis: a) Para determinar si un delito impropio de omisión es típico es insuficiente con demostrar su igualdad valorativa con los delitos de acción: se debe aportar también un argumento lingüístico. b) Las palabras del lenguaje natural no son unívocas: tienen zonas claras donde su aplicación no presenta problemas, zonas "obscuras" donde su *no* aplicabilidad no presenta problemas y zonas de penumbra donde su aplicabilidad es dudosa. Los delitos impropios de omisión se ubican, en su mayoría, dentro de la zona de penumbra. c) Para resolver los casos de penumbra se debe recurrir a argumentos valorativos, pues dentro de ese margen, y solo dentro de ese margen, estos son decisivos. d) Hay razones valorativas para incluir la mayoría de los delitos impropios de omisión dentro del uso del verbo matar. e) El tipo penal que prohíbe el homicidio en Argentina padece de una indeterminación amplia, pero esto no presenta problemas por tratarse de un delito *mala in se*.

Palabras clave: Delitos impropios de omisión – Principio de legalidad – Causalidad – Delitos *mala in se* y *mala prohibita* – indeterminación del lenguaje.

Abstract: In this paper I defend the following thesis: a) Demonstrating that an improper crime of omission has the equal value of a crime of action is not enough to determine whether it is included in a crime definition: a linguistic argument should also be provided. b) Natural language words are not univocal: they have clear areas where their applicability poses no problem, "dark" areas where their *non*-applicability poses no problem and penumbraly areas where their applicability is uncertain. Improper crimes of omission fall mostly within penumbra cases. c) To resolve penumbra cases, we should use valuation arguments, as they are decisive only and within this range. d) There are valuation reasons to include most improper crimes of omission in the use of the verb *to kill*. e) The crime definition prohibiting homicide in Argentina suffers from a wide indeterminacy, but this does not pose a problem for it is a crime *mala in se*.

Keywords: Improper crimes of omission – Principle of legality – Causality – Crimes *mala in se* and *mala prohibita* – Indeterminacy of language.

Sumario: I. Introducción – II. Dos posiciones – III. La irrelevancia de los otros artículos del CP – IV. *Lex certa* y delitos *mala in se* – V. Prohibido matar a otro como enunciado práctico – VI. Posición de garante y *lex stricta*.

I. INTRODUCCIÓN

Los "delitos impropios de omisión" (d.i.o.) plantean al menos dos desafíos de orden constitucional. Uno de ellos se vincula con el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, uno podría preguntarse qué pena corresponde imponerle a quien, a través de una omisión, deja que se produzca cierto resultado disvalioso. Para una respuesta precisa a este interrogante se hace necesaria una primera distinción ya entre los mismos delitos de omisión, pues, al parecer, no todas las omisiones valen lo mismo. La idea dominante en la dogmática penal es que solo son realmente graves las omisiones de aquellas personas que tienen algún tipo de deber especial para con la respectiva víctima. Estas son las llamadas omisiones "impropias". Pero aun frente a estas omisiones realmente graves cabe preguntarse si corresponde un castigo similar al previsto para las acciones. Si esto no fuera así y sin embargo se sancionaran con ese rigor, se violaría el principio de culpabilidad.

El segundo aspecto relevante de orden constitucional hace referencia al principio de legalidad. El punto a dilucidar aquí es si los d.i.o. están previstos en el Código Penal argentino y, en su caso, dónde y de qué manera. La primera era una pregunta eminentemente valorativa,[1] cuya respuesta no dependía de lo establecido en cierto ordenamiento jurídico, sino de lo que es correcto desde una perspectiva moral. Cierto ordenamiento pudo, en el caso concreto, haber dado tal o cual respuesta al interrogante, pero la corrección de esa respuesta no depende de eso.

El aspecto de la legalidad, en cambio, tiene algo de descriptivo, pues para elucidarlo, en principio, se tiene que hacer referencia a lo que cierto ordenamiento jurídico efectivamente *dice*. La regulación de los d.i.o. *depende* de un *hecho*, en concreto, de un hecho social, de lo que los legisladores hayan plasmado en cierto texto de un código. De otro modo, el principio de legalidad, como algo que debe vincular al Estado, sería simplemente una quimera. El sentido de este principio es, pues, que, más allá del acierto valorativo del legislador, hay conductas que están prohibidas y otras que no. La idea de que esto es así "más allá del acierto del legislador" es justamente lo que le garantiza al ciudadano no estar sometido a la espontaneidad estatal, a decisiones imprevisibles.

Sin embargo, y a pesar del énfasis puesto en este último párrafo, la conclusión precedente debe ser matizada, pues no es del todo cierto que, para determinar qué

1. Por valorativo (o normativo) se hace referencia a que la respuesta depende exclusivamente de premisas morales y de ninguna manera de hechos. En este sentido, como es usual en la dogmática penal, valorativo (o normativo) se opone a positivo, a lo que efectivamente ocurre o es. Los textos legales son el producto de ciertos hechos. Por supuesto, estos hechos cuentan porque hay una norma que dice que cuentan, pero si los legisladores no *hacen* ciertas cosas no hay norma y si lo hacen *hay* norma, más allá del contenido y el valor que esta pueda tener.

está prohibido, uno pueda basarse *exclusivamente* en un hecho social. Esto se debe a que el legislador, para definir aquello que censura, se vale del lenguaje ordinario (o natural) y este tiene un defecto: es, invariablemente, indeterminado.[2] Respecto de las palabras del lenguaje ordinario se dice, metafóricamente, que existen tres zonas que refieren a su aplicabilidad: "una de claridad, constituida por hechos denotados con certeza por el término", "otra de oscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica" y una última "de penumbra, constituida por casos apropósito de los cuales dudamos en aplicar o no el término".[3] Para resolver si los casos que se ubican en la zona de penumbra deben ser abarcados o no por el término, ya no es suficiente con recurrir a las palabras del legislador (si no, no serían casos de penumbra). Es necesario otro procedimiento. Según una práctica jurisprudencial y científica uniforme, ese procedimiento es la interpretación.[4]

La interpretación, al menos hoy en día,[5] no se concibe como una tarea aséptica donde quien la practica desentraña la voluntad de una norma con independencia de ciertas valoraciones. Como Nino reclamó desde sus primeros trabajos sobre Derecho penal[6] y Roxin plasmó en su fabuloso programa "Política criminal y sistema de Derecho penal",[7] la tarea del intérprete es evaluativa. Es decir, una tarea que requiere de quien la desempeña una *toma de posición*. Este debe elegir aquella comprensión del texto legal que considere la más adecuada conforme a ciertas premisas valorativas. Si esto es cierto, hay un punto, entonces, en que saber si una conducta está o no prohibida requiere que primero se establezca si esa conducta *debe estar o no prohibida*. Así, argumentos evaluativos, como los hacían referencia al principio de culpabilidad, pueden tener un espacio dentro de este marco. Pero, vale repetir, esto solo ocurre *dentro de ese marco*. El lenguaje solo otorga un espacio limitado para interpretar.

---

2. Hart, *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160 y s.
3. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 264.
4. Existen dos ideas de interpretación. Una según la cual todo lenguaje debe ser interpretado, así incluso hasta la palabra matar requiere una "traducción" a un lenguaje jurídico, donde por tal se entiende, por ejemplo, "crear un riesgo no permitido de muerte que se realice en el resultado". La segunda, afirma que, en muchos casos, se puede usar la palabra matar sin necesidad de interpretación. Sólo basta con entender cómo se la utiliza. En esta acepción, la interpretación es más bien algo propio de los casos "marginales", de aquellos que no están claramente abarcados por el texto (Cfr. al respecto, Guastini, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en él mismo, Estudios sobre la interpretación jurídica, Unam, México D.F., 1999, p. 3 y ss.) Aquí utilizo este segundo sentido, sin negar la posibilidad del primero.
5. Y es probable que, en cierto sentido, siempre; cfr. Ortiz de Urbina, Íñigo, *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo*, en elDial – DCA21, 2006, passim.
6. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 75 y 79 ss.
7. Roxin, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2. ed., hammurabi, Buenos Aires, 2000.

En este trabajo, voy a partir de lo que creo es una convicción arraigada: hay supuestos de omitir que pueden ser tan graves como actuar. Voy a centrarme, por el contrario, en relación entre los d.i.o. y el principio de legalidad. En la búsqueda de simpleza utilizaré como ejemplo el delito de homicidio, aunque, probablemente, las conclusiones a las que arribe puedan ser útiles también para otros delitos de resultado.

En esta tarea, en primer lugar, voy a presentar, esquemáticamente, dos posturas enfrentadas. La que afirma que el tipo penal que prohíbe matar (art. 79 del CP) censura tanto acciones como omisiones y la que le niega a ese delito tal amplitud y, por ende, entiende que castigar omisiones (según ese tipo penal) es ir más allá de la ley. Intentaré mostrar que ambas posturas, tal como a veces se las presenta, son defectuosas (punto II).

Luego, para eliminar distorsiones en la argumentación, mostraré que *la existencia* del artículo 106 en el Código Penal argentino, que prevé el castigo de omisiones que puedan tener como resultado una muerte, no sirve para solucionar el problema aquí planteado. Su presencia no prueba nada. Argumentaré, además, que tampoco el hecho de que otros ordenamientos jurídicos prevean las llamadas "cláusulas de equiparación" (según las cuales los d.i.o. puedan ser castigados según los verbos típicos de la parte especial), es útil para nuestra discusión (punto III).

Posteriormente, me valdré de la clásica distinción entre delitos *mala in se* y *mala prohibita* para mostrar que tiene sentido ser menos exigente con el principio de legalidad cuando estamos ante delitos del primer tipo. La palabra matar, como prototipo de un delito incorrecto en sí mismo, es bastante indeterminada y es correcto que así sea (punto IV).

En el punto siguiente me avocaré a precisar qué puede significar el verbo "matar", qué es lo vinculante de la ley en un sentido *descriptivo* y cuál es la tarea de interpretación que resta por realizar. Creo que la mayoría de los d.i.o. se ubican en la zona de penumbra del término y que los casos claros de matar tienen un sentido práctico que puede extenderse a los primeros (punto V).

Como punto final, analizaré, brevemente, cuál es la relevancia de las fuentes de posición de garante para precisar la responsabilidad por omisión y cuál es su vinculación con el principio de legalidad (punto VI).

II. DOS POSICIONES

Existen, a grandes rasgos, dos posturas encontradas en cuanto a la relación entre los d.i.o. y el principio de legalidad penal. Por un lado, está la que sostiene que es indudable que los d.i.o. se encuentran abarcados por el artículo 79 del CP.[8] La

8. Artículo 79 del CP argentino: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena."

segunda, afirma justamente lo opuesto, que lo que está claro es que los d.i.o. *no* se encuentran abarcados por ese artículo. Si esto último fuera cierto, el castigo de estos delitos como homicidio sería inconstitucional.

a) Castigar la omisión según el 79 es legal

Los que sostienen la legalidad de la penalización de los d.i.o. se apoyan, especialmente, en un criterio valorativo o, como usualmente se lo suele denominar, "normativo". Calificaré a esta la postura, por eso, de "normativista". Ella ha sido expresada, por ejemplo, por el Tribunal Oral argentino que tuvo que decidir la causa "Chabán".[9] Allí se dijo que "la punición de [la] comisión por omisión no es inconstitucional por resultar directamente subsumible]s[en los tipos activos de la parte especial (de) que se trate", ello en virtud de que acción y omisión impropia "normativamente son lo mismo". Para explicar esta afirmación, el tribunal agrega: "la asunción de un compromiso, más su vulneración implican un control de riesgo idéntico al que se tiene por creación activa". Y continúa, "[n]adie racionalmente podrá negar que la seguridad de los espectadores a un evento masivo puede verse en peligro tanto si una persona desata un incendio de mano propia, como asimismo si una vez generadas las condiciones de su inminente producción, aquellos que tienen el deber de actuar y además detentan el dominio o control sobre esa situación, omiten evitarlo".[10-11]

Se observa aquí que en ningún lado se hace referencia a lo que efectivamente dice el legislador en el CP. Se considera suficiente con que se pueda predicar la igualdad valorativa entre el comportarse activamente y el omitir. La visión normativista así descripta parece simplemente desentenderse del problema de la legalidad al poder prescindir de cualquier análisis lingüístico. Pero en derecho penal, en la medida en que el principio de legalidad importa, las palabras que usa el legislador *tienen* que ser relevantes. Son estas, y no nuestras valoraciones, las que deben circunscribir lo prohibido.[12]

---

9. Causa N. 2517, Tribunal Oral en lo Criminal número 24 de la Capital Federal, 19.09.2009.
10. El fallo hace referencia al artículo 186 del CP argentino que establece lo siguiente: "El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido...". Luego de ello sigue una enumeración casuística.
11. En el mismo sentido Herzberg en Hefendehl (ed.) "Empirische und dogmatische Fundamente, krimilarpolitischer Impetus, Karl Heymanns, Colonia (entre otras), 2005, p. 41 y ss. Al hablar de la responsabilidad de homicidio por omisión en el supuesto de que la madre deje morir a su hijo de hambre y de daño por omisión del padre que, pudiendo hacerlo, no evita que su hijo arroje una piedra en contra de una ventana, afirma que ambos casos se pueden subsumir en los respectivos tipos penales porque "la responsabilidad especial de la madre y del padre por la evitación del resultado típico está fuera de toda duda".
12. Así, Schünemann, Nulla poena sine lege?, De Gruyter, Berlin-New York, 1978, p. 4 y s.

Otro buen ejemplo de que los normativistas proceden, algunas veces, de este modo lo brinda el tratamiento que estos le dan a los delitos de "propia mano". Cuando un delito es de propia mano y al autor inmediato le falta dolo, quien lo haya determinado a actuar debería quedar, en principio, impune. En estos casos no es posible la autoría mediata (por ser de propia mano) ni la participación (al menos si se sigue a la doctrina que exige, para la participación, dolo de injusto en el autor principal). Este era el caso en la vieja regulación del delito de violación en el CP argentino, que exigía que el autor "tuviera acceso carnal" con la víctima, y sucede actualmente con la regulación que protege la vida no nacida cuando se castiga a la mujer que "practique su propio aborto". En ambos casos, uno puede prever normas de cobertura (como de hecho pasa con el aborto), pero no se puede decir, como lo hace, por ejemplo, Roxin que esas normas castigan también a quien se vale de otro para agredir a su víctima, argumentando que las palabras de la ley deben ser entendidas en un "sentido material".[13] No hay mucha diferencia entre decir esto y decir que las palabras no cuentan.

Este modo de razonar algunas veces se manifiesta así, sin más, y otras de modos un poco más sofisticados. Es común entre los penalistas, por ejemplo, distinguir entre "tipo de texto" y "tipo de interpretación".[14] El primero hace referencia a lo que se puede entender de la mera lectura de un enunciado legal. El segundo, a lo uno puede entender leyendo los textos donde los dogmáticos interpretan esos enunciados legales. Eduardo Riggi, al tratar justamente el problema de los d.i.o., afirma que es cierto que el tipo (v.gr. el de homicidio) en su tenor literal solo incluye conductas activas, pero que, de todos modos, castigar estos delitos es lícito, pues están incluidos en el tipo de interpretación.[15]

Así, parece que el tipo de interpretación puede independizarse del de texto, a punto tal que puede decir *más* de lo que dice este último. Entonces, cabe preguntarse, ¿dónde queda la idea de la legalidad como atadura a los jueces? La construcción del tipo de interpretación pareciera tener justamente ese objetivo, el de deshacerse de esas limitaciones. Riggi es felizmente expreso en este punto. Él dice: "La forma no puede ocultar el verdadero contenido material de la norma, que consiste en la prohibición de arrogarse esferas de organización ajenas".[16] Una interpretación "formalista" "relega la función primordial del DP (Derecho penal), esto es, la protección de bienes jurídicos".[17] En otros términos lo que Riggi afirma

13. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t.II, CH Beck, Múnich, 2003, 25-289 y s. y 298.
14. Sancinetti, *Casos de Derecho penal, Parte general*, 3ra. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 309; Riggi, *Interpretación y ley penal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 159. Sobre el uso de esta distinción en Silva Sánchez ver infra.
15. Riggi, (n. 11), p. 159; en el mismo sentido, aparentemente, Sancinetti, (n. 11), p. 309.
16. Idem, p. 160.
17. Idem, p. 157 y 172.

es que el significado de las palabras no puede ocultar el verdadero objetivo de la ley. Este modo de argumentar olvida que, según el principio de legalidad, el objetivo de la ley solo debe alcanzarse a través de lo expresado por el legislador; no de otro modo.

Silva Sánchez, al tratar la relación entre d.i.o. y principio de legalidad advierte este problema y exige que solo se pueda admitir el castigo de los d.i.o., según el tipo de interpretación, si el tipo de texto admite la "posibilidad de encuadrar las omisiones en el precepto legal".[18] Pero incluso aquí esto no parece ser más que una declaración de intenciones que luego no tiene concreción en su análisis del tipo. En efecto, este autor no indaga en el tipo de texto y centra su análisis solo en el tipo de interpretación. Simplemente afirma que "tanto el uso del lenguaje, como consideraciones históricas y derivadas de los restantes criterios de interpretación permiten concluir que los preceptos legales relativos a los delitos de resultado que nos ocupan" admiten ser cometidos por omisión.[19] Pero ¿cómo se sabe o, mejor dicho, cómo se demuestra que el lenguaje permite esto?

Quizás cierto esfuerzo en este sentido pueda verse en Silva Sánchez cuando afirma que el lenguaje de los ordenamientos legales es "adscriptivo" y no "prescriptivo".[20] Sin embargo, tampoco explica aquí cómo es que esto repercute en la comprensión de las palabras de la ley. Quizás lo que tenga en mente es que "el que matare a otro" debe ser entendido como "el que sea responsable por una muerte de otro".[21] Pero esto sería otra vez una modificación del significado de las palabras.

Además, esta propuesta de solución parece concederle demasiado valor al "uso que se le puede dar al lenguaje" soslayando la importancia de su "contenido semántico". Mas estos son dos planos que si bien se influyen recíprocamente no deben confundirse.[22] Pensemos cuando se usa el lenguaje para averiguar algo. Es posible que yo pueda entender perfectamente que se me está formulando una pregunta (por la entonación del emisor, por su actitud corporal, por el orden gramatical de la oración etc.), pero que sin embargo tenga dudas sobre cuál es exactamente la información que se me requiere.[23] Esto ocurre también cuando con el lenguaje se pretende atribuir responsabilidad, lo cual es fácil de percibir

18. Silva Sánchez, *El delito omisión, concepto y sistema*, 2. ed., BdeF, Montevideo, 2003, p. 459 y 461.
19. Idem, (n. 15), especialmente p. 461 y ss.
20. Idem, p. 460.
21. En este sentido, Riggi, (n. 11), siguiendo las premisas de Silva Sánchez.
22. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3ra. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 18 y ss.
23. "En tu teléfono celular, ¿tienes también la hora de Alemania?". Mi interlocutor, ¿sólo quiere saber las propiedades de mi teléfono o quiere saber qué hora es en este momento en Alemania? Probablemente solo quepa repreguntar.

si se tiene presente que *todo* el CP es adscriptivo, pero muchas veces no sabemos qué es lo que se pretende adscribir. Es decir, no sabemos *de qué* se quiere hacer a alguien responsable.

La importancia de la distinción entre los usos del lenguaje y su contenido semántico es más fuerte si uno se percata de que la *primera función* de las previsiones legales es la de guiar las conductas de los ciudadanos, la de "dar órdenes". Este uso del lenguaje es conceptualmente prioritario a su función adscriptiva, porque al sujeto se le adscribe responsabilidad *si es que ha incumplido* con lo que se le ordenaba. Por eso es importante entender qué es lo que se está exigiendo. De otro modo, el destinatario de la norma se verá obligado a evitar conductas "por si acaso", es decir, no por haber conocido el contenido del mandato, sino justamente por desconocer su alcance.

En cierta medida, los normativistas parecen formar parte de aquella concepción del derecho que se ha denominado "realismo jurídico".[24] Como los teóricos de esta concepción, afirman, de manera más o menos explícita, que las palabras no tienen un significado previo al que determinen los jueces. Si, como es usual, la dogmática es concebida como una manera de generar proyectos de decisión judicial, entonces, las palabras, al final, significan lo que los dogmáticos dicen que significan. Según una postura tal "los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos (...), sino que proponen conferir a ese término o a esa expresión un significado con preferencia sobre otro".[25] Las normas jurídicas no "preexisten a la interpretación, sino que son su resultado".[26]

El problema de esta forma de ver la interpretación, como sostiene Guastini, es que "descuida los vínculos y los límites objetivos a los que los intérpretes están fatalmente sujetos".[27] Aún cuando el lenguaje sea contextual y, en este caso, su significado sea en parte dependiente de lo que se quiera lograr con él, tiene solo una gama posible de significados, fuera de los cuales ya no se está interpretando sino creando derecho.[28]

Cabe aclarar, el objetivo de este punto de la exposición es mostrar que los defensores de la punibilidad de los d.i.o. se han desentendido del análisis lingüístico que exige el principio de legalidad. Esto no implica, empero, que el castigo de estos delitos sea ilegal. Solo significa que no se ha hecho el esfuerzo pertinente por demostrar su compatibilidad con las palabras de la ley.

---

24. Guastini, (n. 5), p. 15 y s.
25. Cfr. Guastini, (n. 5), p. 15.
26. Idem, ibidem.
27. Idem, p. 16.
28. Por otra parte, ser un realista jurídico significa negar que pueda existir algo así como el principio de legalidad.

b) Castigar la omisión según el 79 es ilegal

Para sostener la ilegalidad de los d.i.o. se esgrimen dos argumentos. Los dos tienen que ver con el principio de legalidad. Según el primero, no existe una *lex scripta* que prevea el castigo de estos delitos. El otro dice que para subsanar ese defecto se viola la *lex stricta* y se pena con apoyo en normas jurídicas extrapenales.

Según el primer argumento, los d.i.o. no están previstos en el CP por el artículo que prohíbe matar. Se sostiene que quien omite velar por otro –que finalmente muere- no hace esto, sino que solo "deja morir". Mal que nos pese, dicen Zaffaroni/Slokar/Alagia, matar y dejar morir son dos cosas distintas.[29]

De manera acertada, los defensores de esta posición distinguen el aspecto lingüístico del normativo. Si bien, en general, se manifiestan escépticos acerca de la posibilidad de tratar a la omisión impropia con la misma severidad que a la acción,[30] expresan que esta es una cuestión distinta de la de comprobar qué es lo que ha prohibido el legislador. Basados en esta distinción, critican a la postura anterior pues su único argumento es que sería "inadmisible o escandalosa la imaginada impunidad de los impropios delitos no escritos de omisión",[31] y deja de lado, así, el significado de las palabras. Llamaré al enfoque que analizo aquí "positivista". Con ello quiero dar a entender que para determinar lo prohibido se apoya exclusivamente en *hechos* lingüísticos.

Lo dicho por los positivistas representa un avance en comparación con el enfoque anterior, pues se preocupa por el contenido semántico de los términos. Pero tiene el defecto de presentar a las palabras como si fueran completamente diáfanas, y su significado independiente del contexto lingüístico y de la situación dentro de la cual se las utiliza.[32] Esta representación del lenguaje traería consecuencias absurdas y, además, es falsa. Pensemos en otros casos.

La palabra "él" significa una cosa si uno la encuentra escrita sobre la puerta del baño de un bar y otra si uno la lee en alguna norma del Código Penal (v.gr. el delito de usura – 174 inc. 2-[33]). Mientras que en el primer lugar tiene por finalidad inequívoca dar a entender que el acceso a ese espacio es exclusivo para varones, en el

29. Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 582.

30. Idem, ibidem.

31. Idem, p. 581. Por supuesto lo de "no escritos" es lo que estos autores no se esmeran en demostrar.

32. Carrió, (n. 19), p. 29; Guastini, (n. 5), p. 13 y s.

33. Artículo 174 inc. 2: "Sufrirá prisión de dos a seis años: El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo."

Código Penal una comprensión estrictamente masculina del término traería consecuencias insensatas (solo podría ser sujeto pasivo del delito de usura un hombre). Lo mismo ocurre con la palabra "otro". Si no, en la Argentina solo estaría prohibido matar hombres. Nadie afirma semejante cosa y esa palabra es entendida del modo más razonable: apelando a su significado más amplio, aunque el otro también es, en otro contexto, posible.

Y así se piensan en general los términos que usa el CP. La palabra cosa también admite varios alcances, pero hemos priorizado aquel según el cual los animales quedan incluidos. No hace falta mencionar que los defensores de los derechos de los animales pretenden afirmar justamente lo contrario, que los animales (o al menos algunos de ellos) no son cosas. Esta discrepancia se debe a los defensores de los animales y el CP persiguen objetivos distintos con el uso de ese término.[34] Lo mismo puede decirse de la comprensión de la palabra "documento" que en el ámbito penal abarca, en algunos casos, la chapa-patente de un auto, mientras que su uso vulgar solo incluye algo escrito sobre un papel o representado virtualmente "como si" fuera un papel.

Estos ejemplos, además de mostrar que es absurdo asumir que las palabras tienen siempre una única compresión posible, demuestran que es falso. Lo que pretendo decir es que así como el más normativista necesita atender no solo a la justificación político criminal del castigo, sino también a lo que el legislador de hecho dijo, el más positivista necesita apelar a algún criterio de racionalidad – normativa – para darle sentido a las palabras cuando estas presentan ambigüedad o indeterminación y todas las palabras son actual o potencialmente ambiguas o indeterminadas.

Puesto que es falso que los términos tengan un único significado posible, el positivista necesariamente *elige* alguna de las acepciones disponibles. Solo que no lo hace de manera transparente y presenta esa elección como un descubrimiento o una constatación.[35]

Los positivistas afirman, por otra parte, que las fuentes de deber que fundamentan las diferentes posiciones de garante no tienen un origen penal. Si se castigan los d.i.o. (*como* d.i.o.) se viola el principio de legalidad en su manifestación de *lex stricta*.[36] Su punibilidad no dependería de lo que dice la ley penal, sino de lo que

34. Mientras el CP persigue *proteger* a los animales al menos como cosas, de otro modo su destrucción sería impune; aquellos persiguen elevar aún más su estatus.

35. Hart, (n. 3), p. 161; Guastini, (n. 5), p. 13 y s. Creo que en este sentido la diferenciación entre argumentos normativos y lingüísticos que dicen presentar los positivistas es falsa. Cfr. sobre críticas a una toma de posición encubierta, Nino *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 75 y 79 ss. Zaffaroni/Slokar/Alagia, de hecho, también sostienen que no es lo mismo causar que omitir desde una perspectiva normativa (cf. *Derecho Penal, Parte General*, p. 582). Que justo coincida el significado de las palabras con lo que ellos consideran correcto parece más que una coincidencia.

36. Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, p. 581.

está previsto en leyes de otro tipo, predominantemente civiles o administrativas. Pero claro, este argumento solo podría tener éxito si el anterior fuera verdadero. Como he tratado de demostrar, los positivistas no han logrado justificar su afirmación de que "matar" no incluye ningún caso de "dejar morir". Si esto fuera falso, la punibilidad de al menos algunos d.i.o. tendría un origen penal y las fuentes de posición de garante no fundamentarían castigo, sino que, por el contrario, lo restringirían. Las posiciones de garante distinguen distintos casos de "dejar morir" y solo consideran que algunos de ellos merecen un castigo especialmente severo. Tal como usualmente se concibe al principio de legalidad, restringir la punibilidad "autorizada" por el legislador no es un problema.

III. LA IRRELEVANCIA DE LOS OTROS ARTÍCULOS DEL CP

Para defender la ilegalidad del castigo de los d.i.o. se han utilizado también argumentos de otra índole. Estos no tendrían la virtud analítica de señalar errores entre quienes se pronuncian por la legalidad de castigar las omisiones, pero sí mostrarían que para los legisladores, en general, esos delitos no están contemplados en el 79.

a) Del art. 106 del CP

En primer lugar, se hace referencia al art. 106 del CP argentino, que castiga el abandono de personas y la colocación en situación de desamparo.[37] Se afirma que no puede interpretarse que el art. 79 abarca los d.i.o., porque si no aquel artículo quedaría huérfano de contenido.[38]

El argumento es persuasivo, pero, en rigor, no ayuda a dirimir la cuestión. La existencia del art. 106 no excluye la posibilidad de que el 79 *también* regule los d.i.o. Explico esto mostrando casos similares. Si uno pregunta hoy en Argentina, por ejemplo, si el homicidio por odio racial está regulado en el art. 79 podría recibir por respuesta un "no", con la aclaración de que está en el 80.[39] Esto no generaría perplejidad alguna para el conocedor que escuchara ese diálogo. Pero si se quisiera

37. Art. 106 del CP argentino: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión."

38. Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa Cabral, JA 1995-I-396, de fecha 23.08.1994.

39. Art. 80 inc. 4: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare... 4) por odio racial o religioso..."

responder aún con más precisión, se tendría que decir que el homicidio por odio racial está *también* en el artículo 79. Si derogáramos la figura del 80, aquella clase de homicidios seguiría siendo un delito conforme a aquel artículo. La relación del 80 con el 79 es de un concurso aparente de leyes por especialidad.[40] Todo lo que está en el 80 está en el 79, aunque no se pueda predicar lo mismo a la inversa.

Esto ocurre de la misma manera con otros casos. Pensemos en la relación ente los delitos de extorsión (art. 168 CP, especialmente su primer supuesto[41]) y chantaje (art. 169 CP[42]) y el delito de coacción (art. 149 bis., segundo párrafo, CP[43]). Si derogáramos las dos primeras figuras, las conductas allí descriptas quedarían abarcadas sin más por esta última. Y probablemente esto ocurría también con otros delitos. No porque sí se afirma que la coacción es un tipo básico del CP en relación a otras figuras especiales,[44] como el robo o la violación, a más de las recién nombradas.

Por ello, la afirmación de que existe otra norma que regula casos de omisión no excluye *per se* que la omisión *también* esté en el artículo 79. Se trataría solo de que por cuestiones de especialidad (privilegiada) se debería aplicar el 106 en lugar del 79.[45]

A primera vista, esto parece tener solo una relevancia teórica y potencial, sin que cambie en nada el hecho de que los d.i.o. deben ser castigados conforme al art. 106 y no al 79. Pero esto tampoco es cierto. Pues si los d.i.o. están en "los dos lados" ahora hay que responder a la pregunta concreta y actual de si *todos* los d.i.o. han sido desplazados por el 106 o solo alguno de ellos. En este sentido, Sancinetti sostiene que la diferencia entre el homicidio por omisión y el abandono de personas pasa por el tipo de riesgo presente en cada uno de ellos: el segundo prevé un

40. Y también por subsidiariedad según las propias palabras de la ley.

41. Artículo 168 del CP argentino: "Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito."

42. Art. 169: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente."

43. Art. 149 bis, segundo parrafo: "Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad."

44. Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 14ta. ed., Tiran lo Blanch, 2002, p. 155.

45. Por supuesto, también es posible que el 106 cubra delitos de omisión que no están cubiertos por el 79 y que el 79 cubra delitos de omisión que no estén cubiertos por el 106. Sobre esto, ver la afirmación de Sancinetti en lo que sigue del texto. Ella puede ser entendida también en este sentido.

riesgo "abierto", "general",[46] mientras que el primero hace referencia a uno definido y concreto.[47]

Por supuesto, la pregunta por la línea que demarca el límite entre el 79 y el 106 solo es relevante para aquel que considera que el primer artículo también prohíbe omisiones. Para el que cree que esto no es así, no hay ninguna cuestión límite que discutir, pues estos solo se encontrarían previstos en el 106. Mi único punto aquí es que la existencia de este último artículo no responde la pregunta central, pues esta pasa por otro lado, por el significado posible de la palabra "matar".

b) Del § 13 del StGB y el art. 11 del CP español

Haciéndose referencia a la existencia de otros artículos, se llama la atención sobre el *hecho* de que ordenamientos jurídicos similares al nuestro prevén cláusulas específicas para el castigo de los d.i.o., a pesar de que en su parte especial también prohíben matar a otro sin más. Esto ocurre en Alemania, con el parágrafo 13 del StGB, y en España, con el art. 11 de su CP. El razonamiento sería siguiente: si los tipos "activos" también cubrieran las omisiones, estas normas de equiparación no hubieran sido necesarias.[48]

Pero esto también es desacertado. Lo que a lo sumo demuestra la existencia de esas normas es que *los legisladores* que las han promulgado *han creído* que los artículos que regulan el homicidio en cada uno de esos países no abarcan casos de omisión. Pero no demuestra que, *en efecto,* no lo hagan. De otro modo, bastaría con contar con suficiente apoyo en el Congreso para ganar cualquier discusión penal. La norma que prevé la equiparación puede, simplemente, ser una norma redundante.[49]

IV. *LEX CERTA* Y DELITOS *MALA IN SE*

Queda aún por determinar, entonces, qué puede significar matar. Pero antes de entrar en ello, quiero hacer una reflexión, más general, sobre el peso que debe tener el principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*. Me interesa saber cuánta certeza se debe exigir de ese "hecho semántico" que promulga el legislador,[50] especialmente, si esta debe ser igual en todos lados.[51]

---

46. Sancinetti, (n. 11), p. 315.
47. Idem, p. 316.
48. Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa Cabral, JA 1995-I-396, de fecha 23.08.1994.
49. De hecho, en Alemania, esto se afirma expresamente. Ver, por todos, Herzberg (n. 9), p. 41 y s.
50. Navarro/Manrique, *El desafío de la taxatividad*, ADPCP, vol. LVIII, 2005, p. 808.
51. Idem, (n. 39), p. 808.

Sabemos ya, por lo visto en el punto II, que el principio de legalidad solo *puede* ofrecer precisión de un modo aproximado. La naturaleza porosa del lenguaje natural torna inevitable las zonas de penumbra. De todos modos, aunque todos los términos sean vagos por su propia naturaleza, no lo son todos con la misma intensidad. Es usual entre los penalistas, justamente para defender la *lex certa*, afirmar que, de entre las opciones disponibles, el legislador debe optar *siempre* por aquella terminología que sea lo más precisa posible. Pero la precisión es costosa, pues acarrea inevitablemente infrainclusión. La exactitud "impone una inevitable distancia conceptual de las reglas frente a sus razones subyacentes",[52] de tal modo que mientras más detallada es la norma, menos casos a los que se refiere su justificación abarca. Explico esto con un ejemplo.

Una norma (1) prohíbe "lesionar a otro". Tal norma tiene como razón subyacente la prohibición de perjudicar a otro. ¿Podría ser esa norma más precisa? Seguro, podría generase la norma (2) que castigue a "quien cause a otro, mediante un ataque con su cuerpo, irritaciones o dolor corporal". Ambas normas tienen la misma razón subyacente, pero la segunda, al ser más precisa, excluye más casos. No incluye lesiones con instrumentos ni afectaciones psíquicas. Por supuesto, uno puede seguir generando más y más normas detalladas tratando de que no queden supuestos importantes fuera, es solo que si las normas son realmente precisas la exclusión de supuestos es *inevitable*. Es lógicamente imposible cubrir todos los casos concebibles mediante un número finito de normas precisas. Esta es una de las razones por las que el derecho penal es fragmentario. En otras palabras, la precisión tiene un costo y lo que aquí propongo es evaluar si siempre vale la pena pagarlo.

Lo primero que hay que hacer es diferenciar el derecho penal nuclear del derecho penal accesorio. Aunque esta clásica distinción quizás sea mostrada de un modo más gráfico, al menos teniendo en cuenta los objetivos que persigo, con las categorías ilícitos *mala in se* y *mala prohibita*.[53] Los primeros, hacen referencia a esas conductas que son incorrectas antes y más allá del derecho, i.e. que son moralmente censurables. Allí el legislador simplemente cambia de estatus esas conductas, las que, a partir de ese momento, pasan a ser, además, jurídicamente incorrectas. A diferencia de ello, los ilícitos *mala prohibita* no son incorrectos de manera previa a su tipificación por el derecho. La función de las normas legislativas es aquí constitutiva de la prohibición. Solo de ellas depende que algo sea, en algún sentido, socialmente desvalorado.

La distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* es conceptual. En la práctica, justamente por la vaguedad inherente al lenguaje, puede que a veces sea difícil deter-

52. Navarro/Manrique/Peralta, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 119.

53. Husak, *Overcriminalization*, Oxford Universtiy Press, Oxford, p. 36 y ss.

minar dónde debe ser colocado cierto ilícito. Algunos de ellos, incluso, puede que tengan un poco de cada categoría y sean así híbridos.[54] Todo esto, empero, no hace mella en el hecho de que hay casos claros en ambos lados que es lo que acá importa.

Si esto es así, creo que la pretensión de exactitud puede ser menor cuando sabemos de qué estamos hablando, es decir en los casos de ilícitos *mala in se*. Y dentro de estos, sin duda, entra el de homicidio. En este caso, se puede ser menos puntual en el uso del lenguaje que para establecer qué es un ilícito tributario o uno contra el medio ambiente. Todos sabemos lo que aquello significa. Allí, como en la parte general del derecho penal, existe una materia moral que funciona como referencia para el legislador.[55] Si se recogen sus puntos centrales, es suficiente. Los límites, aquí, a diferencia de lo que sucede en otras partes del derecho penal, se pueden definir y redefinir en un trabajo judicial de evaluación constante.

El tratamiento que se le da al error de prohibición demuestra que la distinción propuesta es plausible. Más allá de cuál sea exactamente el objeto que se debe conocer para afirmar que (al menos) se pudo acceder al mandato, la relevancia de este error es distinta según se trate de delitos *mala in se* o *mala prohibita*. Para los primeros se impone aún la pena del delito doloso, mientras que para los segundos se sugiere un tratamiento similar al del error de tipo. La justificación estándar para este tratamiento diferenciado la brinda Roxin. Él dice que quien yerra sobre la licitud de un supuesto *mala in se* sabe, de todos modos, que está "quebrantando normas éticas fundamentales" y eso alcanza para el castigo.[56] En los casos de *mala prohibita*, en cambio, quien se equivoca no tiene noción de estar quebrantando nada.

La conclusión a la que se puede arribar en este punto, teniendo en cuenta la vaguedad intrínseca del lenguaje y que la precisión puede ser más o menos relevante según el ámbito del derecho penal de que se trate, es que el de legalidad es, en efecto, solo un *principio* y no una regla. Los principios, a diferencia de las reglas, no son una cuestión de todo o nada, sino que su alcance y fuerza dependen de su peso relativo en contraste con los de otros principios (o intereses).[57] El costo de la imprecisión aquí es bajo, justamente, porque nadie puede decirse sorprendido si lo castigan por una acción que es reprochable ya desde un punto de vista social

54. Idem, (n. 42), p. 106

55. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2da. ed., Berlin, New York 1991, nm. 4/15: "(...) la prudencia de la ley al determinar las características generales del delito tiene por función reconocerle validez a esas características "a partir de la propia materia"".

56. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997, nm. 21/56. Tengo mis reservas de que el conocimiento de normas morales sirva para atribuir responsabilidad penal. Pero sí creo que es difícil hablar de error sobre normas jurídicas, cuando se violan normas morales centrales para la vida en comunidad. Lamentablemente, no puedo extenderme sobre esto aquí.

57. Navarro/Manrique, (n. 39), p. 835 y s.

(i.e. no jurídico). Por ello se puede dar espacio a una norma más abarcativa. En el Derecho penal accesorio ocurre justamente lo contrario, la imprecisión hace que las decisiones judiciales sean impredecibles, pues no existe punto de referencia prejurídico alguno. Por eso allí se debe priorizar la exactitud, aunque esto tenga inevitablemente y por definición, el costo de una infrainclusión de supuestos merecedores de pena.

De hecho, los homicidios dolosos, incluso aunque se sostenga que el art. 79 del CP solo incluye conductas activas, han sido regulados por una norma bien amplia. Lo mismo sucede con los homicidios culposos. Y esto no ha generado ni en doctrina ni en jurisprudencia prácticamente protesta alguna. En ambos casos, al ser la sustancia regulada lo suficientemente clara, no se ve afectada aquí la idea de que se debe impedir que el Estado tome decisiones arbitrarias.

V. PROHIBIDO MATAR A OTRO COMO ENUNCIADO PRÁCTICO

Una vez establecidas ciertas bases para un análisis de lo que significa y puede significar matar, es necesario realizar un examen más concreto, que aquí solo voy a desarrollar a modo de ensayo.

Las *acciones* que producen una muerte (como apuñalar, disparar, ahorcar), generalmente, se ubican dentro de los casos claros del uso de la palabra matar. Cuando un caso genérico de algo es claro, para subsumirlo en la regla jurídica (o en la que sea), no es necesario recurrir a argumentos interpretativos. Basta con valerse del "uso lingüístico preponderante".[58] Por eso es que son claros. Creo que esto no sucede solo con los supuestos activos, sino también con algunos omisivos. Me refiero a los casos de responsabilidad por injerencia. El uso normal del lenguaje permite decir que quien arrolla a otro con el auto y luego no lo socorre, razón por la cual este muere, lo ha matado, aunque la falta de auxilio haya sido lo decisivo. Lo mismo para quien cava un pozo con el objetivo de que su vecino caiga en él y perezca luego al no poder ser allí encontrado por nadie. Creo entonces, que es falso, incluso bajo una mirada "positivista", que todos los casos de omisión queden fuera de la regla del homicidio.

Sin embargo, la mayoría de los supuestos genéricos de d.i.o. no pueden ser solucionados por medio del uso lingüístico preponderante. No es obvio que se pueda usar la palabra matar para describir la conducta de la madre que omite darle de comer a su hijo hasta que muere; ni tampoco la del guía de montaña que deja que el turista descuidado vaya por caminos en los que seguramente tendrá un accidente con consecuencias fatales. No existen dudas sobre su responsabilidad moral, lo dudoso es que puedan ser penalmente castigados. Para dilucidar la cuestión lingüís-

58. Carrió, (n. 19), p. 57.

tica, como hablantes competentes de nuestra lengua, simplemente hay que hacer el ejercicio de usar la palabra matar en esos casos. Supongamos que tenemos que poner el título de un periódico describiendo esos eventos. ¿Sería la siguiente una descripción adecuado del caso del guía de montaña?: "Guía turístico mató a uno de los visitantes de las sierras de Córdoba que estaban bajo su responsabilidad". Un enunciado de este tipo induciría a pensar que el guía enloqueció y apuñaló a alguno de los visitantes o algo en esa dirección.

Creo, no obstante, que tampoco es claro que *no* se pueda usar la palabra matar si uno luego lee la explicación que el periodista hace del evento más abajo: "Según cuenta el resto de los allí presentes, el guía vio cómo el visitante se dirigía a la zona en la que encontraría una muerte segura y no le advirtió del peligro como le correspondía. Previamente entre ellos había habido una fuerte discusión que sería un buen indicio de que dicha omisión no fue casual". Uno concluye que el guía quería que muriera, y logró hacerlo al no advertirle de los peligros. Creo, en suma, que los supuestos de omisión como el de la madre y el del guía son supuestos de penumbra, donde no es claro ni que se pueda ni que no se pueda usar la palabra matar para describirlos. Si tengo razón, es aquí donde resulta necesario "*decidir*", conforme a algún parámetro extra semántico, "si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas".[59] O, mejor dicho, si *deben* quedar abarcados no por ellas. Aquí, el intérprete le adjudica a la regla "un sentido que hasta el momento no tenía". Y para hacer esto no puede basarse en "hábitos lingüísticos establecidos",[60] no es el uso normal del lenguaje lo que decide aquí, sino que solo alcanza con que este "no lo impida" (i.e. que sea efectivamente un caso de penumbra).

En la doctrina, la cuestión ha sido zanjada por los positivistas, simplemente afirmando que la palabra matar *no* se puede usar para describir estos eventos. Como esto, según entiendo, no es obvio, es necesario valerse de algún argumento adicional. Los positivistas no dan este argumento, pero este parece pasar por la idea de que no se suele usar la palabra matar en situaciones donde no hay una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado a imputar y que hacerlo sería, *además*, incorrecto.[61] Esto implica otorgarle a una idea de causalidad relevancia lingüística y normativa y asumir, además, que las omisiones no causan resultados.[62] Trataré de mostrar aquí, siguiendo un texto de Marcelo Ferrante, que si bien, en un

59. Carrió, (n. 19), p. 57.

60. Idem, ibidem.

61. Referencias al respecto en Silva Sánchez, (n. 15), p. 451 y s.; Riggi, (n. 11), p. 155 y s.

62. La idea misma de causalidad es harto discutida, cfr. p. ej. Ferrante, *Causalidad y responsabilidad penal*, en él mismo, Filosofía y Derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aries, 2013, p. 244 y s., Engisch, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, p. 61 y ss. En este sentido, Silva Sánchez, (n. 15), p. 452, parece aceptar una idea de causalidad como "la vinculante" sin dar razones al respecto. Describe allí a toda otra idea de causalidad como el uso analogía.

sentido, las omisiones no causan, no es cierto que para usar la palabra matar sea necesaria una relación de causalidad y que tampoco es cierto que la idea de causalidad aquí supuesta tenga la fuerza normativa que se le adjudica.

Ferrante, en un trabajo titulado "Causalidad y responsabilidad penal", sostiene, en principio, la tesis según la cual las omisiones no causan, pero que, no obstante, pueden ser subsumidas en la norma que prohíbe matar. Al respecto dice que si por causalidad se entiende solamente alguna especie de conexión física entre acción y resultado, i.e. lo que se conoce como "causalidad como producción",[63] de tal modo que ambos "deben estar conectados entre sí a través de una cadena espaciotemporalmente contigua"[64] y donde se "requiere objetos en el mundo que puedan conservar o transmitir energía o ímpetu, cosas reales que puedan realizar los empujones, movimientos, quemaduras..." etc., esto solo es posible a través de un evento existente, i.e. a través de una acción. Las omisiones son la ausencia de algo y por ende no pueden causar nada.

Ahora bien, si el único criterio relevante para poder afirmar que alguien ha matado a otro fuera esta causalidad, tendríamos serios problemas con una constelación de casos que Ferrante llama de la "doble evitación". El ejemplo que él propone para entender la idea de doble evitación es el siguiente: "el avión 1 está a punto de bombardear y hundir al barco enemigo *E*. Al mismo tiempo, el avión 2 está a punto de dispararle al avión 1 para impedir el bombardeo, pero el avión 3 le dispara al avión 2 antes. Así, el avión 1 bombardea a *E* según lo planeado". Según la idea de causalidad como producción, el avión 3 no causa el hundimiento del barco *E*. La causa es el bombardeo del avión 1. La acción del avión 3 simplemente evita que el avión 2 evite el bombardeo del avión 1.

Si es correcto que solo se puede predicar de alguien que destruye algo cuando su acción es causal y la conducta del avión 3 no puede ser descrita en esos términos, tendremos problemas con muchos casos a los que le aplicamos de manera indiscutida la palabra matar. Por ejemplo, es conocido que muchas inyecciones con venenos letales no producen *directamente* la muerte, sino que inhiben las medidas defensivas del propio organismo permitiendo que un tercer argente la produzca. Pero este modo en que opera el veneno no impide que usualmente se afirme que quien envenena a otro mortalmente (aun de este modo) lo mata. Ferrante dice al respecto, que este uso del lenguaje es correcto. Pensábamos, antes, que matar dependía de causar un resultado, pero ante estos casos debemos revisar nuestra acepción de matar e identificarla con otra cosa.

Otra vez, en palabras de Ferrante: "El contraste entre el caso del veneno que causa y el veneno que doble evita pretende resaltar que la diferencia entre la causa-

63. Ferrante, (n. 51), p. 219.

64. Idem, p. 220.

lidad como producción y la doble evitación no tiene ninguna relevancia práctica en absoluto".[65] Ello es debido a que "diferencias empíricas de una clase tan impráctica no pueden generar significativamente distinciones morales de la especie requerida por la causalidad como producción.[66] En otras palabras, que diferencias tan sutiles no importan.

El significado del verbo matar o cualquier otro de este tipo, "no tiene que ver con el proceso físico subyacente, sino solo con propiedades de nivel superior a partir de las cuales podemos explicar la ocurrencia de R (algo) teniendo en miras nuestra habilidad de manipular el mundo para controlar la ocurrencia de R (algo)".[67] Lo importante es que ciertos eventos del mundo dependen de nosotros y en esto la causación es solo un dato más, una manera más de dependencia.

Si este caso claro de matar, que podemos identificar simplemente recurriendo al uso del lenguaje, prescinde de la causalidad y la reemplaza por la idea de dependencia, hay buenas razones para que el caso de penumbra de matar, como los casos omisivos ejemplificados aquí, sean incluidos en la regla. En efecto, lo que pasa en la doble evitación, también pasa en la omisión: "al explicar una ocurrencia señalando una ausencia... exhibimos lo que podría haber sucedido en un número de mundos o escenarios posibles suficientemente parecidos al mundo real"[68] y logramos entender lo que realmente sucedió: que a raíz de nuestra inacción algo se ha producido. Así es como logramos explicar, por ejemplo, que las plantas mueren porque *no* se las riega.

Esta idea es la que, probablemente, explica que en la imprudencia se haya afirmado la posibilidad de responsabilidad por omisión sin más. Se sabe que violar ciertas reglas desencadena ciertos resultados, con independencia de si existe causalidad o no.[69] Por cierto, esto sucede también con el 106 del CP, cuando la omisión se agrava por el resultado. Si no fuera posible establecer alguna vinculación práctica entre este y la omisión, la agravante sería simplemente arbitraria.

Pese a lo dicho, hay un caso de omisión que no se ubica ni en la zona clara ni en la zona de penumbra de la palabra matar. Esto sucede cuando en el hecho interviene otro agente dolosamente (al menos) y produce de propia mano el resultado indeseado. Por ejemplo, cuando la madre omite evitar que el padrastro golpee a su hijo (al de ella) hasta matarlo, cuando le resultaba sencillo hacerlo. La descripción de un hecho como ese bajo el título "madre mató a su hijo" resultaría incomprensi-

65. Idem, p. 233.

66. Idem, ibidem.

67. Idem, p. 234.

68. Idem, p. 243.

69. Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 5. ed., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 302; Sancinetti, (n. 11), p. 311. Para quien "matar" y "causar la muerte" es lo mismo.

ble incluso luego de una explicación del evento. Es que nuestro interlocutor diría: "no, la madre no lo mató, lo mató el padre, la madre, en todo caso, no evitó que esto sucediera". Exactamente las mismas razones explican también la reticencia, de parte de la doctrina, de considerar a la madre *autora* del hecho. Se dice que su hecho "sólo posee la significación complicidad".[70] Nada de esto hace mella, de todos modos, en su responsabilidad por lo ocurrido. Otra vez, solo se trata de un hecho lingüístico, que corta la realidad en un punto quizás arbitrario. Esto no es óbice, igualmente, a que la madre sea responsable por complicidad o conforme a alguna otra forma colaboración. Esto depende de las reglas que delimitan la participación. El punto es que no se podrá decir de ella que mató a su hijo.

VI. POSICIÓN DE GARANTE Y *LEX STRICTA*

Como todo lenguaje, y entre ellos el lenguaje jurídico, es vago y requiere "contextualización", he podido concluir, siguiendo el trabajo de Ferrante, que "matar", en el Código penal, no debe ser entendido como un enunciado causal, sino como un enunciado práctico básicamente derivado de la idea de dependencia entre el comportamiento de un agente y un resultado. Así, muchos casos de omisión quedan abarcados por el tipo del homicidio tal y como está redactado en este momento en el art. 79 del CP. Esta es, por otra parte, una interpretación de las palabras del Código Penal que no asume la falacia de que porque "tiene que estar prohibido" está prohibido. Si el legislador hubiera usado otros términos, quizás la omisión podría haber quedado completamente fuera. Se trata de que él término matar, en general, *no excluye* supuestos omisivos. Esto es lo decisivo para respetar la legalidad. Solo hay un supuesto de omisión que debe quedar forzosamente fuera si no queremos deformar el lenguaje y ahí sí obrar al margen de la ley. Ese supuesto, en el que interviene otro actor dolosamente, entonces, no puede ser castigado por el 79.

Ahora bien. Una vez dicho esto, si uno se toma en serio la idea práctica de la "dependencia" parece que el tipo penal del homicidio (o cualquier otro que prohíba dañar) es ahora excesivamente amplio. De tal modo que *cualquiera* de cuyo comportamiento (activo u omisivo) dependa el resultado, debe ser tenido por homicida. Después de todo, el vecino que puede darle el antídoto a quien acaba de ser envenenado por su pareja tiene el mismo dominio sobre el resultado que quien acaba de envenenarlo y, si fuera casualmente un estudiante de medicina, quizás aún más. La dependencia fáctica es independiente de que exista posición de garante.[71] ¿Estaríamos dispuestos a decir que en ese caso el vecino mató *conforme al 79 del CP?*

---

70. Cfr. por todos, Stratenwerth, *Derecho penal, Parte general I*, Hammurabi, Buenos Aries, 2005, p. 491 y s., con referencias ulteriores.

71. Algunos autores insisten en lo contrario Silva Sánchez, (n. 15), p. 465; en el mismo sentido Riggi, (n. 11), p. 169. Para ambos solo puede controlar el riesgo quien tiene posición

Se impone aquí una respuesta negativa. Pero esto no se debe a que no la haya matado en un sentido práctico, sino a que el requisito de la dependencia constituye solo una condición necesaria para afirmar que ha existido una muerte en sentido jurídico. Luego deben adicionarse criterios estrictamente normativos de atribución de responsabilidad para terminar de definir qué significa matar en el ámbito penal.[72]

En este sentido, los criterios de posición de garante, al revés de lo que asumen sus críticos, no fundamentan responsabilidad penal por fuera del CP, sino que reducen su alcance. Lo mismo ocurre, en rigor, con los delitos causales. Los criterios de imputación objetiva (también en este sentido extrajurídicos) restringen la punibilidad que la mera afirmación de la causalidad admitiría. En este sentido, Sancinetti sostiene que en los delitos de acción también existe una "posición de garante" "que decae por prohibición de regreso, por principio de confianza o por imputación a la víctima".[73]

Las razones por las qué en los casos de omisión no somos todos responsables por todo lo que podemos evitar es algo sobre lo que aún hay que reflexionar. Es probable, como dice Gardner, que siempre que sin costo podemos evitar un resultado disvalioso, seamos todos igualmente responsables en sentido moral (no importa el lugar que ocupemos, es una obligación humana).[74] Las razones para reducir el círculo de autores puede tener que ver con necesidades de organización. Mientras cumplir con un mandato de omisión es sencillo: todos podemos hacerlo al mismo tiempo, cumplir con mandatos de deber de actuar requiere que nos organicemos, para no fraguar nosotros mismos el objetivo general al no saber en cada caso cómo proceder.[75] Por ello desarrollamos como sociedad instituciones encargadas de velar por la ayuda a ciertas personas.

Esto, por otra parte, maximiza el uso de nuestra energía racional en la medida en que, como ya está establecido quién se va a encargar de qué cosa, cada uno pue-

---

de garante. Pero esto es claramente contingente como lo indica el ejemplo de mencionado. Otra cosa, distinta, es decir que solo quien tiene posición de garante es responsable, "verdaderamente", de esa muerte. Pero esto pasa por una cuestión normativa, no fáctica.

72. Sobre la metodología concreta para determinar si nuestras afirmaciones normativas son compatibles con el significado del lenguaje, Schünemann afirma que una vez determinado lo que *puede* significar un verbo típico luego hay que constatarlo con lo que este *de hecho* significa en el lenguaje vulgar (Cfr. Schünemann, (n. 10), p. 19 y ss). Aquí he seguido un procedimiento inverso, pero en lo central equivalente: se trata de no olvidar que ambas cosas pueden no coincidir.

73. Sancinetti, (n. 11), p. 309.

74. Gardner, *Complicidad y causalidad* en él mismo, Ofensas y defensas, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012, p. 83.

75. Ferrante, (n. 51), p. 222 y ss.

de seguir con sus tareas. Esto permite, a la vez, el desarrollo de nuestra autonomía. Nadie podría ser quien es si tuviera que ocuparse constantemente de los demás.

En todo caso, para lo que aquí importa, la posición de garante no viola el principio de legalidad en el sentido de *lex stricta*, sino que limita el alcance de una ley por razones materiales.[76] Si esto es correcto, el castigo de ciertas omisiones de las que resulta una muerte no viola el principio de legalidad.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos, de Juarez Tavares – *RBCCrim* 15/125, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/141 (DTR\1996\255);
- Aspectos polêmicos dos crimes omissivos, de Fábio Motta Lopes – *RBCCrim* 75/9 (DTR\2008\662);
- La imputación por omisión impropia en el art. 4 de Ley 7.492/1986, de Raúl Cervini – *RBCCrim* 49/148 (DTR\2004\344); e
- Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia, de Alejandro Aponte Cardona – *RBCCrim* 100/287 (DTR\2013\400).

76. Silva mismo reconoce que esta es una posibilidad Silva, (n. 15), p. 466.

Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico[1]

Foundations for a general part of economic criminal law

Andrei Zenkner Schmidt
Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal na PUCRS. Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: A fundamentação onto-antropológica do direito penal proporciona um horizonte cognitivo capaz de resgatar a posição central do homem no sistema jurídico e de reduzir a complexidade dos problemas contemporâneos que envolvem o *jus puniendi*. A aplicação desse referencial teórico ao direito penal econômico nos conduz ao diálogo entre direito e economia como caminho para a compreensão do fenômeno historicamente datado que representa a intervenção penal na ordem econômica. A partir dessa leitura, é possível obter um conceito material e restritivo de crime econômico com a capacidade de fundamentar e de limitar o poder punitivo. Uma vez obtido o modelo, sua aplicação à teoria da norma, à teoria do delito e à teoria da pena confirmará ser possível que o homem prossiga ocupando o lugar central no direito penal econômico.

Palavras-chave: Direito penal econômico - Crime econômico - Conceito material - Fundamentos - Parte geral - Ontologia.

Abstract: Criminal law's "onto-anthropological" foundation provides a cognitive horizon capable of rescuing man's central position in the juridical system and, also, of reducing the complexity of current problems that surround the jus puniendi. The application of this theoretical framework to the economic penal law leads to the dialogue between law and economy as a way of understanding the historically dated phenomenon which the penal intervention in the economic order represents. Based on this reading, it's possible to obtain a material and restrictive concept of economic crime with the capacity of founding e restricting the punitive power. Once the model is obtained, its application to the norm, crime, and sentence's theory shall confirm as possible that man continues to occupy the central spot at the economic criminal law.

Keywords: Economic criminal law - Economic crime - Material concept - Fundaments - General part - Ontology.

Sumário: 1. Introdução - 2. Problematização, hipótese, metodologia e objetivos - 3. Fundamentos do conceito material de crime econômico - 4. Breves considerações sobre as consequências dogmáticas do conceito material de crime econômico na teoria da norma, do delito e da pena no direito penal econômico - 5. Bibliografia.

1. O presente estudo resume as linhas gerais de minha tese de doutorado junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, submetida à avaliação em banca no dia

1. INTRODUÇÃO

Os primeiros anos do século XX, especialmente os que se sucederam à Primeira Guerra Mundial, testemunharam significativas rupturas nas estratégias políticas de relacionamento entre Estado e economia. Países capitalistas e socialistas, cada um à sua maneira e guiados pelas mais diversas razões, ditaram rumos inéditos às relações econômicas entre cidadãos, corporações e Estado.[2] O interessante é que, conquanto tais regimes político-econômicos tenham fundamentos tão distintos, a interferência institucional na economia assumiu uma base principiológica comum. Veja-se, por exemplo, que a Constituição Mexicana de 1917, a Soviética de 1918 e a Alemã (Weimar) de 1919 atribuíram originalmente dimensão constitucional à intervenção do Estado na economia.[3]

Se bem examinarmos os contornos históricos das principais crises políticas e econômicas observadas ao longo do século XX, perceberemos que a interferência do Estado na economia, ainda que sob as mais variadas dimensões, é uma exigência da qual não mais podemos abdicar. O bloco comunista ruiu. O neoliberalismo anglo-americano, também. O legado que nos foi transmitido a partir dessas duas rupturas foi o de que uma *terceira via*, caso pretenda conciliar liberdade individual e justiça social, ainda tenha de perseguir, sob a lógica do capitalismo e da democracia, o diálogo entre *walfare state* e *invisibile hand*.[4] Talvez esse não seja o melhor dos modelos, mas é o que fenomenologicamente se nos apresenta como viável; é sobre ele que nossa crítica deverá repousar.

Abre-se um imenso horizonte cognitivo a partir de tais contingências históricas. Nosso direcionamento metodológico irá circunscrever-se a um dos instrumentos à disposição do Estado para se relacionar com a economia: o ordenamento jurídico. Se é certo pensar no caráter inevitável da mediação institucional que deve recair nas relações entre empregados e empregadores, entre cidadão e propriedade privada, entre o atual *homo oeconomicus* e a produção de bens e serviços, então não menos correto será reconhecer-se que o direito é o mecanismo de que pode lançar

---

23.07.2014, composta pelo Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (PUCRS – orientador), Prof. Dr. Juarez Tavares (UERJ), Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra), Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (UERJ) e Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza (PUCRS). A tese obteve o grau "aprovada com distinção".

2. Sobre o tema: THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 39-50.

3. DI PLINIO, Giampiero. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 57.

4. Para uma visão ampla sobre o debate: GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Trad. Ryta Vinagre. Rio/São Paulo: Record, 2001; DAHRENDORF, Ralf. *Reflexões sobre a Revolução na Europa*. Lisboa: Gradiva, 1993.

mão o Estado para alcançar a expressão máxima dessa mediação. Os ventos da contemporaneidade sopram a favor de um Estado que não é mais expectador dos fluxos econômicos, mas também não é seu protagonista. Os tempos são de regulação econômica, de agenciamento ético de relações outrora exclusivamente privadas.[5] Nesse cenário de capitalismo regrado, o direito assume uma missão de redobrada relevância, funcionando como instrumento legítimo de direcionamento da política econômica do Estado e, sucessivamente, de proteção contra as eventuais violações observadas no respectivo segmento. De modo que não podemos cogitar a existência de uma regulação jurídica da política econômica sem igualmente pensarmos, num primeiro momento, na tutela a ser exercida sobre os valores mais elementares que a compõem e, logo após, no sistema de sancionamento que deve incidir sobre os desvios observados.

Mas seria um renomado equívoco imaginarmos que o direito econômico sancionador, no qual se insere o direito penal econômico (eis o nosso objeto de estudo), seja uma novidade do portfólio do capitalismo tardio. Com efeito, o *jus puniendi*, neste segmento de proteção, já era exercido mesmo em tempos de liberalismo econômico (uma concorrência, para ser livre, tinha de ser efetiva), o que nos permite compreender as razões que levaram os Estados Unidos a criminalizar, em pleno século XIX, as práticas de cartelização e de monopólio (*Sherman Act*, de 1890). De outro lado, em regimes comunistas, assumem especial relevância as violações contra as fontes de custeio do Estado para a distribuição da riqueza – lembre-se que o Código Penal Soviético punia com pena de morte a reincidência no delito contra a racionalização de divisas (art. 88, 2). É dizer: ao contrário do que se possa imaginar, a relação entre direito penal e economia não é uma novidade dos tempos de globalização; o que parece ter mudado é a intensidade e o direcionamento dessa relação.

Essa é uma constatação histórica de grande importância. Primeiro, porque supera qualquer pretensão de lançarmos um olhar crítico sobre a globalização para, *ipso factu*, igualmente criticarmos o direito penal econômico. Segundo, porque demonstra que os rumos e a legitimidade do direito penal econômico variam de acordo com as pautas que irão integrar a política econômica do Estado. Terceiro, porque comprova que o adensamento teórico dos valores ético-sociais que influenciam a política econômica contemporânea é o caminho ajustado para bem compreendermos o que, no fim das contas, vai se mostrar digno de proteção e merecedor de pena.

Temos por premissa metodológica, portanto, que o diálogo entre direito e economia nos fornece os exatos limites do horizonte cognitivo que nos guiará para

5. SALAMA, Pierre. Para uma nova compreensão da crise. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 51-54.

a obtenção de níveis satisfatórios de racionalidade no segmento do direito penal econômico. Pode parecer pouco, mas não é.

Se analisarmos os principais segmentos da doutrina ocidental que se debruça sobre o tema, perceberemos um insuperável paradoxo: ao mesmo tempo em que há um reconhecimento geral quanto à autonomia disciplinar do direito penal econômico,[6] a delimitação satisfatória do seu objeto ora é reputada inviável em razão da volatilidade imanente à economia,[7] ora é ampliada demasiadamente para alcançar todo e qualquer delito que acarrete uma afetação supraindividual da ordem econômica.[8] É como se a propalada autonomia disciplinar tivesse de conviver com propostas pessimistas ou exageradamente otimistas quanto à possibilidade de delimitação conceitual dos delitos econômicos. Ora, se a formulação de um conceito de crime econômico é problemática porque a economia de cada país apresenta-se com contornos frequentemente variáveis, ou então porque tudo irá depender se, no fim das contas, um crime de coloração individual (um furto ou um estelionato, v.g.), no caso concreto, possa afetar uma imensa gama de pessoas ou de instituições, então já será questionável falar em direito penal econômico. Pela mesma razão que a parte especial dos códigos penais não origina um direito penal da vida ou um direito penal do patrimônio, também não faria sentido uma linha sequer para tratarmos sistematicamente de algo denominado direito penal econômico.

Eis a segunda premissa metodológica que aflora ao interesse de nossa pesquisa: o desapego ao que a ciência econômica pode nos ensinar é uma das principais razões para que a autonomia do direito penal econômico veja-se compelida a conviver com uma delimitação conceitual pouco precisa. Em outras palavras, por mais óbvia que a asserção possa parecer, o diálogo entre direito e economia é o caminho a ser percorrido para que possamos obter um satisfatório adensamento do nosso objeto de estudo. Se pretendemos, de fato, comprovar a existência de um delito materialmente econômico que, como tal, apresente características peculiares em

6. Sobre o tema: FARIA COSTA, José de; Costa Andrade, Manuel. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. *Direito Penal Económico e Europeu: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed./IDPEE/FD-UC, 1998. vol. 1, p. 347-364; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre a autonomia dogmática do Direito Penal Económico. Uma reflexão à luz do novo Direito Penal Económico Português. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostella: USC, 1986, IX, p. 37-69.

7. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. p. 97. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirand lo Blanc, 2002. p. 323.

8. TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *Nuevo Pensamiento Penal*. Buenos Aires, 1975. vol. 4, p. 461-475; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y Contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002. p. 9.

comparação com outras modalidades de tutela penal, o caminho certamente será dar-se conta da obviedade acima referida.

Compreende-se, nessa toada, por que sejam raríssimos os estudos de direito penal econômico que dediquem algum espaço à compreensão do alcance metajurídico da *ordem econômica* (lembre-se, por exemplo, que a maioria deles tem, como ponto de partida, os contornos constitucionais da *ordem econômica*).[9] Aliás, para muito além disso, hoje são igualmente raros os estudos de direito penal que se propõem a fundamentar o sistema da norma, do delito e das penas a partir de uma lógica externa à objetividade do ordenamento jurídico. Mesmo as atuais tentativas de construção do sistema penal aberto que, buscando uma superação do formalismo jurídico, tentam reconciliar-se com o pensamento problemático, não conseguem obter além das amarras da lógica formal-objetiva do próprio ordenamento jurídico os valores que terão de ser teleologicamente perseguidos. Tudo a demonstrar que segue hígida uma certa teimosia epistemológica em tentar obter a redução da complexidade dos problemas do direito penal contemporâneo a partir da lógica interna do próprio direito penal. Como se fosse possível ignorar que um código penal, assim como a Constituição de um determinado país, são fenômenos historicamente datados que se fundamentam e se legitimam a partir das relações sociais de onde brotaram.[10] Ora, fundamentar-se o direito penal a partir de parâmetros de política criminal é renunciar-se à razão forte que deve orientar a construção de um sistema; é dar as costas à dimensão cultural que todo problema penal representa.[11]

É nesse particular que destoará nossa terceira premissa metodológica: se pretendemos verificar o que de útil se pode extrair de uma leitura interdisciplinar da complexidade que envolve o delito econômico, então teremos de construir um saber sistemático que se disponha a ser efetivamente problemático;[12] um saber que vá ao núcleo mais elementar, mais essencial que circunda a dimensão metajurídica de

9. Para uma visão crítica: MONTANI, *Economic Crimes*. Diritto Penale ed Economia: Prove di Dialogo. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. ano XVIII. n. 4. p. 909-936. Padova: Cedam, ott.-dic. 2005,.

10. Sobre a relação entre Direito Penal e Constituição: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 202.

11. Sobre a fundamentação do Direito Penal a partir do objeto do ilícito, e não de suas consequências jurídicas: FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis). Introdução*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 20-24; D'AVILA, Fábio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 259-267.

12. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – Modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: SILVA, Luciano Nascimento (org.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 229-268.

nosso objeto de estudo. Porque é antes do direito – muito embora também a partir dele – que se situa a densidade ético-social dos valores que devem ser juridicamente protegidos. Longe estamos de falar em valores universais e absolutos vigentes a qualquer tempo. Referimo-nos, isso sim, a valores cuja representação não se oponha ao passado-presente da fragmentariedade dos nossos tempos; valores que não perdem sua existência porque relativos, porque efêmeros, porque regionalizados, porque reconhecidos apenas em determinados segmentos sociais. Temos por correta a visão de que a complexidade do direito penal contemporâneo, notadamente naqueles contextos em que novas formas de tutela são avocadas, tenha de alcançar uma razão forte a partir de um pensamento reflexivo historicamente situado; um conhecimento que não se contente com a sedução da aparência do objeto sobre o qual se debruça; um conhecimento que não se perturbe com o desconforto por vezes insuportável e doloroso que decorre da penetração na porosidade mais imperceptível do seu objeto de estudo; um saber que situe na leitura contemporânea da "natureza das coisas" o mais importante vetor de crítica para o direito penal.[13] Será, portanto, sob as amarras ônticas da relação fenomenológica entre direito e economia que nosso estudo será desenvolvido. E assim o é porque, em nossa crença, sem desmerecer outras maneiras de fundamentar-se o direito penal, esse seja o caminho adequado para a crítica e a redução da complexidade que envolve o objeto de análise.

Sob essa forma especial de ver as coisas, é-nos dada a possibilidade de obtermos, a partir da identidade histórico-cultural do modelo de Estado contemporâneo, o reconhecimento de que o homem segue ocupando um lugar privilegiado na estrutura do ordenamento jurídico. É certo que a dialógica do Estado atual também se direciona para a realização da dignidade humana em condições de igualdade material. Deveras, o que distingue o Estado contemporâneo – pelo menos, na maior parte dos países ocidentais – do Estado liberal é o necessário diálogo que há de permear a eficácia dos direitos fundamentais frente à missão possível de construção de uma sociedade justa e solidária. No entanto, do passado-presente do Estado contemporâneo pode-se obter a densa e traumática experiência dos momentos de crise que atravessamos sempre que o homem restou instrumentalizado por instituições. Aliás, o limite semântico da expressão *humanidade* fala por si só. Isso nos faz compreender que a ontologia dos direitos fundamentais não abre espaço algum para barganha de qualquer natureza no que pertine à prioridade que o homem recebe perante o Estado.[14] Essa é uma promessa da modernidade que, ainda hoje, não temos autorização alguma para abdicar. Ou as coisas funcionam assim, ou estaremos falando de outra coisa que não de um Estado Democrático de Direito.

---

13. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal* cit., p. 260, especialmente nota n. 101.

14. Seguimos alinhados à concepção antropológica que entrecruza as concepções de Castanheira Neves e de Faria Costa, desenvolvidas nos estudos referidos nas notas anteriores.

A contingência que disso decorre é que o ordenamento jurídico penal tem de fundamentar-se em estrito respeito ao homem enquanto pessoa, e não enquanto objeto. Contudo, se esse direcionamento de legitimidade já apresenta graves problemas de compatibilidade com o núcleo rígido do direito penal, as dificuldades serão redobradas se tivermos de prosseguir atentos com essa visão antropocêntrica também em novos segmentos de criminalização. Falamos, em específico, naqueles casos em que a dignidade da proteção penal vem sendo reconhecida em relação a interesses que não possuem uma afetação individual tão clara. Se é certo que não podemos mais aguardar a morte de uma pessoa ou a lesão de um patrimônio para que o meio ambiente e o sistema financeiro sejam penalmente protegidos, não menos certo será reconhecer que a legitimidade dessa proteção só poderá ser aventada se a raiz antropológica da tutela prosseguir hígida. Se considerarmos que o meio ambiente ou a economia são valores que se fundamentam em si mesmos, então estaremos aceitando que essas novas formas de tutela caracterizariam uma ruptura paradigmática. É dizer: o homem, nestes segmentos, já não ocuparia o epicentro da proteção.

2. PROBLEMATIZAÇÃO, HIPÓTESE, METODOLOGIA E OBJETIVOS

Eis o problema central de nossa pesquisa: seria possível seguirmos com a proposta de fundamentação antropológica do direito penal também no segmento dos delitos econômicos?

Uma resposta negativa a esse questionamento coloca-nos diante de uma segunda rodada de inúmeros outros problemas. Um dos que nos ocorre imediatamente é se haveria condições de legitimidade para um direito penal econômico que não se fundamente a partir de uma perspectiva antropológica. E se nos aventurarmos em direção a uma resposta afirmativa, então estaremos diante de uma terceira linha de problematização: quais os reflexos que essa fundamentação poderá produzir dogmaticamente nas três grandes dimensões do sistema penal enquanto fenômeno jurídico (a norma, o delito e a pena)?

No entanto, se a primeva indagação aceitar uma resposta positiva, então já nos será dado o conforto de relegarmos a segundo plano uma construção exauriente acerca da legitimidade da intervenção penal, porquanto o caráter humanitário do direito penal, também nos contornos contemporâneos desse segmento de proteção, teria sido respeitado. Sem embargo, haveria, ainda, um longo caminho a percorrer para que consigamos ajustar o conteúdo antropocêntrico dos delitos econômicos à integralidade do sistema dogmático-penal. Quais os reflexos que um conceito material-antropológico de crime econômico irradiam sobre a estrutura da norma, do delito e da pena? Seriam observadas, nesses três segmentos, características peculiares que se compatibilizariam com a base principiológica ordinária do direito penal? Seria possível acomodar as contingências exigidas para a proteção do bem jurídico nos delitos econômicos à eficácia dos princípios gerais do direito penal?

Até que ponto, em suma, a autonomia disciplinar do direito penal econômico se ajustaria ao risco de uma ruptura paradigmática?

Nossa hipótese é a de que o diálogo fenomenológico entre economia e direito penal é o acertado caminho para construirmos um conceito material de crime econômico compatível com o fundamento antropológico que deve permear todo e qualquer tipo de proteção penal. Em atenção a essa premissa que aventamos que o horizonte cognitivo a que nos propusemos observar seria adequado para descortinar as características peculiares do direito penal econômico que, a despeito de modificarem sensivelmente a estrutura da norma, do delito e da pena, repousariam sob o manto liberal-secularizado da estrutura principiológica do direito penal. Pois nosso objetivo geral, alinhado com a estrutura metodológica a que nos propusemos observar, somente atingirá um resultado satisfatório se, ao fim e ao cabo, aceitarmos que o direito penal econômico seja, e tenha de prosseguir sendo, apenas um recorte específico do direito penal.

A aproximação teórica a que nos propusemos observar irá iniciar-se a partir do exato ponto que a doutrina penal costuma desprezar: se pretendemos delimitar rigorosamente a matéria que compõe o conceito de *ordem econômica*, então teremos de verificar o que a ciência econômica pode nos ensinar sobre o assunto.[15] Pois não será o ordenamento jurídico, mesmo que em sua dimensão constitucional, o responsável pelo desvelar ético-social das relações sociais que afloram carentes de proteção. A imensa maioria da doutrina propõe um conceito de crime econômico que leva em conta a ideia de ofensa supraindividual à *ordem econômica*[16] (alguns, afirmando que tal supraindividualidade seria abstratamente exigida enquanto objeto de proteção;[17] outros, admitindo que o caso concreto é que diria quando um bem jurídico pode ser lesado de forma supraindividual[18]). A definição não deixa de estar

15. Recomendamos, como ponto de partida para essa aproximação socioeconômica: BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 5 ed. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson, 2011; HIRST, Paul. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Rio: Vozes, 1998; KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio: Campus, 2011; MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2 ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001; BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses e a fascinante história do risco*. Trad. Ivo Koritowski. Rio: Campus, 1997; GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole. O que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza de A. Borges. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005; SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

16. Para uma visão geral: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. p. 273-300.

17. CERVINI, Raúl, op. cit., p. 98 e ss.

18. TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico cit., p. 471 e 469.

correta, mas necessita de adensamento teórico. A doutrina caminha a passos largos para esclarecer em que condições um bem jurídico pode legitimamente assumir uma feição supraindividual.[19] Porém, é vagarosa quando o assunto seja observar a dimensão metajurídica do objeto sobre o qual recairá a tutela: a *ordem econômica*.

Para tanto, temos de buscar uma fundamentação para o direito penal econômico que não leve em conta os fins da pena. Temos por acertado que o crime possui existência fenomenológica independentemente de suas consequências jurídicas. É o ilícito que, em sua representação ôntica, irá nos guiar pela construção de um sistema penal antropologicamente comprometido.[20] Nessa senda, o conceito material de crime econômico ganhará autonomia e fundamentação nos segmentos em que a mediação institucional da vulnerabilidade do homem frente os fluxos financeiros revele-se carente de proteção jurídico-penal. Nossa proposta é construirmos um bem jurídico materialmente singular para o direito penal econômico; um bem jurídico que não se submeta a exigências centrífugas ou centrípetas variáveis segundo a qualidade do autor ou a dimensão de vítimas afetadas pelo ilícito; um bem jurídico próprio e distinto das formas tradicionais de tutela penal do patrimônio individual ou corporativo, que já é desempenhada por crimes que não se inserem no horizonte cognitivo da *ordem econômica*. Para tanto, além de buscarmos o adensamento teórico do exato alcance do objeto da tutela, nossa preocupação também será direcionada ao isolamento analítico daquelas características especiais que podem conferir autonomia disciplinar a um direito penal econômico de fundamentação onto-atropológica. Só assim estaremos em condições de avaliarmos criticamente se o produto final de nossa obra encontra amparo constitucional para a sua configuração.

Passo seguinte será colocar à prova nosso conceito de delito econômico frente à integralidade do sistema jurídico-penal. Pois não se poderá admitir qualquer serventia a um conceito material de crime econômico caso suas características especiais não se acomodem nos limites dogmático-liberais das teorias da norma, do delito e da pena. Para tanto, iremos selecionar alguns aspectos que reputamos convenientes para ilustrar formas especiais de relacionamento entre o conceito material que iremos propor, assim como as possibilidades dogmáticas por ele assumidas. A seleção é arbitrária e, em momento algum, pretende reduzir a importância de inúmeros outros problemas que também podem ser observados no sistema de direito penal econômico, mas que escapam dos limites de nossa

19. Sobre o tema, v.: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral.* 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 133-154.

20. Estamos alinhados, pois, com o referencial teórico de Faria Costa (v. *O perigo em direito penal* cit., passim) e de Fábio Roberto D'Avila (v. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 85-87).

pesquisa (pense-se, por exemplo, na eficácia espacial da norma econômica, na imputação objetiva e subjetiva da ofensa, nos problemas relacionados à culpabilidade nos delitos econômicos, no imenso catálogo de sanções etc.). O objetivo não é esgotar tudo o que de especial existe no direito penal econômico. Nossa dedicação a alguns pontos selecionados tem por propósito ir apenas até o que reputamos estritamente necessário para comprovar que a nossa hipótese confirma-se enquanto tese.

3. FUNDAMENTOS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME ECONÔMICO

À primeira vista, poderia parecer insustentável que o diálogo entre direito penal e economia fosse capaz de colaborar para a construção de um modelo de fundamentação e de limitação do poder punitivo sob uma perspectiva antropológica. Estamos acostumados a conviver com a crítica de que tal diálogo traria consigo o irrenunciável preço da instrumentalização do direito pela economia, uma legitimação de categorias jurídicas em atenção ao pragmatismo que permearia a ciência econômica. Tudo a evidenciar que tentativas de construção do saber teórico que levassem em conta qualquer tipo de leitura econômica do direito, especialmente do direito penal, conduziriam à perda da identidade liberal da ciência jurídica.[21]

No entanto, se nos debruçarmos sobre os fundamentos da *macroeconomia* contemporânea, veremos que a ciência econômica vem se construindo e legitimando para além de uma irrestrita obtenção de resultados práticos. Mesmo os economistas mais liberais já não se aventuram a teorizar ao sabor hegemônico da *invisible hand*. As crises econômicas das últimas décadas serviram de cenário histórico para que qualquer pretensão de garantia da economia de mercado já não abdique de proteção institucional à responsabilidade e à ética na política econômica. É certo que um economista, ao analisar programas assistenciais do Estado, talvez esteja mais preocupado com o benefício econômico de longo prazo do que com parâmetros de justiça material a serem perseguidos na ação institucional. Sem embargo, é interessante perceber que valores como educação, saúde, sustentabilidade e transparência tenham definitivamente ingressado na pauta das ciências jurídica e econômica.[22] O que nos autoriza a sustentar que, conquanto direito e economia possam ter fun-

21. Tudo o que não queremos é que nossas conclusões, nem de longe, estejam alinhadas com o que contemporaneamente vem se denominando *análise econômica do direito*. Para uma visão geral: GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. In *Economic Analysis of Law Review*. vol. 1. n. 1. p. 7-33. Brasília: ABDE/Universidade Católica de Brasília/Universa, 2010.

22. No segmento da economia, interessantes as conclusões de DENT JR., Harry. *A próxima grande depressão*. Trad. por Afonso Celso da Cunha. Rio: Campus, 2009. p. 297-298.

damentos distintos, os meios e os fins de que se valem ambos os saberes teóricos podem ser convergentes em alguma medida. O sobredito receio de instrumentalização do direito, dessarte, já não mais se nos opõe: a interferência do Estado na economia – ora sob a preponderante regulação de fluxos econômicos privados, ora pela subsidiária intervenção direta em alguns segmentos do mercado – é um valor que a contemporaneidade já se encarregou de reconhecer hígido.

Da historicidade do Estado Democrático de Direito, portanto, aflora um novo horizonte cognitivo que não vê contradição alguma entre a aproximação teórica direito/economia e a raiz liberal que o fundamenta. A redução de incertezas, através do conhecimento e do respeito pelas *regras do jogo*, é um objetivo legítimo a ser alcançado pelo direito e, no dizer de Douglass North, também pela economia.[23] O homem deve ocupar o epicentro do sistema jurídico. Essa é uma contingência – sem a qual o Estado Democrático de Direito deixaria de *ser* – que igualmente permeia o funcionamento atual das *instituições* encarregadas de regular a estabilidade das trocas econômicas. A realização do *homo oeconomicus*, assim, não vê disfunção alguma em submeter o egoísmo imanente aos fluxos econômicos ao diálogo com a responsabilidade ético-social que também os condiciona. É como se, nos dias de hoje, a *invisible hand* tivesse o seu amplo raio de ação limitado por grilhões institucionais reconhecidos como legítimos tanto pelo direito quanto pela economia.

Se avançarmos ainda mais na análise metajurídica dos problemas econômicos, perceberemos que há uma relativa simetria nas estratégias adotadas por países de regime democrático para evitar que novas crises tornem a ocorrer. A mais recente delas (crise dos *subprimes*, em 2009) afetou as bases fundamentais da maior e mais radical economia capitalista mundial, a dos EUA: controles e regulamentações do sistema financeiro, outrora impensáveis na economia americana – muito embora já observados em economias subdesenvolvidas, como a brasileira – foram inseridos na ampla reforma introduzida pelo FED em 2011. Até então, um banco poderia, com relativa liberdade, criar produtos financeiros ou conceder linhas de crédito a quem bem entendesse. Agora, sob o olhar de agências regulatórias, instituições financeiras americanas não mais dispõem de uma irrestrita autonomia para atingir seus propósitos estatutários. É a sinalização de que os tempos de neoliberalismo já se foram.[24]

---

23. NORTH, Douglass Cecil. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. 3 ed. Trad. Elizabete Hart. Rio: Instituto Liberal/Instituto Millenium, 2006.

24. Recomenda-se, àqueles que ainda imaginam que os tempos atuais seguem sendo de *neoliberalismo*, consultar: ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo, e THERBORN, Göran, op. cit., ambos estudos disponíveis em SADER, Emir; GENTILI, PABLO. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 9-23 e 39-50, respectivamente.

De nosso interesse, importa observar que crises econômicas em escala mundial trouxeram consigo a idealização de uma política econômica que, a despeito de sua identidade global, ainda preserva níveis razoáveis de soberania para cada país. É certo que México, Brasil, Inglaterra, Espanha e Japão, cada um à sua maneira, possuem ações concretas tendentes a controlar inflação, aumentar a renda *per capita*, administrar despesas e gastos públicos. No entanto, essas ações têm em comum o fato de que inflação baixa, câmbio flutuante e superávit primário sejam valores elementares de qualquer política econômica contemporânea que se pretenda inserir na lógica da economia de mercado sob o manto de um regime democrático.

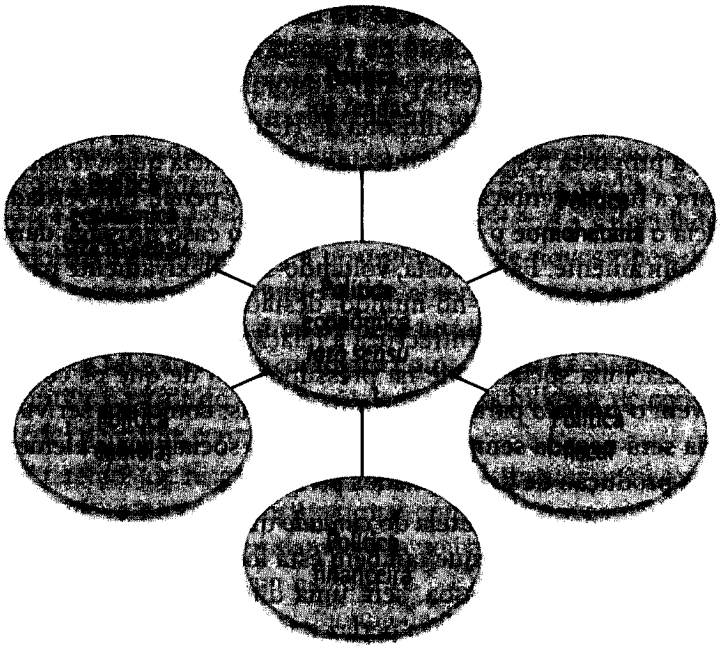
Com tal colocação, muito longe estamos de aceitar que a economia mundializada desfile sobre um mar de rosas. É certo que há muito a ser corrigido para que níveis razoáveis de justiça material sejam alcançados. Porém, não temos razões para acreditar que propostas socialistas ortodoxas tenham condições de tornar as coisas menos dramáticas. Pelo contrário, a história já nos mostrou a bancarrota de políticas econômicas que, ao preço da supressão da livre-iniciativa, preocupem-se exclusivamente com igualdade material entre os cidadãos. Seria impossível catalogar todas as causas que conduziram a isso. Porém, é inegável que, dentre elas, a globalização tenha de ser considerada como um *fato* que dificulta sobremaneira qualquer tentativa estatal de supressão da liberdade, em toda a sua dimensão axiológica.

É inegável que a globalização tenha afetado a soberania do Estado. Mas seria inaceitável alardearmos, em tom catastrófico, a partir disso, que o Estado contemporâneo não goze de soberania alguma.[25] Goza, e muito: uma rápida análise dos mais diversos programas assistenciais adotados por países capitalistas e democráticos comprova nossa asserção. Visto o problema sob ótica inversa, poderemos perceber que a variação da carga de prestatividade social assumida nacionalmente não elimina a exigência global de que essa mesma prestatividade tenha de ser perseguida. Tampouco estaremos autorizados a reconhecer que a volatilidade da política econômica contemporânea autorize-nos a antever que seria inviável um modelo de política *macroeconômica* que vá além das fronteiras nacionais. Tudo a corroborar a hipótese que se nos aventava viável: o modelo de Estado regulador é aquele que busca, através da equilibrada relação entre políticas de renda, monetária, fiscal, financeira, cambial e econômica (*stricto sensu*), o fino ajuste do convívio dialógico entre *walfare state* e *invisible hand*:[26]

---

25. Tese sustentada, em linhas gerais, por: FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

26. Tratamos, em detalhes, de cada uma dessas políticas em: SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do Direito Penal Econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (orgs.). *Crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011. p. 19-77.



Eis a dimensão fenomenológica do que se pode compreender como *ordem econômica* na contemporaneidade. Eis o horizonte cognitivo cuja densidade já se nos aflora cognoscível. Somente uma postura jurídica avessa à "natureza das coisas" econômicas poderá seguir objetando a inviabilidade de um conceito de *ordem econômica* formulado para além das amarras de conjunturas políticas ou de cada ordenamento jurídico-constitucional. Com o passar do tempo, esse conceito de *ordem econômica* até poderá ser substituído por outro qualquer. No entanto, sendo a incerteza um valor imanente ao pensamento complexo, tal precariedade já não infirmará a metodologia a que nos propusemos observar. O diálogo entre direito e economia colabora para alcançarmos uma racionalidade metajurídica que servirá de alicerce para que a proteção institucional da *ordem econômica* seja fundamentada e limitada. Uma *realidade* que almeja a tutela do Estado muito antes e além do que dispõe cada ordenamento constitucional.

Nossa atenção está voltada, portanto, para a obtenção de uma "razão forte" capaz de nos conduzir à formulação de um saber sistemático e problemático. Quando afirmamos, perfilados com Castanheira Neves, que o direito é uma ciência da razão prática, não desejamos avalizar a solução de casos jurídicos soprando casuística e aleatoriamente segundo as circunstâncias do objeto. Mas também não albergamos formulações que pretendam extrair da lógica formal-objetiva do próprio ordenamento jurídico, ou então de funções dos subssistemas sociais, os valores que fundamentarão a resposta institucional e sistemática para o caso concreto. Nossa construção vai muito além das amarras normativas ou funcionais que circundam o

pensamento jurídico. Foi na formulação de Faria Costa que encontramos o ajuste epistemológico adequado à obtenção de repostas aos complexos problemas que, em nosso sentir, envolvem o direito penal econômico.

Construída sob a influência da filosofia de Heidegger e da jusfilosofia de Castanheira Neves, a proposta resgata a esquecida importância que a fenomenologia desempenha para a fundamentação da ciência jurídico-penal. Em verdade, vai muito além: denuncia o risco a que o direito ficará exposto caso prossiga dando às costas ao pensar filosoficamente. Faria Costa, voltando-se reflexivamente para a dimensão ôntica do homem enquanto ser-no-mundo, destaca que a existência do indivíduo fundamenta-se no *cuidado* que entrecruza a relação do "eu" para com os "outros". O homem se relaciona socialmente na pressuposição de que os comportamentos sociais observem o *cuidado* para com os outros; pois, como um ser vulnerável, minha existência será negada sempre que as relações sociais mais elementares sejam afetadas com a produção de determinados *perigos*.[27]

O direito fundamenta-se na tutela do *cuidado* que se desvela carente de proteção em sua dimensão ôntica. E, porque também está focado na significação fenomenológica do homem enquanto pessoa, será uma dimensão onto-*antropológica*. Portanto, a violação do *cuidado-de-perigo* perfaz o núcleo essencial do objeto do ilícito que fundamenta o direito penal. A pena recobra seu sentido apenas num segundo momento, lenquanto resposta estatal que se justifica em atenção ao restabelecimento da relação primeva de cuidado que restou violada. É o objeto do ilícito, e não os fins da pena, que fundamenta o direito penal.

Não temos a pretensão de sustentar que haja apenas uma maneira de fundamentar-se o direito penal. O funcionalismo também pode apresentar, em alguma medida, respostas satisfatórias a problemas concretos de direito penal. No entanto, é fascinante como o arquétipo de Faria Costa colabora significativamente para a redução da complexidade dos problemas contemporâneos do direito penal. A realocação do homem no epicentro do sistema jurídico, justificada através da lupa fenomenológica do *cuidado-de-perigo* carente de proteção institucional, irá resgatar o significado possível do passado-presente do Estado Democrático de Direito que prossegue hígido em tempos de globalização. Essa releitura da fundamentação e dos limites do direito penal à luz da historicidade do Estado contemporâneo proporcionará um notável avanço teórico-dogmático para a compreensão e a racionalização dos problemas atinentes à estrutura da norma penal, do delito e de suas consequências jurídicas. Para além disso, o modelo assumirá uma valia redobrada caso aproximado das novas formas de tutela penal, consagradas principalmente no segmento que se convencionou denominar direito penal *secundário*. Nosso objeto de estudo foi selecionado a partir de um recorte específico dessa nova dimensão contemporânea do poder punitivo: o direito penal econômico.

---

27. V. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal* cit., p. 248-249, 363-369, 382-383 e 449.

Da incursão fenomenológica no nosso objeto de estudo resulta que a proteção institucional da economia seja, hoje, um axioma inquestionável. Ao Estado não é mais dado o conforto da inércia frente as trocas econômicas, porém, igualmente lhe é vedado conduzi-las pessoalmente com mão de ferro. Não foi o direito que implementou o modelo de Estado regulatório. Em verdade, uma relação dialógica levou a economia a convocar o ordenamento jurídico a prestar-lhe auxílio. Se verificarmos que essa carência de tutela verifica-se porque a fluidez e a velocidade dos fluxos econômicos globais contribuem para o surgimento de novos tipos de *cuidado-de-perigo*, então já estaremos em condições de obter, exatamente a partir desse contexto, uma noção material e original de bem jurídico protegido. Ou, para sermos ainda mais claros: a relação fenomenológica entre direito e economia fornece-nos o horizonte cognitivo a partir do qual nos é dada a possibilidade de construirmos um conceito material de crime econômico.

Para tanto, teremos de resgatar o que de mais elementar se observa na relação primeva de *cuidado*: a proteção institucional contra os novos *perigos*, em tempos de economia global, prossegue fundamentada no irrenunciável caráter antropocêntrico da relação do "eu" para com os "outros". É inadmissível, portanto, aceitarmos que segmentos específicos da economia de mercado possam ser juridicamente protegidos enquanto valores em si, abstratamente divorciados da importância que representam para a realização do homem enquanto pessoa. Revelar-se-á impensável ao fundamento *onto-antropológico* do direito penal econômico qualquer tentativa de construção teórica do conceito de *ordem econômica* que não leve em conta a nota humanitária de trocas econômicas que, potencialmente violadoras do *cuidado-de-perigo*, afloram dignas de proteção e merecedoras de pena.

A estrutura analítica desse bem jurídico, sob essa forma especial de ver a "natureza das coisas" econômicas, já não poderá ser obtida a partir da singela concepção de ilícito focalizada em ofensas patrimoniais individuais. Furtos e estelionatos caracterizam violações de *cuidado-de-perigo* que incidem diretamente em relações individuais horizontais e juridicamente simétricas. Mas não é sobre esse tipo de relação que se debruça a proteção institucional da economia.

Não há novidade alguma nisso. Conforme vimos há pouco, já no século XIX tínhamos notícia de que o Estado vinha sendo conclamado a controlar a liberdade de transações entre particulares a fim de que o preço do produto ou do serviço adquirido efetivamente seguisse a lógica do mercado (concorrência). Em relação aos dias de hoje, quer-nos parecer que essa forma peculiar de proteção, em tempos de Estado regulador, foi modificada qualitativa e quantitativamente: o que substitui a identidade patrimonial pela econômica é a estratégia que legitima o Estado a se imiscuir nessa relação. O interesse pessoal horizontalizado em uma troca patrimonial entre duas pessoas (físicas e/ou jurídicas, inclusive alguns entes públicos) passa a conviver, em alguns segmentos, com o interesse público que verticaliza a proteção até o vértice ocupado pela *instituição* competente para tanto. O bem jurídico protegido já não recai exclusivamente sobre o *cuidado-de-perigo* em sua

dimensão horizontal, senão também em violações à proteção verticalizada que o Estado exerce sobre relações horizontais que, na contemporaneidade, assumem uma feição econômica.

Por tal razão é que não podemos aceitar, sob nossa ótica restritiva do conceito material de crime econômico, que a tutela da *ordem econômica* seja desempenhada também através de tipos legais patrimoniais – a despeito de, em alguns casos concretos, a afetação resultante assumir uma dimensão fática supraindividual. O que importa é a compatibilidade axiológico-normativa do bem jurídico com o tipo de proteção materialmente requerida (*ordem econômica 'lato sensu'*), e não eventuais efeitos fáticos secundários que decorrem de delitos de afetação individual (*patrimônio*). Um crime falimentar não caracteriza um delito econômico porque a ofensa atinge patrimônios individuais[28] – conquanto possa reflexamente afetar uma coletividade que vai além dos sócios e de seus credores. Porém, se a bancarrota for fraudulentamente provocada no âmbito de uma instituição financeira, então já poderemos cogitar uma violação que ofende a mediação regulatória do Estado – a despeito da possibilidade de, reflexamente, patrimônios serem individualmente afetados.

Mas não será essa mediação, em si, o objeto que assumirá dignidade penal. O Estado regulador só se fundamenta, enquanto Estado de Direito historicamente datado, na condição de que o controle institucional tenha por propósito final e irrenunciável a realização do homem enquanto pessoa. O que nos autoriza a reconhecer que a dimensão *vertical* (o cuidado do "eu" para com as instituições fomentadoras do exercício ativo do poder, especialmente o Estado) não subsiste fenomenologicamente com autonomia frente a dimensão *horizontal* do *cuidado-de-perigo* (o cuidado do "eu" para com os outros que se encontram no mesmo segmento). Obviamente que, em crimes econômicos, nem sempre a constatação concreta dessa afetação humana seja facilmente diagnosticável. Porém, a referida complexidade está a nos indicar a redobrada precaução que as agências penais, inclusive as instâncias legislativas, terão de observar quando examinam fatos potencialmente violadores à *ordem econômica*. Esse conceito material de delito econômico se compatibiliza, portanto, com a função legitimadora e crítica que dele se espera.

É em atenção ao núcleo antropológico que a característica *supraindividual* do bem jurídico protegido pelos crimes econômicos se soma a todas as suas demais peculiaridades. Estamos diante de uma proteção *polissêmica* (o desvalor ético-social da ofensa é reconhecido apenas em determinados segmentos profissionais ou do mercado), *promocional* (a tutela pode sensibilizar ou densificar a consciência ético-social em relação a algumas práticas de mercado), *mutável* (a volatilidade é um traço imanente à ordem econômica) e *instrumental* (é na política econômica que encontraremos o fundamento e o limite da intervenção penal econômica).

28. V. CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 44-77.

Todas essas características apontam para a confirmação da autonomia disciplinar do direito penal econômico. Trata-se, porém, na linha do pensamento de Faria Costa,[29] de uma autonomia singela, tênue, que encontra sua racionalidade material apenas nos estreitos limites da base principiológica do direito penal nuclear. E assim tem de ser porque o respeito aos princípios gerais do direito penal, em qualquer forma de intervenção do poder punitivo, ainda segue hígida na identidade liberal que o Estado contemporâneo inexoravelmente carrega. O direito penal econômico, muito antes de representar uma propalada ruptura paradigmática, uma segunda velocidade do *jus puniendi*, é apenas um recorte específico da intervenção penal contemporânea que, a despeito de suas especiais características, prossegue em condições de se acomodar nos contornos dogmáticos do direito penal. E exatamente por assumir essa dimensão é que sua legitimidade constitucional se nos apresenta viável.

Assim, *o bem jurídico nos crimes econômicos, na historicidade de um estado garantidor da livre-iniciativa e promotor da igualdade, protege o regular desempenho das políticas monetária,*[30] *fiscal,*[31] *financeira,*[32] *cambial,*[33] *econômica* (stricto sensu)[34] *e de rendas,*[35] *legitimadas apenas no restrito segmento em que se façam necessárias para a realização do homem enquanto pessoa.* Este, pois, é o irrenunciável diálogo que propomos entre direito penal e economia: cada delito econômico tem de concentrar-se na proteção de um recorte específico de cada uma dessas subpolíticas. Efeitos meramente reflexos, pelo menos no que se refere às funções desempenhadas pelo princípio da ofensividade, escapam do conceito material de crime econômico ora proposto.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME ECONÔMICO NA TEORIA DA NORMA, DO DELITO E DA PENA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A inquietação teórica que nos acometeu após alcançarmos tal resultado obriga-nos à comprovação de que o conceito material proposto pode, efetivamente, ajustar-se à fundamentação antropocêntrica nas três grandezas dogmáticas do direito penal: a

29. FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de direito penal* cit., p. 33.

30. Crimes definidos na Lei 7.492/1986 (à exceção dos arts. 21 e 22).

31. Arts. 1.º e 2.º da Lei 8.173/1990; arts. 168-A, 334 e 337-A, todos do CP.

32. Arts. 359-A a 359-H do CP; arts. 89 a 99 da Lei 8.666/1993.

33. Arts. 21 e 22 da Lei 7.492/1986.

34. Art. 4.º da Lei 8.137/1990; art. 1.º da Lei 8.176/1991; arts. 27-C a 27-F da Lei 6.385/1976; arts. 61 a 80 da Lei 8.078/1990; Lei 9.613/1998.

35. No Brasil, inexiste tutela penal recaindo exclusivamente sobre uma política de rendas. A proteção dessa ordenação econômica segue exercida por delitos do núcleo rígido do direito penal (estelionato, peculato etc.).

norma, o delito e a pena. Avançarmos a tanto seria o caminho exigido para atestarmos que o referencial teórico sugerido estaria em condições de confirmar nossa hipótese inicial: o diálogo fenomenológico entre economia e direito penal é o acertado caminho para construirmos um conceito material de crime econômico compatível com o fundamento antropológico que deve permear qualquer segmento de proteção penal.

Temos de resgatar o passado-presente da leitura liberal que a eficácia do princípio da legalidade assume num Estado Democrático de Direito. A construção de um modelo comprometido com o respeito à reserva de lei não se legitima em atenção aos fins preventivos da sanção penal. Também o *nullum crimen nulla poena sine lege*, assim como todos os seus corolários lógicos, tem suas bases fincadas no fundamento *onto-antropológico* do direito penal: a exigência do tipo legal encontra sua razão histórica na necessidade, ainda hoje vigente, de o homem estar protegido contra o Estado; porém, igualmente se legitima enquanto instrumento jurídico de reafirmação institucional de proteção contra violações do *cuidado-de-perigo* com dignidade penal. Essa dupla face (fundamentadora e limitadora) da reserva de lei irá orientar a solução de todos os problemas relacionados à teoria geral da norma penal.

Selecionamos, para a checagem teórica, o recorte da eficácia temporal da norma penal econômica. A mutabilidade e a instrumentalidade peculiares ao direito penal econômico afetam significativamente a técnica legislativa do tipo legal.[36] De modo que os problemas de sucessão de leis penais no tempo parecem assumir uma redobrada dificuldade: para acomodar-se às demandas variáveis de proteção, o tipo legal tende a abrir-se para regulamentações administrativas que, de sua vez, modificam-se com velocidade ímpar a fim de compatibilizar a proteção da norma com as novas carências de tutela.[37] Se bem observarmos a distinção entre volatilidade *ordi-*

36. A bibliografia sobre o tema é ampla: TIEDEMANN, Klaus. Tecnica Legislativa nel Diritto Penale Economico. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. n. 1-2. p. 1-15. ano XIX. Padova: Cedam, genn-giu/2006,; DI CHIARA, Giuseppe. Interessi Colettivi e Diffusi e Tecniche di Tutela nell'Orizzonte del Codice del 1988. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 426-447. Milano: Giuffrè, 1991; GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico: el Principio de Legalidad y las Remissiones Normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48. p. 108-163. São Paulo: Ed. RT. maio-jun. 2004; MARINUCCI, Giorgio; ROMANO, Mario. Tecniche Normative nella Repressione Penale degli Abusi degli Amministratori di Società per Azioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 681-713. Milano: Giuffrè, 1971; NAVARRO, Pablo E.; MANRIQUE, Laura. El desafio de la Taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones/Ministerio de Justicia, t. LVIII, fasc. III, 2005, p. 807-836; PAREDES CASTAÑON, José Manuel. Los Delitos de Peligro como Técnica de Incriminación en el Derecho Penal Económico: Bases Político-Criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 11. p. 95-164. Madrid: Marcial Pons, ene/2003; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y Límites para la Reformulación de las Normas Penales. El Caso de las Leyes en Blanco*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1999. p. 47-94.

37. ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*. vol. 1. p. 9. Barcelona: Praxis, ene./1998; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Legislación Penal Socio-económi-

nária e *extraordinária* da ordem econômica, perceberemos que o custo a ser arcado pelo direito penal econômico – caso pretenda respeitar os limites constitucionais do *jus puniendi* – é o de que as mudanças benéficas na lei penal complementadora terão de ordinariamente retroagir a fatos pretéritos. Apenas nos casos de crises muito singulares (*volatilidade extraordinária*) é que a regulamentação econômica, ao preencher o tipo legal, poderá ficar sujeita ao estatuto jurídico das normas excepcionais ou temporárias. É dizer: essa mesma excepcionalidade é que autoriza, no segmento tradicional do direito penal, a incidência do art. 3.º do CP. Confirma-se que, nos delitos econômicos, os problemas de direito intertemporal seguem, em linhas gerais, a mesma base principiológica dos delitos clássicos.

A nota peculiar da técnica legislativa prefacia o cotejo teórico entre o conceito material aqui proposto e a teoria do delito econômico. A começar pela função possível que o tipo legal pode desempenhar enquanto tipo de garantia: se a norma penal econômica abre-se para o ilícito administrativo pressuposto de dimensão variável, seria possível adequarmos o esquema normativo de proteção à exigência de taxatividade da lei penal?

Esse foi um questionamento que se descortinou para muito além dos limites teóricos dos delitos econômicos. É igualmente oponível mesmo em relação às formas tradicionais de criminalidade. Uma resposta satisfatória, no particular, obriga-nos à revisão crítica dos fundamentos do princípio da taxatividade: caso aceitemos a linear promessa (própria do pensamento moderno[38]) de que o tipo legal deve justificar-se enquanto meio de motivação de comportamentos sociais,[39] então a função de garantia já não desempenhará uma eficácia satisfatória sequer em relação ao núcleo rígido do direito penal.[40] Pois a literalidade dos tipos penais, especialmente nos casos em que o desvalor ético-social não seja perfeitamente cognoscível, não nos fornece condições semânticas ordinariamente seguras de sua abrangência. Isso explica por que a taxatividade, sob essa visão, venha sendo uma garantia relativizada.[41]

Entretanto, se avançarmos – como reputamos conveniente – para a noção de que, conquanto o tipo legal possa eventualmente orientar comportamentos, seu

---

ca y Retroactividad de Disposciones Favorables: el Caso de las 'Leyes em Blanco'. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostella: USC, 1993. XVI, p. 431.

38. "Se não forem conhecidas, as leis não obrigam, e nem são propriamente leis" (HOBBES, Thomas. *De Cive*. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 79).

39. Tese sustentada, dentre outros, por: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 353-360.

40. Sobre o tema, v.: PALAZZO, Francesco. Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 327-355.

41. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 170.

fundamento desloca-se, em vez disso, para a contenção de incidência discricionária do poder punitivo,[42] então já não veremos disfunção alguma no reconhecimento de que normas penais de abertura semântica – especialmente as normas penais em branco – possam ser legítimas. O princípio da taxatividade, nesse sentido, será respeitado sempre que o significado ético-social do objeto do ilícito avoque, a partir da unidade do ordenamento jurídico, a máxima vinculação normativa para a atuação das agências penais; a taxatividade está essencialmente direcionada às agências penais, e só reflexamente ao cidadão. Por mais paradoxal que possa parecer, os tipos legais dos delitos econômicos resgatam sua condição mínima de taxatividade na técnica do reenvio normativo, pois o poder punitivo só poderá incidir a partir dos limites do ilícito administrativo que é pressuposto à norma penal. A indeterminação e a indeterminabilidade do que seja "motivo torpe", sob essa ótica diversa de observar o problema, seguirá com a suspeita da inconstitucionalidade. Porém, o mesmo não poderá ser dito caso seja razoavelmente determinável, pela fundamentação judicial, o que se pode considerar "fato relevante" nos limites do que a regulamentação do mercado de capitais prevê. O conceito que propusemos para a *definição integral do ilícito* tem o propósito de reafirmar o passado-presente de um homem enquanto pessoa cuja significação só se mantém hígida quando juridicamente protegido contra a incidência desregrada das agências penais. O tipo legal tem a função de garantia exatamente porque a atuação discricionária do Estado igualmente viola a relação primeva de *cuidado-de-perigo*.

Podemos realocar essa tênue autonomia disciplinar frente um dos mais intrincados problemas do direito penal contemporâneo: a relação entre os deveres de *compliance* e a omissão imprópria.[43] Este segmento de imputação do tipo tem con-

---

42. FULGENCIO, Madrid Conesa. *La Legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983. p. 158-159; NAVARRO, Pablo E.; MANRIQUE, Laura. El desafio de la Taxatividad cit., p. 829.

43. Sobre o tema: PRITWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (orgs.). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Ponso, 2013. p. 207-220; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra, 2014. p. 99-114; GOMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control: una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El Derecho Penal em la Era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 165-189; BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Arazandi, 2011. p. 115-121; ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Criminalidad de Empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 319-331; ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*. n. 1, p. 8. Barcelona, jan. 2012. Disponível em: [www.indret.com]; SAAVEDRA, Giovani. Reflexões Iniciais sobre *Criminal Compliance*. *Boletim IBCCrim*. n. 218. p. 11-12. jan. 2011; Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance'. *Boletim IBCCrim*. n. 226. p. 13-14. set. 2011; Compliance na nova

duzido parcela significativa da doutrina para a ideia de uma ruptura paradigmática corporificada nos delitos econômicos.[44] Pensamos, sem embargo, que essa é uma solução que não se sustenta.

A possibilidade e o dever de agir que justificam a posição de *garantidor* perfazem uma convenção dogmático-jurídica que se aplica a delitos de resultado. Nesse caso, a incidência da base principiológica do direito penal nuclear nos delitos econômicos compele-nos a aceitar que uma obrigação legal de proteção ou de cuidado à *ordem econômica* também poderá, sob uma premissa jurídico-formal, perfazer o dever de *garantidor*.[45] Os *deveres de compliance* projetam seus efeitos no segmento dos delitos econômicos, mas não a ponto de modificar substancialmente os esquemas dogmáticos tradicionais de imputação de responsabilidade (lembre-se do conceito normativo de *autor encontrado*, proposto por Thomas Rotsch[46]). A inobservância do *dever de compliance*, conquanto possa satisfazer a exigência do tipo legal, longe, muito longe estará de, *ipso factu*, presumir a imputação do tipo. Possibilidade técnica e fática de agir, dever de agir que se materializa axiologicamente na proteção do bem jurídico penal, legitimidade constitucional do dever e imputação subjetiva da ofensa são apenas algumas das demais contingências dogmáticas[47] que, à semelhança do que ocorre com o núcleo rígido do direito penal, também deverão repercutir na criminalidade econômica. A categoria dos deveres de *compliance* é uma inegável inovação jurídica. Mas o diálogo possível dessa nova categoria com o estatuto dogmático da omissão imprópria (art. 13, § 2.°, do CP) está muito aquém de amparar uma ruptura paradigmática.

O derradeiro segmento da teoria do delito que nos despertou atenção para colocarmos nossa hipótese à prova direciona-se para a aferição de compatibilidade entre o conceito material de crime econômico e a ofensividade que subjaz no tipo de ilícito. Principalmente da doutrina italiana colhe-se a lição de que a construção dos tipos legais e a aplicação judicial do esquema normativo devem observar a dimensão constitucional do princípio da ofensividade.[48] A noção de crime enquanto

---

Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese – direito penal e processual penal*. n. 75. p. 22-30. São Paulo: IOB, 2012 ago.-set. 2012,.

44. ROTSCH, Thomas. Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no Direito Penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito penal e polícia criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: PUCRS, 2011. p. 75.

45. Em sentido contrário: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro – Aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 145-146; SAAVEDRA, Giovani. Compliance na nova Lei de Lavagem de Dinheiro cit., p. 30.

46. ROTSCH, Thomas. Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no Direito Penal cit., p. 76.

47. Sobre elas, v.: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 306-319, 346.

48. Para detalhes, v.: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* cit., p. 39-87.

ofensa a bem jurídico exige que os delitos de dano-violação e de perigo-violação (abstrato e concreto), cada um à sua maneira, só se materializem no alcance da imputação do tipo no caso de a conduta projetar-se sobre o raio de proteção jurídica do objeto do ilícito. Mesmo os crimes de perigo abstrato, segundo lição de Fabio D'Avila,[49] acomodam-se às contingências do princípio da ofensividade: o desvalor do resultado, neste caso, pressupõe a possibilidade de um perigo não insignificante em uma perspectiva *ex ante*. É o desvalor do resultado, portanto, ocupando posição central na imputação do tipo de ilícito.

Assim também ocorrerá com os delitos econômicos. O esquema normativo dessa forma especial de tutela traz consigo um redobrado valor instrumental do tipo legal frente o tipo de ilícito. Isso porque a competência para a delimitação do nível mínimo de ilicitude da conduta está a cargo das agências regulatórias, cujos atos normativos devem vincular o campo de atuação das agências penais. Essa visão instrumental do tipo de ilícito econômico é a solução ajustada para o controle da atuação discricionária do *jus puniendi*. Tal circunstância, somada à característica supraindividual do bem jurídico, induz a técnica legislativa a conferir primazia ao perigo/violação como principal recurso de tutela no direito penal econômico.

Aumenta consideravelmente, com isso, a responsabilidade legislativa e judicial pela observância do conceito material de crime econômico: conquanto legítima, a proteção da ofensa através da técnica do perigo abstrato deve ocorrer apenas em condições muito excepcionais e peculiares; um bem jurídico mal compreendido pelas agências penais, ou então encarado sob a ótica da pluriofensividade,[50] traz consigo a exagerada ampliação do raio de proteção jurídica a recair sobre o objeto do ilícito, diminuindo, consequentemente, a incidência racional e controlável do poder punitivo. Contudo, se bem compreendermos o que, no fim das contas, representa cada bem jurídico que compõe a *ordem econômica 'lato sensu'* (a saber: ordem monetária, ordem fiscal, ordem financeira, ordem cambial e ordem econômica *stricto sensu*), então teremos condições de filtrar, com redobrado rigor crítico e nos limites de cada objeto de proteção, a intervenção penal apenas nos casos em que o tipo de ilícito econômico seja substancialmente afetado. Não há qualquer dificuldade em reconhecermos legítima a tutela penal econômica sob o esquema normativo do perigo abstrato em casos particularmente relevantes. Porém, o desvalor do resultado, em hipóteses tais, só é alcançado pelo ilícito típico em se verificando, mediante um juízo *ex ante*, a possibilidade de afetação não insignificante do bem jurídico. Mais uma demonstração, portanto, de que a característica peculiar

49. Idem, p. 103, 107-108, 162, 172.

50. Sempre atual referirmos, para exemplificar, o exagerado alcance do tipo legal da *lavagem* de dinheiro caso admitido que o tipo de ilícito projete a proteção para uma pluriofensividade (sobre o debate, v.: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3 ed. Navarra: Arazandi, 2012. p. 204-206). O que tudo pretende tutelar, pouco efetivamente protege.

do direito penal econômico não o incompatibiliza com a matriz principiológica antropocêntrica do direito penal tradicional.

Após verificarmos que a teoria da norma e do delito econômico, sob a perspectiva *onto-antropológica* que ilumina o nosso percurso, está em sintonia com a raiz liberal do direito penal, vimo-nos diante da necessidade de averiguarmos se, no fim das contas, a sanção penal possui, nos crimes econômicos, um fundamento próprio e diverso das demais formas de criminalidade. Parte da doutrina, observando a condição especial do sujeito ativo ou então as peculiaridades do modo de execução destes delitos, sustenta que a carga de prevenção geral e especial que deve recair sobre a pena estaria apontando para uma fundamentação diferenciada no segmento dos delitos econômicos.[51]

Em nosso sentir, nem o direito penal, tampouco a pena, podem legitimar-se a partir de perspectivas prevencionistas. Buscar-se a intimidação ou a estabilização normativa a partir da imposição de uma sanção ao criminoso traz consigo o inevitável preço da instrumentalização do homem para a obtenção de fins que não lhe dizem respeito. De outro lado, pretender-se impor sanções específicas pedagógicas de modo a corrigir a peculiar condição do autor do delito econômico conduz à moralização do direito penal, à subscrição de um modelo de direito penal do autor. A pena não se sustenta a partir de fins preventivos,[52] notadamente em delitos econômicos, que, com frequência, provocam sentimentos irracionais de *socialismo tardio* na distribuição do poder punitivo.[53]

Pensamos que o irrestrito respeito pela posição central do homem no sistema jurídico-penal só pode nos autorizar à busca de uma missão retribucionista da pena. Em verdade, neoretribucionista.[54] A pena está focalizada no passado. É o instrumento de que dispõe o Estado para reafirmar que a relação do cuidado-de-perigo era um valor hígido ao tempo da violação. É a gravidade da ofensa, em atenção à culpa pes-

51. Nesse sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico'. In: VV. AA. *Direito Penal Econômico e Europeu – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 375-386.

52. Para uma visão geral das críticas que recaem sobre as concepções preventivas (gerais e especiais, positivas e negativas): CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. são Paulo: Saraiva, 2013. p. 53-90.

53. Como bem observa Silva Sánchez, a sociedade contemporânea convive sob uma "ideología de la ley y el orden en versión de izquierda", que encontra nos regimes de social democracia um fértil terreno para insuflar o direito penal à condição de instrumento de transformação social (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 31-36, 50-55).

54. FARIA COSTA, José de. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 205-235.

soal, que fundamentará e limitará a pena justa. Posição social privilegiada do autor, requintado modo de execução, motivação egoísta na prática do delito e outros fatores comumente explorados por perspectivas prevencionistas deixam de ter pertinência no sistema de sancionamento do direito penal econômico.[55] Pena grave em retribuição a ofensas graves; penas leves em contrapartida a tênues violações. Inexiste, pois, um fundamento próprio da pena em se tratando de delitos econômicos.

É necessário observar, contudo, que não estamos avalizando, com tal posicionamento, uma concepção agnóstica da pena.[56] O que nos distancia desse modo peculiar de análise do fenômeno penológico é que o *fato da pena*, exatamente porque amalgamado à história da humanidade, permite o diálogo da irracionalidade de sua distribuição com, queiramos ou não, a complexa racionalidade de sua existência. Por mais dolorosa que seja a conclusão, a pena desempenha, sim, uma função positiva no meio social. O fato de a humanidade não ter encontrado uma resposta institucional mais adequada que a pena (especialmente, a de prisão) é o diagnóstico fenomenológico (ainda que sob uma temporalidade que só pode ser relativa) de que nossa identidade cultural está irremediavelmente associada a ela; ao menos, por enquanto. Mas é bom lembrar que em momento algum essa conclusão exclui a possibilidade de crítica ao sistema de penas de um modelo jurídico determinado, tampouco se incompatibiliza com a necessidade de buscarmos menos penas.

É interessante notar o horizonte que se abre a partir desse modo peculiar de encarar o fundamento das consequências jurídicas do delito. Descortina-se um amplo espaço para que a perequetação[57] externa[58] e interna[59] das penas nos delitos econômicos seja submetida à crítica. Se o homem ocupa o epicentro do sistema jurídico, então será inviável aceitar-se que um delito econômico seja punido com uma carga de sancionamento que, em abstrato, se aproxime da prevista para o delito de homicídio (art. 121 do CP).[60]

---

55. É interessante notar que Faria Costa, em que pese a fundamentação neoretribucionista por ele aventada para a sanção penal, ao se debruçar sobre o criminoso econômico, justifique a necessidade da pena por força de um "defeito de socialização" do criminoso (FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 92-93, especialmente nota n. 37).

56. Sustentada por: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. Rio: Revan, 2003. p. 98-109; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 141-160.

57. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p.15.

58. Ou seja: a comparação das penas dos delitos econômicos com as demais formas de criminalidade.

59. Ou seja: a comparação das penas entre os delitos econômicos.

60. Por essa razão que, em nosso sentir, a pena de prisão definida em nossa legislação para os delitos de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4.°, *caput*, da Lei 7.492/1986 –

De outro lado, se a ordem tributária, v.g., possui um desvalor de afetação unitário frente o ordenamento jurídico, violações de *cuidado-de-perigo* de dimensão fenomenológica semelhante não se podem submeter a sanções penais diversas, ou significativamente diversas. A busca pela pena justa, em atenção ao fim retribucionista, leva-nos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, por exemplo, da pena prevista para o delito de apropriação indébita previdenciária (2 a 5 anos – art. 168-A do CP), se comparado com as demais formas de apropriação indébita fiscal (6 meses a 2 anos – art. 2.°, II, da Lei 8.137/1990). Pela mesma razão, não haverá *razão forte* capaz de justificar que a operação ilegal de uma instituição financeira (art. 16 da Lei 7.492/1986) e de uma corretora de valores mobiliários (art. 27-E da Lei 6.385/1976) possua carga sancionatória tão distinta (1 a 4 anos, no primeiro caso; 6 meses a 2 anos, no segundo caso).

Demais disso, o fundamento *neoretribucionista* contribui para a solução dos problemas relacionados ao *non bis in idem* material no direito penal econômico: não pode haver cumulação de penas (quaisquer que sejam os ramos do ordenamento jurídico a impô-las) que ostentem a mesma natureza. As sanções podem ter sentido enquanto retribuição justa da violação ou reparação dos danos resultantes da ofensa. No direito penal, assim como no direito administrativo e no direito civil, encontramos sanções de ambas as naturezas. Revelar-se-á, entretanto, uma punição em cascata, excessiva e desproporcional, a imposição de uma pena materialmente idêntica (quando houver identidade de sujeito, de fato e de fundamento do ilícito) por mais de um ramo do ordenamento jurídico, sempre que não tenhamos um mecanismo legal de compensação do sancionamento pertencente ao propósito único.[61]

Por fim, o objetivo neoretribucionista da pena recomenda que a prevenção de sobreposição de sanções (formalmente diversas, porém, materialmente idênticas) também se faça acompanhar da distribuição harmônica de processos de natureza diversa que eventualmente se ocupem do mesmo ilícito (*non bis in idem* processual). Trata-se de tema pouco debatido na doutrina e jurisprudência pátrias, que frequentemente lançam mão de uma superficial aproximação com o princípio da independência das instâncias para legitimar a conclusão de que os processos poderiam aceitar decisões contraditórias. Em se tratando de crimes fiscais, a jurisprudência do STF encaminhou-se para contingenciar a instauração do processo penal à sorte do processo administrativo fiscal (Súmula Vinculante 24). Ambas as posturas são, em nosso sentir, equivocadas: o direito penal econômico,

---

3 a 12 anos) e de *lavagem* de dinheiro (art. 1.° da Lei 9.613/1998, de 3 a 10 anos) revelam-se excessivas.

61. Chegando a conclusão semelhante, porém sob fundamentação diversa: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico* cit., p. 883-884.

por laborar sobre um ilícito qualificado em relação às demais formas jurídicas de proteção, confere uma condição de prejudicialidade ao processo penal em relação a outras formas de procedimento, que teriam de ser sobrestados até que a questão penal fosse dirimida. Essa é uma solução processual que se coaduna com o fundamento neoretribucionista, porquanto a imposição de uma pena criminal poderá revelar desnecessária qualquer outra sanção que possua materialmente o mesmo sentido.

Por todas essas razões, pode-se, agora, definitivamente reconhecer que a leitura do direito penal econômico sob uma fundamentação *onto-antropológica* é o acertado caminho para que resgatemos a posição central do homem na estrutura jurídico-dogmática da norma, do delito e da pena.

5. BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*. vol. 1. p. 1-15. Barcelona: Praxis, ene. 1998.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Arazandi, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro – Aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y Contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses e a fascinante história do risco*. Trad. Ivo Koritowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 5 ed. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson, 2011.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3 ed. Navarra: Arazandi, 2012.

CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – Modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: SILVA, Luciano Nascimento (org.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.

DAHRENDORF, Ralf. *Reflexões sobre a revolução na Europa*. Lisboa: Gradiva, 1993.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DENT JR, Harry. *A próxima grande depressão*. Trad. Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

_____. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal'. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI CHIARA, Giuseppe. Interessi Colettivi e Diffusi e Tecniche di Tutela nell'Orizzonte del Codice del 1988. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 426-447. Milano: Giuffrè, 1991.

DI PLINIO, Giampiero. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Milano: Giuffrè, 1998.

DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y Límites para la Reformulación de las Normas Penales. El Caso de las Leyes en Blanco*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

_____. *Direito penal especial. contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis). Introdução*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

_____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Económico. *Direito Penal Económico e Europeu: Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Ed./IDPEE/FD-UC, 1998. vol. 1.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: VV. AA. *Direito Penal Económico e Europeu – Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

_____. *Direito penal. Parte geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____. Sobre a autonomia dogmática do direito penal económico. Uma reflexão à luz do novo direito penal económico português. *Estudios Penales y Criminológico*. Santiago de Compostella: USC, 1986.

FULGENCIO, Madrid Conesa. *La Legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra, 2014.

_____. *Derecho Penal Económico. Parte General*. 2 ed. Lima: Grijley, 2007.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: ABDE/Universidade Católica de Brasília/ Universa, 2010. vol. 1.

GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole. O que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza de A. Borges. 4 ed. Rio: Record, 2005.

_____. *A terceira via e seus críticos*. Trad. por Ryta Vinagre. Rio/São Paulo: Record, 2001.

GOMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control': una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El Derecho Penal em la Era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico: el Principio de Legalidad y las Remissiones Normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48. p. 108-163. São Paulo: Ed. RT. maio-jun. 2004.

HIRST, Paul. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

HOBBES, Thomas. *De Cive*. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. 2. ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARINUCCI, Giorgio; ROMANO, Mario. Tecniche Normative nella Repressione Penale degli Abusi degli Amministratori di Società per Azioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p.681-713. Milano: Giuffrè, 1971.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirand lo Blanc, 2002.

MONTANI, *Economic Crimes*. Diritto Penale ed Economia: Prove di Dialogo. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. ano XVIII. n. 4. p. 909-936. Padova: Cedam, ott.-dic.2005.

NAVARRO, Pablo E.; MANRIQUE, Laura. El desafio de la Taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones/Ministerio de Justicia, t. LVIII, fasc. III, 2005, p. 807-836.

NORTH, Douglass Cecil. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. 3 ed. Trad. Elizabete Hart. Rio: Instituto Liberal/Instituto Millenium, 2006.

PALAZZO, Francesco. Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 327-355. Milano: Giuffrè, 1991.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. Los Delitos de Peligro como Técnica de Incriminación en el Derecho Penal Económico: Bases Político-Criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 11. p. 95-164. Madrid: Marcial Pons, ene.2003.

PRITWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (orgs.). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Ponso, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Criminalidad de Empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*. n. 1, p. 8. Barcelona, jan. 2012, Disponível em: [www.indret.com].

_____. Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no Direito Penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito penal e polícia criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: PUCRS, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.

SAAVEDRA, Giovani. Compliance na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. n. 75. p. 22-30. São Paulo: IOB, 2012, ago.-set. 2012.

_____. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. *Boletim IBCCrim*. n. 218. p. 11-12. jan. 2011.

_____. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. *Boletim IBCCrim*. n. 226. p. 13-14. set. 2011.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SALAMA, Pierre. Para uma nova compreensão da crise. In: SADER, EMIR; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (orgs.). *Crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. Legislación Penal Socio-económica y Retroactividad de Disposciones Favorables: el Caso de las 'Leyes em Blanco'. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostella: USC, 1993.

_____. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *Nuevo Pensamiento Penal*. vol. 4. p. 461-475. Buenos Aires, 1975.

_____. Tecnica Legislativa nel Diritto Penale Economico. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. ano XIX, n. 1-2. p. 1-15. Padova: Cedam, genn.-giu. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. Rio: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/411 (DTR\2004\679);
- Notas reflexivas em torno do direito penal econômico e do conteúdo material do ilícito penal econômico, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 95/357 (DTR\2012\2740);
- Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação, de Rodrigo Sánchez Rios – *RT* 775/432, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/261 (DTR\2000\275); e
- Teoría del delito y derecho penal econômico, de Jesús-María Silva Sánchez – *RBCCrim* 99/327 (DTR\2012\451013).

Concurso aparente de normas penais na operação de dólar-cabo (um confronto entre os crimes de evasão e lavagem)

Competing rules on illegal wire transfers (a confrontation between the laws that regulate foreign currency drain and money laundering)

Fábio Tofic Simantob

Especialista em Política Criminal e Dogmática Penal pela Universidade de Salamanca (ES).
Vice-Presidente e Sócio Fundador do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.
Diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
Advogado criminalista em São Paulo.

Área do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo abordar o concurso de normas penais em uma das situações envolvendo o crime de lavagem de dinheiro que mais polêmica tem suscitado, a operação conhecida como dólar-cabo, na qual concorrem as normas penais de incriminação da lavagem e de evasão de divisas – quando não outras adicionais –, despertando a reflexão sobre qual das duas deve prevalecer em detrimento da outra, abrindo rica discussão, por conseguinte, sobre alguns aspectos dogmáticos e de política criminal sobre o crime de lavagem.

Palavras-chave: Evasão de divisas – Dólar-cabo – Lavagem de capitais – Concurso aparente de normas penais – Excesso punitivo – Consunção – Especialidade – Subsidiariedade.

Abstract: This dissertation is essentially aimed at the study of the competing criminal rules that may apply to one of the most controversial forms of money laundering: the illegal wire transfers. Depending on the situation, these transfers may constitute crimes of money laundering or crimes of foreign currency drain. In order to determine which take is more adequate on the matter, the author analyzes the crime of money laundering under the light of its dogmatic aspects, considering, also, the criminal policy involved.

Keywords: Foreign currency drain – Illegal wire transfers – Money laundering – Competing criminal rules – Excessive penalty – Absorption – Specialty – Subsidiarity.

Sumário: 1. Introdução – 2. O crime de evasão de divisas e a fenomenologia da operação de dólar-cabo – 3. Uma breve apresentação do crime de lavagem de capitais na lei brasileira e os tipos correlacionados ao nosso estudo (art. 1.º, *caput*, e § 1.º da Lei 9.613/1998) – 4. A lavagem de capitais como etapa da evasão de divisas – 5. A evasão como *forma* "de" (espécie) praticar a lavagem e não como *meio* "para" praticá-la –6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A incipiente atuação repressiva estatal contra os crimes financeiros no Brasil tem levado os operadores do direito penal a se depararem com acusações inéditas, que se de um lado assustam pela excessiva gravidade decorrente da cumulação de crimes, de outro, causam grande perplexidade ao demonstrarem o pouco zelo por alguns primados básicos do direito penal, como é o direito de não ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato.

A grande complexidade dos fatos fenomênicos objeto do crime de lavagem de capitais, os quais não encontram correspondência típica em um único artigo, e sim em uma sequência de normas penais, cada qual tipificando uma fase específica do processo de reciclagem – colocação, camuflagem e reingresso – somada ainda à existência de normas que tipificam condutas cotidianas (como receber, transferir ou guardar valores), criam um campo propício para o exagero punitivo, permitindo que vários fatos já tipificados como outros crimes sejam também enquadrados no crime de lavagem.

Veremos que modalidades distintas de lavagem de dinheiro podem ocorrer no decorrer do processo de dólar-cabo, ora como etapas obrigatórias da operação, tal qual o ato de receber em espécie os recursos que deverão ser "enviados" para o exterior (art. 1.°, § 1.°, II), em relação de progressividade com a evasão (consunção), ora como crime contemporâneo daquele, sendo neste caso *gênero* do qual o outro é *espécie* (especialidade).

O presente artigo não tem a pretensão de tratar de todas as modalidades fenomênicas do crime de lavagem de dinheiro, até porque seria impossível catalogá-las, nem muito menos diagnosticar os problemas de conflito real e/ou ideal entre normas penais possíveis de serem verificados entre referido crime e seus antecedentes, e sim o escopo de examinar situação bastante específica, a operação de evasão de divisas, sobretudo na modalidade dólar-cabo, procurando contribuir, a partir da análise desta situação particular, para uma melhor compreensão do crime de lavagem de capitais.

2. O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E A FENOMENOLOGIA DA OPERAÇÃO DE DÓLAR-CABO

O crime de evasão de divisas no Brasil está previsto em legislação especial, que trata exclusivamente de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/1986.

No *caput* do art. 22 da referida lei está a conduta de *remeter* divisas para fora do país sem autorização das autoridades competentes, *verbis*:

"Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – reclusão , de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa".

Veja-se que se trata de crime formal, de modo que a prática se consuma com a mera realização da operação, ainda que não haja o efetivo envio de dinheiro para fora do país.

Importa consignar, ainda, que o parágrafo único do mesmo art. 22 contempla outras duas espécies de evasão de divisas. Assim, estabelece o legislador que "incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente". O parágrafo único, primeira parte, do art. 22, por sua vez, prevê uma modalidade material do crime do *caput*, que é a incriminação da efetiva saída das divisas do país.

Já a segunda parte do mencionado parágrafo único prevê o delito de manter depósito no exterior não declarado, delito que se consuma independente de as divisas terem saído ilicitamente do país. Ao longo dos anos, a jurisprudência vem consolidando o entendimento de que tal tipo só se configura quando o valor mantido no exterior for superior ao valor limite estabelecido pelo Banco Central.

Assim, segundo entendimento do TRF-4.ª Reg., "(...) só o fato de abrir conta no exterior e mantê-la não configura o tipo penal da parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986, sendo indispensável para tipificação da conduta o depósito e a sua não declaração ao órgão competente, seja Banco Central do Brasil ou Receita Federal. Para configuração do delito de 'manutenção de depósito no exterior' mostra-se imprescindível, segundo o atual regramento, a posição que a pessoa física detinha em 31 de dezembro do ano de referência. Se o paciente manteve depósito durante o ano mas ao seu final efetuou saque e deixou a conta 'zerada' ou o saldo remanescente é inferior ao valor obrigatório de declaração, não há ilícito" (TRF-4.ª Reg., HC 2006.04.00.013111-0, 8.ª T., rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 23.08.2006).[1]

Relevante, ainda, o entendimento da jurisprudência sobre a escala de valores permitida pelo Banco Central e sobre a repartição competente para receber esta declaração, se o Banco Central ou a Receita Federal. Com efeito, "até o advento da Circular do Banco Central 3.071/2001, havia discussão acerca da autoridade destinatária da declaração, mas não quanto ao montante a ser declarado. Somente com a reformulação da política cambial é que o Banco Central passou a dispensar dados sobre *depósitos* mantidos no exterior a partir de determinados valores (2001:

1. No mesmo sentido: TRF-4.ª Reg., RSE 2007.71.00.028726-9, 8.ª T., j. 30.09.2009, rel. Paulo Afonso Brum Vaz; TRF-5.ª Reg., EDcl na ApCrim 20078400003657003, 4.ª T., j. 08.04.2014, rel. Ivan Lira de Carvalho; TRF-3.ª Reg., ApCrim 0001849-25.2007.4.03.6181, 1.ª T., j. 27.08.2013, rel. José Lunardelli; TRF-1.ª Reg., RSE 0043115-79.2005.4.01.3800, 4.ª T., j. 22.03.2011, rel. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

R$ 200.000,00; 2002: R$ 300.000,00, e, desde 2003, US$ 100.000,00)" (TRF-4.ª Reg., HC 2004.70.00.00.2027-4, j. 31.08.2009, rel. Paulo Afonso Brum Vaz).

O dólar-cabo, por sua vez, é a designação dada à operação de troca de moeda estrangeira, por meio da qual alguém deixa de ter divisas no país para dispor dos valores em outro estado nacional. Embora a operação dólar-cabo, por sua própria natureza, não gere a saída de divisas reais do país, a jurisprudência dos tribunais brasileiros acabou pacificando o entendimento de que o dólar-cabo configura o tipo do art. 22. Em sentido contrário, ao argumento de que no dólar-cabo não há saída de dinheiro do país, porque é feito por meio de compensação, entendem alguns respeitados autores, como Tórtima, que sua penalização só seria possível por analogia ao art. 22 da Lei 7.492/1986.[2]

Para fins exclusivos do exame que pretendemos levar a efeito neste trabalho, usaremos como pressuposto válido a subsunção penal da operação de dólar-cabo ao tipo do art. 22 da Lei 7.492/1986.

No campo fenomênico, o dólar-cabo se desenrola mediante a prática de alguns atos e participação de pelo menos duas pessoas. Situação bastante simples de dólar-cabo é a da pessoa que procura o doleiro e lhe entrega certa quantia em dinheiro, a fim de que o valor seja convertido em moeda estrangeira e disponibilizado numa conta estrangeira. Há nesta operação dois atos: a entrega do valor em espécie ou por meio de depósito bancário ao doleiro e, depois, a transferência internacional de valores oriundos da conta do doleiro – ou de um terceiro – para a conta indicada pela pessoa remetente.

Pode ocorrer também o inverso, ou seja, de a pessoa procurar o doleiro pedindo para trazer valores originalmente depositados em contas no exterior. Neste caso, o doleiro entrega valores em dinheiro ou por depósito bancário à pessoa destinatária, e recebe no exterior, valores advindos de uma conta internacional. Como toda operação financeira pressupõe bilateralidade, com o dólar-cabo não é diferente, daí porque em qualquer das modalidades acima descritas ora o doleiro é o interessado na evasão (autor), ora é partícipe da operação que beneficia outrem, logo, responderá pelo crime de evasão de divisas nos dois casos.[3]

---

2. Conforme constata o citado José Carlos Tórtima, a jurisprudência das nossas cortes tem paradoxalmente admitido que, embora a consumação do crime de evasão de divisas só se dá com a efetiva saída das divisas do país, é possível a subsunção ao referido tipo penal de situações onde não a efetiva transposição da fronteira, como é o caso do *dólar-cabo* (TÓRTIMA, José Carlos. *Evasão de divisas – Uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 73).

3. Neste sentido: SCHMIDT, Andrei Zenker, e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas – A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 221-225.

Embora a operação de dólar-cabo não esteja especificamente prevista na lei penal, sua utilização tornou-se tão comum, que a casuística quase não se depara mais com situações de saída física de divisas do país,[4] a qual cedeu lugar para que, quase sempre, quando se fala em evasão de divisas, entenda-se na verdade operação financeira que busca o câmbio de moedas por meio da compensação entre débitos e créditos entre valores disponibilizados no Brasil e no exterior.

Assim, não obstante, mediante o critério da *especialidade*, o correto seja que o estudo do conflito aparente de normas penais se dê pelo confronto de tipos abstratos,[5] há neste caso uma relevância casuística no enfrentamento da questão a partir desta modalidade específica da evasão chamada dólar-cabo, inclusive porque é nela que aparecem os conflitos mais graves a merecerem uma devida distinção dos penalistas.

Conforme já introduzido acima, por ser operação razoavelmente complexa se comparada a fatos do mundo real submetidos normalmente ao crivo do judiciário, a operação de dólar-cabo oferece alguns problemas incomuns de aplicação da lei penal, porque, a rigor, a operação se efetiva mediante o cumprimento de algumas etapas, de modo que, perdendo-se de vista o todo, é possível cair-se na tentação de incriminar suas fases também individualmente no varejo.

Existem vários aspectos sobre a lavagem que merecem ser examinados no contexto da operação de dólar-cabo, de forma que pretendemos analisar cada situação individualmente; primeiro, no varejo, examinando cada conduta isolada pertencente à operação e, depois, a operação vista de forma global, mas antes o presente estudo merece um breve exame do tipo da lavagem de capitais, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

3. UMA BREVE APRESENTAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NA LEI BRASILEIRA E OS TIPOS CORRELACIONADOS AO NOSSO ESTUDO (ART. 1.º, *CAPUT*, E § 1.º DA LEI 9.613/1998)

Poucos crimes têm despertado tamanha controvérsia e dúvidas como o delito de lavagem de capitais, e uma razão que pode ser dada para tal situação é que a leitura do fenômeno social da lavagem tem sido feita a partir da ótica do tipo legal, e não o contrário. Tal forma de entender a questão acaba conferindo novos coloridos a partir de elementos normativos do tipo, como se o tipo penal precedesse o fenômeno, e não o contrário, descolando o direito penal da realidade para a qual foi criado, tornando-o fim em si mesmo.

4. TÓRTIMA, José Carlos, op. cit., p. 72.

5. STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normais penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. São Paulo: Forense, 1962. p. 38.

No plano fenomênico, Izidoro Blanco Cordero concebe a lavagem de capitais "como el processo de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad".[6] Segundo o mesmo autor, "el blanqueo compreende, por tanto, uma serie ordenada de fases sucesivas destinadas a la consecución precisa de determinados objectivos".[7]

A lavagem de capitais poderia tranquilamente ser definida como crime pluriofensivo, havendo quem defenda que o bem jurídico tutelado pela incriminação é o mesmo bem do crime antecedente, outros a defenderem que seria a ordem socioeconômica, e a posição predominante hoje em dia, de que seria a administração da justiça.

Seja qual for a alternativa mais correta, parece claro que o objetivo da incriminação é o de impedir que o delinquente econômico possa se aproveitar das instituições jurídicas do regime capitalista para tornar lícito o proveito do crime. Seria neste sentido uma modalidade especial do *favorecimento real*, na qual processos mais sofisticados de transformar os proventos do crime em ativos aparentemente lícitos passam a ser utilizados em vez de ações mais simples, como esconder o bem na casa de terceiros, ou debaixo do colchão.

Parece estar indissociável do delito de lavagem de capitais a perniciosa utilização da ordem jurídica capitalista, como as garantias legais sobre a propriedade, a livre circulação de bens, a livre-iniciativa e a livre concorrência, como formas de tornar seguro o provento do crime, colocando em xeque a própria confiabilidade das relações econômicas.

Este pode não ser o bem jurídico que o legislador quis tutelar, mas é a sua ofensa, sem dúvida, o *plus* que distingue o favorecimento real da lavagem de capitais. Em torno da incriminação da lavagem está a proteção da administração da justiça, ofendida quando as autoridades se veem impossibilitadas de atingir o patrimônio oriundo de crime, mas há quem sustente que a criminalização visa também a prevenção de novos crimes, porque ao criminalizar a lavagem, o legislador estaria dificultando a estabilização do patrimônio ilícito do delinquente, dificultando o investimento em novas ações delituosas. Esta última ideia não nos convence muito, porque a lavagem eficiente do dinheiro ilícito é, como se sabe, em muitos casos, a forma como o "delinquente" se despede das atividades ilícitas, tornando-se empresário de ramos com atividade absolutamente legal. Seria a lavagem, neste caso, então, uma forma de prevenir novos crimes, e não o contrário.

Há um paradoxo no crime de lavagem de dinheiro, responsável por tornar seu estudo ainda mais árido e controverso, que é o fato de que só se poderá falar em lavagem de dinheiro quando descoberto o bem produto do crime antecedente. Ou

6. CORDERO, Isidoro Blanco. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 91.

7. Idem, p. 91.

seja, a rigor, a lavagem de dinheiro, quando descoberta pelas autoridades, é sempre uma modalidade tentada de crime, que nunca ofende o bem jurídico tutelado, a administração da justiça, mais especificamente o interesse no confisco de bens provenientes de infração penal.

Dito de outra forma, o legislador prevê um crime, que visa a proteger a administração da justiça, mas a aplicabilidade desta norma penal incriminadora só se mostra possível se descobertos bens ou valores além do próprio crime antecedente, ou seja, nos caos em que a administração da justiça não tiver sido prejudicada. Esta contradição é um dos traços nebulosos desta nova forma de incriminação, e fornece combustível à tese de que, no fundo, a criminalização da lavagem nada mais é do que uma dupla punição pelo crime antecedente, e em alguns casos, forma de estender a pena do delinquente a pessoas próximas a ele, burlando o preceito constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do criminoso.

Independentemente da previsão normativa, o delito de lavagem de capitais deve conter como elemento do injusto a conduta de "impedir que se conozca algo o disfarzar la verdad..."[8] sobre bem ou valor provenientes de crime antecedente. Logo, é tendo como base esta visão fenomenológica que devemos interpretar o art. 1.º, *caput*, da Lei 9.613/1998, ou seja, o *caput* do referido artigo expressa normativamente o fenômeno geral da lavagem. Assim, a mera ocultação de bens ou valores não pode ser considerada lavagem, porque carece do seu elemento nuclear, o caráter fraudador, de modificar suas características essenciais, como natureza, origem, localização, propriedade. Com efeito, só é possível ocultar ou dissimular as características de alguma coisa perante alguém que tenha conhecimento da existência desta "coisa". A pessoa não *dissimula* a localização de alguma coisa que esteja escondida, mas convencendo outra de que se encontra em lugar diverso de onde realmente está. Da mesma forma, não é possível *ocultar* características de alguma coisa, a não ser de alguém que conheça a coisa.

Ou seja, os verbos *ocultar* e *dissimular* previstos no tipo não se referem ao bem em si, do contrário, o artigo diria simplesmente "ocultar bens ou valores", mas alude às qualidades deste bem que, embora inserido na economia lícita, tem sua origem, propriedade, natureza, localização ocultadas ou dissimuladas para que não se descubra sua proveniência ilícita. *Ocultar* e *dissimular* são condutas comissivas, distintas de omitir, conduta omissiva.

Quem *oculta* ou *dissimula* emprega ardil, fraude, embuste, dando ao bem aparência de licitude. Quem omite, simplesmente deixa de agir, sonega, esconde. Ocultar e dissimular são verbos típicos da lavagem; omitir a existência do bem, escondendo-o, é prolongamento da ação criminosa, é exaurimento do crime antecedente, ou configura favorecimento real, quando praticado por terceiro sem qualquer participação no crime anterior.

8. CORDERO, Isidoro Blanco, op. cit., p. 92.

Assim, o crime de lavagem de capitais, tal como capitulado na Lei 9.613/1998, pode ser visto sob vários prismas. A forma do *caput* do art. 1.º é mais fácil de ser compreendida, tendo em vista a precisão dos verbos nucleares do tipo – ocultar ou dissimular.

Sem embargo, a grande problemática que se apresenta ao operador do direito na aplicação do referido tipo penal é a diferenciação que deve ser feita entre o mero exaurimento do crime antecedente e o crime de lavagem, polêmica esta que, apesar de reconhecermos a existência, não constitui propriamente o objeto do presente trabalho.[9]

Por outro lado, dado seu caráter acessório, o crime de lavagem de capitais pressupõe a prática de crime antecedente, de modo que a dupla incriminação é quase pressuposto da sua incidência penal. Com precisão ímpar, Mariano Cúneo Libarona pontifica que "es necesario probar la vinculación existente entre el delito antecedente y la ejecución del levado posterior. Dicho de outro modo, es imprescindible demonstrar que el delito básico – delit precedente – se encuentra liga a la ejecución del 'hecho' consecuencia – el lavado de activos – y existe un enlace preciso y directo entre aquél y éste".[10] E conclui o respeitado autor portenho: "Es preciso, entonces, verificar que el bien sobre el cual recai la acción de lavado de dinero proviene de ese delito anterior".[11]

A este respeito, não é ocioso destacar que, a despeito das enormes críticas contrárias à incidência do tipo penal da lavagem ao autor ou partícipe do crime antecedente,[12] acabou prevalecendo na jurisprudência a vertente que entende plenamente possível a punição por ambos os delitos, sem que com isto se esteja a

9. A este respeito, valiosa é a contribuição de Celso Sanchez Vilardi em "O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução", *RBCCrim* 47/2004, mar.-abr. 2004, republicado em *Doutrinas Essenciais Penais*, vol. VIII, p. 1071-1085. Também neste sentido, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região: "(...) a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens ou pagamentos de dívida. O crime de lavagem de dinheiro não surge pelo tão só gastar dinheiro do crime, mas por sua *transformação* falseada em dinheiro lícito. (...) Não seria razoável ou proporcional tornar típica a conduta de gastar o dinheiro do crime, porque consequência normal e objetivada desde o início pela conduta criminosa. Ou seja, o agente pratica o crime de roubo para gastar o dinheiro obtido com essa conduta; absurdo seria pretender que o agente roubasse e não gastasse o dinheiro do crime. De outro lado, se o agente rouba e, para legitimar o dinheiro obtido, *compra* um bilhete de loterias premiado, está então realizando novo desvalor, de dar ao dinheiro do crime a aparência de lícito pela falsa prova de ter sido *premiado*".

10. LIBARONA, Mariano Cúneo. *El delito de lavado de dinero. La existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 45.

11. Idem, ibidem.

12. PODVAL, Roberto. *Lavagem de dinheiro (L. 9.613/98). Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 21-22.

falar em *bis in idem* (neste sentido, STJ, HC APn 458-SP, j. 16.09.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves), muito embora, vale lembrar, não seja este o entendimento prevalecente quanto aos primos próximos da lavagem previstos no Código Penal, como a receptação e o favorecimento real.[13]

Indo mais além, Eduardo Caparrós chega a duvidar da eficiência de uma incriminação nova, se já existem tipos penais clássicos capazes de albergar as práticas ilegais: "Si bien la preocupación social y legislativa por los actos de blanqueo de capitales sólo se ha manifestado a lo largo de los últimos tiempos – de "crimen de los noventa" nos habla Anderson –, lo cierto es que la pretensión de disfrutar pacíficamente de los beneficios procedentes del delito a través de su legalización dista con creces de ser una novedad. Por ello, porque posiblemente no nos encontremos más que ante una nueva forma de manifestarse una realidad de viejo trasfondo, tal vez quepa plantearse si no estaremos yendo demasiado lejos cuando alimentamos el desarrollo de categorias jurídicas inéditas, acaso artificiosas, y quizá tan inútiles como contraproducentes de cara al desarrollo coherente de una dogmática orientada a servir con eficacia a la resolución de los problemas de la comunidad".[14]

Seja como for, ainda assim, mostra-se imperioso distinguir as hipóteses em que é admissível a incriminação da lavagem e do crime antecedente, daquelas onde há de fato concurso de normas penais, a ser resolvido pelos tradicionais métodos adotados pela doutrina (especialidade, subsidiariedade e consunção).

A tipificação da lavagem começa a ficar um pouco mais nebulosa no § 1.º do art. 1.º, da Lei 9.613/1998, e a explicação para isto é que referido tipo não exige a efetiva ocultação ou dissimulação dos bens ou valores provenientes de um dos crimes antecedentes, mas apenas que, agindo com este fim (redação típica de crime formal), alguém venha a cometer uma das três condutas previstas nos seus respectivos incisos: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem e depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Como se vê, o inc. II oferece uma gama tão ampla de condutas que torna difícil entender o que *não é lavagem*. Grosso modo, o inciso diz que qualquer contato que alguém venha a ter com dinheiro, bens ou valores provenientes de crime antecedente é crime de lavagem, desde que presente o fim especial de ocultar ou dissimular.

Embora este não seja propriamente o objeto do nosso estudo, vale apontar aqui o enorme cuidado que deve ter o julgador ao examinar os casos concretos para não acabar condenando condutas neutras, posto ser ínsita à vida em sociedade no regime capitalista a livre circulação de bens e serviços e a forma cotidiana com que as pessoas movimentam valores diariamente, com o detalhe de que o fazem, nor-

13. DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 655.

14. CAPARRÓS, Eduardo F. *El Delito de blanqueo de capitales*. Salamanca: Colex, 1998. p. 252.

malmente, de forma privada, discreta e, portanto, sigilosa, com o fim de lucro ou de obter qualquer vantagem, mas sem o dolo específico de querer ajudar outrem a ocultar ou dissimular a origem daquele montante.

O problema é que a evasão de divisas, mais especialmente a operação de dólar-cabo, pela sua própria complexidade, acaba dando margem para que alguns atos integrantes da própria operação sejam também enquadrados na lavagem. Assim também a própria remessa ilegal de divisas para o exterior pode ter por fim – e a rigor o tem – a ocultação de valores provenientes de crime antecedente (corrupção, tráfico, contrabando), criando-se o consequente problema de conflito aparente de normas penais para cuja solução o presente trabalho pretende contribuir.

A punição por evasão de divisas e lavagem de dinheiro na operação de dólar-cabo é um bom exemplo de como o dolo específico exigido pelo tipo do § 1.º do art. 1.º tem sido flexibilizado em algumas decisões, de modo a permitir uma maior incidência do crime de lavagem. Há alguns anos, a imprensa reclamava que não havia ninguém condenado por lavagem de dinheiro no Brasil, e como resposta algumas autoridades parecem agora querer ver lavagem em tudo.

Começando pelo varejo, todas as etapas da operação de dólar-cabo, olhadas individualmente e fora do seu contexto global, podem ser enquadradas em algum dos verbos típicos previstos no § 1.º, II, desde que, é claro, o dinheiro movimentado seja proveniente de infração penal.

Sob o ponto de vista do *doleiro* que atua profissionalmente no mercado de câmbio paralelo, e partindo do pressuposto de que os valores movimentados sejam provenientes de infração penal, numa única operação de dólar-cabo, ele praticaria o verbo de *receber* valores em espécie e *transferir* valores para uma conta estrangeira (duas lavagens?).

Do ponto de vista de quem está remetendo, praticaria o crime de *movimentar*, ou *transferir* para o *doleiro* os valores em espécie, *recebendo*, ademais, valores no exterior, vindos, a rigor, de contas não declaradas, portanto, oriundos, em tese, do crime de manter depósito não declarado (também duas lavagens?).

O mesmo se dá no caminho inverso de remessa de dinheiro do exterior para o Brasil, com o detalhe de que no caminho de volta, estariam todos contribuindo, quiçá, para converter ativos ilícitos (mantidos anteriormente no exterior) em lícitos (ensejando, a princípio, a incidência do § 1.º, I, do citado artigo).

Pelo visto, a cada etapa da operação de dólar-cabo pode haver, em tese, a incidência concomitante de alguns tipos da lavagem.

Há *dois* aspectos, portanto, que merecem ser considerados do ponto de vista do concurso aparente de normas penais envolvendo os crimes de evasão e lavagem: *i)* a lavagem como *etapa* necessária da evasão (no dólar-cabo); e *ii)* a evasão de divisas como *forma* de *ocultar* valores provenientes de algum crime antecedente.

4. A LAVAGEM DE CAPITAIS COMO ETAPA DA EVASÃO DE DIVISAS

Há pelo menos um caso no Brasil, no qual, mesmo depois de já ter sido condenado por evasão de divisas, por operações de dólar-cabo, conhecido réu acusado de ser "doleiro" suporta acusação de lavagem pelo seguinte motivo:

"(...) Todo ingresso de capitais nas contas situadas no exterior correspondia – no sistema dólar-cabo, operado pelos denunciados – a uma entrega de reais no Brasil. Como o dinheiro recebido no exterior provinha de clientes (doleiros e cidadãos) brasileiros que lá o mantinham ilicitamente, sem declará-los às autoridades competentes, em afronta à Lei 7.492/1986, o recebimento desses recursos sujos no exterior e a entrega de reais deles desvinculados no Brasil promovia o branqueamento de capitais em favor de tais clientes, que passavam a ter agora recursos desvinculados dos recursos criminosamente antes mantidos fora do país."[15]

Como visto acima, a situação fática descrita na sentença é aquela em que o doleiro é contratado para "trazer" o montante depositado numa conta no exterior, o que segundo a decisão, seria crime de lavagem de dinheiro, a uma, porque o doleiro estaria *recebendo,* em sua conta no exterior, valores provenientes de crime antecedente (a conta não declarada no exterior do remetente), e a duas, porque, ao entregar reais ao Brasil, estaria lavando os valores que antes estavam clandestinos, e agora estão disponíveis em reais desvinculados de sua origem estrangeira (ilícita).

Este exemplo é bastante emblemático de como a aplicação meramente formal do art. 1.º da Lei 9.613/1998, desgarrada de uma definição fenomenológica da lavagem, pode levar a absurdos punitivos.

A sentença usada como paradigma utiliza dois fundamentos para enxergar crime de lavagem na conduta do doleiro. O primeiro argumento é que, na operação de dólar-cabo, ao receber no exterior, valores provenientes de outra conta estrangeira, o doleiro estaria recebendo recursos ilícitos, uma vez que sua manutenção configura o crime do art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986.

O argumento, contudo, não se sustenta. Primeiro, porque o crime antecedente contra o sistema financeiro nacional, o depósito não declarado do *outro* doleiro ou cidadão (ou remetente dos valores), precisa ter gerado vantagem econômica e o mero depósito no exterior não gera produtos financeiros ilícitos.

Para Rodolfo Tigre Maia, "o tipo refere objeto provenientes (resultantes, decorrentes, originários, produzidos) dos crimes que menciona, qual seja, quaisquer bens gerados como desdobramento direto ou indireto do processo executivo de um

15. Sentença proferida nos autos da APn 2004.70.00.033538-8/PR, 2.ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba (PR), de 16.03.2011.

determinado crime".[16] A distinção entre desdobramento direto e indireto não afasta a exigência de vantagem financeira, como bem enfatiza o citado autor, fazendo um paralelo com a receptação, e dando como exemplo do primeiro o preço pago ao traficante pela droga vendida e do segundo, a paga feita ao executor por crime ainda a ser executado. Ou seja, direta ou indiretamente, o importante, no que concorda Jorge Alexandre Fernandes Godinho, "... é que dele tenham derivado vantagens".[17]

Para melhor visualizar que isto é verdade, basta ver que se o depósito originalmente mantido pelo titular da conta originária não for produto de infração penal, haveremos de concluir que os recursos mantidos na conta não são produto de crime, então, não é porque estão depositados numa conta no exterior que perderão sua natureza de origem absolutamente lícita.

Isto nos leva a concluir que o local do depósito e o fato de não estar declarado às autoridades é que são os elementos da ilicitude do art. 22, parágrafo único, segunda parte, e não a origem dos recursos em si.

Conforme observam Feldens e Schmidt, o tipo do art. 22, parágrafo único, segunda parte (manter depósito não declarado no exterior) é norma penal em branco, pois depende da determinação da repartição competente sobre a forma em que deve se efetivar a declaração.[18]

Para eles, a consumação do crime só se daria no momento em que esgotado o prazo para fazer a declaração à repartição competente, o que seria, segundo estes autores, uma *elementar especial de antijuridicidade*.[19] Daí já se poderia concluir que o desvalor do injusto penal é a omissão do depósito das autoridades e não a existência, em si, dos recursos.

Logo, os valores provenientes de conta estrangeira não declarada não constituem, *a priori*, recursos ilícitos.

Por outro lado, o fato do proprietário de valores clandestinos no exterior passar a dispor destes recursos no Brasil, como resultado da operação de dólar-cabo realizada, não se enquadra em nenhuma das hipóteses da lavagem. A uma, porque se o depósito não declarado no exterior é forma de ocultar a origem de valores, a entrega destes valores em reais no Brasil é forma de desocultar e, portanto, o inverso da

16. MAIA, Rodolfo T. *Lavagem de dinheiro: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 63.

17. GODINHO, Jorge Alexandre F. *Do crime de "branqueamento" de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 168.

18. SCHMIDT, Andrei Zenker, e FELDENS, Luciano, op. cit., p. 167.

19. Sustentam os renomados autores que "o crime se consuma no momento em que esgotado o prazo dentro do qual o agente deveria declarar à repartição competente (o Bacen, nos termos da legislação atual) os depósitos mantidos no exterior". (SCHMIDT, Andrei Zenker, e FELDENS, Luciano, op. cit., p. 179).

lavagem; e *a duas*, porque, para que seja possível falar em lavagem, estes recursos precisariam estar sendo "esquentados", ou seja, ingressando com aparência de licitude (camuflados com um contrato de investimento estrangeiro simulado feito por *off shore* ou coisa do tipo), situação inversa à de quem manda trazer os valores através de doleiro ou via dólar-cabo.

Sob outra ótica, como o crime de evasão de divisas assume características de progressão criminosa,[20] as etapas da evasão, por normalmente envolverem verbos típicos da lavagem (receber, entregar, transferir), sempre poderão configurar também o branqueamento.

Para Bettiol, o concurso de normas penais não se confunde com o concurso formal de crimes; porque enquanto neste, uma única conduta é capaz de gerar dois ou mais resultados lesivos a bem jurídicos distintos, naquele o que se tem é a identidade do *fato*, o qual é passível de se sujeitar a dois ou mais tipos legais.[21]

Quando um mesmo *fato* pode ter mais de uma correspondência típica, há um concurso (aparente) de normas penais. Para Frederico Gomes de Almeida Horta, "o concurso de leis (ou concurso aparente de normas) deve distinguir-se do concurso ideal, uma vez que naquele, embora o autor viole com uma mesma ação mais de uma lei penal, o conteúdo material dessas leis, a relação entre elas, bem como as suas finalidades fazem com que uma exclua a outra".[22]

Como bem demonstra o citado autor, a corrente mais aceita na doutrina brasileira é a de que a "unidade de ação" é pressuposto do concurso formal de crimes, ao passo que a "unidade de fato" é base do concurso aparente de normas.[23]

Assim, analisando o tipo do art. 22 (qualquer das suas modalidades), deve-se concluir que se trata de delito de vários atos, que alguns chamam de tipos compostos cumulativos, porque exigem, pelo menos, uma conduta comissiva (realizar operação ou manter o depósito) e outra omissiva (não declarar às autoridades).[24]

Na esteira deste entendimento, a levar-se à risca a concepção puramente normativa dos tipos do art. 1.º da Lei 9.613/1998, a cada operação de dólar-cabo os agentes cometeriam pelo menos duas lavagens de dinheiro, a primeira, com a entrega/recebimento dos recursos em reais no Brasil (art. 1.º, § 1.º) e a segunda com a transferência do numerário de uma conta a outra no exterior, as quais não são, neste caso, outra coisa senão etapas da operação final de evasão de divisas.

---

20. Idem, p. 224.
21. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1971. p. 324.
22. HORTA, Frederico G. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 33.
23. Idem, p. 35.
24. Idem, p. 44-45.

Do contrário, uma única operação de dólar-cabo configuraria crime de lavagem de dinheiro (duas vezes), crime de evasão divisas (art. 22, *caput*) e o crime de manutenção de depósito não declarado no exterior (art. 22, parágrafo único, segunda parte), sem falar do art. 16 da Lei 7.492/1986 se um dos participantes da operação for *doleiro*. Seria como condenar o homicida por porte ilegal de arma, disparo de arma de fogo em via pública, tentativa de homicídio e homicídio consumado.

De se ver que tais condutas típicas da lavagem não são nada além de *fases de execução* da operação de dólar-cabo, e devem ser absorvidas pelo critério da *consunção*.

5. A EVASÃO COMO *FORMA* "DE" (ESPÉCIE) PRATICAR A LAVAGEM E NÃO COMO *MEIO* "PARA" PRATICÁ-LA

A questão que mais parece gerar controvérsia ocorre quando a conduta de remeter valores para fora do país visa ocultar sua origem ilícita, hipótese que permitiria, em tese, identificar a ocorrência dos crimes de lavagem e evasão de divisas, gerando o concurso aparente de normas penais objeto do presente estudo.

A rigor, é o caso, primeiramente, de refletir se haveria como subsumir no crime de lavagem a remessa de valores ilícitos ao exterior, já que tal conduta não se enquadra perfeitamente em qualquer dos tipos previstos na lei. Se a lavagem é, nas palavras de Blanco Cordeiro, o processo destinado a conferir aparência de licitude aos bens provenientes de infração penal, a remessa de valores ao exterior não cumpre esta função.[25] Cumpriria esta função se fosse etapa de um processo maior de futura internalização deste montante sob o disfarce de investimento estrangeiro, por exemplo, aí sim, típica hipótese de crime de lavagem. Mas não se pode, a menos que se faça pródigo uso da presunção, dar por certo que, quem manda dinheiro para o exterior, o faz com o fim de posteriormente reintroduzi-lo no país sob a aparência de licitude.

Nesse sentido, a mera remessa de valores para o exterior não configuraria crime de lavagem. Como, no entanto, alguns entendimentos jurisprudenciais avançam em sentido diverso, dando compreensão extremamente elástica ao crime de lavagem de capitais, é preciso enxergar a questão também sob o ângulo do concurso aparente de normas penais, de onde se tira, sem maiores dúvidas, a impossibilidade de tal conduta configurar, além da evasão de divisas, também a lavagem de dinheiro.

Aliás, se na vigência da redação anterior da lei de lavagem, era pequena a probabilidade de que os valores remetidos ilegalmente ao exterior fossem produto de crime antecedente, porque o rol era taxativo e bastante restritivo (não albergava, por exemplo, o crime de sonegação), agora, com as mudanças introduzidas pela Lei 12.683/2012, qualquer infração penal pode ser crime antecedente, de modo que, a

25. BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 91.

rigor, praticamente toda evasão de divisas será também lavagem de dinheiro, afora a improvável hipótese de os recursos estarem declarados ao fisco.

Ou seja, estaríamos advogando praticamente a eliminação do crime de evasão de divisas do ordenamento jurídico, a prevalecer o entendimento de Tórtima, de que, quando a remessa ilegal de divisas visa a ocultar ou dissimular a origem ilícita proveniente de um dos crimes antecedentes, a evasão de divisas seria apenas *meio* usado para a prática do crime fim, a lavagem do *caput* do art. 1.º e seria por esta absorvida pelo método da consunção.[26]

Como veremos, ao contrário do que sustenta Tórtima, é a evasão que absorve a lavagem e não o contrário, a começar, porque ambos os delitos preveem finalidade idêntica, o que, de plano, já colocaria em xeque a alegação de que a evasão é *meio para* a prática da lavagem.

Sim, pois quê outro fim visaria a evasão que não o de esconder das autoridades a existência dos recursos? É indissociável do dolo da evasão a intenção de ocultar a existência dos valores, de modo que se torna inviável sustentar que um crime é meio para a prática do outro.

Na verdade, o *fato histórico* que enseja a aplicação de ambos os delitos é exatamente o mesmo. Na feliz imagem de Stevenson, podemos afirmar que tanto a lavagem como a evasão são crimes que constituem círculos perfeitamente sobrepostos, afastando a equivocada ideia de que um seria *meio* para a prática do outro.[27]

A relação entre crime meio e crime fim, por princípio, pressupõe um círculo maior (o crime fim) e um menor (o crime meio), este último incapaz de albergar nos limites de sua circunferência, todos os aspectos dos fatos fenomênicos de forma global e, por isto, é engolido pelo outro.

De acordo com Stevenson "pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime cuja execução atravessa fases em si representativas de delito previsto em outra, exclui por absorção, a aplicabilidade desta".[28] É a ideia de atividade que usa Bettiol quando trata da consunção.[29]

Todavia, não se mostra viável afirmar que na operação de dólar-cabo (ou qualquer outra de evasão de divisas) a evasão é *fase* ou *etapa* da lavagem, e sim que os crimes são contemporâneos e representam a mesma unidade fática, tanto nos seus aspectos objetivos (a conduta de evadir e ocultar ou dissimular são sinônimas) quanto no aspecto subjetivo (o dolo de esconder das autoridades a existência dos recursos).

---

26. TÓRTIMA, José Carlos, op. cit., p. 45.
27. STEVENSON, Oscar, op. cit., p. 38.
28. Idem, p. 40.
29. BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 329.

O equívoco, a nosso ver, é tentar aplicar o método da consunção a hipótese em que um dos crimes, a evasão, assume as características de delito *complexo*. A perplexidade que isto pode causar é muito bem colocada por Frederico Horta ao reproduzir as críticas que Antolisei faz à expressão "de mais amplo alcance" do crime prevalecente, utilizada por alguns para explicar a consunção.[30]

Embora perfeitamente aplicável a expressão "de mais amplo alcance" quando se compara crimes sem qualquer elemento normativo comum (o homicídio e a posse ilegal de arma de fogo), Horta mostra que nos casos de crimes complexos, considerar que o crime de mais amplo alcance consome o de menor levaria ao absurdo de se afirmar que o furto consome o roubo, porque aquele abrange mais situações do que este.[31]

Tomando emprestado o exemplo citado acima, ao ignorar a natureza complexa do delito de roubo, poder-se-ia cair na armadilha de considerá-lo *meio* para praticar o furto, ou aplicando idêntico raciocínio ao estupro, considerá-lo *meio* para praticar constrangimento ilegal.

Existe assim uma diferença entre afirmar que determinado crime é meio *para* a prática de outro, e afirmar que o delito é meio *de* praticar o último. O uso da preposição *de* no lugar da preposição *para* constitui a linha divisória que permite distinguir uma coisa da outra.

Quando se diz que alguma coisa é meio *para* a prática de outra, o uso da preposição *para* possui sentido de finalidade, ou seja, quer-se na verdade dizer que com aquela conduta alguém visa *outro* resultado; há uma relação de movimento, de uma coisa que leva à outra, ínsita à progressão do crime.

Agora, basta trocar a preposição *para* pela preposição *de* e veremos como a frase muda de sentido, porque dizer que uma coisa é meio *da* prática de outra, está-se a afirmar que uma é forma *de* praticar a outra, sugerindo uma relação de parentesco, como se uma fosse modalidade da outra, ou, enfim, uma *espécie* da qual a outra é *gênero*. Aqui não existe a ideia de movimento, mas a de dois círculos, um contendo o outro.

Voltando ao exemplo de Antolisei veremos que, ao trocar a preposição, a frase passa a fazer sentido. Assim, quando se diz que o roubo é meio *de* (e não *para)* praticar furto ou que o estupro é meio *de* praticar constrangimento ilegal, estamos afirmando que um é gênero (o furto e o constrangimento ilegal) do qual o outro é espécie (o roubo e o estupro).

A digressão exposta acima mostra como o método da consunção pode levar a conclusões equivocadas, quando não se dá a devida atenção ao caráter especial

30. ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso aparente di norme. *Scritti de diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 245-261, apud HORTA, Frederico G, op. cit., p. 175.

31. Idem, p. 120.

de um dos crimes examinados, hipótese em que deve prevalecer o critério da *especialidade*.

Com a eliminação do rol taxativo dos crimes antecedentes, ficou ainda mais clara a especialidade do crime de evasão de divisas em relação à lavagem, tanto que, se assim não for entendido, tornar-se-á praticamente letra morta a redação do art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986.

A razão para se preferir o critério da *especialidade* ao da consunção é simples e é Stevenson[32] quem novamente nos socorre a este respeito, ao explicar que "a preferência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, vale dizer, pela comparação das configurações abstratas formuladas nas mesmas normas", enquanto que nos outros casos, como na consunção, o conflito só pode ser aferido no caso concreto, de forma, portanto, triangular e não em linha reta.

A partir deste ponto de vista, a evasão deixa de ser *meio* para a lavagem e passa a ser uma *espécie* dela, da mesma forma como o crime de favorecimento real é *gênero*, do qual a evasão de divisas é a *espécie*, pois é modalidade especialíssima de tornar seguro o proveito do crime.

A demonstrar o caráter *especial* da evasão em relação à lavagem, é de se ver que, para a caracterização da última, basta ter em depósito recursos provenientes de infração penal, não se exigindo especial dever de agir, como a declaração da existência dos bens às autoridades competentes.

Forma didática oferece Bettiol ao dizer que o conflito poderá ser solucionado pelo princípio da especialidade "sempre que se possa afirmar sobre o plano valorativo, que uma única norma cobre inteiramente o conteúdo ofensivo do fato histórico".[33]

A ocultação do numerário no crime de evasão contém uma *especialidade* que está ausente na lavagem, que é a forma específica de ocultar (por meio de depósito no exterior) e a previsão de omissão punível, qual seja, a de não declarar o depósito. Por esta razão, é possível afirmar que a evasão de divisas é norma especial, que contém todas as circunstâncias que ensejariam a incriminação pelo crime de lavagem, acrescidas de algumas, que lhe tornam especiais.

Não seria também o caso de se opor à especialidade da evasão em relação à lavagem o argumento de que a classificação a partir de normas especiais e gerais faz pressupor proteção a bens jurídicos idênticos. Com muita propriedade, Frederico Horta rechaça esta ideia, demonstrando que "tal limitação arbitrária acarretaria desastrosas consequências, como as de vedar que a condenação por desacato (art. 331 do CP) exclua a punição por injúria (art. 140, *caput*, do CP), que a condenação

32. STEVENSON, Oscar, op. cit., p. 38.

33. BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 328.

por peculato (art. 312, *caput*, do CP) exclua a punição por apropriação indébita (art. 168 do CP), ou que a condenação por denunciação caluniosa (art. 339 do CP) exclua a punição por calúnia (art. 138, *caput*, do CP)".[34]

Adotamos aqui, definição de Frosali sobre a relação de especialidade entre duas normais penais, ou seja, quando todos os elementos constitutivos de um crime estão presentes também no outro, "para o qual, embora igualmente necessários, não são suficientes".[35]

Transportando a lição de Frosali ao objeto do nosso estudo, o dólar-cabo, pode-se afirmar que todos os elementos constitutivos da lavagem estão presentes na evasão, pois não se tem como dissociar da evasão o escopo de *ocultar ou dissimular*, com a diferença (especialidade) de que na hipótese fática do dólar-cabo, tal intento é alcançado mediante operação de câmbio com remessa ilegal de divisas.

Ademais, como o método da consunção parte de um pressuposto valorativo, extraído, a rigor, do dolo do agente ou do especial fim de agir, podemos dizer que, quando coincidente o elemento subjetivo das normas concorrentes, como ocorre entre evasão e lavagem (o dolo de ambas é ocultar os recursos das autoridades), a consunção é inapropriada para a solução do conflito, mostrando-se mais adequado o critério da *especialidade*.

Assim, como ocorre com o homicídio e o infanticídio, os quais possuem o mesmo elemento subjetivo do tipo (o *animus necandi*), um não é meio de praticar o outro, sendo correto afirmar, porém, que este último é *modalidade* específica de praticar o primeiro.

Dizendo de outra forma, quando dois crimes possuem o elemento volitivo coincidente, o que vai distingui-los é a *modalidade* prevista por cada qual para a consecução do resultado, prevalecendo sempre aquele que contiver circunstâncias mais específicas. E no caso dos crimes ora examinados, um – a lavagem – prevê, de forma genérica, a ocultação da origem etc., ao passo que o outro – a evasão – prevê *forma* bastante específica de ocultação, mediante remessa de divisas para o exterior, sendo, portanto, espécie daquela.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo o exame de situação bastante concreta, a evasão de divisas – e sua modalidade usual, o dólar-cabo – no Brasil e a possibilidade de ser subsumida a dois tipos penais – evasão de divisas e lavagem de dinheiro – gerando o consequente concurso aparente de normais penais.

---

34. HORTA, Frederico G., op. cit., p. 107.

35. FROSALI, Raoul Alberto. *Concorso di norme e concorso di reati*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 254-255.

Não obstante nosso trabalho tenha procurado um enfoque calcado em lições de dogmática, não podemos perder de vista o contexto político em que os tribunais do mundo inteiro, e não é diferente no Brasil, vêm encarando o crime de lavagem. Como bem observou Eduardo Caparrós, não há uma razão muito convincente para preterir-se os crimes de receptação e favorecimento real, criando-se toda uma normativa nova e complexa, com a tipificação do crime de lavagem de capitais.[36]

Além disto, existe uma particularidade a mais no caso brasileiro, que é a pena prevista para o crime de lavagem. A reprimenda vai de 3 a 10 anos. Isto significa uma pena alta para padrões brasileiros, se comparada com a própria pena do crime de evasão de divisas, cuja pena vai de 2 a 6 anos.

Assim, o critério normalmente usado para preferir um crime em detrimento do outro acaba sendo a vontade punitiva do julgador. Isto faz com que entendimentos jurisprudenciais consolidados quanto aos crimes de receptação e favorecimento real não sejam aplicados nos casos de lavagem.

Isto se dá não só com a já citada incriminação por lavagem do autor ou partícipe do crime antecedente, como também com a inclusão da lavagem em casos flagrantes de *bis in idem*, como o da evasão de divisas, inclusive no dólar-cabo.

Um sintoma bastante claro deste quadro é que quem sustenta, por exemplo, que a lavagem absorve a evasão de divisas – e não o contrário, como sustentamos aqui – dificilmente sustenta, ou sustentaria que, em situações similares, o favorecimento real absorveria a evasão, e isto ocorre, provavelmente porque a pena daquele crime no Brasil é ainda mais branda que a da evasão.

A verdade é que, com a Convenção de Viena e a de Palermo, e sobretudo após os atentados às torres gêmeas, o "11 de setembro", o combate à lavagem de dinheiro se tornou quase que uma obsessão, levando os operadores a se olvidarem que sua razão de ser é o combate ao crime antecedente, e não propriamente a criminalização de qualquer movimentação financeira com raízes ilícitas. Sim, porque, se formos levar à risca, dificilmente haverá em circulação no mundo dinheiro que nunca tenha passado pelas mãos de delinquentes.

Por outro lado, a tipificação da lavagem não é instrumento hábil a incrementar a descoberta e o combate aos crimes antecedentes. Sim, porque o crime antecedente precisa ser minimamente provado para que esteja tipificada a lavagem, logo, se não se descobre o crime antecedente, não haverá lavagem, e, portanto, os crimes não desvendados ou bem ocultados, continuarão sem punição.

Sendo assim, uma vez que o tipo da lavagem é bastante vago e prevê, em certa medida, condutas cotidianas, é quase inevitável que a sua tipificação acabe levando

36. CAPARRÓS, Eduardo F., op. cit., p. 252.

a exageros punitivos, como, no caso retratado neste trabalho, com dupla incriminação pelo mesmo fato.

7. BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal: parte generale*. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1971.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPARRÓS, Eduardo F. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Salamanca: Editorial Colex, 1998.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

FELDENS, Luciano, e SCHMIDT, Andrei Z. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FROSALI, Raoul Alberto. *Concorso di norme e concorso di reati*. Milano: Giuffrè, 1971.

GODINHO, Jorge Alexandre F. *Do crime de "branqueamento" de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

HORTA, Frederico G. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIBARONA, Mariano C. *El Delito de lavado de dinero: La existência de um delito prévio y su prueba. Garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MAIA, Rodolfo T. *Lavagem de dinheiro: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

PODVAL, Roberto. *Lavagem de dinheiro (L. 9.613/98). Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*. São Paulo: Forense, 1962.

TÓRTIMA, José Carlos, e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 47/2004. mar.-abr. 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalização da evasão de divisas: a questão do momento consumativo e a mudança de paradigmas, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDB* 60/261 (DTR\2013\5792);
- Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro, de Ela Wiecko V. de Castilho – *RBCCrim* 47/46, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/1111, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/979 (DTR\2004\159);
- Crimes de lavagem de dinheiro: competência – Federal ou estadual?, de Marcelo Batlouni Mendroni – *RePro* 134/280 (DTR\2006\803);
- Evasão de divisas?, de Ricardo Pieri Nunes – *RBCCrim* 62/134, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/565 (DTR\2006\553);
- Lavagem de dinheiro na APn 470/MG, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RT* 933/383 (DTR\2013\3789); e
- Os crimes econômicos na APn 470/MG: dificuldades e desafios, de Luciano Anderson de Souza – *RT* 933/317 (DTR\2013\3786).

Ações neutras e teoria do abuso de direito – Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia[1]

Neutral actions and the theory of abuse of rights – A link to understand the relationship between money laundering and the practice of law

José Danilo Tavares Lobato

Pós-Doutor pela Universidade de Munique (Alemanha). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (Brasil). Mestre em Direito – Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes – Ucam (Brasil). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (Brasil). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Área do Direito: Penal

Resumo: O foco do presente artigo é discutir a relação entre a advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. Para tanto, faz-se necessário analisar o problema da participação criminal praticada por ações neutras ou profissionais. Com o objetivo de modificar o centro de gravidade do atual debate, propõe-se a adoção da teoria do abuso de direito como norte interpretativo à necessária contextualização das ações neutras.

Palavras-chave: Participação Criminal – Ações neutras – Abuso de direito – Lavagem de dinheiro e advocacia.

Abstract: The focus of this article is to discuss the relationship between the exercise of the practice of law and the crime of money laundering. Therefore, it is necessary to analyze the problem of criminal complicity practiced by professionals or neutral actions. Aiming to change the center of gravity of the current debate, it is proposed the adoption of the principle of abuse of rights as the north interpretive necessary to contextualize the neutral actions.

Keywords: Criminal Complicity – Professional Actions – Principle of Abuse of Rights – Money Laundering – Exercise of the Practice of Law.

Sumário: 1. Introdução – 2. Soluções principiológicas – 3. Teorias da participação criminal por meio de ações neutras: 3.1 Teorias objetivas: 3.1.1 Günther Jakobs; 3.1.2 Löwe-Krahl; 3.1.3 Winfried Hassemer; 3.1.4 Klaus Lüderssen; 3.2 Teorias subjetivas: 3.2.1 Harro Otto; 3.2.2 Schild Trappe; 3.3 Teorias mistas: 3.3.1 Knut Amelung; 3.3.2 Wolfgang Frisch; 3.3.3 Claus Roxin; 3.3.4 Jon-Mirena Landa Gorostiza; 3.4 Outras concepções teóricas – 4. Ações neutras e a teoria do abuso de direito –5. Ações neutras e cumprimento de deveres jurídicos – 6. Críticas à teoria do abuso de direito como norte interpretativo – 7. Lavagem de dinheiro e advocacia – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

1. O presente consolida e atualiza pesquisas que realizei nos últimos dez anos e, em ordem cronológica, parte das seguintes matrizes: Cumplicidade por meio de ações neutras – O início

1. INTRODUÇÃO

Para que o debate acerca da relação existente entre advocacia e lavagem de dinheiro seja recolocado nos trilhos, deve-se, primeiramente, compreender os pressupostos de base do problema acerca das ações neutras. Por essa razão, o presente artigo traz de forma detalhada os fundamentos teóricos da imputação jurídica das condutas neutras, também chamadas de profissionais ou cotidianas. Esclareça-se que esse problema é atinente ao concurso de pessoas, em especial, à participação criminal. Apesar de a temática das ações neutras ser dotada de ares de novidade,[2] as discussões dogmáticas sobre a questão foram iniciadas pela jurisprudência e pela doutrina penais alemãs há aproximadamente três décadas.[3]

(tardio) de um debate. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 64, 2005; Participação criminal por meio de ações neutras. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Ucam, 2006; Teoria geral da participação criminal e ações neutras – Uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009; Ações neutras – Algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCrim. São Paulo, 216, 2010; Um panorama da relação entre teoria do abuso de direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. Revista de Concorrência e Regulação. Lisboa, 16, out.-dez., 2013; Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. Boletim IBCCrim. São Paulo, 22, 2014.

2. Na América Latina, do pouco material existente tratando exclusivamente sobre ações neutras, encontram-se estudos de origem brasileira, argentina e peruana. No Brasil, a primeira publicação foi: PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. 16. São Paulo, 2002. Posteriormente: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; LOBATO, José Danilo Tavares. Cumplicidade por meio de ações neutras – O início (tardio) de um debate. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. 64. Rio de Janeiro, 2005; LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009; LOBATO, José Danilo Tavares. Ações neutras – Algumas notas corretivas para o debate brasileiro. *Boletim IBCCrim*. 216. São Paulo, 2010; LIMA, Vinicius de Melo. Ações neutras e branqueamento de capitais. *Revista de Concorrência e Regulação. Lisboa*. 11/12. jul.-dez. 2012; RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2014. Na Argentina, conferir: BOSCH, Gerard Gramática. *Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión*. Disponível em:: [www.ciidpe.com.ar]. Acesso em: 13.07.2013; GUZMÁN, Nicolás. Conductas Neutrales y Participación en el Delito: Apuntes sobre el estado actual de la Discusión. In: _____ e PASTOR, Daniel R. (orgs.) Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010; ROBIGLIO, Carolina. *Participación en los Delitos Tributarios mediante Conductas Neutrales – Actuación de profesionales y conocimientos especiales*. Buenos Aires, 2013. Dentre os peruanos: JOHN, José Antonio Caro. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*. 5. Lima, 2004; TERREROS, Felipe Villavicencio. *La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional – Universidad de Castilla La Mancha. Disponível em: [www.cienciaspenales.net]. Acesso em: 13.07.2013.

3. O termo ações externamente neutras – *äußerlich neutrale Handlungen* – surgiu, em 23.01.1985, em acórdão do Bundesgerichtshof – BGH. Nesse acórdão, o BGH denominou

Interessa notar que, especificamente em relação às ações neutras, as perspectivas dos primeiros estudos brasileiros são herméticas e dialogam essencialmente com a doutrina alemã.[4] Os estudos mais recentes tendem a assumir uma concepção mais fluida e concedem maior espaço à doutrina espanhola. No Brasil, uma nova perspectiva surge com Rassi, a partir da incorporação do dever de solidariedade ao debate.[5] Nos estudos de língua espanhola, Robles Planas é um dos principais autores citados, o que, todavia, não significa que sua concepção tenha uma aceitação majoritária. Apesar de, na última década, ter havido o surgimento de inúmeros estudos sobre as ações neutras, a questão permanece obscura.[6] Por entender que o debate das ações neutras ainda precisa ser descomplicado, retorno ao tema com o objetivo de trazer algumas luzes para a questão.

Como neutra entende-se uma contribuição cuja reprovação penal não seja manifestamente exteriorizada no injusto penal alheio.[7] A reprovação penal de uma tal contribuição não pode ser manifesta, isto é, a conduta de auxílio ou determinação a um fato típico e ilícito alheio não tem aprioristicamente a razão de sua punição claramente demonstrada, isso porque existem fatores que, à primeira vista, amparam legalmente a participação criminal realizada por meio de uma ação neutra. Ressalve-se que essa primeira impressão – de que a ação contributiva para o delito alheio está efetivamente escorada no ordenamento jurídico – poderá ou não *a posteriori* se confirmar.

Antes de expor a teoria do abuso de direito e analisar a relação que existe entre ações neutras, advocacia e o crime de lavagem de capitais, o leitor deve tomar conhecimento das principais propostas teóricas para a problemática da participação criminal por ações neutras. Para tanto, adoto distinção próxima a de Landa Gorostiza, distinguindo quatro conjuntos de soluções teóricas. O primeiro constitui-se de soluções decorrentes dos princípios penais. O segundo chamado de teorias objetivas reúne construções que se limitam a solucionar o problema no âmbito do tipo objetivo, ou seja, que renunciam à verificação dos problemas

---

de neutras as ações de cumplicidade dos empregados de uma sociedade empresária, que colaboraram com seus dirigentes na prática de crime de sonegação fiscal: WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. München. Beck, 1996. p. 3.

4. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... cit.; LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras* cit.

5. Defesa da conexão direta dos critérios de imputação das ações neutras ao dever de solidariedade: RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras*... cit., p. 136.

6. Assim, por exemplo, Lima que utiliza a obra de Robles Planas como guia e adota parte de suas concepções na montagem de uma proposta unificadora de teses dogmaticamente inconciliáveis e vagas. LIMA, Vinicius de Melo , op. cit., p. 133-192.

7. Nesse sentido, próximo ao conceito de: GRECO, Luís.*Cumplicidade através de ações neutras*... cit., p. 110.

de dolo.[8] Em contrapartida, o terceiro grupo é o formado pelas teorias subjetivas. Essas pressupõem que as contribuições neutras satisfaçam formalmente os requisitos do tipo objetivo,[9] razão pela qual concedem preponderância, na definição da reprovabilidade das ações neutras, à análise do tipo subjetivo. O último conjunto trata de teorias intermediárias, ou seja, teorias que estão entre as objetivas puras e as subjetivas.[10] Nesse grupo, reconhece-se que as ações neutras são um problema afeto ao tipo penal objetivo, mas não só, de modo que há necessariamente que se perquirir os critérios subjetivos do tipo penal.

2. SOLUÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Como resposta ao problema das ações neutras tem-se recorrido aos princípios penais. A adequação social foi uma das primeiras tentativas da doutrina penal de construir uma solução ao problema que, atualmente, se insere no debate das ações neutras. Para Welzel, os tipos penais indicam formas de comportamento que transcendem ao ordenamento constituído da vida social. Nos tipos penais, manifestam-se simultaneamente a natureza histórica e a social do Direito Penal.[11] Welzel percebe como socialmente adequados os negócios e as ocupações que se mantenham no âmbito regular de seu exercício, ainda que tais atuações se revistam de um caráter prejudicial.[12] Adverte ainda que, de modo algum, um comportamento socialmente adequado precisará ser socialmente modelado.[13] Será um comportamento inserido dentro da liberdade social de agir.[14] Um exemplo de aplicação do princípio da adequação social seria a não responsabilização do vendedor de bebidas alcóolicas pelo que, eventualmente, seus clientes venham a cometer na direção de veículos automotores, salvo quando haja uma posição de garantia ou quando a embriaguez do cliente fizer com que ele não possa mais atuar de maneira responsável.[15] Para Welzel, a adequação social é subjacente aos tipos penais e, por meio deles, são (tacitamente) pressupostas as condições normais da liberdade social de ação.[16] A proposta de Welzel tem seus méritos, mas é uma obra inacabada. Quando se relaciona a adequação social das condutas

8. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La Complicidad Delictiva en la Actividad Laboral "cotidiana" – Constribución al "Límite Mínimo" de la Participación frente a los "Actos Neutros"*. Granada: Comares, 2002. p. 67.
9. Idem, p. 66-67.
10. Idem, p. 69.
11. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11a.ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969. p. 55.
12. Idem, p. 56.
13. Idem, ibidem.
14. Idem, ibidem.
15. Idem, p. 57.
16. Idem, ibidem.

às condições normais da liberdade social de agir, *a contrario sensu*, se afirma que todas as condutas que extrapolam estas condições, ou seja, que as abusam, estão fora deste âmbito. Ainda que de forma intuitiva, há de se perceber o reconhecimento, na proposta welzeliana, do abuso de direito como critério identificador da adequação social.

Outra solução principiológica decorre da avocação do princípio da insignificância. Esse exclui a tipicidade das infrações penais que, em razão do ínfimo grau de ameaça ou lesão provocado pela conduta do agente, praticamente, não afetam o bem jurídico tutelado. Como uma forma limitada de solucionar o problema das participações neutras, pode-se recorrer ao princípio da insignificância. Rogat, ao analisar o risco de uma conduta de cumplicidade, afirma que o conceito de insignificância deve relacionar-se com o critério quantitativo do aumento do risco que a prestação do cúmplice causa na realização do fato principal, pois o risco não pode apenas ser qualificado, devendo ser também quantificado.[17] Em sequência, Rogat procura estabelecer linhas gerais para utilizar a insignificância na cumplicidade. Uma contribuição de auxílio seria insignificante e, por isso, quantitativamente desprezável, quando tal contribuição fosse irrelevante no aumento do risco realizado.[18] Para tanto, torna-se necessário verificar todas as circunstâncias do caso concreto, principalmente, as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição de auxílio para o fato principal.[19] Sem apresentar fundamentação convincente, Rogat conclui que apenas podem ser insignificantes as contribuições de auxílio que facilitem o resultado típico ou que assegurem o seu êxito, contudo, jamais serão insignificantes as prestações que possibilitem o resultado criminoso, bem como as que o intensifiquem.[20] A proposta de Rogat é interessante, mas oferece soluções *ad hoc* e de certo modo contraditórias. Quem facilita não intensifica as chances de obtenção do resultado típico?! Não há diferença em termos de tipo objetivo. Ambas as condutas aumentam o risco não permitido. Cabe, portanto, perguntar: tendo em vista que a contribuição é aprioristicamente insignificante, aquele que presta uma contribuição neutra não será punido se fornecer uma prestação que apenas facilite o resultado típico ou assegure o seu êxito? Para sair da abstração, analise o leitor o seguinte caso: o diretor de um banco localizado em uma rua cheia de outras instituições bancárias que, por conhecer os planos delituosos de seu cliente que objetiva lavar dinheiro, recomenda a abertura de uma conta internacional em um paraíso fiscal, já que o banco em questão oferta aos clientes *premium* os meios necessários para a abertura de uma conta no exterior. Pergunta-se: será que a conduta desse diretor é insignificante? Afinal, ele apenas facilita o resultado típico, que provavelmente ocorreria independentemente do banco escolhido. A resposta ne-

17. ROGAT, Stefan. *Die Zurechnung bei der Beihilfe – Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997. p. 97.

18. Idem, p. 103.

19. Idem, ibidem.

20. Idem, ibidem.

gativa parece ser mais do que evidente. O contrário seria assumir a análise dos cursos causais hipotéticos na configuração da tipicidade objetiva da conduta.

O princípio da confiança pode servir como um meio a mais na tentativa de se tentar resolver o conflito penal criado pela prática de ações neutras. Não mais do que isso. Trata-se de um dos critérios de determinação do risco permitido. Esse princípio foi inicialmente desenvolvido para resolver problemas decorrentes de acidentes de trânsito. Para Roxin, no princípio da confiança reside o núcleo correto da antiga teoria da proibição de regresso.[21] Destina-se aos casos em que há a prática, por outrem, de delitos dolosos. Os perigos inevitáveis de certas ocorrências delitivas são assumidos ou suportados em atenção às vantagens individuais e sociais.[22] Do contrário, ter-se-ia de renunciar às oportunidades da vida moderna como forma de evitar que outros cometessem delitos.[23] Observe, contudo, que o princípio da confiança não se aplica quando a conduta fomentar uma inclinação ou propensão perceptível ao fato delitivo do autor em potencial.[24] Para Roxin, o critério do fomento ou favorecimento da perceptível inclinação ao fato delitivo é mais adequado à delimitação do risco permitido.[25]

Pode-se, dessa forma, entender o princípio da confiança como um critério que se vale de uma presunção relativa no tocante à determinação do risco permitido. Essa permissão consente na prática de determinada conduta, mesmo que existam riscos remotos de que tal atuação lícita termine inserida por terceiros num curso causal delitivo. Ou seja, a hipótese de riscos remotos muito se diferencia das em que o agente neutro sabe, *ab initio*, que sua conduta será mediata ou imediatamente utilizada por outrem como parte de seu plano delitivo. A perceptível inclinação ao fato delitivo é um fator que afasta o princípio da confiança. Em outras palavras, esse princípio não tem aptidão para resolver os problemas de ações neutras, posto que seu campo de atuação é limitado.

A proibição de regresso, tal como formulada por Frank,[26] não é, na atualidade, adotada pela ampla maioria dos doutrinadores. A proibição de regresso foi originariamente desenvolvida com o intuito de permitir a interrupção do nexo de causalidade entre a conduta culposa de uma pessoa e o resultado provocado dolosamente por um terceiro. Roxin expõe que a teoria original da proibição do regresso interrompia o nexo causal com a prática de fato doloso alheio e, também, procurava vedar o retorno

21. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. t. I, p. 1006.
22. Idem, ibidem.
23. Idem, ibidem.
24. Idem, p. 1007.
25. Idem, ibidem.
26. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal*. Granada: Comares, 1999. p. 96.

às condições que temporalmente precederam o delito doloso. Excetua-se, contudo, a existência de regulações especiais sobre a indução e a cooperação.[27] A ideia central da clássica proibição de regresso consistia, seguindo a síntese de Muñoz Conde, na não imputação daquele que inicial e imprudentemente criou o risco da produção do resultado criminoso, uma vez que esse resultado se produziu por intermédio de uma ação posterior e dolosa de terceira pessoa.[28] Essa teoria visa a evitar a responsabilidade jurídico-penal *ad infinitum*.[29] Isso nas hipóteses em que se favorece o delito, antes mesmo de o autor do crime ter um plano delitivo e optar por realizá-lo, ou quando o terceiro favorece a prática de um delito sem que, ao menos, existam dados objetivos da situação concreta para que se levantem dúvidas acerca da resolução delitiva do agente principal.[30] Sem a existência de motivos objetivos concretos para o partícipe, a venda, alienação, transmissão de objetos e materiais de uso cotidiano e doméstico não serão penalmente relevantes, ainda que tais utensílios sejam aptos para matar, danificar, etc.[31] Feijóo Sánchez esclarece que não haverá indução, nem cooperação ou cumplicidade necessárias quando tão somente se cria uma situação na qual outra pessoa, de forma previsível, decide cometer um crime, mesmo que essa situação exerça uma força sugestiva ao cometimento do crime; diferente será quando a conduta do partícipe adquirir um grau de solidariedade com a futura conduta do autor.[32]

É perceptível a falta de capacidade de rendimento da proibição de regresso para resolver o problema das ações neutras. Esse critério não traz qualquer novidade para a solução da questão. O problema das ações neutras reside justamente no surgimento desse "grau de solidariedade" ou no conhecimento, pelo partícipe neutro, da inclinação perceptível do autor à prática do fato delituoso Ou seja, a proibição de regresso não avança justamente onde se inicia o campo das ações neutras.

3. TEORIAS DA PARTICIPAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE AÇÕES NEUTRAS

3.1 Teorias objetivas

3.1.1 Günther Jakobs

Jakobs trabalha as ações neutras no tipo objetivo dentro de seu sistema de Direito Penal destinado a assegurar a manutenção da configuração social e estatal por meio

27. ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos*... cit., p. 355.

28. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 6. ed. Valência: Tirant lo Blanch. 2004. p. 230.

29. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., p. 61.

30. Idem, ibidem.

31. Idem, ibidem.

32. Idem, p. 70-79.

da garantia das expectativas normativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social.[33] Em artigo sobre a acessoriedade e os pressupostos da organização em comum, Jakobs inicia sua análise fixando algumas premissas. A primeira é a de que somente haverá participação se a ação principal for culpável, ou seja, se manifestar um sentido jurídico penalmente relevante.[34] A segunda premissa trata da necessidade de se observar que a mera existência de participação em um estado prévio à realização do tipo não leva à sua reprovação.[35] Como última premissa, destaca que haverá participação quando autor e partícipe produzirem um comportamento que objetivamente seja comum, isto é, quando o partícipe quebrar o papel de cidadão.[36] Para Jakobs, um partícipe em estado prévio não será penalmente responsabilizado por coproduzir o fato de outra pessoa, mas, sim, porque o fato produzido é também seu próprio fato.[37] Por esse conceito, a acessoriedade da participação passa a significar que a participação e a execução são inseparáveis, posto que o cooperador, indutor ou o coautor que não executam somente serão puníveis quando o fato principal o for.[38] Jakobs define tal situação pelo conceito "estar implicado em algo".[39]

A base da responsabilidade do partícipe, que atua previamente, encontra um fundamento objetivo. Esse estará presente quando o partícipe desenhar de maneira especial uma organização em um estado anterior, de modo a se encaixar no contexto delitivo, formando um sentido objetivo do comportamento.[40] Isso significa que a organização de tal situação e sua realização estão objetivamente juntas e, por definição, são desenhadas com esse fim, por exemplo, dar orientações para que alguém adentre em um banco e não seja visto pelo segurança que lá trabalha, o que difere radicalmente da mera explicação sobre o funcionamento de um cadeado.[41] Jakobs conclui que uma organização do estado prévio não apenas se amolda à realização delitiva quando é especialmente dirigida a um caso particular, mas também quando tal organização possui um estigma de contexto delitivo.[42] O sentido objetivo do comportamento não

33. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 44.
34. JAKOBS, Günther. *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*. GA, 1996. p. 253.
35. Idem, ibidem.
36. Idem, ibidem.
37. Idem, p. 259.
38. Idem, p. 259-260.
39. "*Sich-an-etwas-Beteiligung*": JAKOBS, Günther. Idem, p. 260.
40. Idem, p. 263.
41. Idem, ibidem.
42. Idem, p. 264.

só depende do comportamento em si, mas também do contexto em que se realiza.[43] Em um contexto claramente delitivo, haverá reflexos no comportamento estereótipo-socialmente adequado.[44] Por exemplo: a venda de uma pá, por um vendedor de ferragens, a um dos contendores de uma violenta briga que ocorre em frente à sua loja.[45] Para Jakobs, o vínculo constitui-se normativamente mediante o desenho da expectativa dirigida aos implicados.[46] A proibição de regresso constitui o inverso da imputação.[47] Esse conceito de participação goza de autonomia frente ao dolo e a culpa. A causação fora de um contexto delitivo não é mais do que a criação de uma situação em que o outro cometerá um delito.[48] O comportamento prévio e anterior ao início da execução do crime não é razão suficiente para demandar qualquer espécie de responsabilidade, salvo quando haja uma posição de garantia frente ao bem implicado.[49] Isso significa um atuar sem responder pela mera causalidade. Em outros termos, não se imputa pelo simples fato de o participante conhecer a marcha causal.[50] Não se pode produzir, mediante uma pura arbitrariedade, um vínculo comum, porque não haverá significado geral comunicativo algum entre os atuantes.[51] Se um autor conduz arbitrariamente o comportamento estereótipo-socialmente adequado de outro à criminalidade, isso não fundamenta um vínculo em comum, ainda que o outro queira, reconheça ou possa reconhecer.[52] Por exemplo: um grupo de terroristas entende a instauração de processos criminais contra seus membros como motivação suficiente para assassinar o ministro da justiça.[53] Nessa hipótese, a morte do ministro será e tão somente obra dos terroristas e não uma obra dos juízes[54] que conduzem o processo.[55] É nessa linha que deve ser entendida a proibição de se recorrer ao comportamento de um terceiro como solução de um conflito social.[56] A proibição de regresso não anula

43. Idem, ibidem.
44. Idem, ibidem.
45. Idem, ibidem.
46. Idem, p. 264-265.
47. Idem, ibidem.
48. Idem, p. 266.
49. Idem, p. 262.
50. Idem, p. 266.
51. Idem, p. 260.
52. Idem, ibidem.
53. Idem, ibidem.
54. A palavra é utilizada no plural por Jakobs, uma vez que os órgãos judiciais alemães são colegiados, inclusive na primeira instância.
55. JAKOBS, Günther. *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation* cit., p. 260.
56. Idem, p. 260-261.

as obrigações existentes, mas explica o porquê de um comportamento isolado e atual *de per si* não ser suficiente para fundamentar uma responsabilidade penal.[57]

3.1.2 Löwe-Krahl

Löwe-Krahl problematiza a participação neutra no âmbito do crime de sonegação fiscal cometido por meio de transações financeiras e defende cinco critérios para averiguação da responsabilidade dos funcionários de instituições financeiras por operações ilegais de seus clientes. Como primeiro critério, argumenta que a observância de regras e regulamentos no exercício profissional não poderá ter nenhuma influência direta e imediata na punibilidade dos bancários.[58] Pelo segundo, os funcionários das casas bancárias não seriam puníveis quando atuassem dentro de seus limites profissionais e houvesse a possibilidade de o cliente obter, em outro lugar, sem levantar suspeitas quanto à ilicitude da conduta principal, uma contribuição equiparável à auferida concretamente.[59] Já pelo terceiro, o bancário será passível de punição, caso adapte, reconhecida e visivelmente, sua conduta ao fato criminoso do cliente.[60] No que se refere ao quarto critério, o funcionário da instituição financeira será igualmente punível, caso possua o monopólio da conduta contributiva necessária ao cliente na consecução de seu crime.[61] Por fim, o bancário será sempre punível quando ocupar, conforme as regras dos crimes omissivos impróprios, uma posição de garantia diante do bem jurídico em perigo.[62] Löwe-Krahl observa que comportamentos socialmente adequados não são puníveis e que não basta, para a afirmação da punibilidade, que os fatos se subsumam formalmente ao conceito do tipo penal.[63] No cerne da construção teórica de Löwe-Krahl está o princípio da proporcionalidade. Para determinar o comportamento punível, torna-se necessário verificar se a proibição de determinada conduta se apresenta como meio apropriado, necessário e módico/conveniente para a conservação do bem jurídico em perigo.[64]

Ao analisar os critérios da necessidade e modicidade, Löwe-Krahl afirma que é muito duvidosa a melhora da proteção ao bem jurídico quando, por exemplo, se ameaça punir o diretor de uma filial bancária que permitiu a realização de deter-

57. Idem, p. 263.

58. LÖWE-KRAHL, Oliver. *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*. Stuttgart-Munique-Hannover: Richard Boorberg, 1990. p. 48.

59. Idem, ibidem.

60. Idem, ibidem.

61. Idem, ibidem.

62. Idem, ibidem.

63. Idem, p. 38-39.

64. Idem, p. 40.

minado depósito, quando seu conhecimento acerca da origem ilícita do dinheiro foi obra do acaso.[65] Na hipótese, seria extremamente fácil que o cliente encontrasse idêntica possibilidade de realizar essa mesma operação em muitos outros lugares, se porventura o agente bancário se opusesse a realizar o depósito.[66] O sonegador apenas precisaria depositar o dinheiro em outro banco ou, até mesmo, realizar a operação com outro empregado da mesma instituição.[67] Löwe-Krahl argumenta que a conduta-participativa não está relacionada apenas à liberdade geral, mas, principalmente, ao princípio constitucional da liberdade de exercício profissional e, também, que, como a contribuição do assistente passa muito distante do futuro fato criminoso e o agente pode obter a prestação em muitos outros lugares, essa contribuição deve ser tida como substancialmente não perigosa para o bem jurídico.[68] Percebe-se, portanto, que Löwe-Krahl leva em consideração cursos causais hipotéticos para descaracterizar o critério da necessidade e, por consequência, excluir a punibilidade. Em contrapartida, entende ser reprovável o comportamento nos casos em que o auxílio do funcionário só puder ser obtido em outros lugares mantendo seu cunho delitivo.[69] O comando normativo preceitua que não se auxilie a prática de sonegação fiscal por meio de ações, ainda que objetivamente sejam apenas parte do fato criminoso alheio.[70] Löwe-Krahl defende a reprovação de condutas adaptadas, monopolísticas ou que sejam praticadas por quem tem posição de garantidor. Em seu entender, a proibição de tais ações, objetivamente, mostra-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para melhorar a situação do bem jurídico tutelado.

Em um segundo estudo, Löwe-Krahl complementa seu pensamento e passa a afirmar a responsabilidade penal sempre que haja instigação ao cliente e fornecimento de conselhos técnicos.[71] Defende a reprovação do fornecimento de instruções de procedimentos bancários que facilitem o cometimento de sonegação fiscal.[72] Como, também, entende serem puníveis os funcionários de instituições financeiras, quando a organização bancária estiver à disposição dos clientes para proporcionar transferências anônimas de dinheiro sujo.[73] Nesse caso, a conduta

65. Idem, ibidem.
66. Idem, ibidem.
67. Idem, p. 41.
68. Idem, ibidem.
69. Idem, p. 43.
70. Idem, p. 44.
71. LÖWE-KRAHL Oliver. *Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen*. Wistra. Caderno 6, 1995. p. 206.
72. Idem, p. 203.
73. Idem, p. 206.

acessória terá que ser interpretada delitivamente, já que se trata de uma instituição vinculada a finalidades ilícitas.[74] Por fim, argumenta que a razão de não serem puníveis as ações profissionalmente típicas não reside na neutralidade dessa forma de participação ou na observância das normas profissionais, mas nos cursos causais hipotéticos incidentes que impedem a imputação objetiva dos resultados tipicamente moderados ao comportamento praticado.[75] O fornecimento de contribuições de auxílio, que se encontram longe da própria ação típica do autor e que estão à disposição em todos os lugares, não cria um risco não permitido, o que difere radicalmente de uma contribuição profissional que não esteja à disposição geral.[76]

3.1.3 Winfried Hassemer

Hassemer também analisa as ações neutras a partir da relação entre atividades bancárias e o crime de sonegação fiscal. Expõe que, para a configuração de uma cumplicidade, é necessário que se construa uma participação punível para os bancários, o que, contudo, somente teria consistência e plausibilidade dogmática, caso os bancários fossem transformados em auxiliares dos órgãos estatais de prevenção e investigação criminal.[77] Apesar de ser uma ideia equivocada, ela vem sendo empregada nos casos concretos.[78] Para Hassemer, neutras são ações que preenchem os pressupostos tradicionais do injusto da cumplicidade, mas que, ao final, não constituem nenhum injusto objetivo de cumplicidade.[79] São prestações de auxílio que têm como referência um observador externo e não têm tendência objetiva alguma de injusto.[80] A cotidianeidade e o sentido de normalidade são imanentes às ações neutras e não precisam de maiores explicações.[81] Elas são sociais e, no campo do injusto penal, bastam por si mesmas.[82] O limite para a criminalidade só será ultrapassado no momento em que a ação não for mais objetivamente neutra, mas parte de um contexto criminal.[83] Quer-se, por meio de todas as concepções para a neutralidade do comportamento, obter a localização da linha divisória entre o Di-

74. Idem, ibidem.
75. Idem, p. 205.
76. Idem, ibidem.
77. HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*. Parte I. Wistra. Caderno 2, 1995. p. 42.
78. Idem, ibidem.
79. Idem, ibidem.
80. Idem, ibidem.
81. Idem, ibidem.
82. Idem, ibidem.
83. Idem, ibidem.

reito Penal e o cotidiano, ou seja, o limite entre as normas sociais e as penais.[84] Para Hassemer, a solução almejada poderia ser alcançada a partir de uma conceituação mais clara, sistemática e precisa dos limites da adequação social. Nesse sentido, seria necessário segmentar a adequação social conforme as normas de grupos individualizados, dando origem à adequação regional.[85] A adequação regional deve atender a alguns requisitos: o atuar precisa estar contido em um campo de ação socialmente pré-estruturado e essa pré-estruturação não será apenas de natureza fática, mas conterá também componentes normativos, de modo que uma ação profissionalmente adequada não será jamais simultaneamente proibida no Direito Penal e vice-versa.[86] Enquanto a esfera procedimental da licença profissional não for abandonada, estará excluída a existência de eventual punibilidade no âmbito do tipo penal.[87] Assim, há de se averiguar se as ações profissionais estão contidas em um âmbito normativamente pré-estruturado e como elas se combinam às normas penais.[88] A adequação profissional tem dois elementos: a profissionalidade, que demanda a pesquisa das estruturas, técnicas e normas, e a adequação propriamente dita.[89] A averiguação das estruturas diz respeito às pré-estruturas. Em detalhes, é necessário apenas ser demonstrado que a apreciação criminal de tais ações defronta-se com uma pré-estrutura, que é apropriada, por exemplo, as ações tipicamente bancárias podem ser caracterizadas como um conjunto pré-estruturado.[90] Por fim, Hassemer observa que, excepcionalmente, mesmo que se configure o profissionalmente adequado, em determinados casos concretos, pode ser refutada a concordância entre normas profissionais e penais.[91] Em casos específicos, as atuações profissionais podem denotar indícios teórico-interpretativos de que a harmonia entre as regulações regionais e criminais foram transgredidas e que, desse modo, a prática profissional acabou por perder a bênção do Direito Penal.[92] A identificação desses indícios no âmbito profissional aponta a presença de elementos indicativos do abandono da esfera profissional na atuação efetivamente realizada; por exemplo, a adaptação da prestação ofertada que, para o âmbito da profissão, seja algo novo e estranho e, simultaneamente, sirva como suporte à consecução criminal.[93] Ainda

84. Idem, p. 44.
85. Idem, p. 81-82.
86. Idem, p. 82- 83.
87. Idem, p. 83.
88. Idem, p. 84.
89. Idem, p. 84-85.
90. Idem, p. 84.
91. Idem, p. 86.
92. Idem, ibidem.
93. Idem, ibidem.

que não mencione o instituto do abuso de direito, é perceptível que a proposta de Hassemer busca construir os limites do direito ao exercício das ações profissionais e, por consequência, delimitar o que é direito e o que é seu abuso.

3.1.4 Klaus Lüderssen

Lüderssen analisa a participação criminal por meio de ações neutras tomando por base uma variedade de casos e situações. Quanto à punibilidade dos funcionários de instituições financeiras pela ocorrência de crimes de sonegação fiscal cometidos por seus clientes, Lüderssen recorda que o cliente que não deseja realizar a declaração do imposto de renda não necessita de ajuda alguma da instituição financeira.[94] Eventualmente, o cliente pode até precisar de auxílio para obter sucesso na prática da sonegação fiscal, como a não comunicação de operações financeiras aos órgãos da Fazenda Pública.[95] Algumas vezes, os procedimentos bancários praticados podem conter um sentido delitivo, hipótese em que o problema dirá respeito à prática dos crimes de favorecimento pessoal e/ou real.[96] No entanto, as operações bancárias que estejam em harmonia com o respectivo ordenamento jurídico estão excluídas dos tipos penais de favorecimentos pessoal e real, uma vez que a norma não exige que se isole ou boicote socialmente o agente responsável pelo fato penal.[97] Em casos isolados, até será possível vislumbrar uma infração aos limites do permitido, de modo a que se cogite a reprovação de procedimentos bancários que tenham como único sentido a elevação do risco de um futuro crime de evasão fiscal.[98] Lüderssen, contudo, exclui, nessa hipótese, a aplicação dos tipos penais do favorecimento pessoal e real, com argumentos não muito claros e, por vezes, confusos, como, por exemplo, ao afirmar que a presença do sentido delitivo é tipicamente um problema do terreno da participação e não da autoria.[99]

Lüderssen questiona, também, se são condutas omissivas ou comissivas os procedimentos bancários que levam o anonimato a operações financeiras seguidas de uma sonegação fiscal e que estão compreendidos no conceito de contribuição à frustração da persecução penal.[100] Entende tratar-se de condutas omissivas.[101] A seu ver, a relevância estaria na não realização, pela instituição finan-

94. LÜDERSSEN, Klaus. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*. In: Samson et al. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 329.
95. Idem, ibidem.
96. Idem, p. 330.
97. Idem, p. 332.
98. Idem, p. 332-333.
99. Idem, p. 333.
100. Idem, ibidem.
101. Idem, ibidem.

ceira, do registro do cliente que depositou ou remeteu certa quantia utilizada no cometimento da evasão fiscal, ou seja, haveria a omissão de um fazer positivo.[102] Lüderssen recorre à teoria do centro de gravidade para chegar a essa conclusão.[103] A prática de determinada conduta só levará à imposição de pena se existir uma obrigação jurídica de impedir o resultado ocorrido pela conduta do autor.[104] No caso, o não registro das operações de pagamento só se enquadrará como cumplicidade punível se existir um dever bancário nesse sentido.[105] Pela lei alemã de lavagem de dinheiro, o registro das operações dependerá da quantia transacionada pelo cliente.[106]

Contudo, para Lüderssen, não basta a existência de um dever genérico, esse deve ser específico, em outras palavras, não obstante a existência dessa obrigação geral, a intenção da lei de lavagem de dinheiro é outra, de modo que não se pode extrair nenhuma consequência no sentido de que exista uma obrigação jurídica de evitar a ocorrência do crime de evasão fiscal.[107] Essa concepção, segundo Lüderssen, seria igualmente compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal[108] alemão, sendo que, quanto ao impedimento da ocorrência de evasão fiscal, ainda prevalece o princípio da veracidade formal das contas.[109] Assim, conclui que os funcionários de instituições financeiras não têm qualquer obrigação legal de impedir o cometimento de fraudes fiscais, de forma que não possuem responsabilidade penal como omitentes impróprios.[110] Acrescenta que, caso se trabalhe a questão a partir da estrutura típica dos crimes comissivos, o vasto emprego do termo "adequação social" deve tornar útil o juízo das questões ponderativas levantadas pela moderna circulação econômica.[111] O cerne de seu pensamento reside na ideia de que o resultado delitivo provém de uma série de processos econômico-sociais, que têm importância para o juízo de ponderação sobre a proibição ou não da conduta.[112] Lüderssen dá maior peso ao direito fundamental da circulação de capital entre os países da União Europeia do que ao direito fiscal de um único país associado e argumenta que não se pode contar *a priori* com a má-fé dos clientes frente ao Fisco, de modo que não

102. Idem, p. 334.
103. Idem, p. 333.
104. Idem, p. 334.
105. Idem, ibidem.
106. Idem, ibidem.
107. Idem, p. 334-335.
108. *Bundesgerichtshof.*
109. LÜDERSSEN, Klaus. *Strafvereitelung und objektive Zurechnung* cit., p. 335.
110. Idem, p. 336-337.
111. Idem, p. 339.
112. Idem, p. 350.

haveria o que se aventar acerca da punibilidade dos partícipes neutros.[113] Conclui que apenas quando houver a presença de condições adicionais é que se deverá analisar eventual tipicidade da conduta, desse modo, quando a evasão fiscal eventualmente facilitada por um agir positivo não integrar o âmbito do risco proibido, poder-se-á no máximo pensar em punir a pessoa pelo crime de favorecimento, mas não a título de participação no crime de evasão.[114]

3.2 Teorias subjetivas

3.2.1 Harro Otto

Otto argumenta que a fundamentação da especial liberdade de ação, em situações profissionais determinadas, como a defesa criminal, faz com que, justamente, se oculte o problema fundamental, que é destinação do risco penal da prática de condutas profissionais e regulares.[115] Entende que o participante que não conhece e o que não se propõe a fomentar o injusto alheio, ainda que atue com dolo eventual, não preenche o tipo penal de uma cumplicidade penal punível quando seu atuar se der por meio de ações profissional e/ou especificamente adequadas.[116] A não punibilidade do dolo eventual é a sua principal e mais importante conclusão. Outra reflexão interessante de Otto é no sentido de que modos de comportamentos cotidianos e profissionais, que concebam o aumento de relações sociais com o autor do fato, não representam favorecimento pessoal e, consequentemente, formas prévias de favorecimento pessoal não puníveis.[117]

Para Otto, trata-se de um problema de difícil solução a relação entre o crime de lavagem de dinheiro e o recebimento de honorários advocatícios e defende que o problema em questão não é uma restrição ao direito de defesa, mas ao direito de escolha do patrono.[118] Apesar de entender que o mais correto seria a não punibilidade do defensor que tenha conhecimento certo da origem ilícita de seus honorários, afirma que essa foi uma escolha do legislador, em desfavor da relação de confiança entre o advogado e o defendido.[119] Não obstante, Otto propõe que seja realizada uma correção legislativa no § 261 do Código Penal alemão, a fim de que se possa

113. Idem, p. 344.

114. Idem, ibidem.

115. OTTO, Harro. *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*. JZ, 9, 2001. p. 436.

116. OTTO, Harro. *Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe*. In: Eser et al. *Festschrift für Lenckner*. Munique: Beck, 1998. p. 225.

117. Idem, ibidem.

118. Idem, p. 441.

119. Idem, ibidem.

limitar a responsabilidade penal do patrono que saiba da origem ilícita de seus honorários.[120] O emprego desse corretivo pode restringir a punibilidade de outros comportamentos regulares e profissionais que sejam bastante próprios.[121]

No que toca às operações financeiras, o pensamento de Otto é no sentido de que não se pode atribuir às transações tipicamente profissionais e regulares o risco de serem reprovadas criminalmente.[122] Essas atuações já trazem dentro de si o reconhecido perigo de sua utilização delitiva por um terceiro.[123] Esse emprego criminoso pode não ser positivamente conhecido por aquele que atua, mesmo quando a situação de perigo é reconhecida pelo legislador, que não proíbe e nem regulamenta a prática de tais ações.[124] Por outro lado, quando o legislador permite a realização de determinadas atuações profissionais e regulares, de modo algum, impede a incriminação dessas práticas.[125] Haverá incriminação quando o partícipe puder perceber a existência de indícios visíveis da utilização da prestação, pelo terceiro, para fins delituosos.[126] Nessa hipótese, Otto reconhece haver uma grave violação na liberdade de exercício profissional, mas aceita que o legislador possa estabelecer a punibilidade de uma conduta profissional ou regular, inclusive, a título de culpa, como o fez ao criar o tipo negligente de lavagem de dinheiro no Código Penal alemão.[127] Contudo, aqui, a punição não se dá por cumplicidade, mas, sim, a título de autoria em crime culposo.

No entanto, modos profissionais e regulares de comportamento não ordenados pelo legislador são os problemas recorrentes. A reprovação da conduta de quem exerce uma dessas atividades está fundada no elemento subjetivo, que é a representação do perigo. De um modo geral, os atuantes não precisam restringir suas atividades apenas por pensarem que há risco de que terceiros deem emprego delitivo a suas condutas, já que estão amparados na garantia constitucional do livre exercício profissional.[128] Aqui, é o conhecimento positivo que assenta o limite de tal liberdade,[129] ou seja, havendo efetivo conhecimento, por parte do ajudante, da destinação criminosa de sua prestação, não se deverá prestá-la. Do contrário, estar-se-á no campo do ilícito. Otto conclui que a mera suspeita de que uma defraudação fiscal vá ser realizada pelo cliente do banco, ainda que consolidado o dolo eventual,

120. Idem, ibidem.
121. Idem, ibidem.
122. Idem, p. 443.
123. Idem, ibidem.
124. Idem, ibidem.
125. Idem, p. 444.
126. Idem, ibidem.
127. Idem, ibidem.
128. Idem, ibidem.
129. Idem, ibidem.

não fundamenta responsabilidade penal alguma para os bancários, mesmo com o fornecimento da prestimoniosa transação bancária.[130]

3.2.2 Schild Trappe

Schild Trappe defende uma ideia bastante peculiar em sua tese sobre as cumplicidades inofensivas. Para Roxin, a inovação do pensamento de Trappe é seu grande mérito e afirma criticamente que, na tese em questão, a criação de novas ideias vale mais do que o que foi propriamente criado.[131] Trappe defende que, para configuração da cumplicidade, serão necessárias, apenas, a mera adesão e a manifestação de solidariedade, mesmo quando não se tenha influenciado na decisão da realização criminosa já concebida em sua estabilidade e intensidade.[132] A cumplicidade secreta não seria punível. O ponto central de seu pensamento reside no desvalor da externalização do sentimento de solidariedade para com a prática do ato delitivo do autor do fato.[133] Nessa concepção, portanto, é requisito da cumplicidade punível que o ajudante tenha se solidarizado com o autor do fato quanto ao cometimento de um fato principal já acordado.[134] Trappe é tão ortodoxa em seu pensamento que chega a asseverar que o agente do fato tem que reconhecer e aceitar a ajuda do cúmplice.[135] Essa é a forma como Trappe resolve o problema de toda participação criminal, inclusive, o das ações neutras.[136] Roxin contesta fortemente as construções de Trappe, afirmando que a autora desloca, de modo duvidoso, a substância do comportamento punível da lesão do bem jurídico para a mera expressão do pensamento.[137]

3.3 Teorias mistas

3.3.1 Knut Amelung

Amelung trata da participação por meio de ações neutras em três níveis de análise: tipo objetivo, tipo subjetivo e causas de justificação. Para Amelung, o tratamento dos

130. Idem, p. 221.

131. ROXIN, Claus. *Grace Marie Luise Schild Trappe: Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*. JZ, 1996. p. 30.

132. TRAPPE, Grace Marie Luise Schild. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*. Berna: Stämpfli + Cie AG, 1995. p. 98.

133. Idem, p. 97.

134. Idem, p. 181.

135. Idem, ibidem.

136. Idem, p. 191.

137. ROXIN, Claus. *Grace Marie Luise Schild Trappe*... cit., p. 29.

comportamentos que fomentam dolosamente fatos penais de terceiros tem seu ponto de partida na norma do parágrafo 27 do Código Penal alemão,[138] que inclui os comportamentos cotidianos dentro do seu âmbito de alcance.[139] No âmbito do tipo objetivo, Amelung trabalha com o que ele chama de prestações de importância existencial e tenta, assim, obter uma abertura conceitual na interpretação da citada norma.[140] Enuncia que há um pequeno grupo de ações que não são necessariamente impuníveis, mas que o são caracteristicamente, como, por exemplo, as prestações de importância existencial, isto é, ações relacionadas à sobrevivência de todos os seres humanos.[141]

Amelung extrai do Direito Penal Tributário um segundo grupo de contribuições para o fato penal de terceiro igualmente trabalhado no tipo objetivo, que, também, é, de regra, impunível.[142] Explica que aquele que concorre na formação de um fato gerador tributário não comete auxílio algum para uma evasão fiscal, mesmo quando saiba que o crédito tributário em questão não será pago.[143] Não é prejudicial ao Estado, mas lhe é útil, que se crie o bem jurídico tutelado – crédito tributário –, apenas, a norma penal busca protegê-lo.[144] Diversamente ocorre quando o ajudante coopera para a obtenção exclusiva de um ganho privado ilícito por meio da sonegação de tributos.[145] Nesse caso, o cúmplice, ainda que contribua na formação do fato gerador tributário, atua para a ocorrência da sonegação.[146]

No que concerne ao tipo subjetivo, lembra Amelung que o parágrafo 27 do Código Penal alemão exige dolo e que o dolo eventual é bastante para o preenchimento típico subjetivo da norma.[147] Contudo, a problemática reside no fato de se querer afastar a incidência dessa norma para os cúmplices que fomentam dolosamente o fato penal alheio por meio de ações cotidianas.[148] Entende que a restrição só seria possível quando houvesse interesses contrapostos que legitimassem uma limitação do âmbito

138. § 27 do Código Penal alemão. Como cúmplice se castigará aquele que haja prestado dolosamente ajuda a outro para a comissão de um fato doloso típico e antijurídico.

139. AMELUNG, Knut. *Die „Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*. In: Samson et al. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 20.

140. "*Existenzwichtige Leistungen*".

141. AMELUNG, Knut. *Die „Neutralisierung" geschäftsmäßiger*... cit., p. 21.

142. Idem, p. 22.

143. Idem, ibidem.

144. Idem, ibidem.

145. Idem, ibidem.

146. Idem, ibidem.

147. Idem, ibidem.

148. Idem, ibidem.

de incidência da norma.[149] Nesses casos, o critério do risco permitido torna-se um instrumento capaz de restringir a punibilidade do cúmplice que fornece prestações negociais; essas são condutas que contêm, dentro de si, o risco de serem usadas, por seus beneficiários, para fins criminosos.[150] Amelung conclui que o parágrafo 27 do Código Penal alemão não abrange a aceitação do cúmplice, já que se trata da assunção do risco geral da vida em sociedade de que a prestação negocial venha a fomentar fato penal alheio.[151] Pondera, todavia, que nem toda forma de dolo eventual será excluída do âmbito de aplicação do parágrafo 27 do Código Penal alemão. A permissão do risco refere-se a formas de dolo eventual inseridas nos riscos gerais da vida.[152] Não abrange as atuações negociais quando existam fundamentos concretos dando certeza de que o comportamento neutro de auxílio fomentará fato penal alheio, ou seja, nessa hipótese, não haverá isenção da punibilidade daquele que se demonstra indiferente à ocorrência do crime.[153] O objetivo da proibição da cumplicidade é impedir o estabelecimento de riscos não permitidos, contudo, Amelung reconhece que o dolo poderá ser modelado conforme as diferentes modalidades de cumplicidade.[154]

As considerações do terceiro nível de análise tratam da tomada das atuações profissionais fomentadoras de fatos penais alheios como causas de justificação. Para Amelung, a questão não é afirmar que, em princípio, exista uma liberdade para fornecer contribuições neutras a fatos criminosos de terceiros, mas, simplesmente, excluir a proibição da norma da cumplicidade. Ressalta, contudo, que não haverá justificação da conduta acessória neutra quando houver um perigo correspondente aos crimes descritos nos parágrafos 138[155] e 323c[156] do Código Penal alemão.[157] Valer-se de causas limitadas de justificação teria a vantagem de confrontar com a regra, a exceção e a contradição da exceção, obrigando, assim, a deixar em aberto os interesses tomados em consideração e suas respectivas avaliações.[158] Amelung pondera que, da mesma forma, como ocorre com todas outras normas permissivas, deverão ser observados os regramentos que proíbem o abuso de direito, para tanto, deve utilizar-se como base as normas previstas nos crimes dos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão.[159]

---

149. Idem, ibidem.
150. Idem, ibidem.
151. Idem, p. 29.
152. Idem, ibidem.
153. Idem, ibidem.
154. Idem, p. 26.
155. Crime de omissão de comunicação de crimes planejados.
156. Crime de omissão do dever de prestar ajuda .
157. AMELUNG, Knut. *Die „Neutralisierung" geschäftsmäßiger...* cit., p. 28 e 30.
158. Idem, p. 29.
159. Idem, p. 29-30.

3.3.2 *Wolfgang Frisch*

Se o autor do fato é autoresponsável, como fundamentar convincentemente uma imposição de pena ao partícipe?![160] Esse é o problema que inaugura a análise de Frisch. Afirma que a dificuldade de se encontrar uma fundamentação para os casos das assim chamadas ações neutras é especialmente absurda se comparada a da participação tradicional.[161] Quanto mais cotidiana for a ação e quanto mais sua utilização estiver relacionada à autorresponsabilidade do autor, mais difícil será para fundamentar, de modo convincente, a punição do partícipe.[162] Frisch trata das ações neutras dentro de sua teoria geral do comportamento típico, razão pela qual afirma que um comportamento somente será típico se a proibição penal for idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos.[163] Há dois critérios considerados suficientes e aptos para fundamentar a punição de uma participação criminal praticada por meio de ações neutras: sentido delitivo e violação de uma norma de solidariedade.[164] Esses critérios são alternativos e não cumulativos, sendo o segundo subsidiário do primeiro. Se uma ação for dotada de sentido delitivo, não será preciso verificar a violação de uma norma de solidariedade, uma vez que já existirá fundamentação suficiente para se reprovar a ação.

O sentido delitivo está presente nas condutas fomentadoras de tipos penais alheios, que não tenham outra acepção que não seja a do fomento (contribuição ao fato penal do autor) e que só se deixe explicar por essa promoção.[165] Em outras palavras, modos de comportamento com sentido delitivo são as ações de cumplicidade que, indubitavelmente, só servem à promoção da conduta do autor do delito.[166] São ações que, pela situação, modo, maneira como ocorrem, se pautam por um acordo ou ajuste entre autor e cúmplice.[167] Ou ainda, são ações fundadas em comunicação pretérita com o autor, isto é, ações de um cúmplice consciente a respeito das intenções do autor.[168]

Entretanto, o sentido delitivo é apenas mais um critério de fundamentação da reprovabilidade de comportamentos facilitadores. Ele não esgota as possibilidades

---

160. FRISCH, Wolfgang. *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*. In: Prittwitz et al. *Festschrift für Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 540.
161. Idem, ibidem.
162. Idem, ibidem.
163. Idem, p. 542-543.
164. Idem, p. 544 e 549.
165. Idem, p. 545.
166. Idem, ibidem.
167. Idem, ibidem.
168. Idem, ibidem.

de se qualificar como reprovado um comportamento criador de risco.[169] Há também a possibilidade se reprovar um comportamento sem o sentido delitivo, quando esse, além de possibilitar ou facilitar a prática do injusto penal alheio, for incompatível com obrigações, deveres ou limitações jurídicas que tratem de interesses concernentes aos bens juridicamente tutelados.[170] Como uma das espécies de obrigações capazes de preencher esses requisitos, há as que levam alguém à condição de garantidor. Isso significa que quem deve evitar que o perigo e o resultado ocorram, não pode contribuir ativamente para que eles se produzam.[171] Outra espécie de dever apontada por Frisch são as obrigações ou deveres de solidariedade, exemplificados pelos delitos previstos nos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão, respectivamente, omissão de comunicação de crimes planejados e omissão de socorro.[172] Frisch argumenta que, se pessoas sem relações especiais, sob certos pressupostos, estão obrigadas a impedir um certo e iminente curso criminal, com muito mais razão, uma conduta acessória será reprovável quando, nessas mesmas circunstâncias, aumentar o risco do resultado, facilitando a realização, pelo terceiro, do fato atentatório ao bem jurídico tutelado.[173] A norma ou princípio do estado de necessidade transforma-se em ponte entre a conduta que desatende a norma de solidariedade e o juízo de desaprovação do risco.[174] As pessoas devem suportar limitações na sua liberdade de ação, quando tais limitações pareçam ser o meio necessário e apropriado a impedir a ocorrência de lesões ou prejuízos aos bens jurídicos alheios.[175]

3.3.3 Claus Roxin

Inicialmente, Roxin pontua que a cumplicidade é um incremento causal do risco juridicamente desaprovado para o resultado típico e que, nos delitos comissivos, a cumplicidade é causa do resultado.[176] Enfatiza, contudo, que a cumplicidade não é, necessariamente, uma *conditio sine qua non* do resultado, no sentido de que esse não se teria produzido sem aquela, mas, da causalidade, pois basta que a contribuição tenha influído no resultado em sua forma concreta.[177] É suficiente que, sem o cúmplice, a forma da realização delitiva tivesse sido outra.[178]

---

169. Idem, p. 548-549.
170. Idem, p. 547.
171. Idem, ibidem.
172. Idem, p. 549.
173. Idem, ibidem.
174. Idem, p. 550.
175. Idem, p. 551.
176. ROXIN, Claus. *Was ist Beihilfe?*. Festschrift für Miyazawa. Kühne (org.). Baden-Baden: Nomos, 1995. p. 501.
177. Idem, ibidem.
178. Idem, ibidem.

Ao lado da cumplicidade física, há a cumplicidade psíquica, nos casos em que o cúmplice contribui tão somente de modo espiritual, influindo na psique do autor.[179] Por exemplo, ao se explicar ao agente como abrir "artisticamente" uma caixa forte.[180] Já nas hipóteses em que ocorre um reforço da resolução executória do crime, configura-se a cumplicidade mediante uma simples influência na resolução do autor.[181] Isso não significa que não permaneça a necessidade de que a contribuição do cúmplice seja causal.[182] Roxin relembra que, para haver uma cumplicidade punível, não basta o simples solidarizar-se com o autor do fato, nem as demonstrações de aprovação ou simpatia, mas é necessário que haja uma resolução em direção ao fato, ou seja, é necessário motivar ou intensificar a decisão do autor.[183] Roxin alerta, todavia, que essas condutas, eventualmente, podem configurar o crime do parágrafo 140 do Código Penal alemão,[184] equivalente ao tipo penal de apologia de crime ou criminoso.

Roxin desenvolve o conceito de contribuição causal para o fato. Em sua visão, somente pode haver cumplicidade quando se eleve o risco para a vítima e a possibilidade de êxito para o autor.[185] Explica que apenas quem melhora dolosamente as oportunidades do autor e eleva o risco para a vítima empreende um ataque independente ao bem jurídico, tal como é necessário para qualquer participação criminal.[186] O emprego do incremento do risco na cumplicidade pode reconduzir-se ao fundamento penal da participação. Nesse sentido, o decisivo é que a contribuição eleve as oportunidades de comissão do fato e seja útil ao agente no momento da execução de seu plano delitivo.[187] Roxin faz observar que o princípio do incremento do risco só está corretamente empregado quando adicionado à causalidade e que é insignificante que uma circunstância causal, sob um juízo objetivo *ex ante,* eleve as possibilidades do resultado, e, *ex post,* resulte ser supérflua,[188] ou seja, descarta a análise de cursos causais hipotéticos na formulação de seu conceito de cumplicidade. Por outro lado, não é necessária uma relação psíquica entre o autor do fato e cúmplice para que haja cumplicidade punível.[189]

179. Idem, p. 505.
180. Idem, ibidem.
181. Idem, ibidem.
182. Idem, p. 506.
183. Idem, ibidem.
184. Idem, ibidem.
185. Idem, p. 509.
186. Idem, p. 509-510.
187. Idem, p. 510.
188. Idem, p. 510-511.
189. Idem, p. 511.

Roxin ressalva que não haverá cumplicidade punível em todos os casos de incremento causal doloso do risco,[190] vide as ações neutras. No entanto, o problema das ações neutras não poderia ser solucionado com a exclusão obrigatória da punibilidade.[191] Por essa razão, defende a necessidade de se diferenciar se a contribuição delitiva ocorreu amparada por um conhecimento seguro do plano delitivo do autor ou por uma mera representação da possibilidade de que o agente viesse a se utilizar de sua prestação para fins delitivos.[192] Desse modo, Roxin conclui que a cumplicidade será punível somente quando a contribuição tenha um inequívoco sentido delitivo, ou seja, quando o aporte à conduta do autor tenha, somente, sua razão de ser no delito planejado e o aportador tenha conhecimento desse dado.[193] Por esse motivo, que quem fornece matéria-prima para a indústria não poderia responder pelos crimes ambientais e nem pelas fraudes fiscais cometidas pelos empresários, pois a conduta tem sentido e utilidade para o empresário, independentemente do cometimento de crimes ambientais e tributários.[194] O cometimento de crimes ambientais e tributários está fora da relação entre o empresário e o fornecedor de matéria-prima.[195] Trata-se de um ponto fora da curva.

Roxin reafirma a impossibilidade de se considerar cursos causais hipotéticos na análise da cumplicidade, inclusive, neutra. Expõe que, para haver cumplicidade, não é, de forma alguma, necessário que o fato não tivesse ocorrido na falta da contribuição do cúmplice.[196] Veda qualquer perquirição acerca da fungibilidade da prestação. Roxin esclarece que não há ação cotidiana por si mesma e que o caráter de uma ação será determinado pela finalidade a que ela sirva, por exemplo: a instrução de manejo de arma de fogo será uma ação cotidiana e neutra se ocorrer durante a prática desportiva em um clube de tiro.[197] Roxin esclarece que, quando o aportador não sabe da resolução delitiva do autor, mas tão somente leva em consideração a possibilidade de um aproveitamento delitivo de sua contribuição, a ação de aporte está abarcada pela incidência do princípio da confiança, salvo quando houver uma reconhecível inclinação do autor do fato para o injusto.[198] Diante dessa visível inclinação, não é possível confiar que o outro não cometerá um delito doloso, razão pela qual não restará espaço para que se aplique o princípio da con-

190. Idem, p. 512.
191. Idem, p. 513.
192. Idem, ibidem.
193. Idem, ibidem.
194. Idem, ibidem.
195. Idem, ibidem.
196. Idem, ibidem, p. 514.
197. Idem, p. 515.
198. Idem, p. 516.

fiança.[199] Não basta, contudo, a existência de uma aparência suspeita fundada em impressões subjetivas.[200] Para que o princípio da confiança seja posto à margem e, assim, puna-se o cúmplice que atuou sem conhecimento certo de que sua prestação seria utilizada para fins não permitidos, é necessária a existência de elementos concretos que evidenciem o provável emprego delitivo da prestação.[201]

3.3.4 Jon-Mirena Landa Gorostiza

Landa Gorostiza investigou as ações neutras em tese dedicada ao concurso de professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do País Basco. Nessa tese, é defendida uma abordagem mista que toma por base diversos critérios. Sob o aspecto objetivo, Landa Gorostiza defende que se verifique, *ex ante*, "até que ponto a atuação" neutra do cúmplice "teria idoneidade para elevar as possibilidades de êxito de uma lesão" ou perigo de lesão de "determinado bem jurídico".[202] Em outras palavras, para Landa Gorostiza, é necessário perquirir se os comportamentos participativos geram um risco mínimo de configurar uma forma de favorecimento ao autor do fato.[203] O conteúdo dessa idoneidade ou desse risco mínimo deve ser verificado segundo o caso concreto, o que não permite ter qualquer resposta apriorística. No entanto, como o critério objetivo é insuficiente, Landa Gorostiza afirma que o "juízo de periculosidade do favorecimento" deve escorar-se sobre a base dos conhecimentos especiais, principalmente, o reconhecimento certo (dolo direto) ou eventual (dolo eventual) da "resolução delitiva alheia".[204] Ou seja, acaba conferindo importância aos conhecimentos especiais e graduando o dolo, de modo que, diante do dolo direto, por regra geral, vislumbra relevância típica na participação, e, em sentido contrário, irrelevância típica, caso se trate de dolo eventual.[205]

Por entender insuficientes, Landa Gorostiza maneja, também, critérios complementares, como, por exemplo, a proximidade da contribuição neutra à fase executiva do fato principal, além de buscar a presença de "dados indiciários" fundados no (não) cumprimento de normas setoriais.[206] Apesar da utilização de diversos critérios, em linhas gerais, o pensamento de Landa Gorostiza consiste

199. Idem, ibidem.
200. Idem, ibidem.
201. Idem, ibidem.
202. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena , op. cit., p. 252.
203. Idem, ibidem.
204. Idem, p. 248.
205. Idem, p. 248.
206. Idem, p. 249.

na defesa de que haverá participação criminal punível sempre que, a partir de uma análise objetiva *ex ante*, a conduta "neutra" do partícipe – que atuou com dolo direto – tenha contribuído para pôr em perigo ou lesionar o bem jurídico em questão.

3.4 Outras concepções teóricas

Por se tratar de um artigo e, por consequência, haver uma limitação de espaço, se passará, em breve revista, por algumas construções não mencionadas nos tópicos anteriores. Assim, vale destacar a concepção de Robles Planas, que *ab initio* visa a estabelecer os limites mínimos para uma intervenção punível. Sua concepção recorre ao princípio da autorresponsabilidade e à proibição de regresso como parâmetros de análise da permissão ou proibição típica do risco criado. Distingue dois grupos de casos. O primeiro refere-se às infrações de deveres jurídicos especiais ou posições de garantia, enquanto que o segundo trata dos âmbitos onde inexistem tais deveres e, por consequência, torna-se necessária a descoberta do contexto em que a ação participativa neutra ocorreu, isto é, "a relação espaço-temporal" entre o fato e o aporte do partícipe.[207] De forma mais objetiva, caso não haja infração a deveres especiais e nem adaptação da conduta, as condutas neutras estarão à margem das regras da participação criminal, mas, em contrapartida, configurar-se-á uma autêntica participação criminal, caso haja infração a deveres ou se porventura o auxílio for amoldado à conduta principal.[208] Noutra linha, encontra-se, a partir do princípio da proporcionaliade, Greco, que delineia sua proposta de resolução do problema valendo-se do princípio da idoneidade da proibição penal, o que o leva a necessariamente considerar cursos causais hipotéticos.[209] Em verdade, a assunção de cursos causais hipotéticos como base de sua concepção põe em xeque a capacidade de rendimento de sua teoria.

Numa perspectiva distinta, encontra-se Guzmán que defende a análise do interesse preponderante, mas não sob o prisma da proporcionalidade. Guzmán argumenta em favor de um critério intermediário que possa, sob o ponto de vista objetivo, definir o interesse *in concreto* preponderante na conduta participativa.[210] Essa preponderância estaria conectada ao "sentido objetivo do contato social" percebido por um observador externo.[211] A proposta se aproxima da teoria dos papéis sociais, o que traz para a concepção de Guzmán toda uma gama de dificuldades oriundas

---

207. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y Límite*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 291 e ss.

208. Idem, p. 317.

209. GRECO, Luís, *Cumplicidade através de ações neutras*... cit., p. 148 e p. 150.

210. GUZMAN, Nicolás, op. cit., p. 322.

211. Idem, ibidem.

dessa teoria. Também merece destaque a obra de Robiglio. Apesar de não chegar ao fundamento do problema, acerta ao concluir que se deva analisar a presença ou não *in concreto* dos elementos típicos de formação de uma concorrência criminal, o que, por consequência, demanda a investigação das regras gerais do Código Penal, dos elementos penais típicos e extratípicos e das normas extrapenais e setoriais que regem "*el ejercicio regular de la prestación profesional del caso*".[212]

Deve ser também registrada a proposta de Rassi, que defende a fundamentação do injusto das ações neutras a partir da violação ao princípio da solidariedade humana. Esse princípio é entendido como o dever de conduta voltado a que "o resultado seja impedido ou evitado de alguma maneira".[213] Rassi esclarece que essa solidariedade é objetiva, no sentido durkheimiano, isto é, ela independe da vontade do agente.[214] Em termos jurídico-penais, o critério de imputação, que materializa a ideia de solidariedade, seria a norma do art. 13, § 2.°, do CP.[215] Não obstante a temeridade de se recorrer a uma ideia tão fluida e abstrata como a solidariedade, a tese de Rassi tem o mérito de objetivá-la em texto legal. Resta, todavia, a dúvida se o empréstimo feito no art. 13,§ 2.° não está a criar garantidores para além da letra da lei e da teleologia da norma.

4. AÇÕES NEUTRAS E A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

A construção de uma resposta que resolva satisfatoriamente o problema das ações neutras deve partir da consideração de que inexistem direitos absolutos. Há limites no conteúdo e no exercício dos direitos. Nesse sentido, é válido recuperar algumas lições do Direito Civil. Em suas lições fundamentais, Medicus recorda que nenhum direito subjetivo é ilimitado.[216] Pereira, ao tratar do abuso de direito, esclarecia ser impositiva a necessidade de se conciliar a utilização do direito com o respeito à esfera jurídica alheia e, por consequência, de se fixar um limite a esse direito.[217] Os autores modernos, ao encontrarem várias hipóteses de desvirtuamento do conceito de justo por meio da prática de condutas em que o indivíduo leva a fruição do seu direito ao extremo grau de causar malefício a outrem, criaram o conceito de abuso de direito.[218] O abuso de direito encontra

212. ROBIGLIO, Carolina, op. cit., p. 215.

213. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras...* cit., p. 230.

214. Idem, ibidem.

215. Idem, p. 231.

216. MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 8..ed. Heidelberg: C. F. MÜLLER Verlag, 2002. p. 56.

217. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1, p. 429.

218. Idem, ibidem.

seu fundamento na regra da relatividade dos direitos, na dosagem do conteúdo do exercício do direito, isto é, o titular do direito que excede o limite do exercício regular age sem direito ou na configuração do *animus nocendi*, quando o exercício do direito for inspirado na intenção de causar mal a outrem.[219] É muito acertada a afirmativa de Pereira no sentido de que não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo na causa do prejuízo alheio.[220] Esse mesmo raciocínio deve ser transferido para o problema das ações neutras.

Medicus recorda que, desde o instante em que se aceitou o posicionamento de von Ihering de que o direito subjetivo é um interesse protegido juridicamente, pode pronunciar-se como abusivo todo exercício de direito que não sirva ao interesse protegido.[221] Esse pressuposto é a compreensão exata dos limitados interesses que devem ser protegidos pelos respectivos direitos.[222] Cunha De Sá, com muita precisão, leciona que o abuso do direito é a revelação de que o mundo jurídico encontra-se além dos "tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma".[223] Por consequência, há de se concordar com a assertiva de Köhler, no sentido de ser inegável que todo direito é limitado em seu conteúdo e que o legitimado, que o exerce, deve observar seus limites.[224] Um proprietário só pode exercer as aparentes extensas faculdades do direito de propriedade até o ponto em que o seu exercício não se oponha à lei ou ao direito de terceiro.[225] Os limites do exercício do direito estão no Direito Privado e no Direito Público.[226] O abuso de direito revela que "o direito subjetivo não pode ser abstratamente encarado com meros termos conceitualistas".[227] A essência do abuso de direito reside na "violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito".[228] O abuso retira a concretude material da forma do direito, de maneira que o valor imanente ao direito passa a não significar nada juridicamente naquele caso concreto.[229] Cunha De Sá arremata que "os termos concretos do comportamento do sujeito

219. Idem, ibidem.
220. Idem, ibidem.
221. MEDICUS, Dieter, op. cit. p. 59.
222. Idem, ibidem.
223. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. re. Coimbra: Almedina, 2005. p. 21
224. KÖHLER, Helmut. *BGB – Allgemeiner Teil*. 29. ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2005. p. 228.
225. Idem, ibidem.
226. Idem, ibidem.
227. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op. cit., p. 456.
228. Idem, ibidem.
229. Idem, p. 457.

só *aparentemente* constituem exercício do direito".[230] Não é que o exercício do direito – feito com toda regularidade – não constitua razão de um mal a outrem, mas ocorre que, às vezes, e com frequência, esse constitui a referida razão.[231] O simples fato de o direito ser exercido dentro de seus limites não significa pura e simplesmente que o seu exercício seja lícito, uma vez que o direito subjetivo está submetido aos deveres jurídicos.[232] O exercício de um direito só pode ter lugar se forem levados em consideração os interesses das pessoas envolvidas e sua função social, ou seja, é desse balanceamento que se desenvolve a proibição do abuso de direito.[233]

Antes que se argumente acerca da impossibilidade de se recorrer a um instituto "civil" na seara criminal, cumpre rememorar que a Ciência Penal já utiliza o abuso do direito na solução, principalmente, de problemas relacionados à antijuridicidade. Em verdade, o abuso de direito não é um instituto apenas do Direito Privado, mas um dos pilares da Teoria do Direito. No Direito Penal, Marques da Silva vale-se do abuso de direito ao expor que, na provocação preordenada, a defesa do agente provocador não pode ser considerada lícita, já que aquele que cria a reação ofensiva de outrem abusa do exercício de seu direito de defesa.[234] Cite-se, ainda, Roxin, que caracteriza como abuso de direito a conduta do agente que, consciente do excesso antijurídico, atua, baseado em uma autorização estatal, excedendo o risco tolerável, de forma a provocar danos.[235] Por outro lado, a teoria do abuso de direito foi incorporada expressamente no ordenamento jurídico de diversos países. Não se trata de nenhuma novidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal.[236] Pretender que alguém que exerce uma profissão lícita, mas que conscientemente

230. Idem, p. 455.

231. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 429.

232. KÖHLER, Helmut, op. cit., p. 228; no mesmo sentido Cunha De Sá ao afirmar "há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjectivo em causa, exactamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa", op. cit., p. 456.

233. Idem, p. 228.

234. SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Parte Geral II – Teoria do Crime*. 1. ed. Lisboa e São Paulo: Editorial Verbo, 1998. p. 97.

235. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito* cit., p. 762.

236. Art. 187 do Código Civil brasileiro – "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."
Art. 334 do Código Civil Português – "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."

abusa *in concreto* de seu direito constitucional ao trabalho, venha a ser processado por ter contribuído ao injusto de outrem, não deveria trazer qualquer motivo de consternação. Do contrário, há de se pôr em xeque a reprovação de todas as formas de participação criminal. A profissionalidade, neutralidade ou cotidianeidade da conduta nada mais é do que uma capa. Esse disfarce vem iludindo muitos dos que se preocuparam com a participação por meio de condutas neutras.

Curiosamente o direito constitucional ao trabalho tem ludibriado muitos, enquanto que o direito constitucional de propriedade não possui essa capacidade de falsear a aplicação das regras da participação criminal. Não há quem ponha em dúvidas a punibilidade do cidadão que voluntária e conscientemente atende ao pedido de seu vizinho de empréstimo de uma faca de pão necessária para a conclusão do assassinato da síndica do edifício. É de se perguntar: emprestar uma faca de pão a um vizinho não é uma ação neutra? O empréstimo não se encontra amparado pelo direito constitucional de propriedade, uma vez que entre os poderes da propriedade está o de disposição da coisa?! A doutrina civilista há muito não tem dúvidas em afirmar que as faculdades do direito de propriedade só poderão ser exercidas se estiverem dirigidas a fins lícitos. Mesmo em Roma, o exercício do direito de propriedade já se subordinava às exigências do bem comum.[237] O proprietário poderia dispor da coisa como bem entendesse, desde que observasse as limitações impostas pelo interesse público e pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos.[238]

A argumentação que vislumbra o direito ao trabalho como obstáculo à formação do tipo objetivo de ações participativas neutras é equivocada. Esse direito é igual a todos os outros. Não é absoluto. É limitado em sua essência e em seu exercício. Só poderá ser exercido dentro dos limites impostos pelos fins econômico-sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, sob pena de excedê-los, incorrendo, portanto, em abuso do direito, o que desvelará o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico. Em realidade, a crença na "aparente" normalidade das condutas profissionais decorre do fato de que só agora se começou a investigar as condutas profissionais e cotidianas. E, como ocorre quando qualquer pessoa se depara com toda e qualquer novidade, até que haja uma compreensão mais firme quanto a esse estranho objeto, é natural que ocorram muitos equívocos no processo do conhecer. Não se pode esquecer que, axiologicamente, um dos direitos constitucionais mais importantes é o da liberdade. Em uma interpretação açodada, poder-se-ia entender que os concorrentes – por meio de ações não neutras – seriam impuníveis por não estarem alcançados na literalidade do núcleo do tipo. Todavia, a norma penal que

237. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 90.

238. Idem, p. 88.

trata da participação não permite uma tal leitura. Trata-se de uma norma de extensão típica destinada a justamente abranger ações, a princípio, extratípicas, mas que, por estarem inseridas dentro de um contexto de concorrência ao injusto de outrem, terminam abarcadas pelo tipo penal que, inicialmente, só recaia sobre o agente principal. É inegável que a legislação penal criminaliza condutas de participação, que são, *a priori*, lícitas e não tipificadas,[239] ou seja, a lei acaba por restringir o direito de liberdade de ação nesses casos. Não se encontra doutrina e nem julgados que derrubem tal extensão típica. Por esse motivo, é equivocado o entendimento de ambos, no sentido de que o homem comum só possui a justificação da liberdade geral de ação, enquanto que o homem de negócios, além dessa, detém adicionalmente a liberdade profissional, o que lhe concederia um direito mais forte.[240] Ambos esquece-se de que o abuso de direito fundamenta-se na relatividade dos direitos. O exercício de um direito não pode implicar a afronta do direito de terceiro ou a violação do próprio ordenamento jurídico que consagra tal direito.[241] Não se trata de uma questão de ponderação de princípios e nem de direitos como pretende Ambos.

5. AÇÕES NEUTRAS E CUMPRIMENTO DE DEVERES JURÍDICOS

A concorrência de normas no caso de uma conduta de participação amparada no cumprimento de uma obrigação ocorre do ponto de vista fático, não do ponto de vista jurídico. A contradição é aparente. Compete ao hermeneuta compatibilizar os preceitos legais com o fim de alcançar o conteúdo da norma. Larenz já afirmara que, não raras vezes, o legislador não adota de imediato, na formulação da previsão fundamental, uma restrição no âmbito de aplicação da norma, mas a introduz posteriormente na forma de uma proposição jurídica limitativa de uma ordem negativa de validade.[242] Ou se analisa o caso concreto e assume como parâmetro todo sistema jurídico ou jamais se descobrirá o sentido da norma, isto é, a essência e os

239. Por exemplo: segurar uma escada, passar informações acerca do funcionamento de sistemas de segurança, transportar bens e pessoas, dentre inúmeras outras atividades.

240. AMBOS, Kai. *Beihilfe durch Alltagshandlungen*. JA. Caderno 8/9, 2000. p. 724-725.

241. No mesmo sentido: "o direito subjectivo parece não poder mais entender-se como pura categorial forma e abstracta em termos absolutos, onde só os limites que para ele resultam da sua estrutura tenham uma palavra a dizer sobre o que é possível ou permitido ao titular. A qualificação do comportamento concreto do sujeito em termos de direito subjectivo não se entende como podendo prescindir do fundamento próprio desse direito, fundamento que é simultaneamente de ordem valorativa e material, porque o comportamento do sujeito se situa *hic et nunc*, em determinado caso concreto e em determinados termos igualmente concretos". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op. cit., p. 455.

242. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 502.

limites dos direitos, deveres e obrigações contidas no sistema normativo. Diante de um problema a resolver, não se aplica, apenas, a regra primacialmente vocacionada para a solução, mas todo o Direito deve ser "chamado a depor".[243] Há que lidar, "com os diversos ramos do Direito, em termos articulados".[244] A interpretação deverá ser conforme a Constituição, os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo.[245]

Zaffaroni, ao analisar a tipicidade conglobante, expõe, acertadamente, que não se pode admitir um sistema normativo em que uma norma mande o que outra proíba. As normas jurídicas não vivem isoladas umas das outras, mas, sim, em coerência, ou seja, elas se limitam reciprocamente e, por consequência, uma não pode desconhecer a outra.[246] Apesar de haver leis e regras que apresentam incompatibilidades entre si, o sistema jurídico não pode ser contraditório. A contradição não é da norma, mas tão somente dos instrumentos legais que devem necessariamente ser interpretados e compatibilizados pelo intérprete, de modo a que a norma seja desvelada. Uma norma penal não pode proibir o que uma norma civil ou administrativa obriga e determina. O adimplemento de uma obrigação pode até ser causa, sob o prisma lógico-fático, do resultado, mas jamais será uma concorrência jurídica para o crime alheio. Em termos de Direito Penal, a fundamentação da não extensão típica baseia-se na teoria do risco trazida pela doutrina da imputação objetiva. O risco é a última etapa de análise na formação do tipo penal objetivo. Desse modo, perceba-se que o risco criado pelo *solvens* é um risco permitido. Apesar de haver conduta, nexo causal e resultado, o resultado não lhe poderá ser imputado, posto tratar-se de conduta juridicamente aprovada. O risco permitido faz-se presente em comportamentos que, apesar de arriscados, são tolerados pelo ordenamento jurídico.[247]

6. CRÍTICAS À TEORIA DO ABUSO DE DIREITO COMO NORTE INTERPRETATIVO

Após alguns anos de minha defesa da teoria do abuso de direito surgiram algumas poucas objeções no seio da doutrina penal brasileira, que procurarei responder nessas breves linhas. Na atualização de 2013 de seu livro sobre a imputação objetiva, Greco refuta minha tese com o singelo argumento de que ela surpreende por partir de

---

243. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito – Claus W. Canaris*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. CXI.

244. Idem, ibidem.

245. Idem, p. CXI-CXII.

246. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 381.

247. SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em Crime culposo e imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2004. p. 120

alguém que critica a imprecisão dos cursos causais hipotéticos.[248] A rejeição denota-se como mero descontentamento com minhas críticas à sua proposta. Em realidade, a base de minha crítica parte de seu próprio reconhecimento de que não se pode esperar muito do princípio da proporcionalidade, que é bastante vago e permite a sustentação de opiniões diametralmente opostas.[249] Greco não responde minha crítica de fundo, que põe em xeque sua defesa do subprincípio da idoneidade, como também enviesa minha crítica ao uso de cursos causais hipotéticos. No entanto, o subprincípio da idoneidade não possui uma definição apriorística de seu conteúdo e nem de quem o definirá, além de não ser destinado a resolver a cumplicidade neutra no caso de cumprimento de deveres.[250] Nesse sentido, sua crítica não pode ser levada a sério.

A imprecisão que existe na teoria do abuso de direito é a mesma imprecisão que qualquer hermeneuta encontra ao se deparar com a necessidade de compatibilizar distintos dispositivos legais para desvelar o conteúdo da norma. Pretender que a teoria do abuso de direito forneça uma clareza interpretativa unívoca da norma significa desconsiderar toda hermenêutica jurídica. Como esclarece Ferraz Jr., as normas jurídicas são discursos, isto é, interações entre quem fala e quem ouve.[251] É nítido que a teoria do abuso de direito não possui a pretensão de alcançar aquilo que as teorias da norma não alcançam. Ainda assim admito que minha tese pode ser objetada, como já ocorreu, no sentido de que não seria possível, de plano, extrair dela suas consequências, como o caráter de ofensividade das ações neutras e, por consequência, o âmbito do penalmente punível. Para esse crítico, sugiro que releia atentamente minha tese, que nega justamente essa possibilidade apriorística de definir o âmbito do penalmente proibido. Tal como em qualquer participação criminal, a proibição não se vincula exclusivamente à conduta abstrata, mas sim à realização ou omissão da conduta em determinado contexto fático. Será o contexto fático que estenderá ou não a tipicidade à conduta participativa, nos exatos termos do art. 29 do CP.

Vale ressaltar que Rassi expõe minha teoria em sua obra e a reputa como interessante.[252] Adota uma posição de neutralidade. Não se filia à teoria do abuso de direito, mas também não a rejeita. No mesmo sentido, Souza e Japiassú que optam por não criticar minha tese.[253]

---

248. GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 82.

249. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... cit., p. 36 e 136-137.

250. LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 70 e ss.

251. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 53.

252. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras*... cit., p. 104-105.

253. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 302-304.

7. LAVAGEM DE DINHEIRO E ADVOCACIA

Antes de adentrar propriamente no tema advocacia e branqueamento de capitais, cumpre tecer algumas linhas acerca dos deveres jurídicos ou medidas preventivas de combate à lavagem. Em Portugal, com a edição da Lei 11/2004, de 27 de março, o crime de branqueamento foi incorporado ao Código Penal, no art. 368.°-A. A Lei portuguesa 25/2008, de 05 de junho, é o instrumento normativo responsável por dar corpo e vida ao tipo penal de branqueamento de capitais. Essa lei trouxe uma extensa regulação da matéria, o que terminou por converter o art. 368.°-A no ato final de uma longa novela. A Lei 25/2008 estabeleceu medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Essas medidas são relativas à utilização do sistema financeiro, de atividades e profissões criadoras de risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. A Lei 25/2008 impõe às entidades financeiras e a um rol de entidades e profissionais de fora do mercado financeiro uma série de deveres jurídicos, como os de identificação, diligência, recusa, conservação, exame, comunicação, abstenção, colaboração, segredo, controle e formação. A imposição desses deveres acaba por transformar as entidades financeiras e aqueles expressamente elencados na lei em responsáveis por evitar a prática do crime de branqueamento em seu âmbito de atuação profissional.[254] A lei portuguesa converte essas pessoas físicas e jurídicas em agentes garantidores, de modo que, se em seu âmbito profissional, deixarem de impedir que alguém, com fins de esconder a origem ilícita de vantagens obtidas na prática dos crimes antecedentes constantes do rol, transfira ou converta essas vantagens, praticarão branqueamento por omissão imprópria. Trata-se, portanto, da conversão do crime de lavagem em um delito comissivo por omissão.

O art. 17 da citada Lei 25/2008 preceitua que as entidades referidas têm o dever de se abster "de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo". Trata-se de um dever jurídico que obriga essas pessoas e entidades a evitar a ocorrência de branqueamento de capitais. Não obstante a criticável opção política de transferir responsabilidades no combate à lavagem de capitais aos cidadãos, esse não é o foco do presente. A razão de se referenciar as entidades e pessoas transformadas em garantidores pela legislação portuguesa é apenas uma. Demonstrar a estranheza do debate da participação criminal por ações neutras nessa seara. Curiosamente foi justamente aqui que o tema se fez conhecido. Inexiste partici-

254. Para uma didática explanação acerca da evolução da legislação portuguesa anterior à novel regulação, conferir: SANTOS, João José Davin Neves dos. O branqueamento de capitais em Portugal. In: PRADO e DOTTI (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4, p. 521 e ss.

pação criminal neutra quando o "participante" é alçado à condição de garantidor. Quem tem dever de garantia não é partícipe, mas autor de um crime comissivo por omissão.

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro foi editado pela Lei 9.613/1998 e permanece até hoje fora do Código Penal. A mais recente reforma, datada de 2012, diferentemente de Portugal, excluiu o rol de crimes antecedentes.[255] Hoje basta que se tenha a ocorrência de uma infração penal antecedente de qualquer natureza. A lei brasileira é muito enxuta se comparada à portuguesa e, por consequência, lacônica, o que potencializa o surgimento de zonas de incerteza normativa. Por exemplo, as pessoas físicas e jurídicas sujeitas a mecanismos de controle possuem apenas os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. No Brasil, não se impõem deveres específicos de recusa e de abstenção. Desse modo, no direito brasileiro, os sujeitos submetidos aos mecanismos de controle não são elevados à condição de garantidores. Os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação não são deveres de garantia de evitação do resultado. No entanto, disso pode-se extrair a conclusão de que, no Brasil, as condutas acessórias "neutras" que circundam a ação de lavagem dinheiro são atípicas?! Não, essa é a resposta, que se escora na lógica ordinária da teoria do concurso de pessoas.

Como no Brasil somente se admite responsabilidade criminal de pessoas jurídicas em crimes ambientais,[256] necessariamente, há de se reconhecer que os advogados, tal como os agentes financeiros, concorrerão com o autor principal para o cometimento do crime de lavagem da mesma forma que concorre o gerente de uma transportadora que recebe um quilo de cocaína como carga a ser transportada. Para tanto, é necessário que o advogado e que o transportador tenham dolo, ou seja, consciência e vontade de prestar o auxílio que o autor demanda para o cometimento da lavagem de dinheiro. Não há maiores dificuldades. Caso os concorrentes atuem de modo negligente ou com imperícia, violando o dever objetivo de cuidado que deveriam tomar em consideração quando da realização da conduta, nenhum fato típico será praticado. Não existe participação culposa em crime doloso, como também não há previsão na legislação brasileira de tipos culposos de lavagem de capitais e nem para essa modalidade de tráfico ilícito de entorpecentes. O proble-

255. Prado criticava a adoção do sistema da catalogação de crimes por dar origem a lacunas de punibilidade: PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: _____ e DOTTI (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4, p. 714. A mudança legislativa encerrou uma série de discussões acerca do delito prévio, que hoje serve para fins históricos, vide: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro – Aspectos penais da Lei n. 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 121 e ss.; FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147 e ss.

256. LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*... cit., p. 139 e ss.

ma reside na distinção do que consiste dolo, ou seja, em termos mais claros, na desmedida ampliação do conceito de dolo, na distinção de dolo eventual e culpa consciente e na possibilidade de se admitir um tipo culposo de lavagem,[257] o que, todavia, foge aos propósitos desse estudo.

Assim, retorno à preocupação que vem ganhando corpo na doutrina nacional, isto é, a vinculação do advogado ao crime de lavagem de capitais praticado por sua clientela. Estellita expõe acertadamente que a lei brasileira não traz os limites de definição do risco permitido, de modo que o advogado acaba ficando à mercê da própria sorte.[258] Para fins comparativos, recorra-se ao item 17 dos considerandos da Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. A Diretiva 2001/97/CE dispõe que o advogado, que presta consulta jurídica ou representa o cliente judicial ou administrativamente, está exonerado da obrigação de comunicação, uma vez que sua atuação se sujeita ao dever de sigilo profissional. Não haverá exoneração, contudo, se a consulta jurídica for prestada com a finalidade de propicionar a lavagem de capitais, ou seja, nesse caso, a ação do advogado ganhará contornos de tipicidade.[259] Nesse sentido, a posterior Diretiva 2005/60/CE que assenta a exclusão do dever de sigilo profissional quando o advogado estiver envolvido com atividades de lavagem e terrorismo. Contudo, diferentemente da Diretiva 2001/97/CE, a Diretiva 2005/60/CE vai mais além e excepciona a hipótese em que a finalidade da assessoria jurídica seja a prática de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo, bem como no caso de o advogado saber que o cliente solicita assessoramento jurídico com a finalidade de lavar dinheiro ou financiar o terrorismo.[260]

---

257. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. 246. P. 3-4. São Paulo, maio 2013; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance:* Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. 56. P. 326 e ss. São Paulo, abr.-jun. 2012; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro – Primeiras observações. In: PRADO e DOTTI (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4, p. 1075. Acerca dos países que admitem o tipo imprudente de lavagem: Alemanha, África do Sul, Bélgica, Chile, Eslováquia, Eslovênia, Finlândia, Hungria, Irlanda, Países Baixos, Reino Unido, Paraguai, República Tcheca e Suécia: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012. p. 728-729.

258. ESTELLITA, Heloisa. *Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco]. Acesso em: 19.01.2014. Na Espanha, os limites do risco permitido estão estabelecidos na Ley 10/2010, que impõe uma série de obrigações aos advogados com o fim de evitar atividades de assessoramento advocatício que possam instrumentalizar e favorecer o branqueamento de capitais: BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 564 e ss.

259. Nesse sentido, cf.: Idem, p. 588.

260. Idem, p. 560-561.

No Brasil, surgem vozes, dilatando a interpretação dessa diretriz. Há quem sustente que atividades de consultoria jurídica nas áreas comercial, tributária e sucessória, por exemplo, se encontram "abrangidas pelos deveres inerentes ao *know your customer*". [261] Esse posicionamento é equivocado. Com acerto Greco Filho e Rassi que recordam que "os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado", de modo que não configuram participação criminal.[262] "É exatamente isso que ocorre com a previsão dos deveres atribuídos às pessoas" no art. 9.°, XIV, da lei brasileira de lavagem.[263]

Em outra linha argumentativa, Rios manifesta sua contrariedade "à inclusão do advogado na política de prevenção à lavagem de capitais", inclusive quanto à atuação consultiva tributária, civil e societária.[264] Afirma haver razões político-criminais que justifiquem uma interpretação restritiva do tipo penal. Assume a defesa, dentre outros direitos fundamentais, do livre exercício da profissão e da ampla defesa, além de argumentar que a conduta do advogado não cria um risco juridicamente desaprovado de lavagem de dinheiro.[265] Essa é uma visão que segue uma trilha principiológica correta, mas parcial do problema. Em 2007, Schorscher noticiava que, apesar de essa específica questão não ter sido estudada no Brasil,[266] internacionalmente não havia qualquer defesa de afastamento apriorístico do advogado da condição de eventual sujeito ativo.[267] Bermejo e Wirtz recordam que, na Alemanha, o Bundesverfassungsgericht – BVerfG decidiu, ao ponderar a importância da defesa criminal para um processo justo dentro do Estado de Direito e a obrigação do advogado de salvaguardar seu múnus, que diante de uma cooperação consensual com o representado que signifique o descumprimento consciente do

---

261. GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. 246. p. 10. São Paulo ago. 2012.

262. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCrim*. 246. P. 14. São Paulo, ago. 2012.

263. Idem, ibidem.

264. RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 327-328.

265. Idem, ibidem.

266. Anteriormente houve uma publicação em coautoria da mesma: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. 2. São Paulo, jan.-jun., 2005.

267. SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro... cit., p. 1044. Há notícia de que, no ano de 1997, no Canadá, a Corte Superior de Quebec reconheceu o direito constitucional à incondicional assistência por advogado, de modo que a relação entre cliente e advogado seria regida pelo princípio do privilégio absoluto do advogado. Cf: BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 593.

comando da Lei, há abuso da posição profissional do advogado, de modo que o advogado que age com dolo direto é reprovável.[268]

No entanto, independentemente da natureza do dolo, há uma questão anterior a ser necessariamente enfrentada. Assim, deve-se destacar a correta análise de Bottini acerca do problema do recebimento de honorários advocatícios maculados. Com base na regra da inviolabilidade da informação, argumenta Bottini que vigora a exoneração do advogado, que exerça atividades consultivas ou litigiosas típicas na forma do Estatuto da OAB, do dever genérico de comunicar as atividades ilícitas ou suspeitas de seus clientes, o que, todavia, não se aplica àquele que exercer atividades atípicas, como a gestão patrimonial alheia.[269] No entanto, a exoneração do dever de comunicação do advogado em atividade típica não representa de forma alguma uma cláusula geral de atipicidade, tal como a imposição dos deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação não criam uma posição jurídica de garantia de evitação do resultado.

Bottini percebe intuitivamente a configuração do abuso de direito por parte do advogado que extrapola seu papel. No mesmo sentido Greco Filho e Rassi, que pontuam que o advogado que "deixa de ser advogado" para se tornar uma "peça de organização criminosa ou de conluio para a prática dos crimes" praticará crime.[270] Nesse caso não há qualquer ação neutra ou profissional. O advogado que abusa de suas prerrogativas e direitos e se torna um agente ativo na prática de crime, passa a integrar um autêntico concurso de pessoas. Essa é também a solução expressada

---

268. BERMEJO, Mateo G.; WIRTZ, Georg. *Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?*. ZIS, 10, 2007. P. 403. No julgamento das reclamações constitucionais 2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01, a 2.ª Turma do BVerfG declarou que a punição do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro é compatível com a Lei Fundamental alemã quando há o recebimento honorários conhecendo-se de sua origem ilícita e assentou, também, a obrigação, desde a fase de investigação, dos órgãos de persecução criminal e dos Tribunais de verificarem a especial posição do advogado criminal frente à normativa do crime de lavagem. Em realidade, o BVerfG realizou uma interpretação conforme para restringir o âmbito de incidência da norma penal do crime de lavagem no âmbito do tipo subjetivo. O BVerfG afirma haver violação do direito fundamental do advogado ao exercício profissional que só se justifica com base no princípio da proporcionalidade quando a cobrança de honorários e seu recebimento ocorrem com o conhecimento seguro do advogado de que os valores procedem de um dos delitos antecedentes previstos no tipo penal do crime de lavagem. Bundesverfassungsgericht..*2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01*. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html]. Acesso em: 28.01.2014.

269. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48]. Acesso em: 08.11.2014; No mesmo sentido: SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro... cit., p. 1076.

270. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 14.

por Bottini ao alertar que o advogado que participa e colabora "em atos suspeitos de lavagem de dinheiro" concorre na forma do art. 29 do CP para o crime.[271]

Por outro lado, há de se observar que, ao contrário da opinião de Schorscher, ainda que comprovado o dolo direto do advogado de receber honorários maculados, não se pode afirmar, de plano, que esse recebimento configure uma participação criminal tipificada pela Lei 9.613/1998. Se a título de honorários o advogado recebe um valor ou bem de origem criminosa e incorpora em seu patrimônio, mas não oculta e nem dissimula sua origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, inexistirá tipicidade do *caput* do art. 1.º da Lei 9.613/1998. A conduta também não encontrará tipicidade no § 1.º do art. 1.º, caso o advogado, sem o especial fim de agir de ocultar ou dissimular a utilização de seus honorários maculados, os adquira, receba, troque, negocie, movimente ou transfira registrando sua incorporação patrimonial. Inexiste ocultação e dissimulação quando o advogado registra corretamente nos órgãos competentes – v.g., Detran, cartório de notas, RGI e, em especial, na declaração de imposto de renda – o recebimento de bens e/ou valores recebidos a título de honorários advocatícios. Nessa hipótese, trata-se de um sério equívoco pensar em lavagem de capitais. Em relação ao crime de lavagem, o fato é atípico em sentido formal objetivo. Sequer será necessário recorrer às teorizações de atipicidade material. Não se deve esquecer o princípio tributário do *non olet*,[272] que, inclusive, vem servindo de suporte à tipicidade do crime de sonegação tributária na forma da Lei 8.137/1990.

É de uma clareza cartesiana a questão. O mero recebimento de honorários maculados jamais configurará uma conduta de lavagem de dinheiro, salvo se esse recebimento se prestar a auxiliar, a partir do uso da "aparência da prestação de serviços" advocatícios, a reciclagem de valores sujos.[273] Inexiste diferença entre o advogado que se vale de sua posição para levar drogas a seu cliente dentro do presídio e o patrono que recebe honorários maculados e lava-os com seus serviços de advocacia. Está-se diante de um autêntico abuso de direito, no caso, das prerrogativas profissionais. O primeiro advogado responderá pelo crime de tráfico de drogas e o segundo por lavagem de dinheiro. Ambos extrapolam seus direitos pro-

271. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit.

272. Ilustrativa a clássica lição de Baleeiro de que, para o art. 118 do CTN, é irrelevante a legalidade, a moralidade e até a configuração criminal do fato gerador. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 418-420; No mesmo sentido, Torres ao esclarecer que o princípio *non olet* "é admitido na legislação brasileira e defendido pela maior parte da doutrina, embora em alguns países haja reservas sobre a sua legitimidade, por contrastar com os princípio do direito penal". TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 91; A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no reconhecimento do princípio *non olet*, cf: STF: HC 94240/SP e HC 77530/RS; STJ: REsp 1208583/ES; HC 88565/RR; REsp 984607/PR; HC 83292/SP.

273. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit.

fissionais e passam a agir no campo da ilicitude. Esse proceder em nada difere do comportamento de alguém que cede dolosamente sua propriedade rural para que terceiros a usem como cativeiro na prática de uma extorsão mediante sequestro. O proprietário em questão abusa de seu direito de propriedade, violando os limites jurídicos civis e penais de seu poder de disposição da coisa.[274] Em termos de tipicidade objetiva, todas essas condutas realizam um risco não permitido.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, pode-se sintetizar esse estudo asseverando que os limites do risco permitido das ações neutras são dados pelo abuso de direito. Avança-se ao campo do ilícito ao se infringir as regras que reconhecem direitos, concedem prerrogativas ou autorizações. Reconher a teoria do abuso de direito é uma premissa lógica e fundamental da Ciência Jurídica. Entender diversamente é confundir direito com arbítrio, o que é uma contradição em seus próprios termos. Essa conclusão não traz nenhuma novidade. A teoria do concurso de pessoas funciona a partir desse pressuposto, ainda que, muitas vezes, essa dinâmica não seja percebida. Se assim não fosse, seria inadmissível a aplicação da norma de extensão típica do art. 29 do CP para qualquer caso. Sejam ações tradicionais de participação ou neutras, a resposta deve ser a mesma. A real importância de se investigar as ações neutras não reside na descoberta de sua profissionalidade e nem nas consequências oriundas do estado de neutralidade da conduta. O importante é compreender que, para se considerar qualquer comportamento humano como concorrente ao delito alheio, devem ser, primeiramente, perquiridos os limites do risco permitido.

O descortinamento dessas premissas é condição necessária para a compreensão do problema. Do contrário, corre-se o risco de, inclusive, se discutir problemas de participação criminal em autênticas hipóteses de autoria. É nessa senda que devem estar pautadas as investidas na relação entre o crime de lavagem de capitais e ações neutras.

9. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *Beihilfe durch Alltagshandlungen*. JA. Caderno 8/9, 2000.

AMELUNG, Knut. *Die* "Neutralisierung" geschäftsmä iger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands. In: SAMSON et al. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BERMEJO, Mateo G.; WIRTZ, Georg. *Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?*. ZIS, 10, 2007.

274. Cf.: Art. 1.228 do CC.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

BOSCH, Gerard Gramática. *Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión*. Disponível em: [www.ciidpe.com.ar]. Acesso em: 13.07.2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *advocacia e lavagem de dinheiro*. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48]. Acesso em: 08.11.2014.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro – Aspectos penais da Lei n. 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito – Claus W. Canaris*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. *Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco]. Acesso em: 19.01.2014.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal*. Granada: Comares, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRISCH, Wolfgang. *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*. In: PRITTWITZ et al. *Festschrift für Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. 246. São Paulo, ago. 2012.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, ago. 2012.

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

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

GUZMÁN, Nicolás. Conductas Neutrales y Participación en el Delito: Apuntes sobre el estado acutal de la Discusión. In: _____ e PASTOR, Daniel R. (orgs.). *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*. Parte I. Wistra. Caderno 2, 1995.

_____. *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*. Parte II. Wistra. Caderno 3, 1995.

JAKOBS, Günther. *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*. GA, 1996.

_____. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JOHN, José Antonio Caro. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*. 5. Lima, 2004.

KÖHLER, Helmut. *BGB - Allgemeiner Teil*. 29. ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2005.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La Complicidad Delictiva en la Actividad Laboral "cotidiana" – Constribución al "Límite Mínimo" de la Participación frente a los "Actos Neutros"*. Granada: Comares, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Vinicius de Melo. Ações neutras e branqueamento de capitais. *Revista de Concorrência e Regulação*. 11/12. Lisboa, jul.-dez., 2012.

LOBATO, José Danilo Tavares. Ações neutras – Algumas notas corretivas para o debate brasileiro. *Boletim IBCCrim*. 216. São Paulo, 2010.

_____. Cumplicidade por meio de ações neutras – O início (tardio) de um debate. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. 64. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. 22. São Paulo, 2014.

_____. *Participação criminal por meio de ações neutras*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro: Ucam, 2006.

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

_____. Um panorama da relação entre teoria do abuso de direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. *Revista de Concorrência e Regulação*. 16. Lisboa, out.-dez., 2013.

LÖWE-KRAHL, Oliver. *Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen*. Wistra. Caderno 6, 1995.

_____. *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*. Stuttgart-Munique-Hannover: Richard Boorberg, 1990.

LÜDERSSEN, Klaus. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*. In: SAMSON et al. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 8.ed. Heidelberg: C. F. MÜLLER Verlag, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÌA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 6. ed. Valência: Tirant lo Blanch. 2004.

OTTO, Harro. *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*. JZ, 9, 2001.

_____. *Vorgeleistete Strafvereitelung durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe*. In: ESER et al. *Festschrift für Lenckner*. Munique: Beck, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1.

PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. 16. São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: _____ e DOTTI (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4.

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

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBIGLIO, Carolina. *Participación en los Delitos Tributarios mediante Conductas Neutrales – Actuación de profesionales y conocimientos especiales*. Buenos Aires, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y Límite*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROGAT, Stefan. *Die Zurechnung bei der Beihilfe – Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. t. I.

_____. *Grace Marie Luise Schild Trappe: Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*. JZ, 1996.

_____. Was ist Beihilfe?. In: KÜHNE (org.). *Festschrift für Miyazawa*. Baden-Baden: Nomos, 1995.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, João José Davin Neves dos. O branqueamento de capitais em portugal. In: PRADO e DOTTI (orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro – primeiras observações. In: PRADO e DOTTI (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Parte Geral II – Teoria do Crime*. 1. ed. Lisboa e São Paulo: Verbo, 1998.

_____. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. 2. São Paulo, jan.-jun., 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. 246. São Paulo, maio 2013.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance:* Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. 56. São Paulo, abr.-jun., 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRAPPE, Grace Marie Luise Schild. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*. Berna: Stämpfli + Cie AG, 1995.

TERREROS, Felipe Villavicencio. *La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional – Universidad de Castilla La Mancha. Disponível em: [www.cienciaspenales.net]. Acesso em: 13.07.2013.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. München. Beck, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória, de Renato de Mello Jorge Silveira e Vivian Cristina Schorscher – *RCP* 2/143 (DTR\2005\22);
- A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações, de Vivian Cristina Schorscher – *RT* 863/435, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/1043 (DTR\2007\764);
- *Criminal compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro, de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz – *RDB* 56/293 (DTR\2012\44739); e
- Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, de Fernando Gardinali Caetano Dias – *RBCCrim* 110/147 (DTR\2014\18439).

Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos[1]

Corruption and fraudulent management practices: the illegal financing of electoral campaigns by public banks

Marcelo Almeida Ruivo

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com financiamento da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT-Portugal, 2009-2013) e do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD-Alemanha, 2014).

Área do Direito: Penal; Administrativo; Eleitoral; Bancário

Resumo: Este artigo enfoca o problema da concessão de empréstimos por bancos públicos em montantes maiores que os permitidos para fins de financiar campanhas eleitorais. Fenômeno que ameaça a legitimidade dos governos por meio do comprometimento da democracia partidária e da igualdade de oportunidades no sistema eleitoral. Pretende-se investigar a relação de cumulação ou absorção existente entre os crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira e de corrupção passiva. Para isso se dedica atenção, especialmente, as determinações do bem jurídico e da técnica de tutela da corrupção para as comparar com as da gestão fraudulenta.

Palavras-chave: Gestão fraudulenta - Corrupção passiva - Bem jurídico - Técnica de tutela - Financiamento de campanha eleitoral.

Abstract: The focus of this paper is to address the problem of loans granted by public banks, in larger amounts than those allowed, for the purpose of financing election campaigns. This phenomenon threatens the legitimacy of governments since it jeopardizes the parties' democracy and the equality of opportunities in the electoral system. We intend to investigate the relationship of accumulation or merging that exists between fraudulent management practices in financial institution and passive corruption. For this purpose, attention is given to the establishment of the legal interest and corruption protection technique to compare them with fraudulent management practices.

Keywords: Fraudulent management practices - Passive corruption - Legal interest - Relief technique - The financing of electoral campaigns.

1. Este artigo consiste no aprimoramento pontual daquele que foi elaborado com o título "*Corruption and fraudulent management: illicit loan by public banks*" para integrar as contribuições da delegação brasileira oferecida à quinta edição do *International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era* (Pequim – 2013).

SUMÁRIO: 1. A justificação do tratamento do problema criminológico – 2. O enfrentamento dos problemas dogmáticos – 3. O bem jurídico e a técnica de tutela da gestão fraudulenta – 4. O bem jurídico tutelado e a técnica de tutela da corrupção passiva: 4.1 Dignidade e prestígio da Administração Pública ou do Estado; 4.2 Moralidade", "probidade" da administração e a "integridade" dos funcionários; 4.3 "Transparência" da Administração Pública ou do Estado; 4.4 "Confiança" na administração em geral ou específica na "incorruptibilidade" do funcionário público; 4.5 A administração como um todo, o andamento da função administrativa ou a "capacidade funcional do aparato estatal"; 4.6 Pureza ou originalidade da vontade estatal, a "objetividade das decisões governamentais" ou ainda a "autonomia intencional" da administração ou do Estado – 5. Proposta do bem jurídico e da técnica de tutela da corrupção passiva: dano à inegociabilidade e perigo ao valor nuclear do ato administrativo – 6. Conclusões – 7. Referências Bibliográficas.

1. A JUSTIFICAÇÃO DO TRATAMENTO DO PROBLEMA CRIMINOLÓGICO

O desvalor do fenômeno da corrupção é seguramente reconhecido em âmbito global.[2] Na última década, entre as suas diversas formas de manifestação, tem sido evidenciada, em investigações e processos criminais, uma modalidade ainda não suficientemente estudada pela doutrina penal brasileira[3] e, desde muito, suspeita de ocultar-se nas cifras negras. Trata-se da constituição de redes de corrupção, com a participação de pessoas físicas ou empresas privadas, montadas no intuito de financiar as altas somas necessárias para as campanhas eleitorais.[4] Problema que tem significado realçado levando em consideração não ser apenas um simples ato de corrupção isolado, mas sim um tendente abuso da máquina estatal para o beneficiamento de algum partido político, capaz de ameaçar a própria legitimidade do governo do Estado. Isto é, em específico, o comprometimento da democracia partidária e da igualdade de oportunidades no sistema eleitoral.

Dedica-se a atenção, portanto, estritamente à viabilidade de reconhecimento do crime de corrupção passiva na concessão ilícita de crédito por bancos públicos. Mais precisamente, o caso do administrador de instituição financeira realizar frau-

2. Por exemplo, no Brasil, BITENCOURT, *Direito penal/5*, p. 78; BALTAZAR JUNIOR, *Crimes federais*, p. 137; na Espanha, TORRES FERNÁNDEZ, "Marco normativo internacional", p. 164; na França, MAISTRE DU CHAMBON; LEPAGE; SALOMON, *Droit pénal des affaires*, p. 160; na Alemanha, HEINE, „§ 331 Vorteilsannahme", nm. 1d, p. 2738; SOWADA, "Vor § 331", nm. 41, p. 33; DÖLLING, "Strafvorschriften gegen Korruption", p. 334, KINDHÄUSER, "Voraussetzungen strafbarer Korruption", p. 461, na China, YU, "Korruption in der Volksrepublick China", p. 683. Mais uma referência nesse sentido, colhe-se na dedicação do 17.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) ao estudo da corrupção internacional, JAPIASSÚ, "A corrupção", p. 30 e 51.

3. Embora já existam mesmo julgados de Tribunais Regionais, v.g. TRF-4.ª Reg., Ap. 2000.70.00.029427-7- PR, 7.ª T., j. 18.08.2009, rel. Des. Tadaaqui Hirose, *D.* 02.09.2009.

4. Sobre o crescente e dispendioso custo das campanhas eleitorais no Brasil, ver CAGGIANO, "Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais", p. 215 e 217.

de penalmente relevante na gestão da instituição pública ou de economia mista, a fim de emprestar dinheiro – ou emprestar em quantia maior que a permitida – sem tomar em consideração as verdadeiras possibilidades de adimplemento do empréstimo pelo beneficiário. O administrador pretende com isso proporcionar vantagem indevida – direta ou indiretamente e, ainda, antecedente ou subsequente – para si ou para outrem.

Avançar na definição conceitual do problema e na caracterização do fenômeno exige dizer que se compreende a concessão ilícita de crédito como sendo aquela ocorrida em desacordo com os critérios e classificações dos buscadores de empréstimo, segundo os diferentes níveis de risco de inadimplementos estabelecidos pelo Banco Central.[5] Certo é que toda a liberação inicial ou mesmo a renovação de empréstimo depende que o funcionário alimente o sistema informático do banco com as específicas características do tomador.[6] É exatamente por saber disso que o funcionário insere dados falsos, de modo a sobrestimar a capacidade de adimplemento da dívida.[7] Resulta de tal manobra administrativa a defraudação da contabilidade da instituição financeira, no sentido de subestimar o risco de determinadas operações de crédito e, portanto, permitir maior amplitude de empréstimo pela instituição.[8]

A superestima da capacidade de crédito ocorre ora por meio da sobrevalorização das garantias, ora por via da desconsideração do comprometimento da garantia com outro empréstimo. Podem ser identificados cinco motivos diversos que, por vezes, são mesmo coexistentes: (1) a obtenção de lucro para a instituição, ainda que por meio de estratégia financeira que coloca em perigo o próprio capital da empresa e a confiança no sistema financeiro como um todo; (2) o cumprimento das metas pessoais de concessão de crédito estabelecidas pela instituição para os seus funcionários; (3) a satisfação pessoal no beneficiamento direto de pessoa, associação, empresa ou partido político; (4) a abertura do caminho para o recebimento ou para a solicitação de vantagem pessoal posterior; (5) a criação da expectativa de obtenção de retribuição imediata pelo funcionário, de acordo com o costume ou o que é razoável supor nas específicas condições do caso.

Certo é que nem todas essas razões compõem o objeto a ser enfrentado nesta oportunidade. Ficam excluídos os motivos 1 e 2, quando não em conjunto com outras motivações. Igualmente, no motivo 3, se volta a atenção tão somente ao atinente àquele beneficiamento revertido em proveito de uma campanha partidária. Já, no motivo 4, se centra na solicitação ou recebimento de promessa de vantagem

5. Mais detalhes, sobre a disciplina jurídica do sistema financeiro, ver RUIVO, *Criminalidade financeira*, p. 79-80 e 174, nota 556.

6. Idem, p. 174.

7. Idem, ibidem.

8. Idem, p. 174-175.

por parte de um partido ou coligação partidária. E, por fim, no motivo 5, se limita à situação do funcionário que beneficia o partido na esperança de obter vantagem em retribuição caso esse seja vitorioso no pleito.

Para além disso, se reconhece quatro modalidades de manifestação da corrupção passiva do gestor bancário: (1) o direto financiamento ilícito do partido político com o simultâneo pedido, aceitação ou recebimento da vantagem, v.g. satisfação de interesse pessoal de favorecimento do partido uma vez que o funcionário é filiado ou apoiador; (2) o direto financiamento ilícito do partido político com a prévia aceitação da vantagem, v.g. o funcionário já deve favores ao partido, pois foi conduzido ao cargo ou à função consciente do dever de beneficiar posteriormente; (3) o indireto financiamento ilícito– por meio da interposição de pessoa, associação ou empresa tomadora do empréstimo a fim de dissimular o beneficiamento do partido – com a prévia ou simultânea entrega de vantagem; (4) o direto ou indireto financiamento ilícitodo partido com a expectativa de posterior obtenção de vantagem pelo funcionário público, v.g. o funcionário percebe ou acredita que o partido beneficiado poderá lembrar dele para a manutenção ou para a concessão de determinado cargo ou função. As modalidades estruturam-se tendo em consideração duas variáveis específicas: a imediatidade do partido na relação de empréstimo e o momento de surgimento do tema da vantagem indevida.

As instituições financeiras – com capital parcial ou totalmente estatal – autorizadas a conceder empréstimos financeiros e financiamentos fazem parte não só da realidade econômica brasileira, mas também europeia em geral.[9] Veja-se, no Brasil, na forma jurídica de empresas públicas, os exemplos da Caixa Econômica Federal (CEF) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e, na modalidade de sociedade de economia mista, nomeadamente o Banco do Brasil (BB), o Banco do Nordeste (BNB), o Banco do Rio Grande do Sul (Banrisul) e o Banco do Estado do Pará (Banpará).

Há também as agências de fomento – anteriormente denominadas bancos de desenvolvimento regional – reguladas pela Res. 2.828/2001 do Banco Central do Brasil, v.g. Agência de Desenvolvimento Paulista (Desenvolve SP), Agência Estadual de Fomento do Rio de Janeiro (AgeRio), Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG), Agência de Fomento do Rio Grande do Sul (Badesul), Agência de Fomento do Estado do Paraná (Fomento Paraná), Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina (Badesc) e Agência de Fomento do Estado da Bahia (Desenbahia).

9. Em âmbito europeu, em Portugal, a Caixa Geral de Depósitos (CGD); na Alemanha, os bancos públicos – v.g., *Landesbank Baden-Württemberg* (LBBW) e *Landesbank Berlin AG* (LBB) –, as caixas poupanças (*Sparkassen*) – v.g., *Hamburger Sparkasse* (HASPA), *Frankfurter Sparkasse* (Fraspa), *Stadtsparkasse München* e *Freiburger Sparkasse* – e os institutos de crédito de direito público (*Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute*), a exemplo do Instituto de Crédito para Reconstrução (*Kreditanstalt für Wiederaufbau* – KfW).

O presente estudo tem o seu significado e a sua justificação realçados no cenário de crescente conscientização a respeito do impacto dos fenômenos de corrupções e lobby no sistema partidário.[10] Não se trata simplesmente de um ato de corrupção isolado, mas o abuso da máquina estatal capaz de ameaçar à legitimidade do Estado por meio do comprometimento da democracia partidária e da igualdade de oportunidades do sistema eleitoral.

2. O ENFRENTAMENTO DOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS

A questão jurídica central consiste em avaliar a viabilidade do fenômeno criminológico configurar eventualmente a realização de dois crimes, de diversa natureza e finalidade de proteção, em cúmulo material. Isto é, se é possível responsabilizar o gestor da instituição financeira pela fraude cometida para encobrir a concessão ilícita do empréstimo – gestão fraudulenta (art. 4.°, Lei 7.492/1986)[11] – e, também, pela corrupta interação que mantém com o beneficiado pelo empréstimo – corrupção passiva (art. 317, CP).[12] Fica assim excluída do presente objeto de análise a reflexão acerca do crime de corrupção ativa (art. 333, CP)[13] por parte do tomador do empréstimo.

Para levar adiante este estudo, deve-se atentar ao ilícito-típico objetivo com especial interesse em alguns pontos, nomeadamente o bem jurídico e a técnica de tutela. Faz-se isso identificando elementos matriciais comuns – tanto no fenômeno criminológico, quanto na descrição do ilícito-típico – aptos a tornar a experiência doutrinal de outros países enriquecedora da reflexão que se propõe.

---

10. Sobre isso, embora não exatamente sobre o tema aqui proposto, o problema do crime de "aceitação de vantagem" pelo funcionário público (§ 331 do Código Penal Alemão) e das doações aos partidos políticos já foi objeto de atenção da doutrina alemã na década de 80, por exemplo, KAISER, "Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme", p. 321-322; SCHEU, "Parteienspenden und Vorteilsannahme", p. 1195-1196.

11. "Art. 4.° Gerir fraudulentamente instituição financeira. Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa".

12. "Corrupção passiva – Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1.° A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2.° Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa".

13. "Corrupção ativa – Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional".

3. O BEM JURÍDICO E A TÉCNICA DE TUTELA DA GESTÃO FRAUDULENTA

Inicia-se por uma parte do problema dogmático já enfrentada em outra oportunidade, de modo que a exata indicação dos resultados exime a repetição exaustiva de todo o percurso argumentativo, que se encontra nas referidas passagens do texto original. A gestão fraudulenta protege um bem jurídico complexo de titularidade supraindividual difusa, por meio da articulação da técnica de tutela estruturada em dois níveis de exposição à ofensividade da conduta, ou seja, num primeiro, a "verdade e a transparência" e, num segundo, o "patrimônio".[14] É um crime pluriofensivo no qual os valores verdade e transparência situam-se mais vulneráveis – suscetíveis à lesão –, enquanto o patrimônio deve ser apenas posto em perigo para que configure o crime.[15]

4. O BEM JURÍDICO TUTELADO E A TÉCNICA DE TUTELA DA CORRUPÇÃO PASSIVA

A doutrina penal tem consciência que o êxito do reconhecimento do bem jurídico – prévio ao interesse político incriminador ou posterior a promulgação da lei penal – é consequência do rigor e da precisão empreendidos na tarefa de desvelamento do fundamento do crime. Portanto, o método de avaliação das diversas hipóteses do bem jurídico apresentadas pela doutrina impõe um percurso de depuração daquilo que é essencial nos crimes de corrupção passiva.

Corretamente se aponta que o bem jurídico tutelado na corrupção passiva é objeto de intenso debate,[16] quer em razão da terminologia não ser unívoca, quer devido à existência de bens autônomos e da diversidade de componentes do bem jurídico complexo.[17] Agora, isso não significa, de maneira alguma, justificativa para a substituição do bem jurídico protegido pela simples "identificação da lesão de um de dever de serviço ou função".[18] A fim de melhorar compreender a diferença entre as concepções do bem jurídico, pode-se eventualmente articular um quadro ilustrativo tendo como critério os interesses em causa, que variam entre individuais, estatais e coletivos.[19]

4.1 Dignidade e prestígio da Administração Pública ou do Estado

A ideia de tutela da "dignidade" ou do "prestígio da Administração Pública"[20] encontra-se ora absoluta e suficiente, ora relativa e associada com outras orientações.

---

14. RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 106-107.
15. Idem, p. 107-108.
16. SCHRÖDER, "Rechtgsgut der Bestechungsdelikte", p. 289; WESSELS; HETTINGER, *Besonderer Teil*, nm. 1106, p. 347; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, *Besonderer Teil/2012*, nm. 9, p. 350; COSTA JÚNIOR, "Art. 317 Corrupção passiva", p. 1041.
17. SOWADA, "Vor §331", nm. 29, p. 28.
18. Idem, nm. 13 e 14, p. 8; KINDHÄUSER, "Voraussetzungen strafbarer Korruption", p. 462 e 465.
19. HEINE, "§ 331 Vorteilsannahme", nm. 2a, p. 2739.
20. FRAGOSO, "Corrupção passiva", p. 1100; PRADO, *Direito penal/4*, p. 529.

É uma noção legatária do direito penal romano[21] com significado de "proibição da aceitação (e oferta) de quaisquer dádivas" sem que necessariamente estivesse em questão a efetiva comercialização do ato administrativo.[22] O acento no "caráter preventivo" é ostensivo, a medida que se destina a "combater a instauração de um clima de venalidade generalizada na Administração".[23] Pois é certo que a palavra corrupção tem na sua origem o vocábulo latino *corrumpere* na acepção de "estragar, viciar, perverter, peitar, subornar". Todavia, aquele vício ou perversão que inicialmente estava associado, em sentido amplo, à relação com uma certa dignidade ou, até mesmo, moralidade, assumiu um novo conteúdo mais específico ao longo dos anos.

Apesar de não se questionar o fato da imagem da administração também ser elemento significativo para a "eficácia ou operacionalidade na prossecução legítima dos interesses"[24] confiados ao Estado, isso não implica assumir exatamente essa proposta como o bem jurídico penalmente tutelado. Não apenas em razão da sua imprecisão e amplitude,[25] mas igualmente porque a indignidade e o desprestígio podem ser fruto de uma série de outras causas absolutamente independentes de práticas corruptas. Diga-se, por exemplo, numa palavra: da ineficiência. Além do mais, não se duvida que o escambo ou comércio secreto de atos administrativos por vantagens ilícitas, mesmo quando desconhecido do grande público, já configura o dano que o crime de corrupção quer evitar.

4.2 *"Moralidade", "probidade" da administração e a "integridade" dos funcionários*

As propostas de proteção do "aspecto moral"[26] ou da "moralidade"[27] da administração apresentam-se bastante próximas ao ponto anterior. Semelhantemente não distantes estão as mais específicas sugestões de tutela da "probidade da função pública" e da "integridade dos seus funcionários".[28] Nessas orientações, percebe-se a notável dificuldade em precisar com exatidão qual seria o conteúdo da tal moralidade passível de tutela pelo direito penal.

Uma possibilidade, com intuito de alcançar base sólida para esse objeto de tutela, seria recorrer ao princípio da moralidade (art. 37 da CF).[29] Ainda assim se

21. Talvez seja a origem histórica uma das razões pela qual essa orientação exerce mais notável influência no direito penal italiano contemporâneo.
22. COSTA, "Sobre o crime de corrupção", p. 57, nota 4.
23. Idem, ibidem.
24. Idem, p. 132.
25. COSTA JÚNIOR, "Art. 317 Corrupção passiva", p. 1041.
26. NUCCI, "Corrupção passiva", p. 12.
27. DELMANTO, *Código penal*, p. 794; NORONHA, "Corrupção ativa", p. 332.
28. BITENCOURT, *Direito penal/5*, p. 77 e BITENCOURT, *Código Penal*, p. 1022; WUNDERLICH, "Corrupção passiva", p. 36, nota 9.
29. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de lega-

deveria colocar inevitavelmente quatro oposições, sendo duas primeiras de ordem dogmática administrativo-constitucional relacionadas aos princípios da administração pública e ao princípio da moralidade.

Primeiro, não há razão para se afirmar que o crime de corrupção tutelaria tão somente a moralidade, enquanto a conduta corrupta igualmente ataca aos restantes princípios da administração, ou seja, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. Segundo, não há definição unívoca e patente do que seja propriamente o conteúdo e o sentido do princípio da moralidade no Estado laico, democrático e secular, a ponto de impedir o prosseguimento da posterior avaliação do eventual merecimento, carência e dignidade (grau) de tutela pelo direito penal.[30] Sobretudo, quando se considera que o direito deve ter uma neutralidade ou reserva diante da intervenção em questões morais.[31]

A essas primeiras, somam-se duas outras críticas de ordem dogmática jurídico-penal. Primeiro, é inviável o tratamento da amplitude de sentido própria dos princípios constitucionais com a especificidade, o rigor e os limites do conceito de bem jurídico-penal. Veja-se o exemplo da indiscutível relevância ética-axiológica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do contraditório, o que não é suficiente para reivindicar a tutela penal deles em toda a sua extensão. Segundo, não menos insuportável é a indeterminação – decorrente da imprecisão originária do bem tutelado – do que poderia ser exatamente a ofensa à suposta moralidade administrativa.

A orientação, com dimensão apenas aparentemente mais concisa, que trata da intenção de proteção da "probidade da função pública" e da "integridade dos seus funcionários" carrega igualmente indesejável vagueza semântica. Por probidade, entende-se, em sentido amplo, a honradez naquilo que se refere à "observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral". Sendo assim, a probidade administrativa consistiria, por antonomásia, na observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral próprios da função pública. Com isso se evidencia que a suposta melhor delimitação do bem jurídico seria, de fato, o seu alargamento, já que a intervenção penal agiria mais que em nome da moral, também em defesa dos deveres e da justiça administrativa.

Por sua vez, a integridade dos funcionários desloca o enfoque da generalidade da pessoa jurídica para a concretude do conjunto de pessoas físicas composto pelos servidores públicos. À primeira vista, poder-se-ia acreditar eventualmente obter ganho na exatidão da descrição, contudo, não é propriamente o que ocorre. A acepção originária de *integritas* remete àquilo que é inteiro, completo ou sem a falta de uma qualquer parte. O sentido figurado permite que seja empregado como

---

lidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)".

30. Para mais detalhes, ver RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 43 e ss.

31. Assim, no iluminismo, por exemplo, KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 337.

sinônimo de retidão, honradez ou pureza inata, o que aproxima inevitavelmente tal sugestão aos problemas anteriormente levantados.

4.3 *"Transparência" da Administração Pública ou do Estado*

O interesse político no desenvolvimento de Estados mais transparentes foi significativamente incrementado na última década.[32] Uma certa compreensão entende a "transparência" da administração pública[33] em conjunto com outros elementos como um dos bens objeto de tutela e, portanto, tal noção aparentaria parcial identidade com o bem tutelado na gestão fraudulenta, nomeadamente na composição "verdade e transparência".[34]

Não se duvida que a transparência da administração tenha efeito dissuasório da inércia, do abuso de poder e, inclusive, da corrupção. Mesmo assim, não se supera o obstáculo que o princípio da intervenção penal subsidiária impõe neste âmbito, haja vista que a opacidade do funcionamento administrativo não é a ofensa ao bem jurídico,,sim, tão somente a situação de risco que pode propiciar o surgimento da verdadeira e específica ofensa ao bem jurídico próprio do crime de corrupção.

4.4 *"Confiança" na administração em geral ou específica na "incorruptibilidade" do funcionário público*

As formulações que têm a confiança como elemento central das suas reflexões possuem basicamente quatro versões. Uma primeira de sentido amplo e abstrato na vastidão da "confiança" na administração como um todo[35] e três outras mais específicas a compor um "bem jurídico complexo" como a "confiança na incorruptibilidade do titular de funções estatais",[36]a "confiança da comunidade na objetividades das decisões estatais",[37]"confiança na integridade e funcionalidade da administração".[38]

---

32. É o exemplo concreto da Lei 12.527/2011 que regula o acesso a informações previsto no art. 5.°, XXXIII, art. 37, § 3.°, II e art. 216, § 2.°, da CF.

33. PRADO, *Direito penal/4*, p. 529.

34. RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 107 e 109.

35. FRAGOSO, "Corrupção passiva", p. 1100.

36. KÜHL, "§331 Vorteilsnahme", nm. 1, p. 1555. Em sentido semelhante, sobre o crime de recebimento de vantagem (*Vorteilsannahme*), KINDHÄUSER, "§ 331 *Vorteilsannahme*", nm.1, p. 1238, e, especificamente, concebendo o bem jurídico como a "confiança pública" na "eficiência e integridade da administração" LENCKNER, "Privatisierung der Verwaltung", p. 539. Sobre a "confiança" da "sociedade" ofendida pelo crime de peita ou suborno do Código Penal brasileiro de 1890, SIQUEIRA, *Direito penal brazileiro*, p. 280.

37. HEINE, "§ 331 Vorteilsannahme", nm. 3, p. 2738.

38. KARGL, "Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität", p. 786 assumidamente no seguimento do que foi desenvolvido por Fritz Loos (LOOS, ",Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", p. 890).

A primeira proposta tem a pretensiosa intenção de tutela da complexidade objetiva inerente à confiança em determinado âmbito da vida por meio dos estritos instrumentos disponíveis ao direito penal.[39] Tal interesse, conquanto seja um referencial significativo na compreensão da corrupção, não apresenta a concretude necessária para ser o valor tutelado pelo direito penal. Aliás, todo ato incorreto ou aparentemente equivocado – ainda que não decorrente de corrupção – realizado pelo titular da função pública coloca em perigo a confiança comunitária na administração.[40] Pois, como reconhecem mesmo os defensores desse entendimento, a mera "aparência de comerciabilidade" do ato administrativo já seria capaz de abalar a confiança da coletividade.[41]

Já a segunda versão, em que pese a perda da exatidão ao apresentar um âmbito muito alargado, traz uma informação realmente essencial no seu âmago. O crime de corrupção articula-se tendo como centro a punição da comerciabilidade do ato do titular da função pública.

A terceira proposta entende que o núcleo de todos os ilícitos de corrupção encontra-se no "perigo comum à capacidade funcional do aparato estatal" que buscaria preservar a "confiança da comunidade na objetividade das decisões estatais"em prol do interesse não propriamente coletivo, senão específico dos "cidadãos individuais".[42] Se é correta a nomeação da titularidade do bem jurídico , não se pode dizer o mesmo especificamente em relação à correta identificação do valor protegido.

A verdade é que não superam as inafastáveis críticas dirigidas à pretensão de tutela da dignidade ou do prestígio da administração. Primeiro, mesmo quando não há publicidade na comercialização do ato administrativo pelo funcionário, continua a existir a corrupção.[43] Segundo, a corrupção não ataca apenas a confiança na capacidade administrativa, mas antes abala a própria capacidade de funcionamento da administração em si mesmo.[44] Terceiro, só faz sentido tutelar a confiança, naqueles Estados em que há de fato uma mínima confiabilidade na capacidade de prestação do serviço pela administração. E, portanto, em hipóteses de notável ineficiência estatal ou de ampla disseminação da corrupção na vida cotidiana não existiria concretamente o bem a ser tutelado.[45]

---

39. Sobre os obstáculos a tutela da confiança pelo direito penal e, mais específico, em relação à "confiança no Sistema Financeiro Nacional", ver RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 87-89.
40. DÖLLING, "Strafvorschriften gegen Korruption", p. 336.
41. KARGL, "Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität", p. 783.
42. HEINE, "§ 331 Vorteilsannahme", nm. 3, p. 2738.
43. COSTA, "Sobre o crime de corrupção", p. 139.
44. KINDHÄUSER, "Voraussetzungen strafbarer Korruption", p. 465.
45. Idem, ibidem.

Por fim, a quarta proposta carrega, no que diz respeito à integridade da administração, todos os problemas de vagueza que já foram expressados acerca da integridade dos funcionários, bem como aquelas oposições que serão apresentadas especificamente para a capacidade funcional do aparato estatal.

4.5 A administração como um todo, o andamento da função administrativa ou a "capacidade funcional do aparato estatal"

Uma visão considera como "objeto jurídico" do crime de corrupção passiva a "administração pública"[46] nos seus "aspectos patrimonial e moral".[47] Decerto tal entendimento oferece pouca informação na especificação e na orientação da interpretação da previsão legal do ilícito, pois não faz mais que repetir aquilo que já consta expresso na alocação sistemática do delito no Título XI – relativo aos "crimes contra a administração pública" – do Código Penal. Além disso, não é correto afirmar que sempre existe a ofensa ao aspecto patrimonial na corrupção passiva. Tome-se apenas um exemplo, a promessa ou a concessão de vantagem indevida ao funcionário desmotivado pela relevante sobrecarga de trabalho tem a intenção que ele atue com presteza e cumpra o seu dever funcional.

Para outros, numa perspectiva significativamente mais alargada, o interesse no "andamento regular"[48] ou no "normal funcionamento" da administração pública[49] deveria ser protegido. Ocorre que ambas as hipóteses não se referem propriamente a valores, antes a funções exercíveis pelo Estado ou, ainda mais específico, à qualidade do exercício das funções administrativas. O interesse na tutela de uma função constitui a extensão injustificada do âmbito de proteção do ilícito, dado que não há função socialmente valiosa que se organize sem ter como elemento nuclear um ou mais valores. São exatamente esses valores que interessam ao penalista investigar e descrever.

Outra orientação semelhante e mais refinada tem afirmado como bem tutelado a "capacidade funcional da administração estatal".[50] É necessário pontuar três

46. FRAGOSO, "Corrupção passiva", p. 1100; TELES, "Corrupção passiva", p. 412.

47. NUCCI, "Corrupção passiva", p. 1012.

48. BALTAZAR JUNIOR, *Crimes federais*, p. 137.

49. PRADO, *Direito penal*, p. 529.

50. Reconhecendo que a capacidade funcional da administração estatal depende da objetividade de fato e da confiança da coletividade na incorruptibilidade do titular da função estatal, MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, *Besonderer Teil/2012*, nm. 9, p. 350. Consta o perigo geral à "capacidade funcional do aparato estatal" como núcleo do ilícito que protege, no primeiro plano, a "confiança da comunidade na objetividades das decisões estatais" em HEINE, "§ 331 Vorteilsannahme", nm. 3, p. 2738. Sobre a capacidade funcional, já antes, SCHRÖDER, "Rechtgsgut der Bestechungsdelikte", p. 291-292.

esclarecimentos. Primeiro, a capacidade funcional da administração depende do correto planejamento e da efetiva execução daquilo que foi planejado. Segundo, a capacidade funcional requer o treinamento e as condições materiais necessárias para o cumprimento das atividades fins.

Terceiro, aqui igualmente apropriado é o exemplo do funcionário desmotivado acima apresentado. O suborno, naquela circunstância, acaba por preservar a eficiência na prestação da atividade fim, porém ilegalmente adiciona custo ao cidadão, em violação direta ao seu dever profissional. Em outras palavras, numa leitura imediata, a capacidade funcional pode ser exercida conforme o planejado, agora, num segundo momento, se identifica que a prestação está em desacordo com a igualdade de tratamento entre a administração e os particulares. Isto é, a capacidade funcional é um conceito demasiado amplo que abarca o fiel cumprimento de uma série de deveres e metas, o que serve para indicar que o bem jurídico deve ser outro.

4.6 Pureza ou originalidade da vontade estatal, a "objetividade das decisões governamentais" ou ainda a "autonomia intencional" da administração ou do Estado

A noção de vontade do Estado ou, mesmo, da administração é o ponto de convergência de três opiniões, a reunir uma série de defensores na Alemanha[51] e em Portugal. Elas são a pureza ou originalidade "vontade estatal",[52] a "objetividade da administração",[53] a "objetividade das decisões governamentais"[54] e a "autonomia intencional" da administração ou do Estado.[55] É verdade que "ao transacionar com

51. Afirma-se que a proteção da "pureza do serviço público" foi o bem jurídico visto pelo legislador alemão de 1975 (WESSELS; HETTINGER, *Besonderer Teil*, nm. 1106, p. 347; ARZT; WEBER; HEINRICH; HILGENDORF, *Besonderer Teil*, nm. 18, p. 1232), todavia, consta igualmente, no projeto de Código Penal de 1962, como objetivo a proteção da "confiança da coletividade na imparcialidade do funcionário público" e na "exatidão objetiva das suas ações" (DEUTSCHLAND/BUNDESRAT, *Entwurf eines Strafgesetzbuches/1962*, p. 648-649).

52. MAURACH, *Strafrecht*, p. 707; HETTINGER, "Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats", p. 2269. Ainda que com uma visão que encontra correspondência entre o conceito assumidamente passível de má interpretação de "confiança da coletividade" e o evitar a "falsificação da vontade estatal", WESSELS; HETTINGER, *Besonderer Teil*, nm. 1106, p. 347.

53. DÖLLING, "Strafvorschriften gegen Korruption", p. 336; KÜHL, "§331 Vorteilsnahme", p. 1555. Nesse sentido, especificamente sobre o crime de recebimento de vantagem (*Vorteilsannahme*), KINDHÄUSER, "§331 *Vorteilsannahme*", nm.1, p. 1238.

54. KÜHL, "§331 Vorteilsnahme", p. 1555. Semelhante "objetividade das decisões estatais", em SOWADA, "Vor §331", nm. 36, p. 31.

55. COSTA, "Sobre o crime de corrupção", p. 146, posteriormente, no mesmo sentido, MELO, "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção" p. 84.

o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados" o que poderia também ser dito como que "abusando da posição que ocupa, se 'sub-roga' ou 'substitui' ao Estado".[56] Isso é o que se buscaria evitar com o crime de corrupção.

Todavia, algumas críticas não podem ficar sem serem colocadas. Primeiro, a tendência à demasiada dilatação da noção de vontade estatal, que se pode constatar por meio de dois exemplos. Aquele que solicita, recebe ou aceita promessa de qualquer vantagem indevida, mesmo que siga a executar rigorosamente os atos sob sua atribuição ou competência conforme a prescrição das diretrizes de regência da função, comete o crime de corrupção passiva simples (art. 317, *caput*). A descrição típica não exige a prática ou a omissão da prática de um ato específico, nem mesmo a violação do dever funcional para a consumação do ilícito.[57]

Também poderá ocorrer que seja oferecida e aceita a vantagem pelo funcionário – depois de devida e corretamente realizada a atividade pública –, numa situação em que, antes da oferta, jamais se vislumbraria a hipótese dela vir a ser feita .[58] Nesse caso, o funcionário, sem sequer cogitar essa possibilidade e igualmente sem sofrer qualquer influência na execução do ato, teria se deixado corromper com a posterior aceitação. Querer encontrar alguma indireta falsificação seja da vontade, seja da objetividade da decisão estatal, a medida em que o servidor aceita o suborno e a intenção administrativa era de que isso não ocorresse, parece impor inevitavelmente o esgarçamento dos conceitos.

Segundo, a pureza da vontade estatal ou administrativa por si só não é reconhecida propriamente como um valor merecedor e carente de tutela penal. Ela passa a receber significado apenas quando direcionada à proteção e à realização de direitos do cidadão. A experiência histórica mostra que por mais fiel na realização da vontade estatal que possa ser a administração, caso não execute efetivamente os interesses do cidadão – quer por incapacidade administrativa, quer por deficiência democrática – tende a aumentar a tolerância comunitária à corrupção.

Não é por menos que uma das medidas de prevenção do fenômeno está diretamente ligada ao aprimoramento da eficiência da prestação dos serviços públicos. Ao fim, o dano provocado pela corrupção não é a adulteração da vontade administrativa, mas exatamente a falsificação da intenção administrativa que vem em

56. Costa, "Sobre o crime de corrupção", p. 144.

57. Ponto que é admitido como "problemático" mesmo pelos defensores dessa orientação na Alemanha, pois mesmo que a "vontade estatal não seja falsificada" pelo "exercício legal do serviço" verfica-se a corrupção passiva sem violação do dever funcional (Arzt; Weber; Heinrich; Hilgendorf, *Besonderer Teil*, nm. 18, p. 1232).

58. O exemplo que é referido na doutrina especializada, assim em Heine, "§331 Vorteilsannahme", nm. 2a, p. 2739.

prejuízo dos direitos e dos interesses do cidadão na situação concreta. Pensar ao contrário, poderia justificar a proteção penal da pureza ou da originalidade da vontade estatal independente do modelo de Estado e de governo em questão, sabendo-se que manter a rigorosa execução da vontade de um Estado ou governo totalitário pode manifestar *per se* desvalor e injustiça.

Terceiro, a autonomia intencional do Estado é violada também por outras práticas diversas da corrupção que nem mesmo caracterizam crime, por exemplo pela administração não diligente, imprudente, negligente ou imperita. Apenas em casos graves e pontuais é que se cogita responsabilizar penalmente o funcionário público e, ainda assim, não por corrupção. E isso certamente não está subordinado à verificação da infidelidade do funcionário à autonomia intencional do Estado, dado que se prende à determinado resultado ofensivo de outro bem jurídico.

5. PROPOSTA DO BEM JURÍDICO E DA TÉCNICA DE TUTELA DA CORRUPÇÃO PASSIVA: DANO À INEGOCIABILIDADE E PERIGO AO VALOR NUCLEAR DO ATO ADMINISTRATIVO

A proposta de identificação do bem jurídico tutelado nas múltiplas e variadas formas de aparição do fenômeno da corrupção impõe inevitavelmente uma certa amplitude capaz de abarcar conceitualmente todas as modalidades. O crime de corrupção protege, em sentido amplo, a inegociabilidade dos atos da administração pública para além dos limites que a legislação autoriza.[59] Aqui não se trata da defesa indireta da lei como instrumento regulatório ou expectativa de conduta, o que se intenciona tutelar é o seu conteúdo a título de expressão do interesse político comunitário dos cidadãos na configuração do Estado e na legitimação da administração pública.[60]

Determinar o que se entende por inegociabilidade exige olhar o seu revés – a negociabilidade –, dado que o inegociável designa exatamente o limite à negociação. Essa pode ser vista como a transação acerca de um objeto com a finalidade auferir benefícios – a partir das prestações e das contraprestações oferecidas – para as partes componentes da relação. A negociação não necessariamente se resume ao comércio ou à transação de valores pecuniários, concebe-se o conceito com suficiente amplitude para abarcar negociações que visam auferir vantagens de di-

59. Com isso se dá melhor definição ao entendimento que vê a "legalidade no exercício das funções públicas" como o bem tutelado (DIAS, "Corrupção passiva", p. 476). Em certo sentido, também em SANTOS, "A corrupção de agentes públicos em Portugal", p. 100.

60. Esse interesse político comunitário na realização do ato administrativo não se confunde com a noção vaga de "interesse público" que aparece como objeto da tutela em ALMEIDA, "Corrupção passiva", p. 68.

versas naturezas, v.g. financeiras, sexuais, morais e ideológicas.[61] O essencial é que ela estabeleça entre as partes um grau de vinculação marcadamente pervertido ou viciado no que diz aos parâmetros éticos que a administração governamental deve seguir.[62] Isto é, o resguardo do âmbito de cuidado dos valores presentes na relação entre os cidadãos e a administração.

A inegociabilidade aqui referida não se aproxima ao sentido ideal, incompatível com a realidade de mercado, da total exclusão do espaço de contratação pelo encarregado da prestação do serviço público, que apenas executaria os atos sob a sua atribuição em estrita submissão à lei na forma típica da competência vinculada.[63] Certo é que o princípio da legalidade não cobre todas as atividades da administração da mesma forma: há algumas com melhor detalhamento da prescrição do comportamento e outras com maior âmbito de autonomia.[64] E isso independe da amplitude da consideração que se tenha sobre a noção de legislação, de modo a abranger resoluções, portarias e ordens de serviço.

Exatamente contíguo à fronteira dos atos vinculados, estão dispostos os atos discricionários aqueles em que existe a "faculdade de praticar ou de deixar de praticar" e, além disso, de escolher entre as possibilidades a que melhor tenha adequação na situação concreta, o que poderia se traduzir como o poder do "se" e do "como" do ato administrativo.[65] Tudo isso não se confunde com o arbítrio ou a ilicitude, a medida em que é uma noção abrigada no conceito de legalidade e de Estado de Direito.[66] Vejam-se dois exemplos. Primeiro, os funcionários dos bancos têm a discricionariedade para negociar – dentro de determinados âmbitos – as taxas de juros e os prazos de pagamentos com os seus clientes de empréstimo. Segundo, as associações empresariais ou de produtores podem negociar com agentes públicos a concessão de certas linhas de empréstimo para o estímulo de determinados ramos econômicos.

Tais práticas são próprias de alguns setores do mercado, nos quais as taxas e os prazos a serem estabelecidos não estão previstos anterior e especificamente em lei. Também é correto que os marcos para esse procedimento estão cobertos pelo

---

61. Assim se supera a críticas daqueles que diante da "vantagem pessoal" de outra ordem diversa da patrimonial, rejeitavam a hipótese do bem jurídico ser a "gratuidade da administração" (HEINE, "§331 Vorteilsannahme", nm. 2a, p. 2739). Na doutrina clássica, em defesa da vantagem necessariamente patrimonial, por exemplo, v. FEUERBACH, *Lehrbuch/1826*, §479, c, p. 405.
62. Em certo sentido, é o que constava na compreensão do "tráfico" como elemento característico do crime de peita ou suborno do art. 214 do Código Penal brasileiro de 1890 (SOARES, *Código Penal*, p. 411).
63. Sobre competência vinculada, ver COUTO E SILVA, "Poder discricionário", p. 99.
64. COUTO E SILVA, "Poder discricionário", p. 98.
65. Idem, p. 98 e 100.
66. Idem, p. 98.

princípio da legalidade e as diretrizes acerca dos benefícios intencionados pelas entidades públicas não são de difícil identificação, portanto somente a negociação que extrapola esses limites é que constitui o ilícito de corrupção. Agora, se a visualização da negociação ilícita é nítida nos atos administrativos vinculados,[67] não se pode dizer o mesmo sobre os atos discricionários.

Pretende-se reprimir a prática do "abuso das competências ligadas ao cargo"[68] por parte do funcionário, pois o titular de uma função pública representa os interesses políticos difusos dos cidadãos na execução da ação administrativa, o que, em nenhuma hipótese, se pode identificar ou substituir ao Estado. Sabe-se bem que o servidor – no exercício das suas atividades profissionais ou em âmbitos a ela relacionado – não se relaciona com empresas ou pessoas na condição de cidadão. Não presta o serviço em nome próprio segundo a sua vontade particular, mas, sim, por determinação legal e orientação ética da administração pública. Logo, qualquer negociação que realize com cidadãos ou empresas deve estar orientada à busca do que é mais interessante para os cidadãos e não para si próprio.

Em sentido específico, o crime de corrupção protege do perigo de dano uma série de valores comunitários, que são o núcleo axiológico de interesses difusos dos cidadãos, confiados ao cuidado da atividade administrativa.[69] Apenas na análise do caso concreto, diante do que era previsto para o ato não corrompido,[70] se está em condições de desvelar especificamente quais interesses e valores foram ofendidos, v.g. a eficiência das diretrizes políticas a serem executadas pela administração e a igualdade de acesso aos serviços estatais.

---

67. Veja-se que a negociação que leva o funcionário a retardar ou deixar de "praticar qualquer ato de ofício" ou a praticar "infringindo dever funcional" autoriza mesmo a aplicação de uma causa especial de aumento de pena até um terço (art. 317, § 1.º), o que consiste na prova de que o bem jurídico tutelado na corrupção simples não é o dever funcional inerente à realização dos atos administrativos vinculados.

68. SOWADA, "Vor § 331", nm. 12, p. 8. De certo modo, é o que constava na compreensão do "tráfico" como elemento característico do crime de peita ou suborno do art. 214 do Código Penal brasileiro de 1890 (SOARES, *Código Penal*, p. 411).

69. É por isso que se afirma a proteção dos "direitos constitucionalmente garantidos dos cidadãos individuais" (ARZT; WEBER; HEINRICH; HILGENDORF, *Besonderer Teil*, nm. 3 e 18, p. 1223 e 1232).

70. Nesse mesmo sentido é a conclusão de Deborah Hellman em estudo específico sobre o conceito de corrupção legislativa nos julgados da Suprema Corte norte-americana. A autora afirma ser a corrupção um "conceito derivado" que depende da "teoria das funções representativas na democracia" e, portanto, a Corte não deveria definir a corrupção sem antes conceituar o que seria o "bom governo". Pois aquilo que é realmente importante em determinada instituição ou agente público não necessariamente se aplica para todos, o que exige o estabelecimento de padrões da função própria não corrompida (HELLMAN, "Defining corruption", p. 1388-1389, 1392 e 1421).

Por fim, especialmente a forma da corrupção passiva imprópria posterior fornece objeto crucial para testar esta proposta. Corrupção passiva imprópria é aquela na qual o funcionário aceita a vantagem depois de realizada a atividade administrativa lícita sem ter sido influenciado por uma eventual expectativa ou insinuação daquele que dá a vantagem. Neste caso, o oferecimento posterior da vantagem ilícita ao funcionário público significa ao menos um ato de oferta abrangido numa negociação que se inicia, quando não, em caso que se desconhece a integralidade dos fatos, consiste na própria contraprestação igualmente elementar da relação ilícita em questão.

No primeiro exemplo, o corruptor oferece a vantagem no intuito de auferir benefícios ou tratamento privilegiado numa próxima vez que precisar de algo perante a administração. A aceitação da vantagem ou da promessa de vantagem basta para a caracterização da lesão ao valor inegociabilidade dos atos da administração pública. No segundo, a negociação estaria consumada e já haveria ocorrido mesmo a prestação por parte do agente público, sendo esperado, portanto, o cumprimento da contraprestação em favor do funcionário pelo particular beneficiado. Em ambas as hipóteses a conduta ofensiva acarreta o dano ao bem jurídico.

6. CONCLUSÕES

O estudo que se procedeu permite elencar algumas conclusões. Primeiro, os ilícitos de ambos os crimes tutelam bens jurídicos com diferentes núcleos axiológicos, a partir de técnicas de proteção igualmente diversas, razão pela qual se pode afirmar não haver sobreposição. Desse modo, os identificados problemas criminológicos relacionados à conduta do gestor financeiro caracterizam mais de um crime na ordem jurídica brasileira, nomeadamente a gestão fraudulenta (art. 4.°, *caput*, Lei 7492/1986) e a corrupção passiva (art. 317, CP). Crimes esses que devem ser imputados em cúmulo material.

Segundo, o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira não exige qualquer intenção específica do agente, na forma de elemento subjetivo especial do tipo, para a sua consumação.[71] Isso possibilita que a intenção do funcionário corrompido não seja integrante do crime de gestão fraudulenta e sim elemento explicativo da relação corruptiva que resulta na agressão do bem jurídico tutelado no crime de corrupção. Terceiro, as variadas hipóteses de benefícios não diretamente econômicas – elencadas no número 1 – caracterizam o conceito de vantagem ilícita.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. "Corrupção passiva". *Dos crimes contra a administração pública*, São Paulo: Saraiva, 1955. (citado: "Corrupção passiva")

71. Ainda que se proponha considerações *de lege ferenda* para incluir no texto legal, RUIVO, *Criminalidade Financeira*, p. 171-176, especialmente, p. 175-176.

ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric. *Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch.* 2. ed. Bielefeld: Gieseking, 2009. (citado: *Besonderer Teil)*

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. "Corrupção passiva (art. 317)". *Crimes federais.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. (citado: Crimes federais)

BITENCOURT, Cezar. *Código Penal comentado.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (citado: *Código Penal)*

_____. Corrupção passiva", *Tratado de direito penal, parte especial.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 5. (citado: *Direito penal/5)*

CAGGIANO, Monica Hermann. "Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais", *Revista de direitos constitucional e internacional.* n. 41. p. 215-240. São Paulo: Ed. RT, 2002. (citado: "Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais")

COSTA, António Manuel de Almeida. "Sobre o crime de corrupção", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia.* Coimbra: Coimbra Ed., 1984. vol. 1. (citado: "Sobre o crime de corrupção")

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. "Art. 317 Corrupção passiva". *Código Penal comentado.* 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005. (citado: "Art. 317 Corrupção passiva")

COUTO E SILVA, Almiro do. "Poder discricionário no direito administrativo brasileiro". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.* vol. 27. n.57. p. 95-109. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004. (citado: "Poder discricionário")

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado.* 7. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2007. (citado: Código Penal)

DEUTSCHLAND/BUNDESRAT. *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, mit Begründung*, Bundesratvorlage, Bonn, 1962. (citado: *Entwurf eines Strafgesetzbuches/ 1962)*

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Art. 447.º Corrupção passiva para acto lícito", *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, Parte Especial.* Lisboa, 1979. (citado: " Corrupção passiva")

DÖLLING, Dieter. "Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Berlin: De Gruyter, 2000. vol. 112. (citado: "Strafvorschriften gegen Korruption")

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.* 9. ed. Giessen: Heyer, 1826. (citado: *Lehrbuch/1826)*

FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Corrupção passiva". *Lições de direito penal, parte especial.* São Paulo: José Bushatsky, 1965. (citado: "Corrupção passiva")

HEINE, Günther. "§ 331 Vorteilsannahme". In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar.* 27. ed. München: Beck, 2006. (citado: "§ 331 Vorteilsannahme")

HELLMAN, Deborah. "Defining corruption and constitucionalizing democracy". *Michigang Law Review.* vol. 111. p. 1385-1422. Ann Arbor: Michigang University, 2013. (citado: "Defining corruption")

HETTINGER, Michael. "Das Strafrecht als Büttel? Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3.11.1995".

Neue Juristiche Woche. vol. 35. p. 2263-2273. München: Beck Verlag, 1996. (citado: Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats)

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. "A corrupção em uma perspectiva internacional". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64. vol. 15. p. 29-56. 2007. (citado: "A corrupção").

KAISER, Eberhard. "Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme". *Neue Juristische Woche*. München: C.H. Beck Verlag, 1981. (citado: "*Strafbare Vorteilsannahme*")

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977. vol. 8. (citado: *Metaphysik der Sitten*)

KARGL, Walter. "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2002. vol. 114. (citado: "Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität")

KINDHÄUSER, Urs. "§ 331 *Vorteilsannahme*". In: _____. *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. (citado: "§ 331 *Vorteilsannahme*")

_____. "Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. n.6. p. 461-469. 2011.. (citado: "Voraussetzungen strafbarer Korruption")

KÜHL, Kristian. "§ 331 Vorteilsnahme". In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 27. ed., München: Beck, 2011. (citado: " §331")

LOOS, Fritz. "Zum ‚Rechtshut' der Bestechungsdelikte". In: STRATENWERTH, Günter. *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin: De Gruyter, 1974.

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick; LEPAGE, Agathe; SALOMON, Renaud. *Droit pénal des affaires*. 2. éd. Paris: LexisNexis Litec, 2010. (citado: *Droit pénal des affaires*)

MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*. 4. ed. Karlsruhe: Müller, 1964. vol.2. (citado: *Besonderer Teil/1964)*

_____; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*. 10. ed., Heidelberg: Müller, 2012. vol. 2. (citado: *Besonderer Teil/2012*)

MELO, Débora Thaís de. "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos" In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; _____. *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. (citado: "Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção")

NORONHA, Edgard Magalhães. "Corrupção ativa". *Direito penal, atualizado por Adalberto José Carmargo Aranha*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol.4. (citado: "Corrupção ativa")

NUCCI, Guilherme de Souza. "Art. 317 – Corrupção passiva". *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. (citado: "Corrupção passiva")

PRADO, Luiz Regis. "Art. 317 – Corrupção passiva". *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 4 (citado: *Direito penal/4*)

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. (citado: *Criminalidade Financeira)*

SANTOS, Cláudia Cruz. "A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência" In: _____; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção, reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. (citado: "A corrupção de agentes públicos em Portugal")

SCHEU, Udo. "Parteienspenden und Vorteilsannahme". *Neue Juristische Woche*. München: C.H. Beck Verlag, 1981. (citado: "Parteienspenden und Vorteilsannahme").

SCHRÖDER, Horst. "Das Rechtgsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamte". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Hamburg: Decker, 1961. (Citado: Rechtgsgut der Bestechungsdelikte)

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro, parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1932. vol.2. (citado: *Direito penal brazileiro)*

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2004. (citado: *Código Penal)*

SOWADA, Christoph. "Vor § 331". In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; SAAN, Ruth Rissing-van. *Leipziger Kommentar §§ 331 bis 358*. 12. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2009. (citado: "Vor §331")

TELES, Ney Moura. "Corrupção passiva". *Direito penal, parte especial*. São Paulo: Atlas, 2004. (citado: "Corrupção passiva")

TORRES FERNÁNDEZ, Maria Elena. "Marco normativo internacional contra la corrupción". In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo; SUÁREZ LÓPES, José María. *Urbanismo y corrupción politica, una visión penal, civil y administrativa*. Madrid: Dykinson, 2013. (citado: "Marco normativo internacional")

YU, Guiying. "Korruption in der Volksrepublick China – Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und Bekämpfung". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2005. vol. 117. (citado: Korruption in der Volksrepublick China)

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits – und Gemeinschaftswerte*. 37. ed. Heidelberg: Müller, 2013. (citado: *Besonderer Teil)*

WUNDERLICH, Alexandre. "Art. 317 – Corrupção passiva". In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal, jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ, 2013. vol. 4. (citado: "Corrupção passiva")

PESQUISAS EDITORIAIS

Veja também Doutrina

- Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais, de Monica Herman Salem Caggiano – *RDCI* 41/215, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 2/1179 (DTR\2002\758);
- Doação eleitoral: Vedações considerações sobre o art. 24, III, da Lei 9.504/1997, de Tercio Sampaio Ferraz Jr. – *RT* 924/191 (DTR\2012\450884); e
- Efetivação da democracia no estado republicano de direito para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, de Regina Vera Villas Bôas e André Kersul Costa Alex – *RDPriv* 59/11 (DTR\2014\9645).

Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva

About the decision that determines a preventive detention

André Szesz

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra e Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Ex-Assessor Jurídico no Superior Tribunal de Justiça. Advogado.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Enquanto as sentenças condenatórias justificam a pena imposta com base na comprovação de fatos passados (crime imputado), as prisões preventivas são fundamentadas, em geral, em juízos de perigo – a identificação da probabilidade de ocorrência de eventos antijurídicos futuros. O presente texto busca explorar os problemas específicos que decorrem desse tipo de decisão que, conforme a tese aqui defendida, pertence a uma classe diferenciada de decisões e requer uma técnica específica. Assim, o procedimento (método) para realização de uma prognose, a incidência da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, a confecção da fundamentação explicitada no decreto prisional, entre outros tópicos, carecem de uma reflexão especial e diferenciada.

Palavras-chave: Prisão preventiva – Decreto prisional – Periculosidade – Prognose – medida de segurança

Abstract: According to the author, while the sentences justify the punishment imposed based on evidence of past events (crime charged), preventive arrests are based generally on judgments of danger – the identification of the probability of future anti-juridical events. This paper intent to explore the specific problems arising from this type of decision that, as it's defended here, belongs to a class of distinct decisions and require a specific technique. Therefore, the procedure (method) for performing a prognosis, the incidence of presumption of innocence and in dubio pro reo, the manufacture of the reasons outlined in prison decree, among other topics, require a special and different reflection.

Keywords: Preventive arrests – Prison decree – Dangerouness – Prognosis – Security measure.

Sumário: 1. Introdução – 2. A questão da periculosidade na prisão preventiva – 3. O que há de comum nas decisões que impõem uma prisão preventiva ou uma medida de segurança – 4. Juízo de prognose como fundamento de uma intervenção estatal – 5. Sobre o método para realização de um juízo de prognose – 6. Presunção de inocência –7. Probabilidade e *in dubio pro reo* – 8. Outras dificuldades relativas à fundamentação da decisão – 9. Conclusão –10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é um dos institutos mais importantes do processo penal, por se tratar de uma das mais drásticas intervenções estatais no plano de liberdades dos cidadãos aplicada sem que os procedimentos de formação da culpa estejam encerrados. Por isso também há um grande interesse dogmático e político no tema. As discussões frequentemente dão ênfase aos problemas referentes à legitimidade dos fundamentos do instituto, à seus limites, à sua conveniência política, bem como à sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Há, por outro lado, outras possíveis perspectivas de análise que aparecem com uma intensidade menor no âmbito da doutrina. O presente texto tem por fim explorar e chamar a atenção para essas outras perspectivas,[1] que, em nossa opinião, merecem igual atenção.

Nosso foco principal são os problemas que derivam da confecção das decisões que decretam uma prisão preventiva – e, portanto, cabe ressaltar, as discussões sobre a realidade do instituto e a maneira como ele vem sendo aplicado transcendem nosso limite. Assim, procuramos apresentar a natureza peculiar dessas decisões, que têm diferenças substanciais em relação às que fundamentam intervenções estatais com base na comprovação de fatos passados. A partir da identificação dessa natureza, podemos articular a problemática dos procedimentos específicos para se realizar um juízo de prognose, do valor jurídico desse juízo, da aplicação de princípios como presunção de inocência e *in dubio pro reo,* das dificuldades para elaboração da fundamentação dos decretos prisionais e para confecção de defesa contra essa espécie de decisão.

Mais do que resolver os problemas abordados, procuramos a articulação dos temas com o auxílio da análise da maneira como eles vem sendo abordados em outros setores do ordenamento jurídico nos quais também nos deparamos com juízos de prognose – em especial no estudo das decisões que impõem medidas de segurança a inimputáveis praticantes de ilícitos típicos.

2. A QUESTÃO DA PERICULOSIDADE NA PRISÃO PREVENTIVA

O tema da periculosidade encontra uma certa resistência no âmbito da doutrina do processo penal relacionada à prisão preventiva e tem sido contornado. O problema maior talvez seja com o próprio termo *periculosidade*, muitas vezes associado com o pensamento autoritário do positivismo criminológico de Ferri, Garófalo, Lombroso e outros,[2] que devido às suas consequências traumáticas[3] no

1. Este artigo é fruto de pesquisa desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Alguns temas aqui apresentados foram abordados mais detalhadamente em "O Juízo de periculosidade na prisão preventiva" (Belo Horizonte: Fórum, 2014).
2. ZIFFER, Patrícia S. *Medidas de seguridad.* Buenos Aires: Hamurabi, 2008. p. 135.
3. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Criminología y Psiquiatría: El trauma del primer encuentro. *Revista Magister: Direito Penal e Direito Processual Penal.* vol. 5. n. 28. p. 69-81. Porto Alegre: Magister, 2009.

Direito Penal, costuma servir, ao menos no plano teórico, apenas como referência negativa. Já no âmbito da jurisprudência, incluindo a dos tribunais superiores, o termo continua sendo bastante utilizado dentro do espaço da prisão preventiva e inclusive possui um sentido especifico.

Apesar dos avanços do pensamento criminológico, seria sem dúvida precipitado considerar que a ideologia do positivismo criminológico foi erradicada e não raras vezes encontramos manifestações doutrinárias que repetem aquela estrutura de pensamento, com outros termos.[4] Na prática processual ela eventualmente também se mostra presente, embora nem sempre de maneira explícita. O termo periculosidade, por outro lado, ganhou contornos diversos e no âmbito da doutrina aparece com maior frequência relacionado com as medidas de segurança, para as quais figura como requisito legal.[5]

A *periculosidade* provavelmente se consagrou entre adeptos do positivismo criminológico após o uso que Ferri deu ao termo, mas a noção já havia sido introduzida anteriormente por Garófalo.[6] Para este, a *temibilidade* (equivalente à periculosidade) seria como um dado naturalístico que poderia ser aferido da análise da personalidade do agente e que justificaria a intervenção estatal para além da medida da culpabilidade. O grau de *temibilidade* poderia indicar que um praticante de um furto leve seria merecedor de uma punição maior do que a de outra pessoa menos *temível*, embora praticante de um furto mais grave. A ideia era que, se a pena deveria se voltar para a defesa social (como defendiam os integrantes da Escola Positiva), ela não poderia estar limitada pela proporcionalidade com o fato praticado e o Estado deveria agir preventivamente quando diante de um "criminoso" perigoso. Assim, esse discurso de perigo tinha por função romper os limites da pena medida pela gravidade do fato praticado e ampliar as possibilidades de punição.

Trata-se de um pensamento notoriamente autoritário e cujas consequências na história do Direito Penal deixaremos de lado, considerando o foco de nosso texto. De nossa análise, é importante constatar que se trata de um pensamento incompatível com um Direito Penal que se pretenda minimamente democrático. Se nos afastarmos completamente dos resquícios da criminologia positivista, a periculosidade

4. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Origen y evolucion del discurso critico en el Derecho Penal.* Buenos Aires: Ediar, 2004.p. 27-29.

5. Eis a redação do Código Penal: "Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
§ 1.º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos."

6. GARÓFALO, Rafael. *Criminología.* Trad. Pedro Dorado Montero. Florida: Valleta Ediciones, 2007. p. 250-262.

pode ser problematizada de uma maneira bastante diversa. Como ponto de partida, cabe defini-la como *uma valoração, advinda de um juízo de prognose, que afirma, com base em elementos colhidos no curso do processo e através de um método específico, a probabilidade da ocorrência de eventos antijurídicos indesejados.*

Com esse sentido, podemos encontrar a periculosidade muito presente em nosso ordenamento jurídico penal. Por exemplo, na execução penal há uma série de benefícios que tomam em consideração juízos de prognose, como a progressão de regime e o livramento condicional.[7] Já para imposição de medidas de segurança a réus inimputáveis uma avaliação de periculosidade é sempre necessária. O mesmo ocorre com as medidas cautelares em geral. Nesses casos, a prognose é diretamente realizada por um juiz ou é elaborada por um perito e posteriormente ratificada pelo magistrado. Há ainda situações diversas em que o ordenamento jurídico admite juízos de periculosidade realizados por outros *atores*, como nos casos em que o perigo é delineado pelo legislador[8] (a exemplo dos crimes de perigo abstrato ou perigo concreto) ou mesmo pela pessoa que atua amparada por causas de exclusão de antijuridicidade[9] (a avaliação do perigo atual que é requisito para ação em estado de necessidade e da agressão iminente que se requer para ação em legítima defesa são também valorações *ex ante* de situações de risco).

Nos tribunais superiores, o termo periculosidade é utilizado com frequência no âmbito das prisões preventivas e tem delineamentos próprios. Ele funciona como fundamento – em geral extraído da gravidade concreta do fato imputado, do *modus operandi*, das condições pessoais do acusado ou de registros de práticas delitivas anteriores – para indicar potencial de reiteração delitiva.[10] Na perspectiva que ado-

7. A realização dos juízos de prognose não é obrigatória de acordo com a atual legislação que regula a progressão de regime (art. 112 da LEP) e o livramento condicional (art. 83 e ss. do CP e art. 112 da LEP). Basta, em tese, o atestado de bom comportamento carcerário. Todavia, os tribunais superiores têm entendido pela possibilidade da requisição fundamentada, pelo juízo de execução, de elaboração do "exame criminológico" para auxiliar a decisão. Nesse sentido: STF, HC 111830/SP, 1.ª T., rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 18.12.2012; STJ, HC 206298/SP, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 20.06.2012.

8. Nesses casos, é no momento da produção legislativa que se faz uma avaliação de perigo. No entanto, ela não se refere a previsões de condutas futuras, mas a desvalorações de determinadas condutas de maneira a justificar a punição antes da efetiva lesão ao bem jurídico. Esse tipo de periculosidade não será abordado neste trabalho.

9. ZIFFER, op. cit., p. 188-189.

10. Observamos os seguintes exemplos: "A periculosidade do agente, delineada pela gravidade *in concreto* do crime, pelo *modus operandi* e por sua personalidade, respalda a prisão preventiva para garantia da ordem pública" (STF, HC 111046/CE, 2.ª T., Min. Cármen Lúcia, *DJe* 31.01.2013); "A manutenção da prisão preventiva justifica-se para resguardar a ordem pública, em razão da inequívoca periculosidade do agente, evidenciada pelo modo de agir na prática do crime de latrocínio, e para impedir a reiteração criminosa, visto que o pacien-

tamos, a periculosidade é mais ampla, pois engloba todos os casos em que se recorre a um discurso de perigo para justificar uma intervenção estatal.

Considerando as pretensões deste trabalho, nossa análise será restrita às hipóteses legais de prisão preventiva definidas no *caput* art. 312[11] do CPP. Observamos que o texto legal delineia perigos que devem ser avaliados pelo julgador e que justificam a intervenção estatal. Essa avaliação é o que denominamos de juízo de periculosidade. Constatamos, assim, que praticamente todas as decisões que decretam uma prisão preventiva realizam um juízo de periculosidade – este vem a ser um elemento integrante do juízo cautelar.

Tratamos primeiramente da exceção: as decisões preventivas decretadas por motivo de fuga do réu (enquadradas na hipótese de "prisão para assegurar a aplicação da lei penal") não dependem de uma prognose, uma vez que se baseiam em um evento passado consumado (a fuga) e há, assim, uma situação atual que inviabiliza a execução penal em caso de eventual condenação. Em nossa interpretação, a prisão preventiva, nesse caso, não tem por fim evitar a realização de um perigo, pois a frustração processual é certa caso o *status quo* seja mantido.

Nas demais situações, encontramos sempre a necessidade de realização de um juízo de prognose, que classificamos em dois tipos: a) uma previsão acerca da probabilidade de uma *determinada* conduta futura praticada pelo *réu* – a qualidade de perigoso é atribuída ao sujeito passivo da medida cautelar; e b) uma previsão acerca da probabilidade de *indeterminadas* reações indesejadas pelo *restante da sociedade* – a qualidade de perigoso não é individualizada e se volta a elementos externos ao processo penal.

Como exemplo do primeiro tipo de prognose, podemos citar as prisões cautelares decretadas por risco de fuga (para assegurar a aplicação da lei penal), por ameaça à instrução criminal (por conveniência da instrução criminal) ou pelo perigo de reiteração criminosa (geralmente relacionada com a garantia da ordem pública). Em todos esses casos o julgador precisa realizar uma avaliação da probabilidade de prática de um ato antijurídico determinado por parte do réu.

No segundo tipo de prognose não há individualização de evento futuro antijurídico indesejado. É o caso de prisão por garantia da ordem pública ou da ordem econômica, quando não há conjugação com perigo de reiteração delitiva. Para simplificar, vamos tratar apenas da hipótese da ordem pública. A primeira diferença

---

te é contumaz na prática de crimes, tanto que encontra-se preso em decorrência de outros processos" (STJ, HC 254585/MG, 5.ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 01.02.2013).

11. *Caput* do art. 312 do CP: " A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

em relação ao outro tipo de prognose é que não há uma identificação clara do risco que se pretende evitar, pois não há um fato antijurídico indesejado definido, como uma reiteração delitiva, uma obstrução da instrução criminal ou uma frustração da execução penal. O risco que se pretende evitar é, ao contrário, um evento incerto decorrente da lesão ou do não restabelecimento da ordem pública. A segunda diferença é a ausência de individualização da realização do risco indesejado, já que este não é atribuído ao réu, mas a terceiros indefinidos. Em outras palavras, o risco é de que a lesão ou a ausência de restabelecimento da ordem pública levaria terceiros à prática de atos antijurídicos indesejados.

Podemos observar que o segundo tipo de prognose é muito mais nebuloso do que o primeiro. Se o próprio conceito de ordem pública já é demasiadamente aberto e convive com fortes críticas a sua legitimidade,[12] a indefinição do que seriam os riscos decorrentes de sua afronta é ainda maior – afinal, não se sabe ao certo o que ocorreria em caso de "desordem pública". Como a hipótese de prisão por garantia da ordem pública está voltada para fora do processo penal e geralmente é relacionada com os mesmos fins atribuídos à pena, talvez se possa dizer – deixando de lado a discussão sobre a legitimidade desses fundamentos – que o que se pretende evitar é o descrédito no judiciário e nas demais atividades do Estado (prevenção geral positiva) ou que a impunidade momentânea do réu estimule terceiros à prática de novos crimes (prevenção geral negativa). Mesmo assim, restam as dificuldades de compatibilidade com o princípio da legalidade[13] e a polêmica com o princípio da presunção de inocência. Por essa razão, para além das críticas da doutrina processual, a jurisprudência dos tribunais superiores tem buscado fixar a necessidade de indicação de elementos concretos do caso para fundamentar o uso dessa hipótese prisional.[14]

---

12. Análises críticas da legitimidade da ordem pública como fundamento de prisões preventivas podem ser encontradas em: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2, p. 103-113; SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: Sérgio Salomão (org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 268-276; WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 163-169; CÂMARA, Luís Antonio. *Medidas cautelares pessoais – Prisão e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 130-135; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Sistema penal democrático y prisión preventiva. In: SANTOS, Marino Barbero (org.). *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997. p. 171-173; GIMENO SENDRA, Vicente. La prisión provisional y derecho a la libertad. In: SANTOS, Marino Barbero (org.). *Prisión provisional, detención preventiva*... cit., p. 151; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 548-553.

13. Vide as referências indicadas na nota de rodapé anterior.

14. Nesse sentido: "A gravidade concreta do delito, revelada pelo *modus operandi* empregado, e a possibilidade de reiteração criminosa são motivos idôneos para a decretação da custódia

Apesar das dificuldades e da indeterminação do conceito, frisamos que há sempre um juízo de periculosidade na decretação de uma prisão por garantia da ordem pública, pois por mais grave que tenha sido o fato, a medida cautelar, ao menos em tese, objetiva o impedimento de eventos futuros.

Para fins de nosso trabalho, resta a importante conclusão de que o juízo de periculosidade é um elemento presente no momento da decretação de uma prisão preventiva.

3. O QUE HÁ DE COMUM NAS DECISÕES QUE IMPÕEM UMA PRISÃO PREVENTIVA OU UMA MEDIDA DE SEGURANÇA

Se podemos afirmar que os juízos de perigo fazem parte das decisões que decretam prisões preventivas, podemos também nos perguntar se a estrutura dessa periculosidade é a mesma que se encontra em outros setores do ordenamento jurídico, que mencionamos anteriormente. Mais especificamente, nosso interesse é saber se podemos encontrar semelhanças com a periculosidade que é requisito para imposição de medidas de segurança.

Para nós a resposta é afirmativa. Tanto o juízo que afirma a probabilidade de realização de uma das hipóteses do *caput* do art. 312 do CPP quanto o juízo que afirma a probabilidade de reiteração delitiva no caso do agente inimputável que praticou ilícito típico são juízos de prognose muito semelhantes. Apesar de servirem de base para institutos com grandes diferenças jurídicas e com consequências jurídicas bastante diversas, são ambas decisões da mesma natureza: fundamentam uma intervenção estatal com base na probabilidade de eventos antijurídicos futuros. Cada uma delas, todavia, apresenta algumas particularidades processuais. No caso da medida de segurança, o ilícito típico praticado (fato passado) deve funcionar como elemento fundamental[15] do juízo de periculosidade e este, embora seja realizado pelo magistrado, é eventualmente orientado por um saber médico, além de que a decisão se dá em um

---

cautelar a fim de garantir a ordem pública, na linha dos seguintes precedentes desta Corte: HC 104.699/SP, 1.ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 23.11.2010; HC 103.107/MT, 1.ª T., rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 29.11.2010; e HC 102.472, 1.ª T., , j. 16.08.2011, rel. o Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux" (STF, HC 111827/PI, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 10.05.2012). "Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base em elementos concretos dos autos que evidenciam a efetiva periculosidade da agente" (STJ, HC 254261/SP, 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 18.12.2012).

15. Acerca da discussão sobre o valor do fato passado na avaliação de periculosidade em inimputáveis (por anomalia psíquica) praticantes de ilícitos típicos, cf. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e "in dubio pro reo"*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 119 e ss.

momento em que a instrução probatória já está formada ou houve um procedimento instrutório autônomo para demonstração da eventual periculosidade. No caso da prisão preventiva, para além da diferença de pressupostos e de se tratar de uma decisão com um grau de provisoriedade maior, o fato passado imputado (crime), embora seja requisito, não é obrigatoriamente o fator fundamental do juízo de periculosidade – como, por exemplo, em uma prisão decretada por razão de tentativas de obstrução da instrução criminal, na qual os elementos preponderantes da periculosidade são também fatos passados (as tentativas de obstrução), mas diversos do crime imputado. Outra diferença significativa é que o juízo de perigo na prisão preventiva é realizado quase sempre sem auxílio de peritos.

A vantagem de buscar semelhanças entre essas duas decisões é que podemos trazer para a prisão preventiva as discussões que já estão mais avançadas no doutrina da medida de segurança, no que diz respeito aos problemas e aos métodos para realização de um juízo de prognose.

4. JUÍZO DE PROGNOSE COMO FUNDAMENTO DE UMA INTERVENÇÃO ESTATAL

Um ponto importante a ser ressaltado é que as decisões que realizam um juízo de prognose possuem uma natureza diferente das decisões que se baseiam em um juízo de verdade. Essa diferença é de uma substância tamanha que exige, em nossa opinião, uma dogmática específica para cada uma delas, uma vez que interagem de maneira diversa com princípios e garantias constitucionais.[16]

As decisões que contêm o que chamamos de "juízo de verdade" são aquelas que fundamentam uma intervenção jurídica com base na comprovação e valoração de fatos passados. Não utilizamos o termo "verdade" no sentido que usualmente aparece nas discussões processuais – a oposição de verdade formal a verdade material ou de verdade absoluta a verdade relativa, que parte de problemas como "há verdade?" e "que tipo de verdade o processo penal é capaz de alcançar?".[17] Em nossa

16. Acerca da natureza diferenciada dessas decisões, também ZIFFER (op. cit., p. 149).

17. Para uma noção geral do tema, cf. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010; GASCON ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. p. 11-167. As posições predominantes na doutrina processual têm sido no sentido da aceitação de um modelo de verdade processual cuja busca é limitada pelo ordenamento jurídico (principalmente em respeito a direitos e garantias do acusado) e que alcança uma reconstrução também apenas limitada dos fatos (Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 193-194; COSTA, José de Faria. *Consenso, verdade e direito*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, vol. 77, 2001, p. 426-427; CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público*. n. 114. p. 74-75. Lisboa, 2008; HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdade en el processo* penal. Trad.

abordagem o termo indica a "força de verdade" que as decisões possuem, uma vez que produzem efeitos reais. Por exemplo, uma sentença condenatória com trânsito em julgado, que fixa uma pena embasada na comprovação juridicamente válida da prática do crime e na justificação (fundamentação) idônea das normas aplicáveis, possui força de verdade na medida em que dá legitimidade ao Estado para a execução da punição e, assim, produz efeitos reais. Esta noção de verdade advém de uma análise dos mecanismos jurídicos por uma perspectiva da legitimação das ações estatais e, por isso, é indiferente à abordagem estritamente jurídica do problema.[18]

A verdade construída durante o processo, portanto, produz a legitimidade para a intervenção estatal. A aplicação de uma pena criminal, em especial penas graves como as privativas de liberdade, representa uma forte intervenção na esfera privada do cidadão, de maneira que requer também uma forte legitimação. Esta tem um alto custo, pois para obtê-la é necessário construir uma verdade respeitando os direitos e garantias do acusado – que impõem limites à produção e à avaliação de provas –, e é necessária a apresentação de uma fundamentação apta a justificar o patamar fixado, mediante o uso de determinadas regras de argumentação jurídica. Trata-se, assim, de uma verdade acerca dos fatos (comprovação dos fatos em respeito aos limites jurídicos) e acerca das normas (fundamentação juridicamente convincente). Embora tenha um custo alto, a ação estatal acompanhada da verdade juridicamente válida tem um caráter de imparcialidade,[19] o que confere a legitimação necessária para as mencionadas drásticas intervenções. Essa é, desta maneira, a regra do ordenamento jurídico: intervenções graves dependem de uma legitimação custosa.

No entanto, há uma série de situações em que, na lógica do sistema processual, o custo da produção da verdade poderia ser maior do que a própria suspensão do sistema de verdade, considerando os fins que se atribuem ao poder punitivo do Estado. Para esses casos, há no ordenamento jurídico um sistema de exceções, em que as intervenções estatais são legitimadas por decisões de prognose – os juízos de periculosidade. Assim, o ordenamento jurídico disponibiliza um mecanismo em que, em situações emergenciais, torna possível uma intervenção drástica da mesma

---

Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Ubijus, 2009. p. 27-28, GUZMÁN, Nicolás. *La verdade en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 19-26; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 30. p. 189-195. Curitiba: UFPR, 1998; BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001. p. 186; BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2011. 39-42).

18. A perspectiva do processo como meio de produção de legitimidade das ações estatais pode ser encontrado em *Legitimação pelo procedimento* (Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980, cf. especialmente partes I e II), de Niklas Luhmann.

19. Nesse sentido, LUHMANN, op. cit., p. 24.

ordem daquelas que dependeriam de verdade. Observamos que, muito embora do ponto de vista intrajurídico não seja possível equiparar pena de prisão com prisão cautelar, de uma perspectiva extrajurídica são ambas intervenções estatais, na esfera de liberdade dos cidadãos, de mesmo porte.[20]

As intervenções legitimadas por juízos de periculosidade, todavia, possuem sempre um caráter provisório, em contradição com o caráter definitivo dos juízos de verdade.[21] Isso porque o grau de legitimidade produzido pela decisão baseada em perigo é muito inferior à daquela que advém de uma comprovação juridicamente aceitável de fatos passados e, além disso, depende de uma constante renovação. Com essa lógica – válida para medidas impostas através de decisões de prognose –, as prisões preventivas podem ser revogadas a qualquer tempo, desde que tenham desaparecido seus fundamentos, e a medida de segurança pode ser revogada quando constatada a cessação da periculosidade.

Observamos, por fim, que se tanto os juízos de verdade como os juízos de perigo são meios de produção de legitimidade, os dois jamais coexistem: só há perigo quando não há verdade. Como sistema de regra e exceção, a intervenção legitimada pelo perigo só ocorre na impossibilidade de confecção imediata de um discurso de verdade e até que este se forme. Ou seja, o réu preso preventivamente só permanecerá encarcerado ao final do processo se houver a sentença condenatória definitiva.

5. SOBRE O MÉTODO PARA REALIZAÇÃO DE UM JUÍZO DE PROGNOSE

Uma vez constatada a importância das decisões de prognose no processo penal, em especial as relacionadas às prisões preventivas, passamos a abordar os problemas referentes à confecção dessas decisões. Sem critérios legais definidos nem um método claramente estabelecido, como deve proceder o julgador para justificar uma intervenção estatal com base em previsão de eventos futuros? Como afirmar de forma juridicamente válida que o réu reincidirá, obstruirá a instrução processual ou frustrará a execução penal – ou, ainda, como afirmar que a liberdade do réu ameaça a ordem pública?

Podemos considerar a existência de um significativo grau de avanço no estudo dos problemas e das peculiaridades relacionadas ao proferimento de uma sentença

20. Com essa perspectiva, também podemos equiparar a pena de prisão com a medida de segurança. Do ponto de vista intrajurídico, essas equiparações são possíveis com a adoção da teoria negativa da pena (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de janeiro: Revan, 2003. p.97-101). Ainda, sobre as semelhanças e diferenças entre penas e medidas de segurança, cf. QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de Segurança se distinguem realmente?. *Boletim IBCCrim*. n. 147. p. 15-16. São Paulo, 2005.

21. Vale ressaltar que esse caráter definitivo não é absoluto, a exemplo das hipóteses de revisão criminal.

de mérito e das demais decisões que se enquadram no que chamamos de juízos de verdade. As discussões doutrinárias percorrem as questões referentes à valoração das provas, da interpretação jurídica das normas, do tipo de argumentação juricamente convincente, dos mecanismos jurídicos para sancionar eventuais carências do texto da decisão etc.[22] O mesmo nível de aprofundamento não se verifica em relação às discussões sobre as decisões que decretam uma prisão preventiva. As obras que abordam o tema geralmente se restringem à polêmica da compatibilidade com a presunção de inocência e à própria legitimidade discursiva do instituto,[23] ao caráter generalizante das hipóteses legais[24] e aos problemas extraprocessuais que derivam dos efeitos reais da legitimação e uso desta medida cautelar.[25] Muito raramente se discute o procedimento para confecção de uma decisão de prognose e as dificuldades dele decorrentes.

Já quanto às prognoses que se realizam no espaço das medidas de segurança – em geral relacionadas ao perigo de reiteração delitiva –, há um avanço considerável que, em nossa visão, pode auxiliar na problemática das prisões preventivas.

Dentro do ordenamento jurídico, há uma série de mecanismos criados para viabilizar que os fatos passados sejam reconstruídos da maneira mais objetiva possível e há também uma delimitação dos meios legítimos e dos ilegítimos para se atingir

22. A exemplo de: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-226; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal. *RBCCrim*. n. 38. p. 122-141. São Paulo: Ed. RT, 2002. BACIGALUPO, Enrique. La motivación de la subsunción tipica em la sentencia penal. *RBCCrim*. n. 21. p. 23-34. São Paulo: Ed. RT, 1998; BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*. Curitiba: Juruá, 2011; LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011; NASSIF, Aramis. *Sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra uma sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011; BLASCO SOTO, Maria del Carmen. *La sentencia em la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed., 1995; BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980 etc.

23. Cf. tópico 6 infra.

24. Especialmente em relação àquelas com fundamentos extraprocessuais (Cf. obras referenciadas na nota de rodapé n. 12 supra).

25. Aqui nos referimos aos estudos sobre questões criminológicas, de política criminal, ou mesmo estatísticos, que envolvem a aplicação prática da prisão preventiva. Cf. SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual – Um estudo sobre prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 109-114; GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010 etc.

esse fim. Essa reconstrução, embora passe longe de uma verdade absoluta, pode atingir um grau de certeza satisfatório,[26] apto a ter força de verdade dentro do ordenamento jurídico. Para os casos em que a certeza suficiente não é atingida, há a aplicação do *in dubio pro reo*. Há também os sistemas de presunções (*iuris tantum* e *iuris et de iure*), que dispensam a produção de prova em favor de uma das partes em determinados momentos. Já quando se fala em eventos futuros, não há nenhum sistema jurídico e nem mesmo um sistema científico aptos a chegar uma certeza. O que é *provável* não é suscetível de prova atual, uma vez que diz respeito a eventos que só o tempo poderá evidenciar.[27] O único objeto de prova admissível seria a própria probabilidade, esta sim quantificável, de maneira que se poderia chegar a uma *certeza da probabilidade*.[28] O problema essencial, portanto, é a definição do método juridicamente válido para se considerar provável o evento antijurídico futuro.

Devido à escassez da discussão no âmbito da prisão preventiva, neste momento podemos recorrer à análise da doutrina da medida de segurança. Cabe inicialmente a menção de que para alguns os juízos de prognose não deveriam ser admitidos no ordenamento jurídico, por serem "absurdos", já que o futuro não é aferível da mesma maneira que o passado.[29] Passando aos métodos, o primeiro deles é o *estatístico*:[30] com base em registros de dados sobre pessoas que reincidiram, o julgador poderia comparar as circunstâncias e as peculiaridades dos reincidentes com as do réu em questão para afirmar a probabilidade de reincidência. Este método, inaugurado pelo sociólogo americano Ernest W. Burgess no início do século XX e desenvolvido posteriormente, consiste basicamente no armazenamento de informações acerca de fatores e características relacionadas às pessoas que reincidiram e às que não reincidiram. Assim, com a identificação de fatores positivos e negativos, formam-se as chamadas *tábuas de prognose*. Como é comum às estatísticas, essas tábuas são acompanhadas de uma margem de erro e, por isso, dependem de uma ponderação e de uma valoração do julgador[31] para embasarem uma decisão, sendo, portanto, meramente auxiliares. Uma das objeções mais frequentes a este método é a grande relatividade dos bancos de informações, que seriam limitados geográfica, histórica e culturalmente. Outro porém é o alto custo de produção desse banco de informações. Ainda, um problema

26. É importante frisar que os fatos objetivamente considerados nada dizem: há sempre uma valoração do julgador, que deve ser apresentada na fundamentação da decisão.

27. MONTEIRO, op. cit., p. 92.

28. Idem.

29. Idem, p. 86.

30. MONTEIRO, op. cit., p. 93-97; ZIFFER, op. cit., p. 158; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 38-39; TAIPA DE CARVALHO, Américo. Problemas de prognose criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 4. p. 48-57. Coimbra, 1978.

31. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 57-58.

fulminante parece ser o demasiado espaço de avaliação de elementos que transcendem o fato imputado para formação do banco de informações, além de que este constitui um fundamento extraprocessual e, portanto, não seria, em tese, idôneo.

Outro método existente é o da *periculosidade presumida*[32] através de critérios legais. Funciona de maneira semelhante ao sistema de provas legais, no qual é o legislador quem define o valor de cada prova. Como a Constituição Federal adotou o sistema da livre apreciação (fundamentada) das provas,[33] o sistema da prova legal foi abolido dos juízos de verdade. Todavia, não raras vezes ele é utilizado no espaço das decisões de prognose, a exemplo da lei de crimes hediondos, que em sua redação original[34] vedava a liberdade provisória e, destarte, estabelecia praticamente uma prisão automática para acusados de crimes hediondos ou equiparados que sofriam prisão em flagrante. A mesma vedação ainda se verifica na Lei de Tóxicos,[35] embora o STF tenha proferido decisões recentes afastando sua aplicação.[36] Dentre os problemas desse método está a ampla generalização por ele provocada, que impede de maneira artificial a existência da dúvida e a validade da convicção da ausência de periculosidade.[37] Outro grave problema é seu aspecto autoritário, já que consiste numa presunção contra a qual as possibilidades de defesa ficam bastante reduzidas.

O método *clínico*[38] é bastante comum no âmbito das medidas de segurança e da execução penal. Consiste numa avaliação das circunstâncias e peculiaridades do réu com o assessoramento de peritos (psiquiatras, psicólogos ou assistentes sociais). A perícia deve realizar o laudo de maneira técnica e indicar a necessidade ou desnecessidade da medida. O juiz pode ratificar ou, de forma fundamentada, refutar o laudo. Dentre objeções a este método, a primeira delas é a inexistência da certeza proporcionada pelo laudo técnico, uma vez que costuma haver fortes controvérsias dentro das ciências auxiliares e os pareceres geralmente se adequam à linha de pensamento adotada pelo perito e que não está imune a questionamentos. Muitos também criticam a maneira como o laudo é realizado, já que frequentemente o procedimento dentro do processo penal é muito mais abreviado do que aqueles

32. MONTEIRO, op. cit., p. 103-106.

33. Art. 93, IX, da CF.

34. A redação original do art. 2.°, II, da Lei 8.072/1990 foi alterada pela Lei 11.646/2007.

35. Eis a redação do *caput* do art. 44 da Lei 11.343/2006: "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.°, 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".

36. Cf. STF, HC 104339/SP, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 05.12.2012. Ainda, o Pretório Excelso já decidiu pela existência de repercussão geral na matéria e atualmente se aguarda o julgamento do mérito (RE 601384/RS).

37. MONTEIRO, op. cit., p. 105.

38. Idem, p. 98-102; ZIFFER, op.cit., 159; ROMEO CASABONA, op. cit., p. 37-38; TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 46-48.

realizados pelos profissionais no espaço privado.[39] Não raras vezes o perito acaba recorrendo às estatísticas ou a experiências anteriores (intuição). No contexto da prisão preventiva seria difícil a aplicação deste método, pois necessitaria de um procedimento autônomo para realização de um laudo, o que esbarraria na demanda de urgência, que costuma acompanhar a medida, além de dificilmente se compatibilizar com a presunção de inocência.

O último método que elencamos aqui é o *intuitivo*.[40-41] O julgador se baseia em sua experiência de vida e em sua prática processual anterior na ponderação da prognose, sem qualquer auxílio técnico. A experiência subjetiva tem um papel preponderante, mas não significa que se trate obrigatoriamente de um juízo irracional,[42] uma vez que as razões podem ser expostas através de argumentação jurídica convincente. Na prática processual é provavelmente o método mais utilizado em decretos preventivos e na execução penal. Uma das críticas mais contundentes a ele é a possibilidade de que os critérios utilizados não sejam demonstrados e nem sejam passíveis de aferição e que se faça uso de fundamentações genéricas e abstratas. Há também o inconveniente de que o amplo espaço subjetivo leva a resultados muito diversos, dependendo da experiência e das posições políticas e ideológicas daquele que está realizando a prognose.

O que há em comum a todos esses métodos é a impossibilidade de confecção de uma certeza jurídica, ao contrário do sistema jurídico de comprovação de fatos passados. Desta maneira, *a dúvida sempre acompanha os juízos de prognose* e, como não é possível se esquivar dela, a questão é delimitar quais são as margens de incerteza admissíveis para decretação das medidas. Sem dúvida, trata-se de um tema que carece de desenvolvimento, no que diz respeito às prisões preventivas.

---

39. Cf. SZAFIR, Alexandra Lebelson. Psicólogos. *Boletim IBCCrim*. n. 243. p. 17-19. São Paulo, 2013. Também FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martim Fontes, 2002. p. 3-9.

40. ZIFFER, op. cit., p.157-158; ROMEO CASABONA, op. cit., p. 37; TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 46.

41. Vale mencionar brevemente um texto de Nelson Hungria, publicado em 1958 (Métodos e critérios para avaliação de cessação da periculosidade. *Revista Forense*. vol. 175. p. 2-24. Rio de Janeiro) que traz uma discussão sobre os métodos para realização de juízos de periculosidade no âmbito penal. Hungria questiona a credibilidade dos métodos de psicologia clínica (psicanálise, behaviorismo etc.) e sugere o uso de máximas de experiência e "senso ético" na análise de inúmeros fatores da vida do réu para realização da prognose propriamente dita. O autor, claramente influenciado pelo positivismo criminológico, advoga pela possibilidade de se ultrapassar o limite da pena enquanto não cessar a periculosidade dos diagnosticados perigosos, sugere que os juízes devem ter um conhecimento mínimo de psiquiatria para poder refutar laudos psiquiátricos que indicam ausência de periculosidade e propõe a aplicação de *in dubio contra reo* (*in dubio pro societate*) em caso de dúvida.

42. ZIFFER, op. cit., p. 158.

Um ponto relevante é que a discussão se complica ainda mais quando se busca encontrar critérios para medir a periculosidade em casos de prisão decretada para garantia da ordem pública ou ordem econômica (quando não há conjugação com perigo de reiteração), em razão do alto grau de abstração desses conceitos.

Com influência das discussões no âmbito das medidas de segurança, Pujadas Tortosa[43] apresenta um método para orientação dos magistrados na realização de medidas de prognose no espaço da prisão preventiva. A autora analisa detalhadamente e passo a passo cada momento intelectual que integra o juízo de prognose. Para avaliação dos pressupostos materiais, em primeiro lugar, conforme a autora,[44] devem ser constatados os requisitos elementares para a medida, os quais incluem a observação da existência de uma relação processual idônea na qual o sujeito é réu.[45] Em segundo lugar, deve-se identificar a existência do risco que constitui uma das hipóteses prisionais[46] (risco de frustração da instrução processual ou da aplicação da lei penal ou risco de lesão à ordem pública ou ordem econômica). Por último, deve ser constatada a periculosidade do réu, que consiste na observação de sua aptidão material e intenção de realização do risco. Estas três etapas integram o diagnóstico e são o ponto de partida do prognóstico – a previsão da futura realização do risco. O juízo cautelar se completa com a realização do juízo de proporcionalidade na escolha da medida aplicável.

Para a realização do diagnóstico, segundo Pujadas Tortosa[47] é necessária a coleta de dados existentes no processo (fatos e indícios produzidos no processo e identificação das normas penais aplicáveis). Feita a interpretação jurídica das normas aplicáveis e uma análise objetiva dos fatos, realiza-se uma valoração da existência do risco processual. Já neste momento há a utilização de um silogismo, que tem como premissa as circunstâncias objetivamente constatadas e as máximas de experiência do julgador. Completado o diagnóstico, deve-se realizar a prognose, através do método eleito, para se concluir a probabilidade de realização do risco processual.

Pujadas Tortosa[48] indica os tipos de lógicas que são aplicadas nesta atividade de diagnóstico e prognose. Para realização do diagnóstico do risco processual, utiliza-se

43. PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 201-225.

44. Idem, p. 203-204.

45. Na lei brasileira, seria o momento para constatar a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" de que fala o *caput* do art. 312 do CPP.

46. Cabe aqui ressaltar que para Pujadas Tortosa a prisão preventiva só é admissível para a proteção do processo (fundamentos intraprocessuais). Por isso a autora não trata em seu texto das hipóteses extraprocessuais (garantia da ordem pública e perigo de reiteração delitiva). Optamos por apresentar sua tese já adaptada às hipóteses do art. 312 do CPP brasileiro.

47. PUJADAS TORTOSA, op. cit., p. 204-207.

48. Idem, p. 207-221.

uma lógica do tipo dedutiva, com base em regras que podem ser extraídas da legislação, como se observa neste exemplo: premissas p1 (fato apenado com uma pena privativa de liberdade) e p2 (para executar uma pena privativa de liberdade é necessária a presença do réu) e conclusões c1 (para executar a pena associada ao fato ajuizado é necessária a presença do acusado) e c2 (não é possível executar a pena associada ao fato ajuizado sem a presença do réu). Já a análise da periculosidade processual conta com dois tipos de lógicas. Na análise da aptidão material há lógica dedutiva, que depende da veracidade das premissas, como neste exemplo: p1 (é provável que a prova C se encontre no computador onde o réu trabalha), p2 (o réu tem acesso ao computador da empresa) e c (o réu tem acesso a uma prova incriminadora). Na análise da disposição anímica há lógica indutiva, que parte de uma fato indiciário e passa por uma máxima de experiência, livremente valorada pelo julgador, como neste exemplo: p1 (95% dos acusados que podem dispor de seu dinheiro o ocultam), p2 (o réu pode dispor de seu dinheiro) e c (o réu ocultará seu dinheiro).

Após a realização do juízo de periculosidade, resta ao julgador a realização da ponderação das medidas a serem tomadas. Pujadas Tortosa[49] desenvolve critérios para a aplicação do princípio da proporcionalidade: é necessário observar o nível de intensidade do perigo, a lista de medidas aptas a neutralizar esse perigo, a eleição da medida mais eficaz e com menor grau de intervenção na esfera do réu e, por fim, a comprovação de que a medida a ser aplicada não é mais grave do que a própria pena a que o réu poderá estar sujeito.

Como podemos observar, Pujadas Tortosa descreve todos os passos pelos quais seria ideal que o julgador percorresse no momento da decretação de uma prisão preventiva. Seria também ideal que todos esses passos fossem descritos na fundamentação do decreto prisional. Sem dúvida este método pode funcionar como um modelo para auxiliar os julgadores na fundamentação desta medida – embora sem ignorar a série de fatores que dificultam a realização de um trabalho tão minucioso, tema que será tratado adiante.

6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Uma polêmica que sempre acompanha as prisões preventivas é o eventual conflito com a presunção de inocência.[50] O foco principal é saber se é possível conciliar um princípio que – no sentido que aqui nos interessa –[51] determina o tratamento do

49. Idem, p. 221-225.

50. Para uma visão panorâmica do tema, cf. ZAFFARONI (et al, op. cit., p. 292-295) e SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 51-59.

51. Além de ser um postulado de tratamento do acusado, o princípio da presunção de inocência também funciona como uma referência valorativa em um modelo de processo penal que estabelece garantias ao acusado frente ao poder punitivo e como uma regra que incide

acusado como inocente até o trânsito em julgado da condenação com um instituto que por razões estritamente processuais ou por razões que se assemelham com os fins da pena representa uma intervenção estatal na esfera das liberdades individuais da mesma ordem que uma pena de prisão.

No espaço das medidas de segurança o problema é menor, uma vez que se tem um fato passado já devidamente admitido como "verdade" por uma sentença condenatória. O ilícito típico praticado serve como referência de periculosidade e os juízos de prognose futuros identificam se houve a manutenção ou cessação da periculosidade manifestada na prática do fato.[52] No âmbito dos juízos de periculosidade realizados na execução penal, há também a referência do crime praticado e as prognoses, quando realizadas, também devem levar em conta os atos passados praticados pelo apenado durante o período do cumprimento da pena.

Em relação à prisão preventiva, no âmbito da doutrina processual há três grupos de respostas para a questão enunciada no início deste tópico.[53] Há aqueles que entendem ser possível relativizar a presunção de inocência de modo a torná-la compatível com a prisão preventiva, atendendo às demandas de segurança pública dirigidas ao Estado.[54] Há também os que rejeitam qualquer tipo de relativização do princípio, por motivo da importância de sua função de garantia do acusado, e o consideram incompatível com as prisões cautelares.[55] Há, por fim, os que entendem que a peculiar condição de réu admite restrições especiais de liberdade no curso do processo, mas sempre por razões exclusivamente intraprocessuais (proteção da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal).[56]

---

no juízo e na avaliação probatória. (Cf. TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocência y prueba en el Processo Penal*. Madri: La Ley, 1993. p. 35-36; PUJADAS TORTOSA, op. cit., p. 35).

52. Há que ressaltar que não se trata de uma posição unânime. Para alguns, o juízo de periculosidade deve ser autônomo em relação ao ilícito típico praticado. Sobre o tema, cf. MONTEIRO, op. cit., p. 137-149.

53. Cf. a classificação proposta por ZAFFARONI (et al, op. cit., p. 292-295).

54. Cf., por exemplo, a posição de PACELLI (op. cit., p. 548-553), para quem em caráter excepcional a presunção de inocência (ou estado de inocência, conforme a tese do autor) pode ser flexibilizada quando outros valores contitucionais igualmente relevantes estão em risco. Esta também é a posição dos tribunais superiores, como podemos observar nos julgados já mencionados neste texto.

55. Como representantes deste posicionamento, mencionamos: ZAFFARONI et al, op. cit., p. 292-295; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Racío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995. p. 549-550 e 555.

56. Cf., também apenas a título exemplificativo, HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia Ziffer. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 106-111; SANGUINÉ, op. cit., p. 294-295; PUJADAS TORTOSA, op. cit., p. 35-45; LOPES JR., op. cit., p. 47-49 e 88-91.

Considerando as pretensões deste trabalho, deixaremos de abordar com maior ênfase essa questão.[57] Apenas ressaltamos que cada grupo de soluções para esse conflito está conectado com uma perspectiva de política criminal específica. A concepção de flexibilidade ou de irredutibilidade do princípio, além da definição do conteúdo integral do princípio, depende da ênfase do autor na função de prevenção de crimes do Direito Penal ou na função de proteção dos acusados diante de intervenções irracionais do Estado.

Quanto à relação do tema com o procedimento de confecção do juízo de periculosidade, o problema maior é o desenvolvimento de um critério para utilização de elementos produzidos no curso do processo que sejam idôneos para fundamentar a prognose sem violar a presunção de inocência. A utilização da "prova do fato" e dos "indícios suficientes de autoria" de que fala o *caput* art. 312 do CPP sem a consideração do réu como culpado é uma tarefa bastante delicada.

A questão pode ser melhor articulada através de alguns exemplos. Nas hipóteses de prisões preventiva por fundamentos intraprocessuais o problema é um pouco mais simples. Uma prisão decretada para proteção da instrução processual pode, em tese, ter um fundamento alheio à culpabilidade do acusado, já que mesmo uma pessoa que não faz parte do processo pode obstruir a produção da prova, embora não possa sofrer a medida cautelar no processo em questão por não figurar como ré. Também um réu efetivamente inocente pode atrapalhar a instrução. Uma prisão preventiva decretada neste caso indica que a proteção da regular prestação jurisdicional é fundamento que autonomamente é capaz de justificar a intervenção estatal. Situação semelhante ocorre no caso de prisão para impedir a fuga, pois não apenas os réus efetivamente culpados podem fugir e a prisão tem um fundamento alheio à culpabilidade. Vale lembrar que a questão da legitimidade destas hipóteses prisionais, de um ponto de vista político criminal, não será abordada neste trabalho.

As dificuldades aumentam nas hipóteses de fundamentos extraprocessuais. A prisão decretada para impedir a reiteração delitiva sofre do inconveniente de que é necessário pressupor que o crime imputado ao réu foi por ele efetivamente praticado. Ainda, é comum nos tribunais as referências a registros criminais anteriores, mesmo sem trânsito em julgado, para justificar a prognose. Aqui seria pertinente a seguinte indagação: será idônea a referência a registros totalmente independentes do crime imputado ao réu e sobre os quais também incide a presunção de inocência? Aqueles que admitem a flexibilização da presunção de inocência não encontram maiores problemas em dar uma resposta positiva a essa pergunta. Mais, ainda resta questionar se qualquer registro criminal anterior seria suficiente para temer a reiteração. Outra hipótese comum nos tribunais é a prisão decretada para garantia da ordem pública pela gravidade concreta dos fatos ou pelo *modus operandi*. São ca-

57. Desenvolvemos o tema em SZESZ, op. cit., p. 51-59.

sos em que é preciso pressupor que o acusado é o real autor dos fatos imputados *ou* que a ameaça de lesão à ordem pública é capaz de embasar prisões independentemente da existência de culpabilidade. Outra justificação frequentemente encontrada nos tribunais é a ligação do réu a organização criminosa – o que estende a atribuição de periculosidade a pessoas que eventualmente não figuram no processo.

7. PROBABILIDADE E *IN DUBIO PRO REO*

Passamos agora a analisar as questões referentes ao limite da dúvida e da aplicação do *in dubio pro reo*. Se, ao contrário dos juízos de verdade, não há nenhum método juridicamente válido que ateste a certeza nos juízos de periculosidade, mas é possível considerar a existência de uma probabilidade demonstrável e juridicamente admissível, podemos então identificar uma questão pertinente: há espaço para aplicação do *in dubio pro reo*?

No âmbito das discussões doutrinárias sobre as medidas de segurança encontramos o desenvolvimento desta questão. A posição tradicional[58] (Stree) é a de que podemos encontrar a dúvida razoável, que suscita a aplicação do *in dubio pro reo*, diante da impossibilidade de se formular, com base nos elementos existentes nos autos, uma prognose favorável ou desfavorável – ou seja, diante da ausência de convicção do julgador. Há outra tese[59] (Terhort) que afasta a aplicação do *in dubio pro reo* no espaço dos juízos de prognose, justificando que a questão pode ser resolvida no contexto da interpretação das normas – se não há convicção do tribunal e esta convicção é pressuposto de aplicação da norma, esta deve ser desativada, como no seguinte exemplo: se uma prognose de reiteração é pressuposto da imposição da medida de segurança e não há convicção desta prognose, a norma simplesmente não pode ser aplicada. Há ainda a tese[60] (Frisch) que pretende uma separação mais clara entre o espaço da análise das normas e da análise dos fatos, de maneira a reduzir a margem de dúvida e igualmente afastar a incidência de uma regra probatória como o *in dubio pro reo* para solução dos casos de prognose. O juízo seria realizado, assim, com base no exame de elementos pessoais, suscetíveis a gerar uma certeza prática, e elementos situacionais, os quais seriam aptos apenas a proporcionar o alcance da convicção de uma "possibilidade verossímil". Nesta tese, a dúvida, em última instância, também recairia na análise da teleologia da norma e na ponderação dos interesses em conflito.

Incide sobre o tema o problema da envergadura do *in dubio pro reo*. Embora no Brasil exista um setor da doutrina que prestigia a tese que defende a possibilidade

58. MONTEIRO, op. cit., p. 107-110.

59. Idem, p.110-113.

60. MONTEIRO, op. cit., p. 113-116. Cf. também ZIFFER, op. cit., p. 183.

de aplicação do princípio para interpretação das normas, quando nenhuma regra de interpretação é suficiente,[61] a posição que entendemos mais coerente é a que restringe o princípio para a avaliação probatória[62] – ou seja, sua aplicação apenas quando a prova existente nos autos não é suficiente para comprovar um fato que incriminaria ou prejudicaria a situação do réu. Em relação à prognose, para muitos é nebuloso o espaço que separa a base de fato do juízo de prognose propriamente dito. Isso porque, sendo a prognose uma valoração, também os fatos só ganham sentido dentro do processo quando valorados pelo julgador. Assim, não haveria uma dimensão clara na qual se pudesse separar a base fática pura. Para Monteiro,[63] apesar dessa nebulosidade, o *in dubio pro reo*, em suma, tem aplicação em tudo que diz respeito à verificação dos fatos passados e não tem validade nos momentos em que se prova a anomalia psíquica e sua persistência, por ser tema competente à perícia científica, bem como não é aplicável aos critérios normativos e de política criminal que limitam a intervenção estatatal mesmo quando constatada a periculosidade, por ser questão de direito. Também Ziffer[64] se posiciona pela inaplicabilidade do *in dubio pro reo* às prognoses, pois "la regla puede servir valorativamente para establecer qué es lo que pasó, pero no lo que va a pasar".[65]

Em relação à prisão preventiva, observamos que a problematização da dúvida é igualmente importante. A dificuldade do julgador é inclusive maior do que no momento de uma fixação de uma medida de segurança, por haver um quadro probatório incompleto (processo em curso e, muitas vezes, ainda no início) e inexistir um procedimento autônomo para verificação de periculosidade. A base fática é em geral mais escassa, o que também amplia as possibilidades de dúvida.

8. OUTRAS DIFICULDADES RELATIVAS À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

A inexistência de critérios legais claros, a ampla margem de subjetividade e as demais problemáticas apontadas anteriormente geram algumas dificuldades para os sujeitos da medida cautelar (passivo e ativo). São elas relativas à confecção da

61. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. I, p. 83-84; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal e o axioma *in dubio pro reo*. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. n. 14. p. 11-13. São Paulo, 1998. LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 42.

62. DIAS, op. cit. p. 215. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 114; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium, 2000. vol. 1, p. 42. MONTEIRO, op. cit., p. 65-67.

63. MONTEIRO, op. cit., p.149-164.

64. ZIFFER, op. cit., p. 177-181.

65. Idem, p. 179.

fundamentação apresentada no papel e à elaboração de uma defesa para refutar um juízo de periculosidade.

Do ponto de vista do réu (sujeito passivo da medida), a maior dificuldade é a formulação de defesa diante de uma decisão que decreta uma prisão preventiva com base em um juízo de periculosidade.[66] Quando se trata de acusação que imputa a prática de um crime (fato passado) e que pretende resultar em uma sentença condenatória, fundada em critérios de verdade acerca dos fatos imputados e das normas aplicáveis, a defesa é formulada nos mesmos termos de verdade: pode-se contestar os fatos com critérios de verdade e contestar as normas aplicadas pelo juiz. Já no caso da prisão preventiva, a defesa não conta com os recursos de verdade para poder refutar a prognose, pois esta não foi baseada em verdade, mas em perigo. A avaliação do perigo da conduta antijurídica futura atribuído ao réu conta com um grande espaço de subjetividade do julgador e a defesa não pode se utilizar igualmente de subjetividade e de valorações próprias. A dificuldade é ainda maior nos casos em que a fundamentação apresentada é genérica e os critérios utilizados para realização do juízo de periculosidade não são demonstrados. A imposição da prisão preventiva muitas vezes também provoca um prejuízo para a defesa como efeito colateral. Isso porque, em geral, enquanto está preso o réu tem maiores dificuldades para a produção da prova de sua defesa quanto ao crime imputado.[67]

Do ponto de vista do sujeito ativo da medida – o juiz que decreta a prisão – há também uma série de dificuldades que podem ser identificadas na prática processual. Estão elas relacionadas com dois tipos de demandas que o magistrado precisa atender no momento da decretação da prisão preventiva: as jurídicas e as políticas.

A exigência jurídica consiste na apresentação de uma fundamentação que cumpra todos os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A tarefa é, contudo, bastante obscura devido à inexistência de critérios suficientemente precisos para que a medida seja utilizada. Assim, resta um grande espaço de subjetividade que deve ser preenchido de forma fundamentada. Em suma, ao decretar uma prisão preventiva, em tese seria necessário que o julgador apresentasse uma decisão que: a) esteja fundamentada de maneira a explicitar os critérios utilizados; b) se utilize de uma racionalidade juridicamente válida e convincente; c) tenha base em fundamentos concretos encontrados no processo; d) demonstre os fortes indícios da autoria, mas não antecipe o mérito; e) respeite a todos os direitos e garantias do acusado, incluindo a presunção de inocência; f) pondere os valores e interesses em questão e justifique a finalidade da medida eleita; e g) demonstre as razões pelas quais uma medida mais leve não seria eficaz. Vale dizer que a explicitação de todos

66. LOPES JR. (op. cit., p. 110-111), tratando de hipóteses de prisão por reiteração delitiva, também chama atenção para a dificuldade de se refutar juízos de periculosidade.

67. FERRAJOLI, op. cit., 558.

esses fundamentos é uma garantia que favorece o acusado, uma vez que este pode ter conhecimento de todas as razões da medida e assim formular uma defesa mais apropriada. No entanto, a elaboração de uma decisão com todos esses pontos é um ideal que está bastante distante de ser alcançado na prática processual.

Podemos enunciar uma série de razões para isso. Em primeiro lugar, há que se constatar a dificuldade mesmo teórica em atender a todas as exigências jurídicas de maneira coerente – as dificuldades técnicas se agravam pelas demandas de urgência. Em segundo lugar, como afirma Andrés Ibáñez,[68] a própria realidade prática da medida é muito diferente da maneira como ela é concebida juridicamente, já que ela possui uma dimensão punitiva não reconhecida pelos tribunais. Em terceiro lugar, e fazendo nova referência a Andrés Ibáñez,[69] há uma carência acadêmica na matéria e mesmo uma ausência de disciplina específica para ensinar aos magistrados essa tarefa.

Além das exigências jurídicas, os magistrados sofrem também uma demanda política. Ela consiste na ponderação dos interesses em questão, que em geral se polarizam na proteção da liberdade do acusado presumidamente inocente e no atendimento das funções de devida prestação jurisdicional (proteção da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal) e de segurança pública e prevenção de delitos (garantia da ordem pública e da ordem econômica). Não há nenhuma fórmula ou método para realização dessa ponderação, nem uma solução única juridicamente válida a ser encontrada, e, na prática, terminam por ser decisivas as concepções políticas e ideológicas do julgador. Há, contudo, que se ressaltar o peso de muitos fatores extrajurídicos que contribuem não raras vezes para uma decisão além da técnica, mesmo apesar da existência de mecanismos jurídicos para preservar a imparcialidade. Nesse sentido, e meramente por exemplo, a pressão da imprensa, que geralmente tende para uma demanda mais repressiva.[70] Muitas vezes o quadro pintado pelos meios de comunicação em casos de grande apelo emotivo gera uma grande expectativa popular de "justiça imediata" em situações que, tecnicamente, não haveria razão para um decreto prisional. Quando a prisão não é decretada nesses casos, ocorre eventualmente uma vilanização do magistrado e a fomentação de uma sensação de ineficácia da Justiça. A influência dos meios de comunicação também se estende para a noção geral popular de que a justiça deve ser imediata, acusados devem responder o processo presos em regra, o ordenamento jurídico penal não é duro o suficiente etc.

---

68. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. El juez y la prisión provisional. In: SANTOS, Marino Barbero (org.). *Prisión provisional, detención preventiva...* cit., p. 25-28.

69. Idem.

70. Acerca da influência da mídia, cf. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *RBCCrim*. n. 42. São Paulo: Ed. RT, 2003.

Na prática processual, apesar da grande frequência de decisões que efetivamente superam as dificuldades elencadas e apresentam fundamentações juridicamente idôneas, não raras vezes nos deparamos com decisões nas quais se verificam algumas consequências das dificuldades em atender as demandas jurídicas e políticas. A consequência mais evidente é a constância de prisões preventivas fundamentadas com poucas linhas e com referência a elementos meramente abstratos e genéricos. Outra consequência é a existência de decisões com os chamados fundamentos *apócrifos*: a falta de correspondência entre os argumentos que realmente fundamentam a medida – por não terem base legal – e aqueles apresentados no papel. Este fenômeno já é conhecido desde o início dos anos 60,[71] mas depende de estudos empíricos para ser constatado. Por isso, podemos apenas especular que se trata de um recurso comum nos casos em que há pressões externas – como a midiática, mencionada anteriormente – que demandam uma punição imediata nos casos em que, apesar da gravidade dos fatos, não há realmente a presença dos fundamentos do *caput* do art. 312 do CPP. Uma terceira consequência é a ocorrência do que, no âmbito das medidas de segurança, é conhecido como *over prediction*[72] – uma supervalorização das prognoses de periculosidade. Ela se explica por dois pontos de partida: a) o erro nas prognoses negativas é fácil de ser percebido – o risco se realiza, o réu reincide –, enquanto o erro nas prognoses positivas é muito difícil ou impossível de ser detectado – uma vez preso, não há como saber se o réu reincidiria se estivesse solto – e; b) nos casos em que um réu pratica um crime grave, sofre condenação, a punição é executada e após seu término há reincidência, as críticas (populares, midiáticas) recaem sobre a legislação. Já nos casos em que é realizado um juízo negativo de prognose e, então, há reincidência, as críticas recaem sobre a pessoa (perito ou juiz) que realizou a prognose. Assim, há uma tendência à supervalorização do perigo em hipóteses de dúvida, uma vez que o perito ou julgador diminui as chances de ter seu trabalho questionado. Trata-se de um fenômeno também passível de ser estudado no contexto das prisões preventivas.

9. CONCLUSÃO

De todos os problemas apresentados nos tópicos anteriores, podemos perceber que efetivamente as decisões que se baseiam em prognose – os juízos de periculosidade – possuem uma natureza diversa daquelas que se fundam na comprovação dos fatos passados. Essa diferença exige uma técnica igualmente diversa, seja para avaliar o conteúdo probatório, para ponderar os interesses em questão, para aplicar as regras e princípios jurídicos, para confeccionar a fundamentação apresentada no papel etc.

71. HASSEMER, *Crítica al derecho...* cit., p. 103-104.

72. Sobre o *over prediction*, cf. ZIFFER, op. cit., 163-164; ROMEO CASABONA, op. cit., p. 39.

Embora aqui não possam ser encontradas soluções para essas questões, acreditamos que chamar a atenção para a necessidade de uma doutrina específica é um passo adiante em prol de um melhor desenvolvimento do tema. Vale ressaltar que, para além da importância do estudo da realidade da aplicação da prisão preventiva e de sua defasagem em relação ao discurso que a legitima, a técnica jurídica é uma importante via de controle da aplicação do instituto e, quanto mais avançadas estiverem a doutrina e jurisprudência, maiores serão os recursos dentro do próprio sistema (ordenamento jurídico) para evitar os excessos e os usos ilegítimos desta modalidade de prisão na prática processual.

10. REFERÊNCIAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. El juez y la prisión provisional. In: SANTOS, Marino Barbero (org.). *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Org.: Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. La motivación de la subsunción tipica em la sentencia penal. *RBCCrim*. n. 21. São Paulo: Ed. RT, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal. *RBCCrim*. n. 38. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *RBCCrim*. n. 42. São Paulo: Ed. RT 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

BLASCO SOTO, Maria del Carmen. *La sentencia em la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1995.

BRUM, Nilo Bairro de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980

CÂMARA, Luís Antonio. *Medidas cautelares pessoais – Prisão e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público*. n. 114. Lisboa, 2008.

COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. 77. Coimbra, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 30. Curitiba: UFPR, 1998.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Racío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martim Fontes, 2002.

GARÓFALO, Rafael. *Criminología*. Trad. Pedro Dorado Montero. Florida: Valleta Ediciones, 2007.

GASCON ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. La prisión provisional y derecho a la libertad. In: SANTOS, Marino Barbero (org.). *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdade en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Trad. Patricia Ziffer. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998.

_____. *Verdad y búsqueda de la verdade en el Processo Penal*. Trad. Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Ubijus, 2009.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Sistema penal democrático y prisión preventiva. In: SANTOS, Marino Barbero. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. I.

_____. Métodos e critérios para avaliação de cessação da periculosidade. *Revista Forense*. vol. 175. Rio de Janeiro.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2000. vol. 1.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o* Habeas Corpus *perante o Superior Tribunal de Justiça. A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NASSIF, Aramis. *Sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra uma sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal e o axioma *in dubio pro reo*. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. n. 14. São Paulo, 1998.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual – Um estudo sobre prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires; Del Puerto, 2000.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SALOMÃO, Sérgio (org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. Psicólogos. *Boletim IBCCrim*. n. 243. São Paulo, 2013.

SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. Problemas de prognose criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 4. Coimbra, 1978.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocência y prueba en el Processo Penal*. Madri: La Ley, 1993.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim IBCCrim*. n. 147. São Paulo, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología y Psiquiatría: El trauma del primer encuentro. *Revista Magister: Direito Penal e Direito Processual Penal*. vol. 5. n. 28. Porto Alegre: Magister, 2009.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Origen y evolucion del discurso critico en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

_____ et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

ZIFFER, Patrícia S. *Medidas de seguridad*. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?, de Gabriel Bertin de Almeida – *RBCCrim* 44/71 (DTR\2003\310);
- Algumas anotações acerca da prisão preventiva, de Fernando Gonçalves – *RIASP* 6/11 (DTR\2000\623);
- Prisão preventiva: Quando e como pode ser representada, requerida e decretada, de Aristeu dos Santos Ribas – *RePro* 8/131 (DTR\1977\82);
- Prisão preventiva sua origem, sua finalidade (para a "revista"), de Anderson Perdigão Nogueira – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/969 (DTR\2012\450189); e
- Subsistência da prisão preventiva e prestígio à sensibilidade do magistrado de primeiro grau na sua decretação, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 793/475 (DTR\2001\479).

Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas

From the limits to evidence-related activity in the criminal procedure: unlawfulness and evidence sharing

Jardel Luís da Silva

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado.

Yuri Felix

Doutorando e Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Penais. Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40.ª Subseção da OAB/SP. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Ex-coordenador do Pronasci/MJ. Advogado criminal em São Paulo.

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O artigo visa traçar breves linhas acerca dos limites à atividade probatória no processo penal. Neste intuito, faz-se uma abordagem crítica das principais teorias que buscam dirimir a controvérsia em torno do tema, tendo em vista a questão do compartilhamento de informações, desvio causal e encontro fortuito da prova. Posteriormente, traçam-se breves considerações acerca da prova ilícita, bem como as consequências de seu reconhecimento com relação às provas derivadas da ilicitude, levando em consideração as teorias que acabam por relativizar a contaminação decorrente da ilicitude da prova.

Palavras-chave: Processo Penal – Proibições de prova – Limites da prova – Prova emprestada – Prova ilícita – Compartilhamento de provas.

Abstract: The article aims to outline brief lines about the limits of evidential activity in criminal proceedings. To this end, makes-a critical approach of the main theories that aim to resolve the controversy surrounding the topic, considering the issue of information sharing, causal deviance and fortuitous meeting of proof. Subsequently, draw up brief remarks about the illegal evidence, as well as the consequences of its recognition with respect to evidence derived from illegal activities taking into consideration the theories that end up relativize contamination resulting from the illegality of proof.

Keywords: Criminal Procedure – Prohibitions of evidence – Limits of proof – Proof borrowed – Proof unlawful – Sharing evidence.

Sumário: 1. Da prova no processo penal – 2. Dos limites à atividade probatória: 2.1 Compartilhamento de informações e prova emprestada; 2.2 Desvio do vínculo causal, especialidade e conhecimentos fortuitos; 2.3 Prova ilícita – 3. Conclusão – 4. Referências.

1. DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Os processos podem ser tidos como o que Cordero denomina *máquinas retrospectivas*, em que formuladas várias hipóteses históricas pelas partes, é necessário verificá-las, local em que as provas seriam o meio pelo qual é possível realizar esta tarefa de verificação das hipóteses.[1] Partindo de tal posicionamento, as provas poderiam ser tidas como os meios pelas quais se fará a reconstrução deste fato pretérito, necessário para apurar as circunstâncias do fato delituoso, que culminará, ao final do ritual processual, na decisão judicial.[2]

Carnelutti aduz que as provas são os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar, podendo ser comparadas às chaves, mediante as quais se abrem as portas do desconhecido para saber o que ainda não se sabe.[3] E no destaque realizado por Aragoneses Alonso, a prova visa o *convencimento psicológico* do juiz ou Tribunal a respeito dos fatos alegados no processo.[4] Em outras palavras, de acordo com a função cognoscitiva-reconstrutiva do material probatório, é por meio da prova que são introduzidos no processo penal os fatos e circunstâncias de um crime, sendo que tudo o que importar ao convencimento do julgador evidencia a função persuasiva da prova.[5]

Esse convencimento do juiz, feito por meio do processo judicial, deverá necessariamente obedecer aos princípios constitucionais assegurados na Carta Magna, bem como aos preceitos estabelecidos no Código de Processo Penal, a fim de que a sentença judicial proferida seja legítima. Dessa forma, pode-se chegar à conclusão de que os atos de provas aptos a fundamentarem a sentença são aqueles praticados durante o processo penal propriamente dito, à luz da garantia de jurisdição e demais regras do jogo no devido processo penal.[6]

Porém, em razão do desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade e a honra da pessoa humana acabam se tornando mais vulneráveis, o que implica na necessidade de maior cuidado por parte do Estado quando da outorga de mecanismos tendentes à repressão da criminalidade, a fim de não acabar autorizando

1. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá. Temis, 2000.vol. 2, p. 3.
2. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 535-536.
3. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Processo Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950. vol. 1, p. 290 e ss.
4. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Madrid: Rubi, 1981. p. 283.
5. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162.
6. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 547.

invasões desnecessárias ou desmedidas na vida das pessoas.[7] Ao invés de se adotar a procura sem limites pela "*verdade*",[8] vigora hoje a regra de que toda a atividade probatória que implique uma intervenção relevante nos direitos individuais postula invariavelmente a necessária legitimação legal. Neste contexto, a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de persecução penal, que detém o primado.[9]

Nessa senda, Mittermaier destaca que os motivos que guiam o legislador ao estabelecer os parâmetros acerca da prova são os mesmos que presidem a organização do processo criminal, que, na opinião do autor, podem ser resumidos em três pilares, sendo o interesse da sociedade na punição do culpado; a proteção devida às liberdades individuais e civis, que podem ser gravemente comprometidas durante o processo criminal; e, por último, mas não menos importante, a necessidade de nunca castigar a um inocente.[10]

Igualmente merece consideração a função de garantia ínsita da delimitação dos temas sobre os quais pode versar a prova, pois o conhecimento judicial implica exercício de poder e, em razão disso, não deve significar uma faculdade absoluta de intromissão em assuntos públicos ou privados estranhos aos fatos investigados.[11] Logo, justamente no tema das proibições de prova se demonstram as antinomias basilares do processo penal, especialmente a conflitualidade estrutural entre o Estado e o indivíduo, sendo que com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, o estado se veria desautorizado na tarefa ética que, por meio da persecução penal, lhe cabe cumprir.[12]

Aliás, quanto maior for a importância do objeto, tanto mais deveremos utilizar da prudência em tratá-lo, assim como maior é a exigência de garantias em sua abordagem.[13] Nesse espaço é que a discussão acerca dos limites à atividade probatória, que envolve o tema das proibições de prova, compartilhamento, prova ilegal e co-

---

7. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 90.
8. A respeito do tema, com propriedade, indica-se: TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.
9. COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 22.
10. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc.* Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. p. 14.
11. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997., p. 131 ss.
12. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 43 e 66.
13. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, op. cit., p. 55.

nhecimentos fortuitos, assume especial relevância, principalmente em um mundo da vida em que a violência da aceleração e do desenvolvimento tecnológico ditam as regras em nome da eficiência. Neste sentido, nos encontramos em um recorte histórico em que se viver nele, como bem apontou Ortega y Gasset tornou-se "escandalosamente temporário",[14]de tal maneira que se pode constatar, de forma bizantina, que tudo que se encontra sob o sol – e inclusive o próprio astro solar – está em constante fluidez/movimento, superando e muito a concepção de universo rígido, de fixidez e, mas principalmente de uma temporalidade linear. O tempo e a epistemologia da incerteza estão no topo, em um local privilegiado, das necessidades e angústias da sociedade contemporânea.

E assim, os problemas atuais do processo penal, ainda mais no delicado tema que se refere às provas, seu compartilhamento e suas limitações, passam a ter maior relevo e destaque no que tange ao aperfeiçoamento de um processo penal que realmente atenda às regras do jogo e às garantias constitucionais. É sabido que a tecnologia alçou o indivíduo a um patamar jamais imaginado. Com muita sensibilidade, Suannes aponta que o avanço do conhecimento é a marca preponderante que difere o homem de hoje das gerações que o antecederam e que o conhecimento científico acumulado no final do século XX não possui paralelo em toda a história da humanidade. Ainda, de forma lúcida, assevera que "nos últimos cem anos o ser humano aprendeu mais sobre tudo o que o cerca e sobre si mesmo do que durante todos os séculos anteriores juntos".[15]

Esta é a conjuntura que está inserido o presente debate no "*espírito do tempo*"[16] da sociedade contemporânea, sendo esta, ainda, baseada sob pilares que não são mais dotados de capacidade para oferecerem respostas à complexidade dos fenômenos da atualidade.[17] Assim, a única certeza hoje é a instabilidade e a incerteza, o que desde logo evidencia a cabal necessidade de se ter noção de que o risco faz parte do jogo do processo[18]e que tornou-se imperiosa, não obstante a valorosa contribuição em sua época, a adequada releitura e superação da compreensão do processo

14. BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. vol. 2, p. 168.

15. SUANNES, Adauto. Entre a civilização e a barbárie. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 67-68.

16. "*Espírito do tempo*" é como Franklin L. Baumer denominou o *devir* ou o *sentido do devir*. Op. cit., p. 181.

17. MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: _____; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 239-254.

18. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

como uma relação jurídica processual,[19] estável, onde os atores sabem exatamente seus devidos lugares e posições, de modo a agirem em colaboração mútua para o desfecho do caso penal, isso se encontra diretamente ligado ao tema da prova que se falará a seguir.

2. DOS LIMITES À ATIVIDADE PROBATÓRIA

Inicialmente, pode-se destacar que as proibições de prova são as proibições de investigação de determinados fatos relevantes para o objeto do processo, assim como proibições de levar determinados fatos ao objeto de sentença.[20] Diante disso, há uma distinção aceita na doutrina sobre a diferença entre as *proibições de produção de prova* (limitação ao nível dos fatos a investigar), e *proibições de valoração de prova* (impedimento que determinados fatos sejam objeto da sentença).[21]

E é justamente a mediação entre os dois momentos que oferecem à doutrina e à jurisprudência o horizonte normativo e dogmático de superação dos problemas fundamentais das proibições de prova.[22] Nesse espaço, surgem diversas teorias que buscam oferecer resposta ao referido problema. De acordo com a *teoria da esfera jurídica*, será passível de revisão apenas a violação da lei processual, e, por consequência, a violação da proibição de prova, que atingir, de modo essencial, a esfera jurídica do acusado, hipótese que equivale a excluir completamente as meras irregularidades processuais como passíveis de interposição de recurso.[23]

Na *teoria da esfera jurídica*, de origem jurisprudencial alemã, o acusado só poderá interpor recurso se houver comprovado o prejuízo, sendo que não está legitimado a recorrer em nome da garantia de conformidade do processo aos princípios do Estado de Direito. Essa teoria é majoritariamente rejeitada pela doutrina, pois ao acusado devem assistir os direitos de que sejam observados os preceitos preordenados a sua tutela, assim como que seja assegurada sua conformidade com a ideia de justiça.[24]

Consoante ressalta Gössel, no caso de admissão da teoria da esfera jurídica, para além da insustentabilidade de que os preceitos processuais possam ser violados

19. BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

20. GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad. Manuel Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 2. fasc. 3. p. 397-441. jul.-set. 1992.

21. Idem, p.399.

22. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 90.

23. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 403.

24. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 92 e ss.

sem qualquer consequência, a crítica que se faz é a de que não configura um princípio compreensivo de todos os casos, não podendo ser realizada uma demarcação com sentido e ajustada à lei da *esfera jurídica* do acusado.[25]

Outra teoria utilizada para a resolução da problemática da proibição de valoração é a *teoria dos três graus*, igualmente de criação jurisprudencial, em que se distinguem três esferas da vida privada. Na primeira *esfera* está a intimidade, área nuclear, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares, o que significa proibição radical de todas as provas que contendam com este círculo. Em segundo lugar, haveria a área normal da vida privada, em que o seu sacrifício no processo penal estaria legitimado nas ocasiões em que seria adequado para guardar valores ou interesse *superiores*, respeitadas as exigências da proporcionalidade (repressão da criminalidade mais grave). Já em terceiro lugar estaria a área periférica da vida normal, hipótese em que as lesões em caso de invasão seriam socialmente toleradas.[26]

Na utilização da teoria acima referida, fundamental, em primeiro lugar, a delimitação da esfera da intimidade como área nuclear, que goza de tutela absoluta, sendo vedada a ingerência das autoridades responsáveis pela investigação. Para tal demarcação, aponta-se que é a *relação social* o critério decisivo de demarcação entre a intimidade protegida de forma absoluta, e os demais aspectos da vida privada, que podem ser sacrificados, mediante interesse legítimo de tutela. Em outras palavras, nas hipóteses em que a investigação dos fatos ou a sua valoração como fundamento da decisão implicar um atentado à área em que o arguido vive e atua à margem da relação social, tal intromissão será inadmissível, induzindo a uma invencível proibição de valoração.[27] Costa Andrade ressalta que um dos problemas da teoria dos três graus é a dificuldade em se estabelecer seguramente a demarcação das fronteiras que separam as três áreas e os respectivos regimes, ou seja, há uma dificuldade prática de se estabelecer em qual das três esferas a pessoa estaria sendo atingida.[28]

Outra teoria que busca solucionar a problemática dos limites à atividade probatória é a *teoria da ponderação*, em que deve haver uma resposta normativa para saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração, fazendo *"relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e carência de tutela do interesse sacrificado"*.[29] Também foi criada a *teoria da gravidade*, que aponta que seria a gravidade da infra-

25. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 404.

26. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 94 e ss.

27. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 426 e ss.

28. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 97.

29. Idem, p. 100.

ção à lei, em se tratando de produção de prova, que estabelece a proibição (ou não) de valoração da prova.[30]

Acerca do argumento da utilização do critério da proporcionalidade para verificação da necessidade de exclusão de provas obtidas sem a observância das garantias constitucionais, Gomes Filho acrescenta que uma disparidade de tratamento, com base na gravidade dos crimes, conduziria a uma sistemática violação à presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves. Além disso, a qualificação como crime mais grave durante as investigações acabaria por abrir espaço para uma incontrolável discricionariedade dos agentes policiais.[31]

Sob outro aspecto, a doutrina do *fim de proteção da norma* busca a razão que a norma visa proteger como forma de estabelecer a possibilidade de valoração da prova. A crítica que se faz, justamente, é a dificuldade, por vezes, da identificação do fim de proteção de algumas normas processuais, dependendo da análise do intérprete.[32] Assim, Costa Andrade evidencia a necessária renúncia à pretensão de um princípio único de sistematização dogmática, pois só a partir do caso concreto se poderá atualizar o sentido normativo de princípios operativos como a ponderação de interesses e a proporcionalidade, na medida em que devam ser pertinentemente invocados.[33]

A conclusão exposta por Gössel aponta para o fato de que a identificação da violação das normas relativas à prova dos fatos é questão vinculada ao teor literal e enquadramento sistemático dos dispositivos legais pertinentes, de modo que deverá ser feita a partir da interpretação sistemática e conjugada dos preceitos legais como um todo, sendo citado pelo autor o texto constitucional e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[34]

Todavia, o autor referido no parágrafo anterior sustenta a importância da utilização da teoria das três esferas, sendo que fora da área nuclear, deveria ser utilizado o critério da *ponderação* entre os interesses da perseguição penal (abertura às exigências da política-criminal) e a proteção da personalidade. Ademais, nos casos em que a violação das proibições de prova pode ser sanada, a referida proibição deve ser afastada. O que induz que a consequência da possibilidade de revisão da decisão só se verifica quando a sentença assenta na violação de uma proibição de prova previamente definida, sendo indiferente se os fatos que constituem o fundamento da sentença tenham sido obtidos de forma legal. Em tal tarefa, o autor afirma a necessidade da verificação do *nexo de causalidade* entre a

30. Idem, ibidem.

31. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 106.

32. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 103 e ss.

33. Idem, p. 115.

34. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 439.

sentença e o ato reclamado, sendo aferido apenas quando a sentença efetivamente for fundamentada na violação da lei, negando-se a hipótese de recurso quando não for a causa real da sentença.[35]

Acerca disso, necessário apontar que, embora possa parecer admissível sob uma espécie de compensação de vícios, não é suficiente que se recuse a valoração da prova para efeitos de convicção e de sentença, o que em uma análise superficial, erradicaria o vício da produção proibida da prova. Tal exercício não é suficiente, pois a simples produção da prova já serve para prejudicar, de forma invencível, a convicção do julgador.[36]

O que se pode facilmente perceber é que diversas foram as tentativas de solucionar o problema da limitação à atividade probatória no contexto do processo penal, porém, ao que tudo indica, ainda não foi possível solucionar com completude a gama de questões advindas de tal problemática. Ainda assim, parece evidente que a adoção de qualquer teoria deve partir da noção de que o processo penal deve primar pela observância das garantias fundamentais dos cidadãos, com destaque para o campo probatório. Nesse aspecto, não pode ser afastada a ideia de que a inobservância da forma conduz à inviabilidade de sua utilização em prejuízo do acusado.

2.1 Compartilhamento de informações e prova emprestada

Frequentemente nos deparamos com situações em que o Estado detém legitimamente informações que não pode, pura e simplesmente, valorar em processo penal. O exemplo utilizado por Costa Andrade diz respeito às informações colhidas no contexto de ação tributária em que o particular apresente oposição a sua valoração processual. Isso em nome do que o autor classifica como *princípio da vinculação final da informação*, que se complementa pela continuidade do domínio do indivíduo sobre a informação. Assim, destaca-se que o portador do direito pode, na base de seu direito de domínio, opor-se à utilização não consentida da informação, dirigindo-se a sua exigência de defesa contra a valoração não autorizada da informação, não contra sua obtenção.[37]

Nesse sentido, em princípio, cabe a cada cidadão, ele próprio, decidir quanto e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados, evidenciado como o direito de autodeterminação sobre a informação. Obviamente, tal direito não merece tutela ilimitada, pois como ser social por natureza, o homem precisa suportar limitações ao seu direito de autodeterminação em nome de interesses da comunidade. E ainda não existem critérios suficientes, de modo preciso e vincu-

35. Idem, p. 439-440.

36. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 61.

37. Idem, p. 57.

lado a um domínio específico, na determinação da finalidade da utilização dos dados, assim como critérios que estabeleçam uma proteção contra a frustração, e principalmente, a adulteração da finalidade, a possibilitar a proibição da divulgação ou valoração desses dados.[38]

Em tal contexto, surge a importância da questão da prova emprestada, que pode ser tida como aquela prova obtida que, originariamente, fora produzida em processo diverso. Importa observar que as provas obtidas mediante procedimento de quebra de sigilo (bancário e fiscal, por exemplo), não podem ser simplesmente compartilhadas em outro processo, uma vez que a autorização judicial para quebra de dados não transforma esses documentos em públicos. Ademais, em relação às provas testemunhais e técnicas, a limitação na transferência torna o vício processual insuperável, pois se os processos não são conexos (art. 76, III, do CPP[39]), então há outra instrução e outro julgamento, em que as provas testemunhais e técnicas deverão ser produzidas em relação específica ao fato posto ora julgado, pois é impossível negar que a prova produzida está vinculada a determinado fato e a um acusado, específico.[40]

Acerca da problemática da utilização da prova obtida em procedimentos diversos, Bajo Fernandez e Bacigalupo expressam importante advertência no campo dos crimes tributários, pois em matéria de direito administrativo sancionador fica clara uma inversão da *carga da prova* que é absolutamente incompatível com o princípio da presunção de inocência no processo penal. Ou seja, fica evidente que as presunções estabelecidas em âmbito administrativo não podem constituir provas no âmbito penal.[41]

Logo, importante consignar a menção realizada por Lopes Jr. quando refere que o diálogo que se estabelece com a prova é estritamente vinculado ao fato que se está a apurar ou negar. Assim, provas técnicas e testemunhais deverão levar em consideração o fato concreto, não sendo viável o compartilhamento em diferentes processos, ainda que com o mesmo acusado, se os fatos e circunstâncias apurados são diferentes.[42] Evidente que somente se determinados sujeitos tiveram condições de participar na formação da prova, exercitando efetivamente o contraditório, que haverá um controle aceitável para fins de utilização na verificação de um fato.[43]

---

38. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 432.
39. Art. 76. A competência será determinada pela conexão: (...) III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.
40. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 584.
41. BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 265.
42. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 584.
43. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 82.

Disso se extrai a inviabilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos de diferente natureza, com graus distintos de participação do acusado, e, especialmente, mediante formas diversas de abordagem dos preceitos constitucionais. Essencial, portanto, a observância da vinculação causal da prova, tema que se passará a abordar no tópico seguinte.

2.2 Desvio do vínculo causal, especialidade e conhecimentos fortuitos

A denominada vinculação causal pode ser tida como a necessária observância que se deve resguardar em relação à prova quanto ao ato judicial proferido que determinou a produção desta. Como exemplo, temos o caso da busca e apreensão em um delito de tráfico de drogas, em que também são apreendidos documentos relativos a um crime tributário. Igualmente, a interceptação telefônica autorizada para a apuração de determinado fato criminoso, mas que no decorrer do ato surgem provas da prática de outro delito.[44]

Nesse contexto, assume especial relevância o princípio da especialidade da prova, já que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a quebra de dados – bancários, fiscais ou telefônicos –, é *vinculado* e *limitado*. O contexto fático da medida é que justifica sua imposição, atribuindo um caráter especial e excepcional à decisão, que está vinculada ao pedido, assim como vinculante ao material colhido, pois a medida autorizada está restrita à apuração do crime que ensejou a decisão judicial.[45] Desta maneira, surge a importância do debate acerca dos *conhecimentos fortuitos*, ou seja, aqueles fatos ou conhecimentos recolhidos por meio da realização legal de interceptação e gravação de comunicações e conversações telefônicas e que não se reportam ao crime que fundamentou o recurso a este meio de obtenção de prova.[46]

Gössel destaca o problema de saber de que maneira os conhecimentos resultantes da escuta podem ser valorados contra o interlocutor ou contra terceiros. Para resolver a problemática, o autor aponta a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que permite a limitação apenas das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que seja indispensável para a proteção de bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente. Destaca, ainda, que os conhecimentos fortuitos só poderão ser valorados contra terceiros quando contra estes possa se afirmar a existência de um crime que a lei autorizaria a escuta (crime de catálogo) ou que esteja em conexão com este.[47]

---

44. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 584.
45. Idem, p. 585.
46. GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010. t. I, p. 560.
47. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p. 414.

De acordo com Guedes Valente, a problemática dos conhecimentos fortuitos se relaciona com o princípio geral de prevenção criminal (perseguição criminal), mas que se encontra limitado à Constituição e à lei, especialmente pelos direitos, liberdades, e garantias dos cidadãos. Ademais, as interceptações e gravações de comunicações são um meio de obtenção de prova dotado de excepcionalidade, que mesmo quando autorizado por decisão judicial fundamentada, acaba por ferir "ferozmente" direitos fundamentais pessoais, o que indica uma danosidade social qualificada. Diante disso, a mesma excepcionalidade que deve fundamentar o momento do requerimento e de sua autorização deve nortear a questão da proibição ou não da valoração dos conhecimentos fortuitos, o que deve ser realizado analisando o caso concreto, sem olvidar da realização da interpretação restritiva em sua análise.[48]

Nessa busca de equilíbrio, o autor referido logo acima defende que devem ser valorados os conhecimentos fortuitos obtidos por escuta telefônica lícita que se destinem ao esclarecimento de um dos crimes previstos na lei como autorizadores de tal medida. Na posição do doutrinador, tal valoração pode ser realizada até mesmo em detrimento de terceiro, desde que participe das comunicações e conversações. Para a valoração, igualmente, é necessária a probabilidade qualificada, por se mostrar *"de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova"* e que os conhecimentos sejam comunicados imediatamente ao juiz que autorizou a escuta. Para chegar a tal conclusão, o autor condiciona a possibilidade de valoração à verificação *cumulativa* dos requisitos acima elencados, porém, defende a proibição de valoração de conhecimentos fortuitos obtidos de crime que não constam, legalmente, como autorizadores de escuta telefônica.[49]

Costa Andrade entende como bem fundamentado o entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs na parte em que determina, como exigência mínima, que os conhecimentos fortuitos se reportem aos *crimes de catálogo*. Em segundo lugar, para possibilitar a valoração dos conhecimentos fortuitos deveria haver aquele *"estado de necessidade investigatório"* previsto pelo legislador como fundamento da legitimação excepcional das escutas.[50] Porém, Lopes Jr. bem refere que a vinculação causal da prova (princípio da especialidade), é a decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial e às investigações abertas e indeterminadas.[51]

Em vista disso, há um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime, caso esta seja utilizada para a punição de outro, como no caso de interceptação telefônica instaurada para apuração do delito de tráfico de drogas, em que

48. GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, op. cit., p. 606 ss.

49. Idem, p. 608.

50. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 311 e ss.

51. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 586.

seja utilizada em um processo que apura a ocorrência, por exemplo, de um delito econômico, crime do qual se tomou conhecimento através da escuta instaurada e somente deferida, conforme o princípio da especialidade, para a comprovação do primeiro delito de entorpecentes.[52] Cumpre sublinhar a pertinente observação que o princípio da especialidade da prova é previsto não somente no âmbito processual penal brasileiro, mas sim em termos de Cooperação Penal Internacional, pois encontra amparo no art. 101 do Estatuto de Roma.[53]

Aliás, acerca da normatividade internacional, importante fazer menção, ainda que de forma meramente indicativa, pois não é o objetivo do trabalho se alongar em tal debate, o que já foi ressaltado por Giacomolli quando refere que a adequação do processo penal acaba por ultrapassar a adequação constitucional e necessita aderir a uma normatividade internacional, diante da perspectiva de um direito inserido na proteção humanitária internacional.[54]

Gössel refere que, na Alemanha, os crimes que permitem escutas telefônicas e violação das telecomunicações estariam previstos no rol taxativo descrito no § 100, *a* da StPO ("crimes do catálogo"). Desse modo, o referido autor aduz que se em uma interceptação telefônica deferida por juiz competente para apuração de um delito previsto neste rol, toma-se conhecimento de outro crime, este segundo somente poderá ser verificado, se o mesmo for também elencado como previsto no catálogo de crimes que permitam a medida extremada – interceptação telefônica.[55] Todavia, entende-se que é possível que a prova obtida por meio do desvio causal possa servir de amparo à abertura de investigação de um novo crime, sendo considerada dessa forma uma "fonte de prova", ou seja, mero elemento indiciário, de modo a instaurar nova investigação, mas não uma prova propriamente dita.[56]

Convém salientar que parte da doutrina sustenta que nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita, através do critério da "existência de nexo entre os dois crimes". É o que ressalta Fernandes quando aduz que a questão deveria estar situada em uma espécie de "ponto médio". A princí-

52. Idem, ibidem.

53. Art. 101. Regra da Especialidade: 1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega. 2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no § 1.º ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o art. 91, informações complementares. Os Estados-Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

54. GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 32.

55. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p.412-414.

56. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 588 e ss.

pio, haveria uma ilicitude por desvio do objeto da investigação, porém, nem toda prova obtida seria ilícita, bastando que, para tanto, fosse constatado o nexo entre os crimes.[57]

A respeito de tal temática, pode-se destacar que as regras de conexão, estabelecidas pelo Código de Processo Penal podem ser utilizadas, porém, com certa restrição, no intuito de evitar alguns abusos que eventualmente poderão gerar. O que se exige é sempre uma leitura restritiva deste conceito, bem como a demonstração da real existência dos elementos que a compõem, a fim de evitar o que Lopes Jr. denomina de *"fraude de etiquetas"*, na qual a conexão é utilizada para permitir o desvio da vinculação causal imposta pelo princípio da especialidade.[58]

2.3 Prova ilícita

A questão da ilicitude das provas encontra expressa previsão na Constituição Federal,[59] bem como no Código de Processo Penal.[60] Ainda, parcela da doutrina apresenta distinção entre provas ilegais, ilegítimas e ilícitas. A prova ilegal é tida como o gênero, no qual estariam incluídas as provas ilícitas e as ilegítimas. As provas ilegítimas, por sua vez, seriam as que decorrem de uma violação a regras do direito processual penal no momento de sua produção em juízo, durante o processo. Para os que defendem a distinção, as provas ilícitas são aquelas que violam as regras do direito material ou constitucional, no momento de sua coleta, antes ou durante o processo.[61]

Acerca da admissibilidade da prova ilegal, seja ilícita ou ilegítima, existem diversas teorias que visam dirimir a controvérsia acerca de sua admissibilidade, as quais, pontualmente, transcorre-se de forma extremamente sucinta. Dentre os entendimentos, há o posicionamento doutrinário sustentado por Cordero que defende a *admissibilidade processual* da prova ilícita, de maneira que toda prova seria admitida caso não fosse vedada pelo ordenamento processual, mesmo que houvesse violação do direito material.[62] Já Tonini, compreende que quando há a violação de uma regra de produção de uma prova, esta ainda é utilizável, tornando-se inutilizável apenas

57. FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 109.

58. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 591.

59. Art. 5.°, LVI, CF/1988: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

60. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

61. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 593.

62. Nessa linha, Cordero defende que: Queda por decir cuándo uma prueba es admisible; y conveniente decirlo por la negativa; lo es siempre que ninguna norma la excluya. Normas procesales, claro está. No importa que haya sido descubierta o estabelecida ilicitamente. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* cit.,vol. 2, p. 44.

se a referida sanção for prevista expressamente pela lei como consequência da violação da regra de produção da prova.[63]

De outra banda, há a teoria que defende a *inadmissibilidade absoluta* da prova ilícita. Nesse campo, convém advertir para a impossibilidade de uma razão universal que poderia prescindir da ponderação, o que dificulta a aceitação da teoria. Prosseguindo, há o posicionamento que admite a prova ilícita em nome do *princípio da proporcionalidade*. De acordo com tal entendimento, a prova ilícita poderia ser admitida em casos excepcionais e graves, quando sua obtenção ou admissão forem consideradas a única forma possível de proteger outros valores fundamentais. Nessa corrente de posicionamento, o problema reside na ampla possibilidade de manipulação do conceito, representando um perigo utilizar de critério tão vago e indeterminado para impor restrição de direitos fundamentais.[64]

Por fim, temos a teoria que trata da admissibilidade da prova ilícita *pro reo*. Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se tratasse de provas a favor do acusado, tendo em vista que o direito da liberdade de um inocente vale mais do que uma eventual regra processual penal que deveria ser sacrificada em relação à obtenção da prova (para provar a inocência do réu).[65] Em outras palavras, com base na proporcionalidade (*pro reo*), diante do estado de inocência e da proteção à liberdade na esfera criminal, seriam admissíveis e passíveis de valoração judicial os elementos contidos na prova ilícita quando forem favoráveis ao acusado, de maneira que a inadmissibilidade atinge/restringe a acusação, mas não a defesa.[66]

Ressalta-se que a última teoria exposta (admissibilidade a partir da proporcionalidade em favor do réu) parece estar mais adequada ao processo penal constitucional, de forma a garantir a máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, sublinhando que a proteção dos inocentes deve ser vista como um princípio supremo do processo penal.[67]

Ainda, dentro deste mesmo contexto, cabe analisar, mesmo que de forma sintética, as provas ilícitas por derivação, ou seja, o princípio da contaminação, salientando-se que algumas teorias buscam sua relativização. Costa Andrade aduz que o *efeito à distância* só poderá ser afastado quando tal seja imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de imputação objetiva entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária, salientando que a dúvida e

63. TONINI, Paolo, op. cit., 2002.

64. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 594-596.

65. Idem, p. 594-599.

66. GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 172.

67. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 597-599.

a indeterminação dos conceitos deve ser valorada de forma favorável ao réu.[68] Por sua vez, Guedes Valente ressalta que para o exame do *efeito à distância* não se deve seguir um caminho em que se extremem as posições, ou seja, não é viável defender a total valoração do resultado direto, tampouco a negação total de qualquer resultado obtido de um meio proibido de prova.[69]

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras legais da contaminação da prova ilícita evidenciam alguns critérios adotados pelo legislador, tendo sido considerada ilícita determinada prova, e não sendo ela admitida, deve ser verificada a eventual contaminação que esse material probatório tenha, talvez, produzido em outras provas ou até mesmo na sentença, conforme está disposto no art. 157, § 1.°, do CPP.[70] Assim, a regra geral de contaminação leva à inadmissibilidade da prova derivada (teoria dos frutos da árvore envenenada); que não há contaminação quando não for comprovado o nexo causal; que não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita (*independent source*) e de que deverá haver o desentranhamento e inutilização da prova considerada ilegal.[71]

Acerca da teoria da *fonte independente*, de origem norte-americana, esta visa legitimar a valoração de provas secundárias sempre que elas foram ou poderiam ter sido obtidas por via autônoma e legal, à margem das regras de exclusão que impendem sobre a prova primária. Por outro lado, a teoria da *descoberta inevitável*, também de origem norte-americana, seria aplicada nos casos em que a produção da prova secundária, por via independente e legal, possa ser considerada como "eminente".[72] Contudo, de certo modo, ambas as teorias servem para atacar o nexo causal e mitigar a teoria da contaminação, revelando-se, assim, "perversas", tendo em vista que dependem do perigo da subjetividade do julgador, devido a sua dependência a conceitos vagos e imprecisos. Desta feita, salvo se ficar devidamente demonstrada a independência, as provas subsequentes à ilícita deverão ser anuladas por derivação.[73]

À guisa de conclusão, coloca-se aqui com Gomes Filho quando ressalta que, com relação à derivação decorrente da prova ilícita, é impossível negar a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas

68. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 316.

69. GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, op. cit., p. 568.

70. "Art. 157, § 1.°. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

71. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 599.

72. COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit., p. 172.

73. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 603 e ss.

as proibições de prova. Deste modo, de nada valeriam as restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do julgador.[74]

3. CONCLUSÃO

Com base no exposto, é fácil perceber que ainda há muito a ser estudado acerca do tema de proibições da prova em processo penal, bem como que há grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da matéria, o que evidencia que se está bem longe de uma resposta segura e isenta de problemas aos embates aqui lançados. Não é por acaso que Costa Andrade adverte que não se encontra na vida jurídica, "caminhos da doutrina e da jurisprudência que se mostrem mais desencontrados e varridos pela controvérsia. Dificilmente, com efeito, o jurista conhecerá experiência mais próxima de Babel".[75] Mas o que se sabe é que a violação de uma proibição de valoração de prova significa que o proibido aconteceu e que os fatos conhecidos de modo proibido foram valorados, de tal modo a constituírem objeto de decisão judicial, porém, as proibições de prova são barreiras ao objeto sobre o qual poderá recair uma sentença, que deverá ser sempre revogada, quando assente numa respectiva ilegalidade.[76]

Trazendo os conceitos abordados à realidade brasileira, convém lembrar que a legislação processual penal parece não fornecer os elementos necessários a uma correta abordagem da matéria, pois, por exemplo, não se sabe ao certo o que seriam os chamados *"trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal"*, previsto no § 2.º do art. 157 do CPP.

Não se pode olvidar que a falta de observância da forma na produção da prova deve ocasionar a proibição de sua valoração quando em prejuízo do acusado, sob pena de se admitir um retrocesso civilizatório na seara processual penal. Também com relação ao compartilhamento de provas, é necessário realizar uma análise criteriosa da natureza do procedimento que se pretende compartilhar, o grau de participação do acusado, a observâncias das garantias constitucionais, e principalmente a vinculação causal a qual a prova é obtida. Se não forem analisados com minúcia tais elementos, inviável a realização de qualquer compartilhamento de prova.

É certo que, ainda, acreditasse que o processo, e a prova produzida nele, visa a obtenção da verdade como se o julgador fosse capaz de captar, apreender a totalidade dos pontos que envolvem os fatos passados, concretos do mundo da vida. Dada visão, ao nosso entender, além de ingênua é reducionista, pois acredita em

74. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 110.

75. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 19.

76. GÖSSEL, Karl-Heinz, op. cit., p.434-439.

uma capacidade do julgador que beira a metafísica, na medida em que este possa, em sua decisão, expressar a realidade dos acontecimentos. A busca açodada pela "verdade" é o primeiro passo para a construção de quadros paranoicos,[77] sendo estes inúmeras vezes justificados por argumentos nobres, de modo que aquele que busca obter a revelação do ocorrido assevera, com argumentos de autoridade, que está agindo de forma correta. Esta situação não se coaduna com um processo penal democrático à luz dos direitos e garantias fundamentais da nossa Carta Maior e dos tratados internacionais que o país é signatário. No entanto, é mais um ingrediente que deve ser levado em conta no bojo da reflexão a respeito da prova.

De qualquer maneira, é certo que a solução ao problema proposto no artigo, necessariamente deve levar em conta a noção de instrumentalidade constitucional do processo penal, de modo que apenas a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais pode levar a um caminho minimante seguro na abordagem dos limites à atividade probatória no processo penal, tema que ainda apresenta divergência na doutrina e na jurisprudência, o que, de certa forma, enriquece a questão e corrobora a necessidade de um debate sobre a matéria.

4. REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Madrid: Rubi, 1981.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. vol. 2.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Processo Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950. vol. 1.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

_____. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. vol. 2.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

_____. _____. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

77. "(...) *quadri mentali paranoidi*". CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986. p.51.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad. Manuel Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 2. fasc. 3. p. 397-441. jul.-set. 1992.

GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010. t. I.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc.* Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: _____ ; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

SUANNES, Adauto. Entre a civilização e a barbárie. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

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

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Prova emprestada no processo civil e penal, de Eduardo Talamini – *RePro* 91/92, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/469 (DTR\1998\615);
- Prova emprestada, de Ada Pellegrini Grinover – *RBCCrim* 4/60, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 4/1071, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/25 (DTR\1993\448); e
- Provas ilícitas (enfoque constitucional), de Roberto Prado de Vasconcellos – *RT* 791/456 (DTR\2001\372).

Estudo e crítica do "juiz das garantias"

Study and critique of the "judge of the warranties"

Marcus Vinícius Pimenta Lopes
Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo tem como objetivo o estudo do "Juiz das Garantias" no Projeto de Lei do Senado 156/2009, que, caso aprovado, instituirá o novo Código de Processo Penal do Brasil. Para a análise deste instituto se tratará dos modelos processuais, da herança histórica e cultural que o recepcionará, de um breve estudo de direito comparado e propriamente da proposta brasileira de "Juiz das Garantias" em discussão no Congresso Nacional. Chegar-se-á à conclusão de que, na tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória, se colocará um membro do órgão responsável pela jurisdição como fiscal da legalidade na fase pré-processual da persecução penal - semelhante ao já existente em algumas legislações europeias, tais como as da Itália e de Portugal. Tratar-se-á, por fim, das principais críticas à supracitada proposta legislativa.

Palavras-chave: Direito processual penal - Constituição Federal - Modelos processuais - História do processo penal - Reforma do Código de Processo Penal - Investigação criminal - Juiz das garantias.

Abstract: This article work aims to study the "Judge of the Warranties" in Senate Bill 156/2009, witch, if approved, will institute the new Code of Criminal Procedure of Brazil. For the analysis of this institute is discussed the procedural models, the historical and cultural heritage that will host, a brief study of comparative law and properly the Brazilian proposal of "Judge of the Warranties" under discussion in the National Congress. It will reach the conclusion that, in an attempt to bring the judicial inquiry into accusatory matrix, will be placed a member of the organ responsible for the jurisdiction for fiscal the legality in the pre-trial of criminal procedure - similar to already exists in some European legislations, such as Italy and Portugal. In the end, will be treated the main criticisms of the aforementioned legislative proposal.

Keywords: Criminal procedure law - Federal constitution - Procedural models - History of criminal procedure - Reform of the Code of Criminal Procedure - Criminal investigation - Judge of warranties.

Sumário: 1. Introdução - 2. As matrizes processuais: 2.1 A matriz inquisitiva; 2.2 A matriz acusatória; 2.3 O sistema misto - 3. Breve histórico da persecução penal brasileira: 3.1 O período do Império; 3.2 O período da República; 3.3 O período da ditadura do Estado Novo; 3.4 O período pós-Constituição Federal de 1988 - 4. A persecução penal no direito alienígena: 4.1 Juizados de instrução: 4.1.1 França; 4.1.2 Espanha; 4.2 Modelos acusatórios: 4.2.1 Alemanha; 4.2.2 Itália; 4.2.3 Portugal; 4.3 Os modelos da *Common Law*: 4.3.1 Inglaterra; 4.3.2 Estados Unidos da América; 4.4 Conclusão - 5. O "juiz das garantias": uma tentativa de se aproximar a investigação crimi-

nal à matriz acusatória: 5.1 Prólogo; 5.2 O Juiz das Garantias; 5.2.1 A intenção legislativa; 5.2.2 Definição e posicionamento do instituto no sistema processual penal; 5.2.3 Da competência; 5.2.4 O juízo de admissibilidade da acusação e o art. 17 da PLS 156/2009 – 6. As principais críticas ao instituto do juiz das garantias: 6.1 O julgamento do mérito da causa pelo mesmo juízo que admitiu a acusação; 6.2 A nomeação do instituto: 6.2.1 Juiz "das" Garantias ou Juiz "de" Garantias?; 6.2.2 Há vício de linguagem na nomeação do instituto?; 6.3 Da implantação do Juiz das Garantias no Brasil: o aumento orçamentário; 6.4 O Juiz das Garantias e a tramitação do inquérito policial diretamente entre Polícia Judiciária e o Ministério Público – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde 2009 encontra-se no Congresso Nacional projeto de lei para instituir um novo Código de Processo Penal (PLS 156); novamente, como no Projeto Tornaghi e no Projeto Frederico Marques, o Congresso tem relegado a discussão deste que é o coração do sistema penal a segundo plano. Recentemente, como já se encontrava em análise proposta de novo Código de Processo Civil e como também o Regimento Interno da Câmara dos Deputados impede a análise de mais de dois códigos simultaneamente (art. 205, § 7.º, do RICD), após a possibilidade de se realizar um novo Código Comercial – este, diferente dos outros, de iniciativa da Câmara... –, nossos Deputados preteriram a discussão do novo diploma processual penal para analisarem somente os Códigos de Processo Civil e o Comercial. Com isto, a urgente reforma e adequação do CPP à Constituição Federal ainda deve, lamentavelmente, demorar mais alguns anos. Todavia, a inércia do Legislativo não pode gerar a inércia da Doutrina, que não deve deixar a oportunidade da mudança adormecer e que deve continuar e estimular os avanços que o novo diploma processual penal pode promover. Esta é a razão deste trabalho e estudar uma das novidades do PLS 156/2009, qual seja, o instituto do Juiz das Garantias, o seu objetivo.

2. AS MATRIZES PROCESSUAIS

O Juiz das Garantias é verdadeiro reflexo da alteração de um código predominantemente inquisitivo para um código predominantemente acusatório, e, para entendê-lo, se faz mister entender, primeiramente, as matrizes de pensamento que guiam toda a lógica do processo penal, por isso, iniciamos este trabalho tratando da matriz inquisitiva, da matriz acusatória e seguimos explicando o chamado sistema misto.

Previamente, porém, deve-se lembrar de que a grande criadora do Direito é a política, não cabendo qualquer juízo romântico no surgimento das grandes matrizes processuais, como afirma Coutinho (2010, p. 2):

"Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por *razões políticas*. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (dentre outras), foram altamente relevantes mas, decididamente,

secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas." (destaques no original)

Passemos, pois, ao estudo das matrizes processuais.

2.1 A matriz inquisitiva

Embora se tenha notícia da existência do sistema inquisitivo anterior ao século XIII, tal como no direito romano, por exemplo, cuidaremos aqui especialmente do sistema inquisitivo criado pela Igreja Católica, o qual nos é mais importante conhecer dado ter sido ele um dos maiores influenciadores dos ordenamentos processuais penais atuais (COUTINHO, 2010, p. 2).

Desde o final do século XII, com o aumento dos burgos, a Igreja Católica começa a se sentir ameaçada por não ser mais a única dominante de todo o mundo conhecido, assim, são iniciadas medidas para a manutenção do poder da Igreja, como, por exemplo, a Bula *Vergentis in senium* editada pelo Papa Inocêncio III em 1199, que equiparou o crime de heresia ao de lesa majestade.

Esta postura se segue, e em seguida se cria o marco histórico do sistema inquisitivo católico, o IV Concílio de Latrão (1215), em que Inocêncio III encontra a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão, e instaura, dentre outras medidas, a confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano. A partir daqui, é aumentada a fiscalização do povo pela Igreja e também se aprofunda na ideia da expiação do pecado pela penitência.

Posteriormente, com a Bula *Ex excomuniamos*, de Gregório IX (em 1231), e a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV (em 1252), são instituídos os métodos inquisitivos, dentre os quais figura a tortura.

O método inquisitivo, como diz Coutinho (2010, p. 4), baseia-se na seguinte ideia: "excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma "verdade" a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*".

Tal modelo se autolegitimaria na lógica aristotélica, a Igreja, através de um inquisidor dotado de juízo onividente e onisciente,[1] controlaria as premissas, e assim, as conclusões; sendo a Igreja a única que pode "conhecer" as premissas, também

1. Diz o Manual dos Inquisidores (ver nota seguinte,): "Se o inquisidor, através das testemunhas, percebe que o acusado está completamente consciente de sua culpa; que se traiu através da própria confissão; ou que nega, embora consciente de sua culpa, ou da fonte suspeita, manda prendê-lo e o trancafia em seu próprio cárcere, se o tiver, para que não fuja. Se não dispuser de cárcere privado, mandará prendê-lo no palácio episcopal ou na cadeia civil, se julgar oportuno. Mas é sempre melhor utilizar as prisões de cúria eclesiástica, pois o bispo é o juiz ordinário, e sem ele o inquisidor não poderá condenar, definitivamente, por heresia, nem fazê-lo confessar, ou seja, à tortura" (EYMERICH, 1376/1993, p. 113).

seria a única que poderia dar as conclusões, assim, o que ocorria, em verdade, era a manipulação de qualquer fato segundo o critério da Igreja.

A "verdade" a ser extraída seguindo este modelo se daria da seguinte forma:

"A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus" (COUTINHO, 2010, p. 4) (destaques no original).

Sob a confissão, diz o Manual dos Inquisidores:[2]

"É dificílimo avaliar quem, diante do inquisidor, não confessa seus erros, antes os dissimula (valdenses e beguinos, por exemplo). O inquisidor tem que ser muito malicioso e sagaz para acompanhá-los em seus argumentos e levá-los a confessar. São pessoas maliciosas nas respostas, porque não tem outra preocupação a não ser esquivar-se das perguntas para não ficarem cercados no final, e serem convencidos de que erraram." (EYMERICH, 1376/1993, p. 118)

Apesar de as práticas inquisitoriais serem abolidas no final do século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz de pensamento permanecerá viva em legislações laicas, mudando-se os jogadores, mas não as regras do jogo.

Sinteticamente, pode-se enxergar como principal atributo do sistema inquisitivo o acúmulo das funções de acusar, julgar e defender (MARQUES, 2000, p. 65); provocando um juízo tendencioso e desproporcional,[3] inexistindo "paridade de armas" entre a acusação e a defesa.[4]

---

2. *Directorium Inquisitorum*, traduzido como Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376, e revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578, resultado da codificação das práticas e "justificativas" (teológicas e ideológicas) do controle das doutrinas da Igreja que resultaram na instituição da Inquisição, conforme salienta o professor de ética e teologia da UERJ, Leonardo Boff, em prefácio à edição feita pela Editora Universidade de Brasília (1376/1993, p. 12).
3. Francisco de La Peña – no espelho de Nicolau Eymerich – descreve que o interrogatório do acusado "pode legalmente ultrapassar o teor da acusação" e que "a ordem das perguntas deve ser deixada ao arbítrio de cada inquisidor, que modificará o interrogatório de acordo com cada caso" (EYMERICH, 1376/1993, p. 114).
4. Da ausência de "paridade de armas", transcreve-se trecho sob as origens da função do advogado na matriz inquisitiva: "Se o réu confessar não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens para fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento – embora já seja juramentado – ao inquisidor de defender

Objetivamente, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 116) descreve o modelo inquisitivo[5] como:

"É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso;[6] há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa".

2.2 *A matriz acusatória*

O início da matriz acusatória ocorre também por razões políticas, no período do reinado de Henrique II (1154 a 1189).

No esforço pela unificação da Grã Bretanha, e da extinção dos Juízos de Deus que haviam na ilha desde a invasão nórdica, Henrique II concentra em si, no rei, toda a jurisdição (COUTINHO, 2010, p. 5).

Ele o fez da seguinte maneira: todos os que se sentissem injustiçados poderiam reclamar ao rei através de uma petição, que seria, em regra, recebida e decidida pelo *Lord Chanceler* (representante da vontade do rei), o qual emitiria uma ordem escrita (chamada de *writ*) aos representantes locais (*sheriffs*), esta ordem obrigaria que o indiciado satisfizesse a pretensão do queixoso, ou, dependendo do caso, que se apresentasse para dar explicações.

Logo, com a imensa demanda, a jurisdição real se vê incapaz de responder a todos os pedidos em velocidade que não causasse a insatisfação popular, para resolver isto Henrique II cria uma engenhosa solução:

---

bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que ver e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido" (EYMERICH, 1376/1993, p. 139).

5. Eymerich resumia o procedimento inquisitivo da seguinte forma: "Vamos esclarecer logo que (...) o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentação de advogados e juízes. Não se pode mostrar os autos de acusação ao acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de aditamento, nem coisas do gênero" (EYMERICH, 1376/1993, p. 110).

6. Para ilustrar a visão inquisitiva do sigilo, novamente citamos o *Directorium Inquisitorum*: "Na instância inquisitorial, atualmente, não se divulgam mais os nomes das testemunhas e delatores, por razões óbvias, já enumeradas por Eymerich. Com essa prática, a Inquisição enquadrou-se perfeitamente no que foi estabelecido pelos Papas Inocêncio IV (*Cum negotium fidei*) e Urbano IV (*Praecunctis*). Os Concílios de Béziers e Narbona, por sua vez, retomaram essa prática do sigilo, acrescentando a proibição formal de se revelarem as circunstâncias, tanto do depoimento quanto do delito: através das circunstâncias do depoimento, o acusado poderia descobrir, por dedução, a identidade do seu acusador" (EYMERICH, 1376/ 1993, p. 223).

"Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *Trial by Jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto de 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar" (COUTINHO, 2010, p. 5) (destaques no original).

O julgamento seria público e – com as regras procedimentais ditas pelo rei – caso o povo condenasse, seria a decisão do rei, já se o povo absolvesse, igualmente seria a decisão do rei, ou seja, o rei sempre promoveria o juízo perfeito, em acordo com a vontade do povo – sendo aqui desnecessário comentar importância do apoio popular[7] na instável situação de unificação da Grã Bretanha.

Sendo este julgamento uma disputa dialética, tal sistema tendia para a paridade de condições entre as partes; além disto, agora o juízo não deveria formar sua convicção unicamente em sua consciência, isoladamente; agora o juízo deveria formar sua consciência também pelo que era apresentado pelas partes, no processo.

Assim, na busca pelo apoio popular na unificação da Grã Bretanha, e no intento de se retirar o poder da Igreja, surgiu o embrião do que se convencionaria chamar de sistema acusatório.

Muito se evoluiu no sistema acusatório em mais de oito séculos de aprimoramento, especialmente na via constitutiva do procedimento (que passou da arbitrariedade do rei para a criação por processo democrático[8]) e de seu legitimante, que passou do próprio rei para o povo.[9]

Hoje, se entende o sistema acusatório como:

"(...) Sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção" (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

---

7. Caso haja interesse, ver: MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 112.

8. Sobre o processo democrático na criação da norma vide: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 57-64.

9. Povo agora entendido não como súdito, mas sim como povo ativo, legitimante, não ícone e destinatário do Estado, conforme: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Este sistema consiste, conforme Geraldo Prado (1999, p. 117-118): "na distribuição do direito de ação, do direito defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz".

Assim, a matriz acusatória origina um processo de partes, em que a acusação delimita o objeto da ação penal (*nemo iudex sine actore*).

2.3 O sistema misto

Para se entender o sistema misto, primeiramente deve-se entender o que seja sistema.

Segundo Kant (1781/2002), sistema é o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única.

Assim, chega a ser estranha a denominação de sistema misto, dado que deveria seguir uma ideia única. Todavia, cremos, assim como Coutinho (2010, p. 8), que este "se trata de um problema meramente conceitual; e não fático".

Isto posto, aliado ao fato de todas as legislações do mundo misturarem elementos da matriz inquisitiva com a matriz acusatória, conclui-se que a *ideia única* que estrutura o *sistema* processual não é o *modelo inquisitivo puro*, ou o *modelo acusatório puro*, mas sim, em verdade, a *gestão da prova*, que por opção política, possui elementos predominantemente inquisitivos ou predominantemente acusatórios; como diz Coutinho (1998, p. 165):

"Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador."

Feitas estas premissas, seguimos explicando o tema deste tópico.

O chamado sistema misto surge, como os anteriores, por razões políticas, com Napoleão Bonaparte, que nos moldes das ideias de Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, cria o *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808; nele se teriam duas partes: na primeira, nos moldes e nos métodos do modelo inquisitorial (que já se fazia presente na França com a *Ordonnance Criminelle*, de 1760, de Luís XIV), ocorreria a investigação e produção probatória através do juiz de instrução; na segunda, nos moldes do *Jury* inglês, se teria o debate público entre acusação e defesa, no qual se permitia o uso das provas também feitas na primeira etapa.

Como se permitia na segunda etapa o uso das provas produzidas na primeira etapa, este processo misto napoleônico era na verdade um jogo de cartas marcadas, no qual um juiz investigativo (juiz de instrução) buscava provas para condenar aqueles que o Estado desejasse, e posteriormente, na segunda etapa, se mascararia todo o procedimento com um debate público que passaria a impressão de participação popular, gerando apoio do povo ao Estado.

Com o passar dos tempos muito se aprimorou neste sistema processual, e sobre ele, leciona Nucci (2010, p. 116-117):

"Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas."

Por fim, é importante frisar que tal como todos os sistemas processuais do mundo, o sistema processual adotado pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, será o misto, e conforme Coutinho (2010, p. 13) "à base do *Sistema Acusatório* se agregará elementos provenientes (em menor escala) do *Sistema Inquisitório*. Mas o *sistema de regência* será o acusatório; e isso abre novas e melhores perspectivas para a *democracia processual*".

3. BREVE HISTÓRICO DA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Feitas essas considerações prévias, que guiam a interpretação de todo o sistema processual penal, faremos agora um breve relato sobre a história da persecução penal brasileira, especialmente da fase pré-processual, para se entender em que cenário e com qual herança cultural se instituirá o Juiz das Garantias.

3.1 O período do Império

Nosso breve relato se inicia no período em que o processo penal no Brasil passou a ser genuinamente brasileiro: o período do Império.

Em 1824 é promulgada a constituição do Império, que organiza o Império brasileiro e, no esteio liberal do século XIX, institui importantes avanços no processo penal, especialmente em seu art. 179, que garante os chamados "direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros".[10]

Posteriormente, são editadas as Decisões do Governo n. 78 e n. 81, que determinam a fundamentação das sentenças e declara a incompetência, para funcionar no julgamento, "daqueles que houvessem atuado na fase de devassa" (PRADO, 1999, p. 146).

Seguidamente, em 1832, cria-se o marco mais importante do processo penal brasileiro no período imperial: o Código de Processo Criminal do Império.

10. A exemplo, no inc. X do art. 179, dizia-se: "A excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar" (BRASIL, 1824).

Nele se institui um sistema de gestão de provas misto, predominantemente inquisitivo, com elementos acusatórios, dividindo-se o procedimento ordinário na seguinte forma: a ação penal se iniciaria com ato do ofendido ou de seu representante, do Promotor Público, de qualquer do povo, ou mesmo do próprio juiz, *ex officio*, de acordo com o caso; a fase da persecução penal pré-processual se iniciaria perante o Juiz de Paz, que agia nos moldes do juiz de instrução francês;[11] ficando o Juiz de Paz convicto da formação da culpa, os autos eram remetidos para o juízo de admissibilidade da acusação pelo "*Jury* de Accusação", em seção presidida pelo Juiz de Direito; admitida a acusação os autos seriam enviados para nova seção de julgamento, novamente presidida pelo Juiz de Direito, mas agora decidida por um segundo júri, o "*Jury* de Sentença", este se pronunciaria sobre o mérito da causa, decidindo sobre a inocência ou culpa do acusado.

Como reação ao aumento de movimentos revolucionários no Brasil entre 1830 e 1840, promulgou-se a Lei 261, de 03.12.1841; esta lei transmitiu as atribuições do Juiz de Paz para a polícia (que passaria a exercer funções de polícia administrativa e judiciária, além de atividades judiciárias propriamente ditas) (PIERANGELLI, 1983, p. 141), e, além desta e de outras modificações, extinguiu o "*Jury* de Accusação", aumentando as funções do Juiz de Direito (que era nomeado pelo Imperador).

Por fim, em 1871, ocorreu uma grande reforma processual penal, em que se separaram as funções de polícia das de justiça, e, dentre outras alterações, criou o inquérito policial.

3.2 O período da República

Proclamada a República em 1889, e promulgada a constituição em 1891, muitas foram as alterações processuais; no que tange a este trabalho, é importante frisar que a competência legislativa processual, no espelho dos Estados Unidos da América, passou a ser dos Estados Membros, e não mais da União.

Ante os problemas da multiplicidade de ordenamentos processuais penais, a Constituição de 1934 definiu em seu art. 5.º, XIX, "a", a competência privativa da União em matéria processual, e, em cumprimento ao art. 11 das disposições transitórias,[12] em 1935, foi nomeada uma comissão de juristas que seriam os responsáveis para elaborar um código de processo penal unificado.

---

11. Vide ponto 4.1.1 deste trabalho.

12. "Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. § 1.º. O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediata-

Esta comissão, que contou com o apoio do então Ministro da Justiça Vicente Ráo, chegou a elaborar um projeto de novo Código de Processo Penal, que, inclusive, implantaria a figura do juiz de instrução. Todavia, com o golpe de Estado de 1937 e a promulgação de uma nova Constituição no mesmo ano, o supracitado projeto de código nunca chegou a vigorar.

3.3 O período da ditadura do Estado Novo

Após a promulgação da Constituição de 1937, foi novamente nomeada uma comissão para elaborar um novo código de processo penal, e em 1941, através do Dec.-lei 3.689, foi instituído o atual Código de Processo Penal.

Muitas foram as alterações processuais advindas do Código de 1941 (em vigor desde 1942), se destacando para a compreensão desta monografia: a adoção do sistema misto; a manutenção do inquérito policial, nos moldes do Código do Império reformado de 1871; e a separação das funções de acusar e julgar, ao eliminar, quase por completo, os procedimentos *ex ofício* pelo juiz.

É importante também ressaltar que no CPP de 1941 o juiz controla o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do CPP[13]), e, além disso, que o mesmo juiz que participa do controle das investigações, realiza o juízo de admissibilidade da acusação e profere o julgamento da causa, em regra.[14]

3.4 O período pós-Constituição Federal de 1988

Após a adoção do Código de 1941 ocorreram inúmeras alterações políticas e legislativas no cenário processual penal brasileiro, sendo relevante a menção à Ditadura Militar (1964 a 1985) e ao Ato Institucional n. 5.

Todavia, nenhuma mudança merece maior destaque neste trabalho do que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; com ela o salto processual foi imenso, e elegeu-se constitucionalmente a matriz acusatória do processo.

---

mente. § 2.º. Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados" (BRASIL, 1934).

13. "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

14. Exceção ocorre, por exemplo, no procedimento do tribunal do júri; ocorrendo também exceção em algumas grandes comarcas, em que existe um juiz que cuida exclusivamente do inquérito, como em Belo Horizonte.

A partir desta Carta Constitucional a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I); é garantida a ampla defesa (art. 5.°, LV); o contraditório (art. 5.°, LV); o devido processo legal (art. 5.°, LIV); institui-se o princípio do estado de inocência (art. 5.°, LVII); é assegurado o julgamento por juiz competente e imparcial (princípio do juiz natural, art. 5.°, XXXVII); e a regra é a publicidade dos atos judiciais (art. 93, IX). Ou seja, a partir da Constituição Federal de 1988 se elegeu a preponderância da matriz acusatória do processo, o que provoca, por imposição sistêmica, que todo o ordenamento jurídico e toda a hermenêutica busquem a aproximação da matriz acusatória processual.[15]

4. A PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO ALIENÍGENA

Estudada a herança histórica que recepcionará o "Juiz das Garantias", passamos agora para um estudo de direito comparado para se entender a origem do instituto estudado[16] e seu posicionamento na estrutura procedimental, para, em seguida, tratarmos propriamente da proposta brasileira no PLS 156/2009.

---

15. Ademais, através do Dec. 678/1992, o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica – norma que versa sobre direitos humanos aprovava no Congresso Nacional por *quórum* inferior ao de emenda constitucional, antes da vigência da EC 45/2004, sendo detentora, pois, de *status* supralegal –, que em seu art. 8.° adota vários elementos do modelo acusatório: Art. 8.°: "1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça".

16. No item II da "Exposição de Motivos" do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (que se converteu na PLS 156/2009) se percebe a expressa referência às legislações da Alemanha, Espanha, Itália e Portugal. (SENADO, 2009).

4.1 Juizados de instrução

4.1.1 França

Mais importante pelo aspecto histórico e comparativo, do que pela influência nos elaboradores do anteprojeto de reforma do Código de Processo, o modelo francês de Juizado de Instrução, apresenta na fase pré-processual um juiz que é "uma espécie de oficial superior da polícia judiciária" (PRADEL, 1996, p. 5, tradução nossa).[17]

Este juiz instrutor exerce a dupla função de investigar e julgar. Como investigador deve reunir elementos de prova da materialidade e indícios da autoria, verdadeiramente preparando a acusação (ARPE, 2000, p. 273). Como juiz pode requerer auxílio de força policial e decide, inclusive *ex officio*, sobre a decretação de prisão cautelar.

A investigação preliminar – destinada principalmente à formação da *opinio delicti* do MP – se dá de maneira inquisitiva, por meio da polícia judiciária sob a fiscalização do Ministério Público (DELMAS-MARTY, 1995, p. 239); no fim, o MP produz um requerimento ao Juiz de Instrução para que sejam buscadas informações específicas sobre um fato delituoso, o que delimitará o objeto das investigações preliminares (art. 80 do *Code de Procédure Pénale*).

Posteriormente, em mais uma fase inquisitiva, o Juiz de Instrução preside a instrução preparatória – que visa colher elementos de prova para o posterior julgamento de admissibilidade da acusação –; na conclusão dessa fase os autos da investigação são remetidos ao Ministério Público, que se pronuncia e determina se o Juiz de Instrução deve ou não remeter os autos da investigação para a Câmara de Acusação (que exercerá o juízo de admissibilidade da acusação).

Se for admitida a acusação, passa-se para uma terceira fase, num juízo distinto, na qual se julgará, de maneira acusatória, o caso penal.

4.1.2 Espanha

O procedimento espanhol também se compõe de três fases (a sumária, a intermediária e o juízo oral), sendo essas três fases conduzidas por órgãos do Judiciário.

Assim, os atos preparatórios da ação penal ficam a cargo da "polícia judicial", mas seu destinatário é o "Ministério Fiscal", que é o titular da ação penal, o que se assemelha ao nosso modelo, "sendo certo que a Polícia Judiciária poderá, *ex officio*, determinar a realização das diligências necessárias para a apuração do fato delituoso, comunicando de imediato o Ministério Público (também chamado "Fiscal" por lá) e a autoridade judiciária" (CHOUKR, 1995, p. 40).

17. "(...) une sorte d'officier de police judiciaire supérieur.".

4.2 Modelos acusatórios

4.2.1 Alemanha

Na Alemanha a fase investigativa tem dois objetivos, quais sejam: a formação da *opinio delicti* do Ministério Público e a colheita de fundamentos para se admitir a acusação (a justa causa no direito brasileiro). Nesta fase, vigora o estado de inocência e a proporcionalidade nas medidas coercitivas adotadas (ARPE, 2000, p. 105), caso se faça necessária medida que infrinja garantia do investigado, deve haver requerimento escrito da polícia ou do acusador a um juiz (que não é investigador), para que este analise, exclusivamente, a legalidade do ato.

A decisão de arquivamento do caderno investigativo é exclusiva do *Parquet*, não existindo controle judicial.

Posteriormente, existe uma fase intermediária em que se exerce o juízo de admissibilidade da acusação pelo Judiciário.

Por fim, o mesmo órgão do juízo que admite a acusação julga a causa.

Devido ao fato de que o mesmo juiz que admite a acusação julga a causa, a doutrina europeia critica a imparcialidade do julgador na sentença: "A doutrina considera que, como consequência, o tribunal corre o risco de não examinar as atuações com olhos neutros na fase judicial" (ARPE, 2000, p. 94, tradução nossa).[18]

4.2.2 Itália

A legislação italiana tem historicamente imensa influência no direito penal e processual penal brasileiro, e assim não deixará de ser caso seja aprovada a PLS 156/2009, portanto, é de alto relevo o estudo deste sistema processual.

Neste sistema, existe uma fase preliminar (*giudice pe le indagini preliminari*) em que o destinatário é o Ministério Público. Nela a polícia judiciária, juntamente e sob a direção do MP, busca elementos de prova de autoria e materialidade de um suposto crime; sendo importante ressaltar que no modelo italiano o MP não possui poder coercitivo sobre a polícia judiciária, e que o órgão policial detém autonomia para realizar a maioria dos procedimentos investigativos *ex officio* (ARPE, 2000, p. 356).

Os atos investigativos que possam causar restrições às liberdades devem ser autorizados pelo juiz da investigação preliminar (*giudice per le indagini preliminari*), que além disto também controla o exercício da ação penal e pode promover, se provocado, a produção de prova antecipada (prova *ad perpetuam rei in memoriam*).

Apesar de o sistema buscar a aproximação da matriz acusatória – exemplificativamente impedindo a iniciativa do juiz na investigação –, caso o MP queira arquivar os autos das investigações, deve comunicar ao juiz da investigação preliminar,

18. "La doctrina considera que, como consecuencia, el tribunal corre el riesgo de no examinar ya las actuaciones con ojos neutrales em la fase de juicio."

que, em seguida, fiscalizará o fundamento legal desta decisão, e pode inclusive compelir o MP a propor a acusação, numa excessiva aplicação do princípio da obrigatoriedade (CHOUKR, 1995, p. 46-47).

Formada a *opinio delicti* ministerial e oferecida denúncia, é realizada audiência (sob contraditório) na qual o juiz da investigação preliminar realizará o juízo de admissibilidade da acusação.

Admitida a acusação, os autos são remetidos para um juízo diverso, que julgará a causa.

4.2.3 Portugal

O procedimento português estrutura-se em três fases. O primeiro momento é destinado à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e colheita de elementos preparatórios ao exercício da ação penal; o MP dirige as investigações, tendo a Polícia como auxiliar; as medidas que cerceiam as liberdades devem ser autorizadas pelo Juiz de "Instrução";[19] e a "abstenção da acusação" é decida pelo MP, não sendo passível o controle judicial.

Sobre o Ministério Público nesta fase, disse Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 395):

"Como órgão encarregado de promover a perseguição das infrações, compete ao MP, antes de tudo, proceder à sua completa investigação e ao seu possível esclarecimento. Para lhe permitir a plena realização desta finalidade atribui-lhe a lei (art. 14 do Dec.-lei 35.007) a *direção e instrução preparatória*, que o MP exercerá com observância das máximas que regulam sua actividade, nomeadamente o *princípio da legalidade* e o *dever de objectividade*" (transcrito como no original).

Num segundo momento, depois de feita acusação, ocorre uma instrução preliminar, conduzida pelo mesmo Juiz de Instrução, que realiza um debate oral entre as partes e decide sobre a admissibilidade da acusação.

Por fim, a última fase se dá perante um Tribunal, que analisa as provas produzidas em audiência – de maneira acusatória – e profere o julgamento de mérito.

4.3 Os modelos da Common Law

4.3.1 Inglaterra

Analisar o sistema processual inglês é tarefa extremamente árdua, já que não existe um Código de Processo Penal na Inglaterra e as normas procedimentais se encontram em legislações esparsas que datam desde o século XIV até hoje.

Basicamente, o modelo inglês se sustenta na ideia de que todos os crimes atingem a figura do rei, que por ficção legal apareceria em todas as Cortes do país (CHOUKR, 1995, p. 49).

---

19. Apesar de existir a denominação de um "Juiz de Instrução", como este juiz no modelo português não exerce iniciativa na fase investigativa e apenas fiscaliza a legalidade, a colocação do modelo português é entre os sistemas acusatórios.

Desta forma, todos os habitantes do reino possuem legitimidade ativa para exercer uma representação judicial-penal em nome do monarca ofendido.

A polícia é a grande dirigente das investigações, e o controle dos atos da investigação é feito por um juiz de paz (*justice of the peace*).

Também é a polícia que analisa se haverá arquivamento dos autos da investigação ou não. Se ocorrer de a polícia concluir pela necessidade de se continuar com a persecução, os autos da investigação são remetidos ao *Crow Prosecution Service* – espécie de Ministério Público, mas com menor autonomia (este órgão não pode, por exemplo, dirigir as investigações da polícia).

Caso o *Crow Prosecution Service*, com base nas investigações policiais, concorde com a sequência da persecução, ele envia um *dossier* ao *Magistrates' Court*, que realizará o juízo de admissibilidade da acusação.

Por fim, admitida a acusação, o próprio *Magistrates' Court* julga as causas menos graves, enquanto as mais graves são julgadas pela *Crow Court*.

4.3.2 Estados Unidos da América

O federalismo americano faz com que surjam inúmeros modelos de processo penal no mesmo país; neste momento trataremos dos aspectos mais comuns nas legislações americanas.

Em linhas gerais, inicialmente as atividades da polícia judiciária são destinadas ao Ministério Público (CHOUKR, 1995, p. 50), que é o único que decide o arquivamento das investigações.

Os atos da investigação são passíveis de controle por um juiz (o *justice of the peace*).

O juízo de admissibilidade da acusação se dá pelo *Grand Jury*; e por fim, um órgão distinto julga a causa, o *Petty Jury*.

4.4 Conclusão

Pelo exposto, se percebe que a estrutura das diversas legislações processuais penais se diferencia na determinação da função das partes no processo, seja na fase investigativa, seja no juízo de admissibilidade da acusação e seja na fase de julgamento de mérito.

Observa-se também a tendência nas legislações da Europa continental estudadas em se concentrar a investigação na Polícia Judiciária e no Ministério Público, sob a direção deste;[20] além da tendência em se afastar o Juiz da investigação, o colocando não como um sujeito passivo e inerte, mas sim como um verdadeiro

20. Em realidade, as polícias se encontram como tendo dois superiores hierárquicos (salvo na Itália): um do executivo – que determinará a carreira do policial; e outro do MP – que determinará o procedimento. Tal situação tem resultado na situação de preferência (como

garantidor das liberdades individuais na *fiscalização da legalidade*, como dito pela Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE, 2000, p. 545), sob a direção de Mireille Delmas-Marty:[21]

"Porém, no fundo, é o conteúdo desta legalidade, em nome da qual o juiz protege as liberdades, o que muda. Já não nos encontramos em apenas uma situação estática e binária em que o juiz sanciona como ilegal esta ou outra atuação que atente contra as liberdades. Há uma opção teleológica subjacente que é o valor que o juiz protege e expressa em sua motivação: a pessoa humana. Cada vez mais, julgar não é tanto a busca do equilíbrio entre a eficácia da investigação e a proteção da pessoa, como justificação de uma exceção à liberdade individual. O que fundamenta e legitima a atitude do juiz é esta justificação, como disse a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a propósito da prisão provisória francesa: "as autoridades judiciais nacionais devem examinar todas as circunstâncias que possam revelar ou excluir a existência de uma verdadeira exigência de interesse público que justifique, em virtude da presunção de inocência, uma exceção à regra do respeito à liberdade individual" (CEDH, *Letellier c. Francia*, de 26.06.1991, § 35)" (tradução nossa).[22]

5. O "JUIZ DAS GARANTIAS": UMA TENTATIVA DE SE APROXIMAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À MATRIZ ACUSATÓRIA

5.1 Prólogo

Estudadas as matrizes de pensamento que guiam todo o sistema processual penal, a herança histórica que recepcionará o "Juiz das Garantias" e a estrutura proce-

---

é natural) pela subordinação administrativa, o que aumenta a autonomia da polícia nas investigações (ARPE, 2000, p. 492-498).

21. Professora na Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e membro do Institut universitaire de France.

22. "Pero, en el fondo, es el contenido de esta legalidad, em cuyo nombre el Juez protege las liberdades, lo que cambia. Ya no nos encontramos solamente frente a una situación estática y binaria en la que el Juez sanciona como ilegal ésta u outra actuación que atenta contra las liberdades. Hay una opción teleológica subyacente que es el valor que el Juez protege y espreza em su motivación: la persona humana. Cada vez más, juzgar no és tanto la búsqueda de un equilíbrio entre la eficacia de la investigación y la proteción de la persona, como la justificación de una excepción a la liberdad individual. Lo que funda y legitima la actitud del Juez es esta justificación, como lo há dicho la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la prisión provisional francesa: "las autoridades judiciales nacionales deben examinar todas las circunstancias que puedan revelar o excluir la existencia de una verdadera exigencia de interés público que justifique, habida cuenta la presunción de inocencia, una excepción a la regla del respeto a la liberdad individual" (CEDH, *Letellier c. Francia*, de 26 de junio de 1991, § 35)."

dimental dos diversos modelos de processo penal, podemos, finalmente, enxergar com mais clareza qual é a proposta brasileira no PLS 156/2009.

Porém, antes de se cuidar especificamente do instituto do "Juiz das Garantias" se faz mister mais algumas observações.

Primeiramente, é absolutamente incompatível o modelo do atual CPP (de 1941) com o texto da Constituição Federal de 1988; e a adequação do ordenamento infraconstitucional à Constituição foi uma das maiores preocupações dos elaboradores do anteprojeto de reforma do CPP, que se converteu no PLS 156/2009, como se percebe no primeiro parágrafo da exposição de motivos do anteprojeto:

"Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado" (SENADO, 2009).

Em seguida, deve-se observar que nessa busca pela adequação de um Código de Processo Penal ao modelo constitucional predominantemente acusatório, os criadores do anteprojeto de reforma (que se converteu no PLS 156/2009) postularam importantes alterações; dentre as quais destacamos: o controle do arquivamento do inquérito realizado pelo Ministério Público sem intervenção *ex officio* do juiz[23] (art. 37[24]); a posição do MP de destinatário do inquérito; e a adesão expressa ao modelo acusatório na estrutura do procedimento: "Art. 4.º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (SENADO, 2009).

Assim, percebemos que mais do que uma mudança pontual, o PLS 156/2009 verdadeiramente realiza uma mudança sistêmica: de um sistema predominante-

23. O Juiz das Garantias, também pode determinar o arquivamento do inquérito, mas apenas quando provocado, como expressamente colocado no inc. XIV do art. 14 do projeto substitutivo apresentado pelo Senado.

24. "Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena."

mente inquisitivo com elementos acusatórios, passa-se a um sistema predominantemente acusatório com elementos inquisitivos.

Feitas estas considerações, passamos a aprofundar o estudo da proposta brasileira de "Juiz das Garantias".

5.2 O Juiz das Garantias

5.2.1 A intenção legislativa

Pode-se perceber a intenção dos legisladores com a implantação do "Juiz das Garantias" através da leitura da Exposição de Motivos do projeto de reforma do CPP (SENADO, 2009), que diz: no item "I":

"(...) A eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais; a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. (...) Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não *garante* nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável *para* o Estado. (...) O respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder." (destaques no original)

No item "II":

"A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado (...) A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente

à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção".

No item "III":

"No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias."

Por fim, no item "VII, II":

"(...) na fase de investigação, não cabe ao juiz, de ofício, inclinar-se por uma ou por outra cautelar. Como ainda não há processo, a Polícia ou o Ministério Público é que devem requerer as medidas que julgarem apropriadas, respeitando-se os papéis de cada instituição."

Veja-se, a Exposição de Motivos do projeto de reforma do CPP caminha na direção de um pensamento já posto pela doutrina; a exemplo, citamos Fauzi Hassan Choukr (1995, p. 126-127):

"Diferentemente do que ocorre em modelos mais avançados, o nosso não prevê a figura de um juiz exclusivo para o andamento das investigações, muito menos com uma feição *garantidora* (...) A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito (nas "concessões" de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento decisório quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade, vez que produzidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. (...) O modelo pátrio, posto como está, não apresenta solução para o problema. Também aqui é necessária uma reforma estru-

tural para cindir o juiz responsável pelo acompanhamento das investigações, com a feição *garantidora* já apresentada, daquele que efetuará o juízo de admissibilidade para o recebimento e, por fim, do que verdadeiramente instruirá a ação penal." (destaques no original)

Além de Geraldo Prado (1999, p. 159):

"Quando se trata da tutela dos mais importantes bens do indivíduo, não é admissível supor que o encarregado de decidir a sua fruição, ou não, seja alguém que tenha, na fase que antecede ao processo, espontaneamente tomado a iniciativa de ordenar a prisão do investigado ou a apreensão de uma arma que esteja na casa dele, sob suspeita exclusivamente sua, do juiz, de que se trata da arma do crime. Para isso, estão equipados a Polícia e o Ministério Público, os quais, por lidarem diretamente com a matéria e possuírem interesse na elucidação da infração penal, com a condenação de seu eventual autor, são, a nosso juízo, os legitimados a requererem providências cautelares, o mesmo se aplicando, *mutatis mutandis*, ao ofendido, se o crime é de ação de que dependa sua iniciativa. A exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade *provisória*, considerando o princípio do *favor rei*, a presunção de inocência e o papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios." (destaques no original)

Tratemos, pois, sobre quem é este juiz garantidor.

5.2.2 Definição e posicionamento do instituto no sistema processual penal

Conceitua o art. 15 do texto inicial do PLS 156/2009:[25]

"Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inc. LXII do art. 5.º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento ra-

25. Art. 14 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

zoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. *Parágrafo único.* Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada" (SENADO, 2009).

No trâmite do projeto no Senado foram feitas duas alterações na redação deste artigo, foram acrescentados dois incisos: "XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, § 1.º"; e "XIV – arquivar o inquérito policial".

Pela leitura do *caput* artigo supracitado, se percebe a definição de quem é o Juiz das Garantias: "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário".

Ou seja, como em alguns modelos da Europa continental (tais como no italiano e no português), o Juiz das Garantias é um fiscal jurisdicional das atividades investigativas realizadas na etapa pré-processual da persecução penal.

Sua missão é fazer cumprir a legalidade, impedindo atos arbitrários dos atores da investigação, competindo-lhe não só o rol de medidas descritas nos art. 15 – que não é taxativo (*numerus clausus*), mas sim exemplificativo (*numerus apertus*) –, mas todas e quaisquer medidas que cuidem da proteção das garantias do cidadão referentes ao exercício das liberdades e dos direitos fundamentais na etapa investigativa, segundo o determinado pela lei, e da maneira mais imparcial possível.

Desta forma, esse juiz garantidor que não toma iniciativas investigativas (e, portanto é apenas juiz e não acusador) é um passo numa tentativa de se efetivar, também na investigação criminal, a separação de funções, postulado básico do sistema acusatório (FERRAJOLI, 2006, p. 519-522).

5.2.3 Da competência

Definido o instituto do Juiz das Garantias, cuidamos agora do alcance de sua atuação.

Nos termos do art. 16 do PLS 156 (SENADO, 2009):

"Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1.º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. § 2.º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. § 3.º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo".[26]

Assim, salvo as infrações de menor potencial ofensivo – julgadas nos juizados especiais, possuindo, em regra, menor necessidade investigativa em virtude da maior simplicidade e menor potencial lesivo das infrações –, todas as infrações penais devem ser passíveis da atuação do Juiz das Garantias na fase investigativa.[27]

Quanto aos casos de foro privativo por prerrogativa de função, o art. 24 do texto inicial do PLS 156, dizia:

"Art. 24. Quando o investigado exercer função ou cargo público que determine a competência por foro privativo, que se estenderá a outros investigados na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas, caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do juiz das garantias" (SENADO, 2009).

Todavia, o supracitado artigo foi removido no texto substitutivo do Senado, sendo retirada a necessidade de autorização do tribunal para se instaurar inquérito policial, e fazendo com que perdure a regra do art. 2.º da Lei 8.038/1990:

"Art. 2.º O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal" (BRASIL, 1990).

5.2.4 O juízo de admissibilidade da acusação e o art. 17 da PLS 156/2009

Aqui se encontra o coração do "Juiz das Garantias" e sua razão de ser.

Segundo o art. 17 do PLS 156 (SENADO, 2009):

"Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo".[28]

A ideia dos elaboradores do anteprojeto de reforma é "manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação" – Item "II" da Exposição de Motivos (SENADO, 2009).

Mais do que jurídica, o "Juiz das Garantias" é a aceitação de uma realidade psicológica, um juiz que tome iniciativas investigativas, ou mesmo que tome con-

26. Art. 15 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

27. Vide crítica aos parágrafos do art. 16 (15) no ponto 6.1 deste trabalho.

28. Art. 16 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

tato com um material informativo destinado à acusação – produzido sem o devido contraditório e ampla defesa –, será um juiz inquisitivo e proferirá uma decisão mais parcial do que um juiz que não investiga e não tem contato com o material produzido sem o crivo do contraditório; como dito por Cordero (1986, p. 51-52, tradução nossa):

"A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem indaga segue uma delas, às vezes com olhos fechados; nada garante mais fundamento em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula cautelarmente a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele quem as coloca na mesa, aponta para a 'sua' hipótese. (...) Nas causas milanesas da peste manufaturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes inclinados a incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que para ele projetou".[29]

Assim, o que se busca com a admissibilidade da acusação ser feita por um julgador distinto do que cuidou da fase investigativa é que ao invés de se ter hipóteses e, com base nelas, se buscar fatos, se terá fatos e com base neles o julgador aceitará ou não as hipóteses; desta forma o julgador não mais terá o juízo tendencioso daquele que procura a confirmação de sua teoria, e o juízo de admissibilidade da acusação será mais imparcial.

Por fim, para dar mais luz ao debate, lembramos Maurício Zanoide de Moraes (2010):

"O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistêmico, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores."

29. "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittori, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al larvorìo poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, tavolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, nè questo mestiere stimola cautela autocrítica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. (...) Nelle cause millanese di peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquienti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in teste i fantasmi che vi ha proiettato.".

6. AS PRINCIPAIS CRÍTICAS AO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS

6.1 O julgamento do mérito da causa pelo mesmo juízo que admitiu a acusação

Se o projeto avança ao separar o juiz que cuida da investigação do que promove o juízo de admissibilidade da acusação, peca por colocar o mesmo juiz que admite a acusação como julgador do mérito.

Segundo o PLS 156/2009, quem é responsável pela admissibilidade da acusação é o juiz do processo, e este mesmo juiz presidirá a instrução e proferirá sentença (arts. 263 a 268 da PLS 156) (SENADO, 2009).[30]

Nos termos do art. 16, § 3.º do PLS 156:[31] "Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo", e segundo o art. 36:[32] "Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servir de base".

Isto se justifica na necessidade de demonstração neste momento dos pressupostos de admissibilidade da acusação (como, por exemplo, da justa causa), se impedindo que se inicie um processo nem ao menos minimamente fundado. Assim, na realização do juízo de admissibilidade da acusação o juiz do processo terá contato com todo o material produzido na investigação – destinado à acusação e produzido sem o devido contraditório e ampla defesa.

Até aqui não se pode criticar, realmente para se analisar os pressupostos de admissibilidade da acusação se faz mister a demonstração de um mínimo suporte probatório. O problema surge no fato de o mesmo juiz que realiza esse juízo de admissibilidade julga o mérito. Ou seja, se cria a figura do "Juiz das Garantias" para se evitar a "contaminação" do juiz do processo com os fatos produzidos na investigação, mas, no primeiro momento do processo, o juiz do processo – que depois decidirá a sentença – tem que conhecer todo o material produzido na investigação para admitir ou não a acusação.

Comparativamente, como já dito,[33] este procedimento já é criticado no direito alemão – em que o mesmo juiz que admite a acusação também é quem julga o mérito – segundo a doutrina: "como consequência, o tribunal corre o risco de não examinar as atuações com olhos neutros na fase judicial" (ARPE, 2000, p. 94, tradução nossa).[34]

---

30. Arts. 269 a 275 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.
31. Art. 15 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.
32. Art. 35 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.
33. Ver item 4.2.1 deste trabalho.
34. "La doctrina considera que, como consecuencia, el tribunal corre el riesgo de no examinar ya las actuaciones con ojos neutrales em la fase de juicio.".

No caso brasileiro, antes da aprovação do projeto de reforma do código, já existem manifestações lamentando a estrutura escolhida, como por exemplo, Marco Aurélio Nunes da Silveira, que em obra organizada por Coutinho (2010, p. 191), diz:

"O item III da Exposição de Motivos, ao tratar do juiz de garantias, afirma que uma de suas funções é manter o juiz do processo distante da prova produzida na investigação preliminar (...) Nada obstante, considerando-se que o juízo de admissibilidade da acusação será feito pelo próprio juiz do processo – o que significa que ele terá contato com os autos da investigação preliminar –, forçoso é concluir que tal objetivo não será atingido. Seguirá o juiz do processo tendo o seu primeiro contato com o caso penal a partir de provas produzidas sem contraditório e ampla defesa."

Como vimos no estudo de direito comparado, existem três grandes momentos na estrutura procedimental penal: a fase investigativa, a admissão ou não da acusação, e o julgamento de mérito. Ante o alto custo que existiria se se tivesse um juízo para cada um destes três momentos, no caso de o Estado não ter recursos suficientes, melhor seria se, como no direito italiano nos procedimentos mais complexos, se tivesse optado por um modelo em que aquele juiz que atuou nas investigações admitisse ou não a acusação, e o juiz do processo julgasse apenas o mérito da causa; essa não foi a opção do projeto de reforma, e, se no trâmite legislativo não ocorrer alteração, a figura do "Juiz das Garantias" corre o risco de se tornar um avanço realmente mínimo, não por "culpa" propriamente do instituto do "Juiz das Garantias", mas por "culpa" do fato de o mesmo juiz que admite a acusação ser o julgador do mérito da causa.

6.2 A nomeação do instituto

6.2.1 Juiz "das" Garantias ou Juiz "de" Garantias?

A palavra "a" é artigo que se antepõem a substantivo que designa ser determinado (BECHARA, 1978, p. 94).

"Das" é contração da preposição "de" com o artigo "a".

Logo, a utilização de Juiz "das" Garantias indica uma determinação de quais garantias.

Como, segundo o princípio democrático, as normas legais só existem após o devido processo legislativo (LEAL, 2008, p. 57-64), é óbvio que as "Garantias" não são quaisquer ideias pensadas em qualquer circunstância, são necessariamente mandamentos incorporados ao ordenamento jurídico de maneira legítima; ou seja, só existe a garantia (que é norma) se houver a previsão legal para ela exista.

Assim, é correto a nomenclatura Juiz "das" Garantias, posto que não são quaisquer garantias, mas apenas as previstas pela lei, criadas de maneira democrática – lembrando que as medidas que podem ser tomadas pelo Juiz das Garantias são

elencadas em rol exemplificativo (MORAES, 2010), mas podem ser tomadas apenas em função das garantias determinadas pelo texto legal.

6.2.2 Há vício de linguagem na nomeação do instituto?

Segundo parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros:

"A própria denominação "juiz das garantias" constitui um pleonasmo assustador, de vez que nenhum juiz pode ser juiz sem compromisso com tais garantias." (IAB, 2010)

Veja-se, a questão aqui escapa ao direito e se resolve na gramática:

"Pleonasmo (Do gr. *pleonasmós*, 'superabundância', pelo lat. pleonasmu). Figura de sintaxe pela qual se empregam palavras redundantes legitimamente. A função estilística do pleonasmo é reforçar a expressão para conseguir impressionar o interlocutor eficazmente, conseguindo vigor e clareza na comunicação, quer oral, quer escrita" (CHERUBIM, 1989, p. 52-53).

Assim, não há vício de linguagem na denominação "Juiz de Garantias", há sim um reforço na expressão para indicar a verdadeira – e belíssima – função de proteção das garantias.

6.3 Da implantação do Juiz das Garantias no Brasil: o aumento orçamentário

Uma das estratégias pretendidas pela comissão que elaborou o anteprojeto que se converteu no PLS 156 com o deslocamento de um órgão jurisdicional exclusivo para a fase investigativa foi "a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional" (SENADO, 2009, Item "II, *a*").

Neste ponto a comissão mostrou visão administrativa e seguiu um preceito básico da economia, o de que com a divisão de funções se aumenta a especialidade, e, assim, se melhora a "produção":

"Um maior aperfeiçoamento nas forças produtivas do trabalho e a maior parte do engenho, da destreza e do discernimento com que é dirigido em qualquer lugar, ou aplicado, parecem ter sido os efeitos da divisão do trabalho." (SMITH, 1776/2010, p. 20)[35]

Longe de se buscar uma "produção industrial de decisões jurídicas", mas sim buscando uma otimização da jurisdição penal, a figura de um juiz que cuida somente da investigação certamente cumprirá o anseio da comissão acima transcrito.

Feitas estas necessárias considerações preliminares, tratemos do aumento orçamentário em relação ao ganho causado pela implantação do instituto. Diz texto de Aury Lopes Jr., com o qual concordamos:

35. Primeiro parágrafo do clássico "Riqueza das Nações", de Adam Smith.

"Em relação ao juiz das garantias, na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico de processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da "falta de...". Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudança de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário conseguir dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade. A existência de um período de transição (o de 6 anos proposto para as comarcas únicas é muito longo), permitirá suprir as deficiências materiais e pessoais. Além disso, diversas medidas podem contribuir para a implantação do novo modelo, como o estabelecimento de um rodízio entre os juízes (para que ninguém se sinta um subjuiz por só atuar na investigação preliminar); o alargamento da competência do juiz das garantias (na organização judiciária de cada Estado), para que ele também atue no Jecrim, na vara de família etc., não sobrecarregando os demais; a regionalização do juiz das garantias (em comarcas pequenas, um juiz pode atender as cidades próximas, até que seja superado o problema das comarcas únicas). Não devemos é pactuar com o fim (ou melhor, o abortamento) desta importante figura (que não é nenhuma novidade, basta olhar Portugal e Itália) e, ainda, com o que é pior, com a morte do núcleo acusatório (e a consequente atribuição de poderes investigatórios aos juízes). Isso seria o absurdo total desde a perspectiva de um processo penal democrático" (LOPES JR., 2010).

Ademais, no texto original do PLS 156 (SENADO, 2009), dizia-se:

"Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal".[36]

Sendo importante destacar que no Senado foram alteradas as disposições finais do projeto de novo código, incluindo-se a seguinte redação:

"Art. 701. Este Código entra em vigor no prazo de 6 (seis) meses após a sua publicação. Parágrafo único. A regra de impedimento de que trata o art. 16 entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação deste Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz" (SENADO, 2010).

Assim, o Judiciário passou a ter três anos para se adequar à criação de um Juiz das Garantias e, nas comarcas onde há apenas um juiz, o prazo é de seis anos.

Ora, de três a seis anos para se definir a organização judiciária adaptando-a ao Juiz das Garantias é prazo mais do que suficiente, neste ponto fazemos nossas as críticas de Maurício Zanoide de Moraes:

"Afirmar que no prazo projetado, ou em outro a ser definido, não é possível se preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos funda-

36. Art. 17 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

mentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar. (...) Não se pode deixar de lembrar que no Chile, onde não havia sequer a carreira do Ministério Público, foi implementado todo um novo Código de Processo Penal, juntamente com a formação e instalação daquele órgão público, em fases e de modo gradativo, das pequenas cidades até os grandes centros urbanos. Para isso foi necessária a conscientização de todos os Poderes da nação, inclusive com liberação de verba do Poder Executivo e novo aparato legislativo, assim como participação determinada e efetiva do Poder Judiciário. Isso deve ocorrer aqui sob pena de nunca termos um novo Código, apesar de termos mudanças legislativas. Mudar a mentalidade e disposição é mais relevante que mudar a lei. A discussão, a elaboração e a aprovação de um novo Código de Processo Penal não são determinações ou decisões apenas do Poder Judiciário, mas também dos outros dois Poderes da Nação. (...) Não é por outra razão que a lei é discutida e elaborada pelo Legislativo e é o Poder Executivo quem a promulga. Todos os três têm méritos (ou deméritos) e responsabilidades pelo que fazem. Disponibilizar verba, apresentar soluções alternativas em um período de transição (como a cooperação provisória entre as estruturas da Justiça Federal e da Justiça Estadual, fazendo com que haja prorrogação de competência, dentro da consciência de unidade da jurisdição) e criar estrutura condizente para efetivar a Constituição são obrigações políticas que devem ser assumidas e compartilhadas por todos. (...) Em verdade, negar uma evolução ao sistema, mesmo a médio prazo, em razão da atual falta de recursos não é ter um argumento minimamente razoável, é esconder, por detrás dessa atual insuficiência, uma verdadeira intenção de "mudar o sistema desde que tudo fique como está!!!!" (MORAES, 2010).

Ex positis, lembrando que um juiz imparcial não tem preço, especialmente na tutela das liberdades, o argumento orçamentário se encontra como insuficiente perante a implementação do Juiz das Garantias.[37]

6.4 *O Juiz das Garantias e a tramitação do inquérito policial diretamente entre Polícia Judiciária e o Ministério Público*

No capítulo em que estudamos o direito comparado vimos a tendência da Europa continental em se concentrar as atividades investigativas entre a Polícia judiciária e o MP.

Sobre este procedimento, disse Aury Lopes Jr.:

37. Comparativamente, o Governo gastou mais de R$ 22 bilhões na Copa do Mundo de 2014, e o Judiciário brasileiro inteiro gasta por ano pouco mais de R$ 37 bilhões, assim, caso se gastasse a mesma quantidade de dinheiro que se gastará na Copa com o Judiciário, a cada quatro anos todo o gasto anual do Judiciário poderia ser aumentado pela metade. Fontes: Folha Online e UOL Notícias.

"O Brasil é um dos poucos países que ainda mantém o sistema de investigação preliminar policial, sem o controle pelo MP. Este modelo está completamente falido. É unânime o rechaço. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, não servindo como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5.°, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se a nova ordem constitucional" (LOPES JR., 2000).

Sem querer tratar completamente deste rico tema, é importante tecermos leves comentários a respeito dado que juntamente com a implantação do Juiz das Garantias no molde apresentado pelo PLS 156 ocorre a situação de o juiz não poder conhecer o teor do inquérito, salvo quando provocado.

Ante ao abuso que as longas investigações podem causar, e ante a distância do judiciário do controle direto dos atos que não dizem respeito às garantias e direitos fundamentais, diz Alberto Zacharias Toron:

"Na verdade, malgrado a adoção do sistema acusatório, o juiz, ao deferir a continuidade das diligências policiais, controla a duração da investigação e assim dá vida à garantia individual constante do art. 5.°, LXXVIII, da CF. O deferimento de prazo para a autoridade policial prosseguir nas investigações deve ser controlado pelo magistrado, e não apenas pelo representante do Ministério Público. Embora se possa pensar burocraticamente que o juiz se limite, no mais das vezes, a deferir o prazo reclamado pela polícia, o certo é que, para o cidadão, a longa duração de um inquérito policial é uma verdadeira pena. Pior, a duração sem termo do procedimento pode esconder não apenas a desídia ou o desmazelo na condução das investigações – o que contraria a essência do sistema republicano –, mas a possibilidade de se "controlar" o investigado, tê-lo sob foco indefinidamente. Aliás, recentemente os jornais noticiaram que o MPF de São Paulo, sem qualquer controle judicial, ficou investigando delegados da polícia federal por mais de cinco anos. Imagine agora com o fim da prescrição intercorrente na fase inquisitiva (Lei 12.234, de 05.05.2010) o que poderá haver em termos de abuso sem controle judicial" (TORON, 2010).

Com relação ao ganho de celeridade que a prática do trâmite direto entre a Polícia e o MP poderia causar, segue dizendo o renomado advogado:

"(...) Se a movimentação do IP apresenta-se morosa porque os autos saem da polícia e vão para o juiz, o qual os remete ao MP, e daí, com a manifestação ministe-

rial, retornam ao mesmo juiz, para este devolvê-los novamente à Polícia, o melhor seria que os autos fossem da polícia diretamente ao MP, daí ao juiz, e deste à Polícia. Uma etapa é suprimida e com isso se ganha tempo. Não se suprime a intervenção do juiz. A preocupação com a celeridade não pode, como se estivéssemos num *fast food*, dar lugar a tamanho desprezo pelas garantias individuais" (TORON, 2010) (destaques no original).

Assim, verifica-se que o grande problema da tramitação direta entre a Polícia judiciária e o MP é referente à limitação temporal da investigação criminal.

No modelo brasileiro, esta limitação temporal se dá pelo prazo em abstrato da prescrição da pretensão punitiva (após a Lei 12.234/2010), em virtude de, nos termos do § 3.º do art. 10 do atual CPP, "quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto" a autoridade poder requerer ao juiz a devolução dos autos, para diligências futuras, a serem realizadas num prazo marcado pelo juiz; inexistindo, pois, um limite rígido, determinado pela lei, para a conclusão das investigações.

No texto inicial do PLS 156 a situação pioraria, dado que nos termos do § 1.º do art. 32[38] quem controlaria se haveria renovação de prazo para as investigações, ou não, seria o próprio MP. Após a tramitação no Senado, o projeto substitutivo conseguiu agravar ainda mais a situação, nos termos do art. 31:

"Art. 31. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. § 1.º Decorrido o prazo previsto no *caput* deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial" (SENADO, 2010).

Assim, nem mesmo o encaminhamento obrigatório dos autos do inquérito ao titular da ação penal (MP) se fará, este exercerá um controle apenas *a posteriori*.

O problema é sério, e neste ponto errou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS 156 e ainda mais o Senado Federal.

Choukr (1995, p. 140-141), em 1995, já tratava deste problema, e como solução já apresentava:

"Não contemplando nosso modelo previsão "típica" de delimitação temporal, urge construí-la, desatrelando a barreira cronológica do tema da prescrição retroativa, que não possui estrutura ontológica em nenhum ponto semelhante e cuja

38. "Art. 32. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. § 1.º Decorrido o prazo previsto no *caput* deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, com proposta de renovação do prazo e as razões da autoridade policial."

aproximação nada auxilia na construção de um ordenamento racional. (...) Adotada a limitação, resta trilhar um caminho de coerência com o princípio acusatório. Isto significa que a imposição do prazo para a conclusão da investigação não pode retirar do titular da ação penal sua supremacia na atividade valorativa *durante seu transcurso*, mas sim deve servir de controle para que essa valoração seja exercitada. Posta a baliza temporal o titular da ação penal deve ser intimado a manifestar-se, para propor ou arquivar o feito. Caso não esteja apto para uma coisa nem para outra, a inoperância deve ser sancionada com a impossibilidade de utilização daquele acervo informativo (...)."

Assim, melhor seria se existe um prazo "fechado" para a realização das investigações, que pudesse ser prorrogável, no caso de complexidade dos fatos, por controle obrigatório judicial; que se instituísse o *dies a quo* do prazo como o do indiciamento; e, por fim, que houvesse uma sanção (como no modelo italiano) caso o Estado permanecesse em inércia, tornando imprestável o acervo informativo colhido.

O PLS 156 não inovou tanto, e, em verdade, novamente não em virtude do "Juiz das Garantias", mas em virtude do procedimento escolhido para o inquérito, o perigo de as investigações se estenderem por tempo excessivo é alto.

Feitas estas considerações, passamos à conclusão deste trabalho.

7. CONCLUSÃO

Por tudo exposto, concluímos que o "Juiz das Garantias" ao ser colocado no objetivo de separar o juiz do processo dos atos investigativos – feitos sem o devido contraditório e ampla defesa – é inicialmente uma tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória do processo; todavia, dado à estrutura procedimental escolhida pelo PLS 156/2009, como o juízo de admissibilidade da acusação é feito pelo mesmo julgador que julga o mérito da causa, certamente que todo o esforço em se implantar este instituto jurídico pode se tornar pouco relevante na busca por um juiz do processo imparcial não "contaminado" pelos atos investigativos.

8. REFERÊNCIAS

ASSOCIATION DE RECHERCHES PÉNALES EUROPÉENNES (Arpe). *Procesos penales de europa: Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia*. Zaragoza: EDIJUS, 2000.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 23. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

BRASIL. *Código de Processo Penal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2008.

_____. *Constituição da República dos estados Unidos do Brasil*, de 16.07.1934. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05.11.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 22.03. 2011.

_____. *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25.03.1824. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. *Decreto 678*, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. *Lei 8.038*, de 28.05.1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm]. Acesso em: 28.03.2011.

CHERUBIM, Sebastião. *Dicionário de figuras de linguagem*. São Paulo: Pioneira, 1989.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

_____. *Procedimento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. 2v.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. a. 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.

_____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille et al. *Procedures penales d'Europe: (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: 1974.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: EDUNB, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOLHA ONLINE. *Copa de 2014 terá 98,5% de dinheiro público*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/esporte/881803-copa-de-2014-tera-985-de-dinheiro-publico.shtml]. Acesso em: 29.03.2011.

FRANÇA. *Code de Procédure Pénale*, de 02.03.1959. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20110324]. Acesso em: 24.03.2011.

IINSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Parecer: Reforma do Código de Processo Penal*. 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008.

LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....). *Boletim IBCCrim*. São Paulo: Ed. Especial CPP, ago. 2010.

_____. A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2, 31.08.2000. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828]. Acesso em: 30.03.2011.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas (SP): Millennium, 2000. Vol. 1.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"?. *Boletim IBCCrim*. São Paulo:, Ed. Especial CPP, Ago. 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.

PRADEL, Jean. *Le juge d'instruction*. Paris: Dalloz, 1996.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999,.

SENADO. *Emenda n. 1 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Substitutivo) (ao PLS 156, de 2009)*. Brasília: Senado, 2010.

SENADO. *Projeto de Lei do Senado 156/2009*. Brasília: Senado, 2009.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações:* edição condensada. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: Ed. Especial CPP, Ago. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 4v.

UOL NOTÍCIAS. *Judiciário brasileiro gasta R$ 37,3 bilhões por ano, mas 71% dos processos continuam sem solução*. Disponível em: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/09/14/judiciario-brasileiro-gasta-r-373-bilhoes-por-ano-cerca-de-12-do-pib-nacional.jhtm]. Acesso em: 29.03.2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cooperação judicial penal e Ministério Público europeu, de Nicolás Rodríguez García - *RT* 834/456 (DTR\2005\322);
- Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva

  Criminal investigation: the draft version of the Code of Criminal Procedure and defense investigation, de Fernanda Regina Vilares, Guilherme Augusto Campos Bedin e Pedro Machado de Almeida Castro - *RBCCrim* 107/309 (DTR\2014\1556); e
- Recrudescimento a caminho, de Roberto Delmanto Júnior - *RBCCrim* 84/209 (DTR\2010\327).

"Mal de Polícia" – À propósito de uma criminologia radical

"Police Fever" – With Regard to The Radical Criminology

Augusto Jobim do Amaral

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS. Pesquisador-convidado do *Ius Gentium Conimbrigae* (Centro de Direitos Humanos) da Universidade de Coimbra. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: Pensar o desenvolvimento das teorias radicais sobre os movimentos e tendências críticas em criminologia passa longe do encerramento metodológico ou categorizações planificadas ideologicamente. Do contrário, a traição a qualquer postura *radical* já estaria anunciada e exposta desde sempre pelo alijamento do esforço em construir ou profanar categorias capazes de captar as lutas sociais e políticas que propriamente lhe daria sentido. Ainda que a tradição da dita *criminologia radical*, no Brasil posta precursoramente por Juarez Cirino dos Santos ("Criminologia Radical", 1981) e antes ainda por Roberto Lyra Filho ("Criminologia Dialética", 1972) tenham advindo da referência marxista e da necessária tarefa de esclarecer a relação entre crime e formação econômico-social (tendência afastada dos discursos tradicionais correcionalistas, bem como dos ares politicamente limitados dos idealismos e reformismos de esquerda) – quer dizer, fundadas numa análise materialista do crime e do controle social – tal inserção política não se põe guardada dos esforços plurais na crítica à ideologia dominante. Assim é que, neste viés da teoria econômica do crime, a teoria e pesquisa criminológicas radicais como práxis social dão impulso aos estudos acerca da tensão entre controle do crime e relações de produção, em particular apresentando

Abstract: Think the development of radical theories about movements and critical trends in criminology passes far from a methodological closure or categorizations ideologically planned. To the contrary, the betrayal of any radical position was already announced and always exposed by jettisoning the effort to build or profane categories able to capture the social and political struggles that would give proper sense. Although tradition dictates the radical criminology, placed primarily in Brazil by dos Santos Juarez Cirino ("Criminologia Radical", 1981) and before that by Roberto Lyra Filho ("Criminologia Dialética", 1972) they have arising from Marxist reference and the necessary task of clarify the relations between crime and economic-social formation (tendency rejected from traditional correctionalist speeches, as well from the politically limited environment of left idealisms and reformisms) – that is, based on a materialist analysis of crime and social control – such policy insertion does not set safe of plural efforts in criticizing the dominant ideology. So it is that in this bias, economic theory of crime, theory and radical criminological research as social praxis give impetus to studies concerning the tension between crime control and production relations, particularly presenting

os objetivos ideológicos e, fundamentalmente, reais veiculados pelo sistema penal. Pontos de inflexão de enorme importância aparecem aí neste espaço tanto no que concerne ao dispositivo prisional, como instituição central, quanto à polícia, seu agente principal capilarizado. Por este caminho movediço da contiguidade entre violência e direito que tem a polícia como protagonista é que o trabalho arrisca atravessar. Seja sob a função declarada de repressão da criminalidade e controle/redução do crime, ou das suas reais finalidades de reprodutora da criminalidade e das relações sociais, a hipótese que se discute está ligada profundamente ao fato de que há, literalmente, guardado, no espectro policial, algo de *repugnante*. Nas zonas indiscerníveis de indistinção entre espaço político e vida nua é que a força policial se dá, abrindo o campo de vidas matáveis o qual se habita. A urgência de tempos difíceis, ou seja, aqueles de entrada da soberania na imagem da polícia, impõe à crítica a radicalidade da experiência do *abandono* da vida ban(d)ida em si.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia – Soberania – Violência – Segurança Pública – Criminologia Radical.

the ideological objectives and, fundamentally real, served by penal system. Inflection points of great importance appears in this space there both as regards, the prison device as a central institution, and the police, his capillary main agent. For this unstabwe path of contiguity between violence and police right as the protagonista, is what this work ventures go through. Be under the supposed function of combating crime and crime control/reducing, or their real purposes of criminality and social relations replication, the hypothesis that is discussed is deeply connected to the fact that, there are literally stored in the police spectrum, something repugnant. In indiscernible areas, lack of political space and bare life distinction, is that where the police force is given, opening the field of killable life which inhabits it. The urgency of difficult times, ie, those of sovereignty entry in the police image, imposes criticism of life abandonment experience radicality, life banned itself.

KEYWORDS: Police Studies – Sovereignty – Violence – Public Security – Radical Criminology.

SUMÁRIO: 1. Exórdio – Sobre a possibilidade de uma criminologia radical – 2. A obscena soberania policial – 3. Mal de Polícia: soberania, governo e segurança – 4. Referências bibliográficas.

1. EXÓRDIO – SOBRE A POSSIBILIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA RADICAL

Interrogar o desenvolvimento das teorias radicais sobre os movimentos e tendências críticas em criminologia deve passar longe do encerramento metodológico ou categorizações planificadas ideologicamente. Do contrário, a traição a qualquer postura *radical* já estaria anunciada e exposta desde sempre, não menos que pelo alijamento do esforço em construir, atualizar e profanar conceitos capazes de captar as lutas sociais e políticas que propriamente lhe daria sentido.

Ainda que a tradição da dita *criminologia radical*, no Brasil posta precursoramente por Juarez Cirino dos Santos[1] e antes ainda por Roberto Lyra Filho[2] tenha advindo da referência marxista e da necessária tarefa de esclarecer a relação entre crime e formação econômico-social (tendência afastada dos discursos tradicionais

1. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
2. LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

correcionalistas, bem como dos ares politicamente limitados dos idealismos e reformismos de esquerda) – quer dizer, fundadas numa análise materialista do crime e do controle social – tal inserção política não se põe guardada dos esforços plurais na direção da crítica à ideologia dominante.

Assim é que, neste viés da teoria econômica do crime, a teoria e pesquisa criminológicas radicais como práxis social dão impulso aos estudos acerca da tensão entre controle do crime e relações de produção, em particular apresentando os objetivos ideológicos e, fundamentalmente, reais veiculados pelo sistema penal. Pontos de inflexão importantes aparecem aí neste espaço, tanto no que concerne ao dispositivo prisional, como instituição central, quanto à *polícia*, seu agente principal capilarizado.[3] Assim, pelo caminho movediço da contiguidade entre violência e direito que tem a polícia como protagonista é que estas linhas se aventuram. Seja sob a função declarada de repressão da criminalidade e controle/redução do crime, ou das suas reais finalidades de reprodutora da criminalidade e das relações sociais, a hipótese sobre a qual tencionaremos discutir está ligada ao fato de que há guardado, profunda e literalmente, no espectro policial, algo de *repugnante*.

Portanto, possível e necessário arriscar – a radicalidade não nos é dada –, exatamente para estarmos à altura de tempos urgentes em que tal liminariedade *por vir* possa se dar, sem antecipação – *acontecer* – com todo o peso do imprevisível.[4] Afinal, mais diretamente, o que haveria de decisivamente contemporâneo e radical, senão o profundamente impossível e necessário traço de convocação *ética* que alguma criminologia possa ambicionar? Na fragilidade densa da resistência contra os blocos maciços de sentidos e racionalidades bem pensantes, frente às tendências justificantes de todos os matizes na imposição violenta de supostos fins "justos", *talvez*[5] ainda reste deixar pulsar instantes outros que excedam toda a presença de um tempo ensimes-

3. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p 57.

4. DERRIDA, Jacques. Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento. Trad. Piero Eyben. *Revista Cerrados – Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB*. vol. 21. n. 33. p. 228-251. Brasília, 2012.

5. A ênfase está no "talvez" como experiência do possível *como* impossível: "ora, a experiência do "talvez" seria, *de uma só vez*, a do possível *e* a do impossível, do possível *como* impossível. Se apenas acontece (*arrive*) o que já é possível, portanto antecipável e esperado isso não faz um acontecimento. O acontecimento só é possível se vindo do impossível. Ele acontece *como* a vinda do impossível, ali onde um "talvez" nos priva de toda segurança e deixa o porvir ao porvir. O "talvez" se alia necessariamente a um "sim": sim, sim a(o) que vem. O "sim" seria comum à afirmação e à resposta, viria antes mesmo de toda a questão. Um "talvez" como "*perhaps*" (*it may happen*, como se diria), de preferência à ligeireza do "*vielleicht*", de preferência ao chamado do ser ou à insinuação ontológica, o *to be or not to be*, de um "*maybe*", eis talvez o que, exposto como o "sim" ao acontecimento, ou seja, à experiência do que acontece (*happens*) e de *quem* então chega (*arrives*) longe de irromper a questão, dá-lhe sua respiração." DERRIDA, Jacques. "Como se fosse possível, "within

mado – fazer criminologia *como se* memória política fosse, *fantasmagoria criminológica dos sistemas penais*, como desajuste radical diante dos fantasmas dos já mortos, dos que ainda não nasceram, vítimas ou não das guerras, dos extermínios e das violências do sistema penal. A bom rigor, a radicalidade de qualquer criminologia parece não poder distar da interrogação sempre candente sobre o aquilo que pode assumir o sentido de *humano* – e para além dele – engolido pelas engrenagens criminais/criminosas bem pensadas e objetificantes de um estado de coisas que não se suporta mais, senão ao preço das suas maiores perversões, ser conciliado e sustentado como normal.

O que mais deverá ser recorrente e inesgotável num discurso criminológico radical senão a incisividade no convite à monumental evocação sobre os restos transparentes da história esquecidos pela máquina penalizante? Espectros de palavras que reverberam propriamente sobre aquilo que por elas não é alcançado: o testemunho sobre a dor do outro, limite absoluto da minha representação[6] que teoria nenhuma será capaz de lhe fazer justiça. Uma paragem criminológica desta estirpe é campo assombrado que há de *aprender a viver com fantasmas*,[7] aventura estranha e desconfortável que não substitui o que se viveu e morreu pela memória do acontecido, nem está centrada na ideia do que se passará (pois não a temos), entretanto que urge pela representação não solitária, indeterminável do *outro* que habita clandestinamente toda a lógica (criminológica) exaurida. Provocação inaudita de uma responsabilidade radical que algum discurso criminológica não poderá olvidar. Questão de *justiça*, pois. Algo que talvez uma *impossível criminologia* – e não falamos aqui do direito ou da sua ciência correlata diretamente – possa recorrer como herança ética de um desajuste, da diacronia irredutível da alteridade. Expressa assim tal *desejo* Derrida, rico agora também para uma sintonia radical criminológica sem vacilações:

"Justiça alguma – não digamos lei alguma, e mais uma vez lembro que não falamos aqui do direito – parece possível ou pensável sem o princípio de alguma responsabilidade, para além de todo presente vivo, nisto que desajusta o presente vivo, diante dos fantasmas daqueles que já estão mortos ou ainda não nasceram, vítimas ou não das guerras, das violências políticas ou outras, dos extermínios nacionalistas, racistas, colonialistas, sexistas ou outros, das opressões do imperialismo capitalista ou de todas as formas do totalitarismo. Sem essa não contemporaneidade a si do presente vivo, sem isto que secretamente o desajusta, sem essa responsabilidade e respeito pela justiça com relação a esses que não estão presentes, que não estão

---

such limits"...". *Papel-máquina*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 258- 259.

6. ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 173.

7. Estamos às voltas, notadamente, do precioso "Exórdio" de DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 9-13.

mais ou ainda não estão presentes e vivos, que sentido teria formular-se a pergunta 'onde?', 'onde amanhã?' ('whither?')."[8]

Onde, amanhã, uma *criminologia radical*? Se fosse possível dizê-la, o polo atrator haveria de tocar uma criminologia *pela desconstrução* – "justiça como núcleo indesconstruível de toda a desconstrução"[9] –, que inédita ela apenas poderia dizer-se se seu próprio discurso já não tivesse flertado com o mero *dito* – encadeamento lógico de enunciados – e não procedesse literalmente de um tempo *por vir*. Axioma pronto, por assim dizer, a desestabilizar (inclusive) os esquemas conceituais (críticos) e destotalizar totalidades autorreferentes. A desconstrução,[10] se é que isto possa se dar, busca traços a partir destes ecos singulares que as racionalidades tão bem sabem governar. Haveria uma criminologia não domesticada, neste enfoque, naquilo que estivesse preocupada com as intempestividades que ocupam o nosso presente, o que significa em termos dos aparatos maquínicos do poder penal, colocá-lo face a si mesmo, decompor a estrutura e entender como havia sido construído seu conjunto, não meramente como denúncia, mas como trauma assimétrico a qualquer forma de adaptação. O interesse está, para além de qualquer método, por aquilo que, historicamente se institui como ordem, como sistema penal, na qual uma desordem violenta foi chancelada e fixada com normalidade. Haveria política (marxista) realmente revolucionária, sobretudo *justa*, senão naquilo que dela ainda não está, onde ela não está mais *presente*?

Compromisso com o que virá, precedido e ancorado naquilo que não é ainda, com o que vem sem ser visto, estratagema afeto, não obstante, a um *aqui agora*

8. Idem, p.11-12.

9. Doravante, utilizaremos a versão bilíngue (francês-inglês) publicada em: DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité". *Cardozo Law Review*. vol. 11. n. 5-6. p. 919-1045. Translated by Mary Quaintance. New York, july.-Aug. 1990. p. 944.

10. "A desconstrução, evidentemente, podemos considerar que consiste justamente em colocar os ladrilhos do avesso, enfim, perturbar uma ordem. Mas consiste também em interrogar-se sobre o que não funciona na ordem, sobre o que na ordem é uma desordem, o que a ordem oculta como desordem. A desconstrução não consiste apenas em recolocar uma ordem, mas se interessa pela desordem. Daí o interesse que tive, interesse doloroso, fascinado etc., por aquele ladrilho mal colocado, e o interesse de estilo desconstrutor pelas coisas que são mal agenciadas, ali onde elas estão solidificadas. (...) Ora, a desconstrução se interessa por essas coisas que não funcionam e que se encontram chanceladas na ordem. Como o senhor sabe, não são apenas questões de política, de direito, etc. são questões de inconsciente, desordens que estão chanceladas. Os ladrilhos não são pedras, não estão na natureza. São pedreiros a quem se deram ladrilhos geometricamente desenhados e que um dia, no que foi uma história, colocaram mal aquele ladrilho. É uma história". DERRIDA, Jacques. "Rastro e arquivo, imagem e arte. Diálogo". In: MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (orgs.). *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*. Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012., p. 138.

sem reenvio infinito, uma injunção democrática a rigor que não se pode deixar idealizar, pois é na *vida* com todo o seu peso e concretude vinda de cima, inegavelmente real e sensível, que um *impossível por vir* confia.[11] Incomensuravelmente humana tal Criminologia *em sofrimento, que resta, limiar*, neste traço disjuntivo posto como lembrança entre os conceitos – heterogêneos mas indissociáveis – de direito e de justiça.

Uma criminologia radical, inadequada por excelência e desajeitada em algum desajuntamento sobre o qual sempre se perguntará "onde amanhã?" (*whither?*) – "para onde vai, inclusive o marxismo?", para onde iremos (como criminologia) com ele?, assombrados por espectros de vidas vividas jamais neutralizáveis, "experiência do passado como porvir, um e outro absolutamente absolutos, para além de toda a modificação de um presente qualquer", ou seja, criminologia *diante* daquilo que vem sempre *antes* dela como origem: "experiência do passado como porvir".[12] Experiência justamente não como relação presente, mas como viagem ou travessia, um *experimentar* que remete a algo não programável, exposto ao acontecimento do outro, radicalmente outro, inapropriável que faz prova de sua alteridade exatamente por este fato.[13]

A questão sobre uma criminologia que assim nos abate já não deixa de transparecer na tradição do seu conceito outro sentido que não a da escritura de uma ausência, silêncio próprio dos corpos emudecidos e empilhados pelas inscrições cadavéricas politicamente neutras. Não somente a escuta criminológica sobre "a palavra dos mortos" pode-se dar neste instante aberto,[14] porque o que apareceria neste momento espectral já não pertence a este tempo, mas o secreto desajuste estaria assinalado pela resposta – testemunho radical – premente aos que não estão aqui *presentemente vivos*, seja porque não mais estejam presentes e vivos, mas fundamentalmente pelos que ainda não estão presentes. O cuidado em si de qualquer cautelaridade nos (re)envia a este futuro, nada distanciado ou indefinido, mas sobretudo a tarefas inadiáveis, noção que um discurso criminológico radical deve-se (ante)ver. O que nos convoca, então, dá-se *antes* – provém *do* porvir, do futuro que já eticamente nos sequestrou e desproporcionalmente nos impõe em seu excesso a

11. DERRIDA, Jacques. *Vadios: Dois ensaios sobre a razão*. Coordenação, Tradução e Notas de Fernanda Bernardo. Coimbra: Palimage, 2003. p. 155-178.

12. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*... cit., p. 12.

13. "(...) não posso assimilar o outro a mim, não posso fazer do outro parte de mim mesmo, não posso capturar, tomar, apreender, não há antecipação. O outro é inantecipável. Estamos lidando com outro conceito de experiência, diferente daquele que permanece dominado pelo ente enquanto ente (ente quer dizer presente)", DERRIDA, Jacques. "Pensar em não ver"... cit., p. 80.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminologia cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 1-19.

responsabilidade urgente por um *dever de justiça*. Supõe-se que esta *justiça* conduza, não meramente "para com a vida de um ser vivo (...) não em direção a uma morte, mas em direção a uma *sobrevida*"[15], reiteradamente para além da vida presente, que antecipa que é preciso contar com *mais de um*. Criminologias plurais como *dizeres de uma sobrevivência*, apanhadas pelo *aqui e agora* impostergáveis do terror que as apanha e sempre anacrônicas em suas tentativas de organizar-se e definir-se. Reinscrever o incondicional ética da justiça sob certas condições parece tocar aporeticamente a tarefa impossível de se viver sob o status meramente político ou legal de qualquer criminologia radical, não obstante sempre obrigada, de outro modo, a dispor-se decididamente diante da incondicionalidade da alteridade, expor-se efetivamente de certo modo condicionada, sob pena de sequer a ideia tardia e ancestral do outro poder ser reinscrita. Concretamente, *dizer* o *acontecimento* indizível (para além do simples saber e da informação) que tem lugar ali onde se põe como chance do próprio possível, razão que apenas se deixa razoar porque *conta com* e *toma em conta* os mortos da guerra neutralizada racionalmente pelo poder punitivo, escuta dos "espectros de um experiência impossível que assombra o possível".[16]

É possível conservar a oportunidade de capturar o inaudível? Contador e responsável por aquilo que não se tem e que não nos pertence? A sorte deste acontecimento é a sorte de um instante.[17] Por fim, aí a tarefa se *inicia*. Talvez seja neste *umbral*, aqui surpreendido na íntima correlação entre violência e direito que alguma criminologia *radical* possa *começar* enfim. Pensamento desconstrutivo – racionalismo incondicional que jamais renuncia a suspender todas as condições inclusive aquelas que fundam a própria ideia de crítica – aqui posto sobre o poder soberano (penal), precisamente debruçado neste limite indivisível e que, ao mesmo tempo, ameaça não somente esta condição, mas sua própria solidez fundadora. Há "mais de um único único",[18] dirá Derrida novamente, ao permanentemente interrogar tal *limiar*, contudo o passo arriscado que se reclama é ao *abismo*, que não mais pode ser nem fundamento original ou fundo nem a profundidade mesma sem fundo. Do contrário, de toda forma, renunciar a essa experiência impossível da alteridade – *provinda* das vozes que, em surdina, grunh(iram)em abafadas pelos empolados discursos prontos a salvar a reta consciência punitiva (ou negociar com as consolações

15. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*... cit., p. 13.

16. DERRIDA, Jacques. "Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento" cit., p. 238 e 242. Particularmente destacado em DERRIDA, Jacques. *Vadios*... cit., p. 259 e ss.

17. DERRIDA, Jacques. "As Pupilas da universidade: o princípio da razão e a ideia da universidade". *O olho da universidade*. Introdução de Michel Peterson e tradução de Ricardo Canko et. al. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. p. 156-157.

18. DERRIDA, Jacques. *Seminario La bestia y el soberano*. Volumen I (2001-2002). Edicción establecida por Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud. Buenos Aires: Manantial, 2010. p. 362 e 388.

do presente) – sem horizonte de espera e momento de justiça *espectral* com certos *outros* não presentes, para além do presente vivo em geral, todavia concreto e radical, sem esta *justa* abertura criminológica, melhor e por certo mais honesto, seria render-se ao "calculismo econômico", aos utilitarismos com cálculo de rentabilidade (positivismos criminológicos, diga-se de passagem), à biopolítica em geral, e declarar todas as "barreiras alfandegárias" a estas criminologias menores, esteriotipadas, "sem modos", mal-educadas (infantis dirão os cínicos), comprometidas com a "modalidade futura do *presente vivo*", teimosas e indóceis a sobreviverem insuscetíveis às reduções pragmáticas de contingências políticas (re)confortantes e conciliações hipócritas.[19] Apesar do insuportável, encarnam-se os espíritos dos mortos de dos vivos nesta insaciável necessidade por *justiça*, *radical* será aquela *sobrevivente* criminologia que se puser a ensinar a escutá-los.

2. A OBSCENA SOBERANIA POLICIAL

Não obstante, no que concerne às preocupações do trabalho, parece inolvidável que, dentre as possibilidades múltiplas que se aventam acerca do poder punitivo e seu trato criminológico de cariz radical, nas franjas das relações entre Estado, Crime e Sociedade, há um espaço privilegiado que se entrevê na leitura destas intersecções, local onde *ex-surge* um *ponto cego da soberania política*: a *polícia*.

Para além de um imaginário coletivo capturado, não de hoje, pelo solipsismo de uma violência desigual que, de forma inevitável ao que parece alguns grupos começaram literalmente a respirar, por/pela *exceção* (falamos diretamente de grupos sociais pouco afeitos a serem provocados mais diretamente por um contexto de violência, fartamente vivido pelo contingente vulnerável de nossas localizações periféricas)[20] – ao menos que sirva oportuna e perversamente esta condição de violência (naturalizada do cotidiano daqueles restos da história e que choca atualmente por sua presença visível a alguns outros) como pretexto para minimizar o injustificável retardo, nem que seja sob a inspiração de um devir minoritário, para romper o tom da discussão cínica e enfadonha que não raro hoje temos sobre a *soberania*, e ingressar nas lições sobre as *zonas deslocalizáveis infinitas de irredutível indistinção* entre a *vida nua* e *espaço político*.[21]

---

19. Cf. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*... cit., p. 92-3.

20. Vide as chamadas "jornadas de junho" de 2013 em que a pauta da violência policial tomou lugar privilegiado. Ademais, cf. MADARASZ, Norma; SOUZA, Ricardo Timm de. *Lógicas de transformação: críticas da democracia*. Porto Alegre: Fi, 2013; e MARICATO, Ermínia et. al. *Cidades rebeldes – passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Carta Maior/Boitempo, 2013.

21. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 16.

Quando a íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo toma corpo e a *soberania* demonstra sua *forma de relação* por excelência que é a da *exceção*, violência e direito num vínculo inextrincável, como viu Benjamin[22] (prolongado por Agamben), em que o ordenamento jurídico suspende a regra – "aplicar-se desaplicando-se" – dando lugar à exceção, diante desta promíscua e original liminariedade definidora da estrutura jurídico-política fundamental, qualquer crítica radical responsável sobre este *abandono* – da vida ban(d)ida em si – não pode mais deixar de pôr em questão este *enigma*.

Se o *campo* exposto por *vidas matáveis*, naturalizado pelo cotidiano genocídio dos refugos da história dos excluídos neste instante tenha se aproximado e se tornado sensivelmente ostensivo, talvez algum sentido de *negação* daí emerge. A concretude das deploráveis e ilegais "prisões por averiguações" que se abateram, por exemplo, escancaradamente nas manifestações de junho de 2013, ainda que guardem algum fundo comum, nada mais são do que o singelo e filtrado retrato dos "assassinatos sem averiguações" da multidão de "Amarildos" – ao menos este conseguimos nomear, e os outros infames? – que nos assombram, como se tivéssemos que sentir os grilhões, os rasgos ou sermos arrastados literalmente por alguma "Cláudia", não mais somente destinados a assistir complacentes a uma história que agora convida a ser escrita à contrapelo. A despeito das nuances, da indeterminação relativa dos embates coletivos que se experiencia, dos fluxos, das trajetórias, das fragilidades e possibilidades múltiplas destes movimentos, há um *não* que ecoa, apesar das tentativas de calá-lo, advindas das tentativas de encerramento vital que as prementes demandas consensuais por pautas claras e pretensões políticas objetivas impõem a cada oportunidade de protesto. Como escreveu Camus,[23] em seu *Homem Revoltado*, nestas posturas há uma afirmação, um *sim* desde o primeiro momento, algo que, sobretudo, não se renuncia, mas se *recusa*.

A insuportabilidade candente de uma condição policial é uma delas. Pulsão esta de um caldo totalitário que no Brasil tem largo lastro: por um lado, representa a militarização das tarefas de policiamento ostensivo pondo as PMs como força auxiliar e de reserva do Exército, de acordo com o texto constitucional de 88 (art. 144 § 6.º,[24] herança mantida e aprimorada por tempos ditatoriais), ou seja, uma

22. Doravante, as referências ao texto benjaminiano são retiradas da seleção realizada por Willi Bolle na obra: BENJAMIN, Walter. "Crítica da violência – Crítica do Poder". *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie* (escritos escolhidos). Seleção e apresentação de Willi Bolle. Trad. Celeste de Sousa et. al. São Paulo: Cultrix/ USP, 1986.

23. Cf. CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2011.

24. Vide o pioneiro e já clássico estudo de CERQUEIRA, Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 6. n. 22. p. 139-182. 1998.

estrutura militar fazendo papel de polícia, comum em período de guerras ou de regimes autoritários;[25] por outro viés, simétrico e correlato a este escárnio, existe um não menor autoritarismo impregnado nas estruturas (nem tão) subterrâneas das práticas difusas de alguma polícia civil (deveria haver alguma *polícia* que não fosse a rigor *civil*?) responsável pela apuração das infrações penais na função de polícia judiciária. Sem que fosse preciso lembrar as fartas práticas de tortura e extermínio reconhecidas internacionalmente,[26] pergunta-se se realmente deveríamos ainda nos espantar que, por exemplo, o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul[27] (apenas para ficar nesta unidade da federação), até hoje, consagre "espancar, torturar ou maltratar preso ou detido sobre sua guarda ou usar violência desnecessária no exercício da função policial" como transgressão *média* ao passo que "emitir conceitos desfavoráveis a superiores hierárquicos" está capitulada como transgressão *grave*? Ou ademais precisamos ressaltar os procedimentos investigativos em vigor estruturalmente no processo penal brasileiro desde o séc. XIX como o famigerado inquérito policial?

Deve-se ter em consideração, neste ponto, que a repressão policial militarizada é ancestral no Brasil, longe de ter sido inaugurada pela ditadura civil militar instalada em 1964. O grupo de assalto que tomou o poder no país nada fez senão focalizar e alçar a uma nova escala a maquinaria de combate, agora adequada ao momento histórico de guerra contra o "inimigo interno". Não haveria necessidade de rememorar o ano de 1808, em particular o alvará de 10 de maio, que criou a "Intendência Geral da Polícia", responsável por acomodar "pacificamente" a chegada do então príncipe regente e o seu séquito ao Brasil, ou seja, auxiliar a nobre missão civilizatória de manter a ordem pública com a chegada da família real, nem tampouco resgatar a organização na mesma época da "Guarda Real da Polícia da Corte" (eternizadas a um preço de certa filtragem aos interesses civilizatórios europeus pelas pranchas do artista alemão Johann Moritz Rugendas) com a sua sintomática chibata, a qual dava início à ação policial (nada muito diverso do atual e conhecido "pé na porta"), para perceber o arbítrio supremo e o militarismo impregnado desde a instalação das forças policiais em terras brasileiras. A postura violenta da inquisição policial já não era novidade nem mesmo aos tempos da sua instituição, num século XIX de crescente diversidade social e étnica – vale lembrar as contundentes críticas aos excessos feitas, dentre outros, por Hipólito José da Costa. A ação repressiva era a

25. ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que Resta da Ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 52.

26. Anistia Internacional. *Informe 2012 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Londres, 2012. p. 109-112. Disponível em: [http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_pt-br.pdf].

27. Disponível em: [http://arquivonoticias.ssp.rs.gov.br/edtlegis/1108057903Estatuto_servidoresPC.pdf].

marca voltada para o controle e manutenção da segurança do Estado, traço perene que ultrapassou o império e resistiu às mudanças republicanas de forma incólume. O que o regime ditatorial militar traz com a sua *doutrina de segurança nacional*[28] é o ajustamento do azimute, do calibre (para usar o comum da linguagem bélica), o aprofundamento do modelo autoritário da instituição policial, ou seja, a disposição de todo o aparato estatal de repressão à persecução dos inimigos do regime, em que o desaquartelamento das PMs e a tortura ostensiva nas delegacias – prática já rotineira há época, diga-se de passagem, porém, que tomou ares mais visíveis à sociedade, pois, vez mais, começara a atingir em especial a classe média – tais fatores são "apenas" um breve delineamento da prioridade dada à segurança pública no período. Não obstante, em nada isto retira ou atenua do aparato policial ali montado na ditadura alguma responsabilidade sobre os horrores daí advindos, nem o necessário peso da reflexão acerca da desmilitarização das polícias hoje em pauta de debate, exatamente para que na efervescência de um caldo totalitário que permanece a pulsar cotidianamente, particularmente nas práticas policiais, aqueles restolhos do "progresso histórico" não restem emudecidos.

Assim, percebe-se que tal estado obsceno da soberania política, o qual a *polícia* opera e se encarrega de testemunhar com a maior clareza a zona de indiferenciação entre violência e direito, não pode senão comportar em si, a seu turno, a tradição de um modelo de combate ao inimigo, potencializada pela contínua viabilização da guerra e do extermínio de vulnerabilizados politicamente determinados. Portanto, a exceção, inclusiva da vida através da sua própria suspensão, é transparecida pelo *traço* que a decisão de uma *soberana polícia* apenas desnuda, e que atualmente apenas demonstra o quanto espaços como estes são reterritorializáveis, repersonificados e reatualizáveis a qualquer momento e em qualquer lugar.

Por certo que a decisão sobre a reestruturação da arquitetura institucional da segurança pública, em especial a sua desmilitarização, que atualmente reingressam na pauta de discussões, tentam pôr em questão este ponto nevrálgico, vide entre outros momentos, aqueles ancorados pela tramitação atual da PEC 51.[29] Além da excêntrica divisão de tarefas e a composição que remete à *ideologia de segurança nacional*, como dito, esta cultura autoritária teve sua formatação *como aparelho de Estado* na ditadura militar. Frise-se novamente que isso jamais quis dizer que o re-

28. Sobre o tema, para entender a *ideologia de segurança nacional* como elo de um esquema internacional de suporte estratégico da *Guerra Fria*, planejada a partir de centros de comando do mundo capitalista, imprescindível a análise, principalmente com relação ao Brasil, de COMBLIN, Pe. Joseph. *A ideologia da Segurança Nacional*: o poder militar na América Latina. Trad. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 151-164.

29. De forma sucinta, cf. SOARES, Luiz Eduardo. "PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública".: *Boletim – Publicação oficial do IBCCrim*. n. 252. p. 3-5. nov. 2013.

gime golpista tenha inventado a violência institucional, mas sem dúvida alguma a qualificou brutalmente como prática estatal contra seus opositores. Não obstante, afirmar que pouco adiantaria pugnar pela questão da desmilitarização das polícias, ou diminuir o impacto sobre esta decisão – já que tradicionalmente desde os "capitães do mato" a sociedade brasileira e sua burocracia bacharelesca mantém a postura estamental privilegiada dos donos do poder frente à neutralização de grande parcela da ralé brasileira –, em suma, se temos consciência disto é exatamente para negar a manutenção de estruturas militarizadas e militarizantes que envergam este poder e ter a capacidade de identificar o que nelas e a partir delas foi transferido, transformado e mesmo inovado. Para dizer de outro modo, assumir uma certa homogeneização histórica associada a um anonimato das estruturas de poder seria diluir enormemente o grau de responsabilidade de setores civil-militares na transição nada democrática dada no Brasil mormente sob o aspecto da segurança pública. Vale dizer, é como se o argumento entoasse (nem tão) sub-repticiamente: "como assim foi no Brasil desde a escravidão, quiçá desde sempre, pouco adianta acabar com as PMs...". Esta postura traz consigo, alhures, uma condenável indiferenciação histórica, ou seja, acaba por se render a uma planificação da dor, novamente forçando a naturalização das práticas policiais violentas que, afinal de contas, sob o argumento cínico, não poderiam ser de outro jeito senão de acordo com o que fora posto no palco da história (dos vencedores) – como se a constante e insistente torrente de violência punitiva na história brasileira não carregasse consigo nuances, pontos de tensão, índices de performances exacerbadas e nós privilegiados que merecem sempre a atenção daqueles interessados a se afastar de qualquer condenação a um niilismo (pouco) reconfortante.

Obviamente, o ideário de que tudo tenha iniciado com o golpe de 64 e de que a iniciativa de desmilitarização possa ser vista como simples e única solução somente deve ser assumida por quem desconhece a complexidade que envolve o campo político nesta área. Ainda estaremos lidando com a *polícia* (!) e suas implicações constitutivas de *violência soberana*. Todavia, marginalizar tal iniciativa como de menor importância torna-se mais nefasto ainda. É tentar se camuflar sob estratégias governamentais pouco nobres (que em momentos de crise, quando muito, sugerem meras concessões *reformistas* para a manutenção do mesmo estado de coisas), ademais oportunistas, que acabam insistindo nas mesmas dinâmicas sob o pretexto de alguma governabilidade obscura, ou, sobretudo, ser conivente com o traço perene de autoritarismo que supostamente quer atacar. Se as polícias militares fazem parte de um contexto histórico específico da formação política brasileira e a elas não se reduz a avalanche de violência institucional, alargada por todas as atividades institucionalizadas ou não de polícia – ao mesmo tempo que atualizam uma longa história de perseguições seletivas no Brasil – que isto não sirva de pretexto para a nefasta reprodução desta mesma lógica violenta via uma pretensa anistia histórica sobre a qual, supostamente, não devemos nos responsabilizar e muito menos perlaborar autocriticamente a partir da memória institucional daquilo que representa.

Quer dizer, de modo direto, para rememorar o necessário alerta de uma criminologia radical: suspeita-se das inclinações *reformistas* – férteis em criminólogos "absorvidos pelo sistema", teóricos (não raro dotados de um "marxismo bem educado") atuantes a seu turno, porém mais engajados nos "carreirismos em instituições oficiais", complacentes e condescendentes, sobretudo, com a *forma* (institucional) que o controle capitalista pode assumir. Por isso, a concupiscência com que negociam com as instâncias do poder repressivo, pois afinal acabam por comungar a raiz comum de aperfeiçoamento deste estado de coisas. Criticamente até podem alcançar as oportunidades de discutir o problema do *conteúdo* das instituições de sequestro, todavia, creem passivamente no processo (natural) de diluição da violência do capitalismo. Por assim dizer, com Santos e Young, "o *reformista* afirma serem contrários aos interesses das classes trabalhadoras, o conteúdo das instituições (e não a sua forma), o controle da polícia (e não o aparelho policial), a ilegalidade da prisão (e não a própria prisão) (...), o conteúdo da lei (e não a forma legal)".[30]

Em linhas gerais, tais especialistas não raro se utilizam da (necessária) apregoada lucidez na luta pela hegemonia ideológica e política, embate condicionado que é pelos limites da "guerra de posições" gramsciana, como escusa para um certo conforto institucionalizante, tendente a assumir o crime como "fenômeno natural", o que, funcionalmente, conduz à classificação do comportamento humano entre o *normal* (vinculado à maioria "livre" em escolha, dada as oportunidades e a rede de proteção concebidas) e o *determinado* (atinente à minoria sem liberdade às margens da ordem social), noutros termos, dividem a crença nos condicionamentos bio-psico-sociais do crime – daí o trabalho renovado de uma etiologia criminosa ("the product of a separate and marginal aetiology (...) insidious face of positivism"). Em particular, quanto à reforma na instituição policial, há que se dizer diretamente que a problemática estará atrelada para o viés *reformista* (no campo das esquerdas quase que invariavelmente), ao *conteúdo* da instituição policial. Como se fosse possível, por um lado, acreditar na inevitabilidade desta espécie de controle social e, por outro mais grave ainda, atrelar-se à concepção de alguma evolução (positivista-marxista) natural para o socialismo (para situar como projeção histórica da II Internacional), investindo-se numa correção progressiva tendo a *forma* como um fim em si.[31]

Ideário, este sim ingênuo (para dizer o menos), que (quer) ignora(r) a influência da política na gênese da capacidade de sobrevivência e reformulação perene do próprio capitalismo. O ponto aqui trazido, contudo, não deve significar a nosso

30. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 21-23.

31. YOUNG, Jock. Left idealism, reformism and beyond: from new criminology to Marxism. In: FINE, Bob et. al. (eds.). *Capitalism and the Rule of Law: From deviancy theory to Marxism*. London: Hutchinson, 1979. p. 16-19.

ver, como dito, abrir mão de qualquer conquista formal que eventualmente possa coincidir com o interesse de redução de violências – pois a programação por assim dizer dos legalismos podem abranger instâncias combativas de resistência. Onde há *poder* há *resistência*, e múltiplos são seus pontos e focos como escreveu Deleuze. Em suas palavras, o que caracteriza o exercício do *poder*, se, por um lado, é a *função* da força (*afetar*), por outro, é uma pura *física da matéria-prima* não formada (*ser afetado*).[32] Mas, por certo, estes *nós* não se encontram em relação de exterioridade com o *poder*, por isso não elide de maneira alguma que a atuação sob determinada posição no *campo* político possa se utilizar, exatamente como reflexo destas relações de forças, de pontos de inflexão de resistência, ou seja, debruçar-se sobre os dispositivos hábeis a minorar a prática real opressiva.

Todavia, funcionar no aperfeiçoamento das instituições do capitalismo não o fará diluí-lo – muito pelo contrário, esta dinâmica da sua própria perfectibilização é testemunhado de antemão pelo próprio discurso reformista (inclusive crítico) cooptado pela tamanha força que tem o capital de se autopropulsar por sua lógica, inclusive sob os terrenos nada imune da "crítica". Não se trata de reformar as instituições, a seu modo torná-las mais palatáveis, e sim desconstruí-las. Perceber a (ir) racionalidade autopropulsora do capital implica analisar a imanência da cisão do capitalismo consigo mesmo, como escreve Zizek.[33] Este fato serve para demonstrar, em especial para os discursos criminológicos em geral, o quanto o desfecho que completa a circulação capitalista (inclusas suas plataformas de controle social e a própria crise institucional que lhes abate) permite a este mesmo capitalismo diferir tal situação de abalo, incorporando dissimuladamente discursos (também críticos) que evitem a questão fundamental referente a sua situação miserável. É da sua economia geral, por assim dizer, esta perversidade: ter a capacidade de criar fora de si próprio o seu oposto mais radical[34] – nesta altura, aí não há mais espaço para as *verdadeiras* ingenuidades que esqueçam tal gesto soberano autonegador que se realiza como simples afirmação de si próprio disposto permanentemente a recobrar sentido.

Para retomar o argumento, o militarismo o qual indicamos no trato do caso policial, ademais de ser constitucionalmente sancionado no país, espraia-se na sociedade brasileira com grande aceitação. Alimentando, sem dúvida alguma, um es-

32. Seguirá Deleuze: "a vida não seria essa capacidade da força de resistir?" É a *vida* como *resistência* que se volta contra o próprio *poder*, e é a *resistência* ao *poder* que, afinal, se transforma em *poder de vida*. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins et. al. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 80 e 99.

33. ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: Seis notas à Margem*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2009. p. 28-29.

34. SLOTERDIJK, Peter. *Ira e tempo: ensaio político-psicológico*. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Estação Liberdade, 2012. p. 48.

pesso crivo cultural autoritário, necessário é ter em vista, além das dimensões deste sintoma de violência cotidiana, alguns nós privilegiados sob os quais se deposita e se canaliza a normalização violenta, tal como o espaço das forças armadas realizando papel de polícia como no Brasil. (Nem precisamos referir, antes, a excrescência do art. 142 da Carta Constitucional que refere serem as "Forças Armadas" aquelas que têm o poder de "garantir" o funcionamento do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a lei e a ordem, quando numa ordem que se quer democrática deveria exatamente ser o reverso! No Brasil, pasme, cabe às Forças Armadas, que deixam de ser meio para se transformar, quando necessário, em fim do Estado, o poder soberano e constitucional de suspender a validade do ordenamento jurídico, colocando-se legalmente fora da lei[35]). Quer dizer, não há como negar que é *locus* sensível a tais ingerências as polícias militares, subordinadas ao exército na sua lógica de pronto emprego e combate ao inimigo. Há que se dizer, porém, que, para além

35. A Constituição de 1988, em que pese o alarmado cunho de "cidadã", descentralizando poderes e estipulando inexoráveis benefícios similares às democracias mais avançadas, não conseguiu suportar o *lobby* dos interesses militares ao ponto de – frise-se – as cláusulas relacionadas às Forças Armadas, Polícias Militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral terem permanecido praticamente idênticas à Constituição autoritária de 1967 e a sua emenda de 1969. Como assevera Zaverucha, os interesses militares trabalharam forte, a ponto de uma das oito grandes comissões à época da redação da nova Carta, a "Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições", encarregada dos capítulos ligados às Forças Armadas e à segurança pública, foi presidia pelo então senador Jarbas Passarinho – "às favas todos os escrúpulos de consciência!", já diria o próprio ex-Ministro dos governos dos Generais Costa e Silva e Figueiredo, signatário do AI-5 em 1968, quando da sua instauração diante do Conselho de Segurança Nacional. Por outro lado, ainda, escreve o professor pernambucano que tampouco o texto constitucional trará qualquer definição do que seja afinal "lei e ordem", restando as referências aos seus múltiplos sentidos: "ordem interna e internacional" (preâmbulo); "ordem constitucional" (art. 5.º XLIV); "ordem pública e social" (arts. 34 III, 136 e 144); "ordem econômica" (art. 170) e "ordem social" (art. 193). Como destaca ainda, além de não definir o que seja, muito menos aduz quem ou quando a "lei e a ordem" são violadas. A rigor, "as Forças Armadas garantem a ordem constitucional, pública, política, social e econômica. Haja Poder! (...) Ou seja, a Constituição de 1988, tal como a anterior, tornou constitucional o golpe de Estado, desde que liderado pelas Forças Armadas." (ZAVERUCHA, Jorge, op. cit., p. 45-49). Não precisaríamos de muito esforço historiográfico para surpreender a semelhança dos termos utilizados pelo art. 142 da Constituição ("As Forças Armadas (...) destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem") e "coincidentemente" o comunicado escrito, após o comício do presidente João Goulart na Central do Brasil, pelo então chefe do Estado Maior do Exército, General Castello Branco, aos seus subordinados em 13.03.1964 lembrando, às vésperas do golpe, que "os meios militares nacionais e permanentes (...) são propriamente (...) para garantir os poderes constitucionais, o seu funcionamento e a aplicação da lei." LIRA NETO, João de. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo, Contexto, 2004. p. 239).

da tarefa mais evidente de perceber as velhas práticas violentas e suas edificações institucionais sobre o verniz democrático – as PMs são local denso destas heranças –, necessário investir numa postura que arrisque questionar o que há de inédito dentro desta própria dinâmica naquilo que foi incrementado atualmente – o velho fortalecido agora sob o manto da democracia, para que então se possa, em alguma medida, identificar não apenas traços de continuidade óbvios autoritários (como a militarização das nossas polícias, por exemplo), mas surpreender plataformas e performances únicas nestas mesmas circunstâncias, ou seja, transformações e novas propriedades agravadas de sua própria atuação agora sob a carapuça democrática. Dizer que tal exercício de bipoder não é novo, como no caso da prática violenta das polícias militares, por um lado, não elide de maneira alguma a reflexão sobre as novidades inauditas nas configurações deste biopoder – radicalmente o oposto: a responsabilidade nos impõe interrogá-las incessantemente tornando necessário enfrentá-lo; por outro viés, nada significa que se desconheçam as vertentes mais profundas de certa governabilidade como esta. Muito pelo contrário. Estudiosos da transição política, talvez, tenham ainda pouco atentado para a gestão deste excesso: em suma, para além daquilo que se manteve, quer seja institucionalmente quer seja nas práticas brutais, sobretudo, cabe pensar sobre aquilo que se incrementou dos fascismos policiais agora sob o manto democrático. Como gerir esta violência cotidiana passa por interrogar este substrato cultural inédito mergulhado num sintoma que continua a pairar no presente como legado.

Se a cidade, como vemos diuturnamente, expõe a militarização da vida sob a forma hipertrofiada da dimensão vigilante-repressiva-punitivista do Estado, isto não pode ser escondido na impessoalidade das estruturas historicamente neutralizadas. Há, portanto, a necessidade de fugir de certa neurose sistêmica, irmã siamesa da naturalização da repressão policial, que torna a brutalidade mera decisão técnica orientada por uma plataforma abstrata e os sujeitos seus meros "cumpridores de ordens", situação geradora de um "sistema diabólico" que ninguém mais responde por si. São estes mesmos automatismos, administradores da vida e que atravessa nossos corpos, exatamente o âmago de uma *biopolítica*[36] – poder que se exerce

36. De longa e profunda genealogia, a noção de "biopolítica" não é uma categoria de fácil apreensão, porém, há uma matriz conceitual com múltiplos sentidos. Sendo assim, desde logo, pode entender o conceito de "biopoder" como: "el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder; en otras palabras, cómo, a partir del siglo XVIII, la sociedad, las sociedades occidentales modernas, tomaron en cuenta el hecho biológico fundamental de que el hombre constituye una especie humana." (FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 15). Noutros termos, é a *politização*

sobre a população, a vida e os vivos e que penetra todas as esferas da existência e as mobiliza inteiramente[37] – que dissolve as relações pessoais em processos de exploração e que, sob a roupagem imoral da convivência, é conivente à disposição de um "sistema impessoal" que carrega toda a culpa. Enquanto continuarmos funcionando, reproduzindo papéis (institucionais) confortáveis, e escondendo-nos por detrás de uma paranoia sistêmica ("o sistema é o culpado"), mais reproduzimos tais ambientes anêmicos de qualquer crivo vital. Não há saída senão no esforço incansável de nos reconhecermos nestes processos impessoais, nestes métodos e sistemas que criamos para nossa própria existência: em termos de segurança pública, enfim, como viabilizamos e de que maneira estamos implicados nas diversas formas de fascismos que reivindicamos e operacionalizamos, estejamos ou não mais ou menos distantes das forças de segurança.

A polícia, a sua maneira, realiza o trabalho soberano obsceno conduzido pela política, o serviço sujo que não assumimos. Criando perenes *zonas de indiferenciação*, ademais, a um nível óbvio, começamos a ser confrontados com uma conclusão radical: de uma forma mais elementar, todos somos "excluídos", *capturados da exceção soberana*, no sentido da *exposição inexorável de todos aos vínculos entre direito e violência* – para além da coação direta (i)limitada respaldada juridicamente, onde o espaço público democrático é tornado uma máscara da sua *decisão*. Quando a figura do *homo sacer* parece ausente da cultura contemporânea como tal é porque algo da sua sacralidade (matável e insacrificável) se deslocou mais profunda, vasta e obscuramente para espaços indiferenciados de neutralização, "significando que somos todos *homines sacri*" – matáveis.[38]

As máscaras das jornadas de junho de 2013, a seu tempo, apenas a nu deixaram o rosto da obcena promiscuidade do autoritarismo em nossas democracias. Sob a mentirosa leitura acerca da liberdade de expressão e a vedação do anonimato estampada na Constituição (pois que espécie de anonimato seria este que

---

da vida que captura o humano, sobremaneira a partir da modernidade, e indica o início de uma ambivalência: *a vida tanto como sujeito quanto objeto da política*. Desde o primeiro emprego do termo "biopolítica" por Rudolf Kjellén na década de 20 do século passado, conforme Edgardo Castro menciona, importa destacar duas etapas para aquilo que se compreende como o desenvolvimento da "biopolítica". Numa primeira fase o termo faz referência a uma concepção da sociedade, de Estado e da política em termos biológicos, já a segunda etapa, não dissociada da primeira, o termo é utilizado para remeter ao modo em que o Estado, a política e o governo tomam conta, com seus cálculos e mecanismos, da vida biológica do homem. Ademais, vale conferir CASTRO, Edgardo. *Lecturas foucaulteanas: una historia conceptual de la biopolítica*. La Plata: Unipe: Universitária, 2011. p. 15-37 e, sobretudo, ESPOSITO, Roberto. *Bíos – Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011. p. 22-72.

37. PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2011. p. 55-60.

38. Idem, p. 62.

bastaria qualquer dos sujeitos detidos ser civilmente identificado?) novamente a lei (ou resolução, normativa, regulamento, qualquer cadinho ubuesco de poder[39]) apresenta-se a quem normalmente não lhe escapa: vida nua, incluída pela exclusão. Acostumados, ademais, com a docilização da identidade brasileira, ressoa agora o refluxo reacionário do imperativo do "protesto sem protesto", tolerado se, e somente se apaziguado (quem sabe em algum sambódromo para que as imagens possam ser filtradas com maior precisão como um espetáculo carnavalesco reconfortante de consenso). "Sem violência!", bradaram alguns incautos ingênuos a retroalimentar aquilo que os devora cotidianamente, amor ao censor que ajuda infalivelmente o pensamento rasteiro a reproduzir a separação interior entre pacíficos e baderneiros, sempre a serviço da reposição da ordem. Manifestações pacíficas, é claro, nada que influa na rotina adestrada de cada um (mesmo que profundamente arbitrária). Paz, mesmo que ela reverbere como o silêncio de algum cemitério. Do contrário, sem (lei e) ordem, apenas há espaço para os "vândalos", cantilena entoada como um mantra pela grande mídia, como que para exorcizar qualquer ruído de fundo, borrar qualquer sentido – a rigor, no fundo, acólito radical do acovardamento e dos discursos de medo e de estagnação que pairam na evitação do conflito em favor de uma passividade sem sentido.

3. MAL DE POLÍCIA: SOBERANIA, GOVERNO E SEGURANÇA

Alguma lição emerge desencadeada pelo cenário atual de (auto)compreensão social, para além de uma mera e já sabida crise de confiança nas polícias[40] e mui-

39. Ubu é, segundo Foucault, o exercício do poder através da desqualificação explícita de quem o exerce, quer dizer, o grotesto político da personagem ubu é a sua anulação pelo próprio ritual que manifesta este poder. Em resumo, ela só pode exercer o terrível poder que lhe pedem por meio de um discurso infantil, que precisamente o desqualifica daquilo porquê o convocaram. Trata-se da peculiaridade e da incontornabilidade da administração moderna, "a inevitabilidade do poder, que pode precisamente funcionar com todo o seu rigor e na ponta extrema da sua racionalidade violenta, mesmo quando está nas mãos de alguém efetivamente desqualificado." Ver FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 17 e 45.

40. Segundo o *Índice de Confiança na Justiça Brasileira* (ICJBrasil) realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), para o 1.º semestre de 2013, e publicado no 7.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 70,1% da população não confia no trabalho das diversas polícias do país (ALCADIPANI, Rafael. "Respeito e (Des)Confiança na Polícia". In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. ano 7. São Paulo: 2013. p. 106-8. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br]. Apesar de se aludir que tal levantamento possa ter absorvido o impacto decorrente dos manifestos de junho de 2013, tal sentido é reiterado por outros dados. A *Pesquisa Nacional de Vitimização* com levantamento em 346 municípios, entre junho de 2010 e outubro de 2012, aponta na mesma direção: a porcentagem de pessoas que "não confiam muito" na Polícia Militar é de 82%

to mais profunda que esta, podendo ser percebida entorno do ponto de difração indicado pela *entrada definitiva da soberania na imagem da polícia.* Justamente, na medida em que o poder soberano é aquele que preserva o direito de agir e impor soberanamente (até) a morte aos cidadãos a cada momento, definindo-os como vida nua ("porque eu quis!" poderá sempre proclamar algum impávido agente da ordem...), ao contrário de algum senso comum que pode na polícia ver apenas a função administrativa de execução do direito (primado sob o ponto de vista interno que pode ser retratado na orgânica afirmação da hierarquia e do cumprimento de ordens), não é temerário arriscar que esteja aí o local de maior clareza e proximidade da *troca constitutiva entre violência e direito da imagem soberana.* Vez mais: *é no movediço terreno da contiguidade entre violência e direito que a polícia se apresenta.* Se o soberano é, de fato, vez mais aquele que, proclamando o estado de exceção e suspendendo a validade da lei, assinala o ponto de indistinção entre violência e direito,[41] propriamente é a *polícia* que se move desde o próprio estado de exceção.

Agamben,[42] com sua intensa genealogia sobre o conceito de *segurança*, na esteira foucaultiana, alerta que tal *campo* – além de convocar a todos "por razões de segurança" a abrir mão daquilo que em qualquer outra circunstância não teríamos motivos para aceitar, nos dizeres de Hannah Arendt[43] – é diretamente hoje representação de uma *tecnologia permanente de governo.* Este arrepiante e ficcional estado, no qual convergem as razões securitárias, faz identificar a normalidade com a crise e qualquer instante de decisão que não seja a da perpétua exceção desaparece. Importa destacar para o fim destas reflexões que foi na revolução francesa que o conceito de *segurança* (*sureté*) liga-se inexoravelmente ao da *polícia*, momento em que a definição de ambas se dá mutuamente, jamais de maneira isolada. E se atualmente numa sociedade de controle em que o princípio (nem tão) secreto é aquele de que "todo o cidadão é um potencial terrorista", pré-condição da suspeita e da politização da vida nua a qual já referimos, quem sabe começamos a nos aproximar dos debates mais rigorosos sobre o posicionamento da polícia com relação à justiça e ao poder judicial.

Qualquer significante como "ordem pública" ou "segurança" apenas vem a confirmar a configuração desta zona. Quando militarizada como agora, a torrente de suas

---

e na Polícia Civil é de 83,4% (SENASP – *Secretaria Nacional de Segurança Pública.* Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 29 e 34, disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf].

41. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer...* cit., p. 23-36.

42. AGAMBEN, Giorgio. "Por uma Teoria do Poder Destituinte", (11.02.2014), *5dias.net* web: Disponível em: [http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituinte-de-giorgio-agamben]. Acesso em: 02.2014).

43. ARENDT, Hannah. *Eichmman em Jerusalém.* Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 314.

razões ao menos merece ser lida rigorosamente sem subterfúgios. A cada tempo, exibem-se por armas (cinicamente não letais, mas apenas para certa clientela), um poder ao mesmo tempo amorfo e metódico, espectral e violento que se realiza na criminalização do inimigo, primeiro excluído de qualquer humanidade e depois aniquilado por alguma "operação de polícia". Entretanto, qualquer governante impávido diante do deslizamento da soberania às áreas obscuras da polícia, não raro ainda, investidor assíduo das baterias criminalizadoras do outro, não pode esquecer que a virtualidade de tal imagem também poderá concretizar-se sobre si. Ou seja, ainda que o alerta possa ter pouca ou nenhuma ressonância sobre aqueles que de fato ocupam a posição do elemento político originário, não fazendo qualquer efeito sob o gozo do poderio absoluto, deve-se acentuar: é a criminalização do adversário que se rende necessária no corolário soberano. Não há espaço aí para engano, pois quem quer que vista o triste manto da soberania, como assinala Agamben,[44] no fundo sabe poder ser um dia ser tratado como criminoso – mostrando, afinal, a sua original promiscuidade com ele.

Aferrar-se, outrossim, aos dados de realidade da violência criminal é ir muito além das cifras[45] sobre as quais repousam não apenas os corpos, mas requer tocar, como dito antes, as palavras dos mortos (que virão) pelo sistema penal. Cadáveres silenciados, adiados e por vir, não apenas pelos limites epistemológicos de certa criminologia acadêmica que apenas incorpora a deprimente visibilidade midiática e seus curandeiros (ou negocia promíscua e consensualmente com eles entorno de hegemonias contingenciais), calando a urgente concretude cadavérica operada por um poder "exercitoforme". Se é da (im)possibilidade de narrar Auschwitz como catástrofe prototípica[46] que deve advir o dever simultâneo de se extrair a expressão mais aguda de uma matriz racional,[47] é porque, em termos genocidas, não podemos esquecer jamais que isto foi realizado por *forças de polícia.*[48] A "solução final", deste

44. AGAMBEN, Giorgio. "Polizia sovrana". *Mezzi senza fine*: Note sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1996. p. 86.

45. Ainda que as estatísticas possam ser subestimadas, ainda assim, para falarmos de mortes com a interferência das polícias, apenas em 2012, foram contabilizadas 1.890 pessoas mortas em confronto com policiais civis e militares em serviço. Dados estes que, frise-se, afetos a alguma cifra oculta, já alcançam o número estarrecedor de mais de 21.400 pessoas mortas em confronto com as polícias entre 2000 e 2012. Vide os dados atualizados pelo 7.º Fórum Brasileiro de Segurança Pública (BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* p.124.

46. SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos – Dignidade humana, dignidade do mundo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 07-18.

47. Cf. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e holocausto.* Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 37.

48. Cf. o minucioso relato clássico da organização metódica da operação de polícia levada a cabo pelo Terceiro Reich na *Shoah* em ARENDT, Hannah. *Eichmman em Jerusalém.* Op. cit.

ponto de vista, nunca deixou de ser, a sua vez, além de uma decisão histórico-política estampada na Conferência de Wannsee em janeiro de 1942, como assevera Derrida, uma "decisão de polícia, de polícia civil e de polícia militar, sem que se possa jamais discernir entre as duas."[49]

No excesso do trauma deste evento-limite é que se acomoda o epicentro de uma realidade opaca, acontecimento de uma neutralidade violenta e onipresente que choca, paralisa e engolfa aquilo que não se reduz a sua razão bem pensante. Falar-se numa regressão da barbárie não se trata meramente de uma ameaça nos dizeres de Adorno,[50] pois ela "continuará existindo enquanto persistirem no que há de fundamental as condições que geram esta regressão". Genocídios são e continuarão a ser concatenados institucional, burocrático e juridicamente via sistema penal e, para além dele, por dispositivos legais de uma razão jurídico-estatal, sobretudo transbordando-a organizados como *força de polícia-força de lei*. Como extrema consequência de uma lógica do nazismo, esta radicalização do mal está ligada também a uma fatal corrupção da democracia parlamentar e representativa por parte de uma polícia moderna de si inseparável, convertida em legisladora e cuja *espectralidade* acaba por governar a totalidade do espaço político.[51]

Nada à toa que um dos mais radicais textos sobre a crise do modelo de democracia burguesa, liberal e parlamentaria deposite um de seus nós górdios sobre a figura da polícia. Será desde a firma de Walter Benjamin a condução num patamar inédito – sob sua "filosofia da história" principalmente através do clássico "Crítica da Violência – Crítica do Poder" (*Zur Kritik der Gewalt*) –, ao âmago do conceito de violência indissociável do direito.[52] Sobre o interesse do monopólio da violência pelo direito que repousa a própria tautologia fundadora da lei: o direito protege a si através desta performance.[53] Neste traço, (des)construir com Derrida e Benjamim passa por destacar uma *violência fundadora* (*die rechtsetzende Gewalt*), que institui e estabelece o direito, e uma *violência que conserva* (*die rechtserhaltende Gewalt*), mantém e confirma o direito, permitindo vislumbrar, além do fato de que a violência não é exterior a ordem do direito mas vem dele e o ameaça ao mesmo tempo, a *proposição* de um momento (não de oposição!) que ambas tocam-se numa espécie de "contaminação *diferensial*" (*différantielle*)[54] – algo como que um instante de

49. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1041.

50. ADORNO, Theodor W. "Educação após Auschwitz". *Educação e Emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 119.

51. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1041.

52. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 160-175.

53. Idem, p. 162.

54. Propositalmente grafamos "diferensial" para tentar nos aproximar da intraduzível "diferensa" (différance) derridiana que remete a mesma sonoridade da diferença puramente

"iterabilidade" (*itérabilité*), de posição e conservação do direito que não se poderá romper. Em suma, a violência que funda implica a violência da conservação do direito. Aquilo que, já no seu âmago mais profundo, suspende-o. Dirá Derrida:

"Pois, mais além da intenção explícita de Benjamin, eu proporia a interpretação segundo a qual a violência mesma da fundação ou de posição do direito (rechtsetzende Gewalt) deve implicar a violência da conservação (rechtserhaltende Gewalt) e não pode romper com ela. Faz parte da estrutura da violência fundadora aquilo que apela à repetição de si e funde o que deve ser conservado, conservável, prometido à herança, e à tradição, à partição. Uma fundação é uma promessa. Toda posição ou estabelecimento (Setzung) permite e promete, estabelece pondo e propondo. (...) Inscreve assim a possibilidade da repetição no coração do originário. De pronto, já não há fundação pura ou posição pura do direito e, em consequência, pura violência fundadora, como tampouco há violência puramente conservadora. A posição é já 'iterabilidade', chamada à repetição autoconservadora. A conservação, a sua vez, segue sendo refundadora para poder conservar aquilo que pretende fundar. Não há, pois, oposição rigorosa entre a fundação e a conservação, tão somente o que chamaria (e que Benjamin não nomeia) uma contaminação *diferensial* (différantielle)."[55]

Tocamos inelutavelmente o cerne da questão sem subterfúgios. A anomalia da juridicidade inscreve-se ruidosamente, "pois o poder mantenedor do direito é um poder ameaçador".[56] Ameaça *ao* e *do* direito desde seu interior, não essencialmente uma força bruta pronta a atingir certo fim, entretanto, contraditoriamente, autoridade que consiste em ameaçar ou destruir uma ordem de direito dada, precisamente aquela mesma que concedeu ao direito esse direito à violência. Ameaça *do* direito: em si ameaçador e ameaçado, *destino* que vem dele e a ele ameaça.[57] Se a origem do direito, pois, é uma posição violenta, este instante se manifesta de maneira mais pura ali exatamente onde é mais absoluto, sob o adágio da decisão sobre a vida e a morte – tal como se *propõe* na possibilidade da própria pena de morte (afi-

---

lógico-conceitual (différence), contudo que deve acentuar o exercício *diferidor* da própria diferença, sua efetividade para além do conceito a pulsar, sob a mesma pronúncia, algo diverso com relação a si próprio "através da *temporalização* de si mesma" (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 136 (nota 23). Como dirá o próprio Derrida, "trata-se para mim sempre da força como *différance* ou *force de différance* (a *différance* é uma força diferida-diferidora, da relação entre a força e a forma, a força e a significação (...)". DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 928.

55. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 996.

56. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 165.

57. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p.1002.

nal, de(o) direito, pode-se não falar da pena de morte? Aboli-la e desautorizá-la é tocar no princípio mesmo do direito, não de outra forma, é também sumariamente confirmar o coração podre, arruinado e carcomido do direito).[58] Todavia, não será este índice apenas o único a manifestar o princípio benjaminiano de que há "um elemento de podridão dentro do direito" (*etwas Morsches im Recht*).[59] Para que se leve minimamente a termo uma radical crítica à violência, fundadora e conservadora do direito, não se deve perder tal momento de *decisão excepcional*, alucinante e espectral ao mesmo tempo, que borra a distinção entre as duas violências,[60] contaminação necessariamente testemunhada precisamente pela moderna instituição da *polícia*[61] – (sempre pronta a lembrarmo-nos, a rigor, de ser meio da possibilidade da pena de morte).[62] O conceito de violência, ao perpassar o direito, a política ou a moral, *depõe* sobre todas as formas de autorização, e encontra espaço de "mistura (...) espectral",[63] de fato, violência que funda e violência que conserva o direito – como se uma violência obsessivamente convocasse a outra – na figura policial. Investida, diga-se logo, muito para além dos seus agentes (uniformizados ou não) sob uma estrutura (civil ou não) de modelo militar, não somente nas representações instituídas, "a polícia não é só a polícia", mas constitui-se como "índice de uma violência fantasmática", ou seja, possibilidade perene que coloniza coextensi-

58. DERRIDA, Jacques. *Séminaire La peine de mort*. Volume I (1999-2000). Édition établie par Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. Paris: Galilée, 2012. p. 49-50. Sucintamente em DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 166-198.

59. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 166.

60. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1000 e 1002.

61. De fundamental importância para o exercício do poder punitivo, como já antevisto aqui, é cediço que a moderna instituição da agência policial surge dada a concentração urbana que começou fazer coexistir as maiores riquezas com as piores misérias entre os últimos tempos dos Bourbon na França e o começo do XIX na Inglaterra. Com a função colonialista transportada e adaptada às metrópoles (afinal, os delinquentes eram degenerados semelhantes aos selvagens colonizados) e tornada chave na vida urbana (convocada, pois, a neutralizar as "classes perigosas", ou seja, *"obreiros não inteligentes nem trabalhadores"* – termo de H.-A. Frégier em obra precursora e premiada em concurso pela *Académie des Sciences Morales et Politiques* do *Institut de France* em 1838: cf. FREGIÉR, Honoré-Antoine. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes, et des moyens de les rendre meilleures*. Paris: J.-B. Baillière, Libraire de L'Académie Royale de Médecine, 1840. p. v-x), a Polícia, porém, como assevera Zaffaroni, carecia de um discurso próprio. Quem irá proporcionar tal força será a corporação médica, casamento pois entre as duas corporações a chefiar o discurso sobre a questão penal: "os médicos detinham um discurso sem poder e os policiais poder sem discurso, a aliança de ambos foi o que deu resultado ao *positivismo criminológico biologista.*" (ZAFFARONI, Eugenio. Raul, op. cit., p. 95).

62. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p.1012.

63. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 166.

vamente a política, excede e a transborda: "a polícia está presente ou está representada ali onde haja força de lei."[64]

Quando se debate o papel e a função central exercida pela força policial, o que não se pode perder de vista, a rigor, é que seu exercício deve ser *indefinível* e assim permanecer – por mais que haja esforços bem intencionados para a assunção de protocolos (inter)nacionais de conduta policial. E não se está de qualquer forma defendendo que a atuação policial não deva se dar a partir de limites fundamentados em lei. Apenas está-se a destacar a fragilidade desta concepção, ou mais propriamente o que este investimento ingênuo supõe ou mesmo pode ignorar. Caso contrário, se fosse diferente, se seu poder de atuação fosse capaz de ser delineado claramente, tal como o delineamento menos plástico do poder judicial, tal condição o faria desaparecer. Portanto, é sob este elemento *indecidível* de razão securitária, quer dizer, um "buraco negro", nas palavras de Agamben,[65] que atualmente somos lançados. Tendo como objeto o "bom uso" das forças do Estado, a polícia como precário instrumento do esplendor de uma arte estatal (mais afeita aos regulamentos do que às leis) – desde suas raízes, no sec. XVIII, quando do surgimento de uma "ciência da polícia" (*Polizeiwissenschaft*) – o que sempre esteve em jogo foi uma "arte de governar", um exercício que se identifica com a totalidade do governo. O que isto quer dizer? Precisamente que aquilo que o dispositivo policial apresenta hoje, ademais de ser a *governabilidade direta do soberano* exercido como tal como "o golpe de estado permanente",[66] é escancarar a sua própria coincidência com a política: a colonização perpétua por uma *"polizei politique"*! Se a democracia ao menos deve preocupar-se com uma vida política, e o estado moderno, de alguma forma, abandona a política a esta "terra de ninguém", buraco negro incestuoso da relação promíscua do Estado consigo mesmo, podemos designar o estado em que vivemos como democrático, quiçá como político?

Um *"mal de polícia"*, se é que tal se pode dizer, não é apreensível senão desde este assombro, presença (i)legível ao mesmo tempo de um poder amorfo com aparição onipresente sem nenhuma essência. O espectro sobre o qual ambas violências *depõem* suas fronteiras reside no fato de que tal corpo não está jamais presente por si, mas aparece fazendo desaparecer aquilo que representaria. "A infâmia desta instituição", dirá Benjamin, "consiste em que ali se encontra suspensa a separação entre poder instituinte e poder mantenedor do direito."[67] Fundação e conservação mescladas na violência policial difusa, a qual permitirá Derrida afirmar que "antes de ser ignóbil em seus procedimentos, na inquisição inominável à qual se entrega,

64. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1008 e 1010.

65. AGAMBEN, Giorgio. "Por uma Teoria do Poder Destituinte" cit.

66. FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población* cit., p. 364 e 388.

67. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 166.

sem nenhum respeito, a violência policial, a polícia moderna é estruturalmente repugnante, imunda por essência dada sua hipocrisia constitutiva".[68]

"Paradoxo (de) uma iteralibilidade"[69] que inscreve a conservação na estrutura essencial da fundação, a qual, ademais, firma a condição de se apresentar uma violência por outra, sem limites, suprimir e suspender qualquer distinção. Uma fantasmagoria, afinal, do próprio Estado, visto agora a nu, que longe de somente aplicar a lei pela força, permite inventá-la, já que capaz de intervir e lidar com o obsceno de cada situação jurídica. "É a força de lei, tem força de lei."[70] Quase todo tempo, comporta-se como legislador, e qualquer de seus protocolos limitadores ou ordenações disciplinares são a exata contraface de que não se pode apagar ou eliminar. A suficiente indeterminação do direito é que a fará apelar a esta *exposição* e se arrogar sempre a possibilidade de criar e sustentar seu equívoco ignominioso. Estranho seria ainda surpreendermo-nos com a íntima correlação entre esquadrões e milícias da morte, com as arbitrariedades para garantia da segurança, dos desacatos construídos, ou de quaisquer outras exemplares figuralidades ilimitadas que, a toda momento, redobram e reproduzem mais violência.

Não terá chegado o momento de questionar porque de forma inédita as nossas democracias estão mais expostas a tais ingerências ou, ainda, porque esta *coextensividade político-policial* quiçá seja a marca da ostensividade democrática atual,[71] confirmando a essência policial da coisa pública? Ao tentarmo-nos proteger – ou quem sabe conveniente ou conniventemente ignorar –, deste espectro que se volta alucinante e que ocupa todas as partes, incluso onde não está presente, tudo não indicará que, ao pretendermo-nos imunes a este tipo de performance, contrariamente não estaremos autoimunizando e degenerando a própria democracia?

Quando Benjamim[72] afirma que esta violência mística, enunciada em prescritivos ditatoriais, é mais arrasadora nos regimes democráticos que na monarquia absoluta (pois neste a polícia reúne o pode soberano) na medida em que sua presença não é sublimada por uma relação desta índole, assim testemunhando a maior degenerescência imaginável deste poder nas democracias, há aí um convite deste sempre já assumido por se deter. A aproximação deste objeto fantasmático, ausente

68. Trecho retirado diretamente da versão brasileira, DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 98-99.

69. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1006.

70. DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*... cit., p. 99.

71. Cf. o nosso A vertigem da ostensão penal. *Revista de Estudos Criminais – Publicação do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. ano X. n. 47. p. 111-142. out.-dez. 2012.

72. BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 166-7.

e presente, como visto, permite Derrida[73] identificar o nada supérfluo sentido que se eleva diante disto como *espírito*: poder que vem de fora, do alto, e que detém a faculdade de exercer a ditadura – essência de um poder espiritual. Espiritualismo de uma soberania que a nada apela senão a si misticamente. Por ser intrinsicamente uma ação alavancada por uma violência sem escrúpulos (na monarquia, como aludido, vê-se esta autoridade aí como normal), a violência policial como espírito na democracia se degenera. Por que então não assumir que "a degenerescência do poder democrático não teria outro nome senão polícia"? Diretamente, indicando a travessia, porque em democracia não se deve(ria) conceber – porque ilegítimo – tal espírito da violência da polícia. Ao final, o que se constata também é que a democracia, pela violência policial, nega seu próprio princípio, imiscuindo-se num deplorável espetáculo hipócrita de compromisso democrático.

"Na monarquia absoluta, por mais terrível que seja, a violência policial mostra-se tal qual ela é e tal qual deve ser em seu espírito, enquanto a violência policial nas democracias nega seu próprio princípio, legislando de modo sub-reptício, na clandestinidade."

Coação direta, poder de um Estado de polícia que implica *dizer* e *não aceitar*, *talvez*, algo que carregue o nome de *democracia*. Não como regime político se apela a *ela* simplesmente, segue sempre *por vir*,[74] a engendrar-se e se regenerar, na impaciência urgente dos instantes, promessa que corre, correndo o risco de se perverter em ameaça. Aporia da existência do impossível, em última análise, aporia do *demos*: é simultaneamente a singularidade incalculável de qualquer um *e* a universalidade do cálculo racional. Nisto estão implicados os momentos (de negação) revolucionários – que acolhem a possibilidade de serem contestados, de contestar a si mesmos, e perfectíveis em sua historicidade – por vezes inauditos, porém concretos e constituintes, que cabe às energias multitudinárias de singularidades quaisquer testemunhar. Um devir comum, *desejo* que não se exaure numa mera plataforma de reivindicações planificante, mas enxameia (sim!) um futuro informulável por convocações prévias. Enfim, há que se ter coragem ainda de se perder a apatia e o medo, porque se há quem tenha medo que o medo acabe, é porque alguma esperança radical pôde ter lugar de maneira ancestral – como fôlego profundo do *tempo que resta*.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. Educação após Auschwitz. *Educação e Emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

73. DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité" cit., p. 1012.

74. Para além do já referido, DERRIDA, Jacques. *Políticas da Amizade. Seguido de O Ouvido de Heidegger*. Trad. Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003. p. 42.

_____. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. Polizia sovrana. *Mezzi senza fine*: Note sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. Por uma teoria do poder destituinte. (11.02.2014), *5dias.net* web: Disponível em: [http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituinte-de-giorgio-agamben].

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALCADIPANI, Rafael. "Respeito e (Des)Confiança na Polícia". In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. ano 7. São Paulo: 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. A vertigem da ostensão penal. *Revista de Estudos Criminais – Publicação do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. ano X. n. 47. p. 111-142. out.-dez. 2012.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2012 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Londres, 2012.

ARENDT, Hannah. *Eichmman em Jerusalém*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e Holocausto*.Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BENJAMIN, Walter. "Crítica da violência – Crítica do Poder". *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie* (escritos escolhidos). Seleção e apresentação de Willi Bolle. Tradução de Celeste de Sousa et. al.. São Paulo: Cultrix/USP, 1986.

BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. ano 7. São Paulo, 2013.

CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2011.

CASTRO, Edgardo. *Lecturas foucaulteanas: una historia conceptual de la biopolítica*. La Plata: Unipe: Universitária, 2011.

CERQUEIRA, Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 6. n. 22. p. 139-182. 1998.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins et. al. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DERRIDA, Jacques. "As pupilas da universidade: o princípio da razão e a ideia da universidade". *O olho da universidade*. Introdução de Michel Peterson e tradução de Ricardo Canko et. al. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

_____. "Como se fosse possível, "within such limits"...". *Papel-máquina*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

_____. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l'Autorité". *Cardozo Law Review*. vol. 11. n. 5-6. p. 919-1045. Translated by Mary Quaintance. New York. july.-Aug. 1990.

_____. "Pensar em não ver". In: MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (orgs.). *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*. Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012.

_____. "Rastro e arquivo, imagem e arte. diálogo". In: MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (orgs.). *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível*. Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012.

_____. Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento. Trad. Piero Eyben. *Revista Cerrados – Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB*. vol. 21. n. 33 p. 228-251. Brasília, 2012.

_____. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Políticas da amizade. Seguido de O Ouvido de Heidegger*. Trad. Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003.

_____. *Séminaire La peine de mort*. Édition établie par Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. Paris: Galilée, 2012. vol.1 (1999-2000).

_____. *Seminario La bestia y el soberano*. Edicción establecida por Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud. Buenos Aires: Manantial, 2010. vol. 1 (2001-2002).

_____. *Vadios: Dois ensaios sobre a razão*. Coordenação, Tradução e Notas de Fernanda Bernardo. Coimbra: Palimage, 2003.

_____; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos – Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edicción establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FREGIÉR, Honoré-Antoine. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes, et des moyens de les rendre meilleures*. Paris: J.-B. Baillière, Libraire de L'Académie Royale de Médecine, 1840.

LIRA NETO, João de. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo: Contexto, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1972.

MADARASZ, Norma; SOUZA, Ricardo Timm de. *Lógicas de transformação: críticas da democracia*. Porto Alegre: Fi, 2013.

MARICATO, Ermínia et. al.. *Cidades rebeldes – Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Carta Maior/Boitempo, 2013.

PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SENASP – *Secretaria Nacional de Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SLOTERDIJK, Peter. *Ira e tempo: ensaio político-psicológico*. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

SOARES, Luiz Eduardo. "PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública". *Boletim – Publicação oficial do IBCCrim*.n. 252. P. 3-5. nov. 2013.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos – Dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

YOUNG, Jock. "Left idealism, reformism and beyond: from new criminology to Marxism". In: FINE, Bob et. al. (eds.). *Capitalism and the Rule of Law:* From deviancy theory to Marxism. London: Hutchinson, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos*: Conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis notas à margem*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D´Água, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal, de Joe Tennyson Velo – *RT* 886/387 (DTR\2009\510);
- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279 (DTR\2013\9088); e
- O futuro criminológico latino-americano: uma breve análise de sua trajetória e primeiros passos no século XXI, de Paulo Freire d'Aguiar – *RCP* 14/389 (DTR\2011\1833).

As calças do Diabo: capitalismo e criminologia

The Devil's pants: capitalism and criminology

Pedro Dalla Bernardina Brocco

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito; Processual

Resumo: Este estudo pretende correlacionar o fenômeno criminológico ao desenvolvimento do modo de produção capitalista e, para tanto, terá de enfrentar, de início, as condições iniciais para o sucesso do novo empreendimento, para cuja consecução o Estado comparece em grande medida: a acumulação primitiva do capital e o cercamento dos campos na Inglaterra. Assim posto o problema, o Estado, e o direito penal, aparecem em permanente correlação com o capitalismo e com os seus objetos, objetivos e tecnologias.

Palavras-chave: Capitalismo - Criminologia - Violência - Penalogia - Epistemologia.

Abstract: This study aims to correlate the criminological phenomenon to the development of the capitalist mode of production and, therefore, will face at first the initial conditions for the success of the new enterprise, in which the attainment of the State appears largely: the primitive accumulation of capital and the fencing of the fields in England. So, to put the problem in this way, the State and the criminal law appear in permanent correlation with capitalism and its objects, purposes and technologies.

Keywords: Capitalism - Criminology - Violence - Penology - Epistemology.

Sumário: 1. Introdução - 2. Rusche-Kirchheimer, Melossi-Pavarini: o marxismo encontra a criminologia - 3. De Marx a Nilo Batista, passando por Foucault - 4. Uma conclusão em defesa das causas perdidas - 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

"Nunca se saberá como isto deve ser contado, se na primeira ou na segunda pessoa, usando a terceira do plural ou inventando constantemente formas que não servirão para nada. Se fosse possível dizer: eu viram subir a lua, ou: em mim nos dói o fundo dos olhos, e principalmente assim: tu mulher loura eram as nuvens que continuam correndo diante de meus teus seus nossos vossos seus rostos. Que diabo."

Julio Cortázar

Mefistófeles
"Ah!, não, minha queridinha, nada de choro.
Pois se quiseres entender o que o Diabo pretende,
Então basta meter as mãos na calça do vizinho."
GOETHE

O presente estudo tem o objetivo de repisar o percurso teórico do discurso criminológico crítico do século XX com vistas a extrair daí as consequências teóricas, metodológicas e práticas proporcionadas por um discurso que passa a localizar a criminalidade em um complexo de relações sociais e não mais no funcionamento orgânico individual.

Para tanto, o estudo terá que se debruçar, inicialmente, no trabalho pioneiro da articulação entre Direito Penal e condições materiais de produção, *Punição e estrutura social*, de Rusche e Kirchheimer. Falamos no interior de um campo discursivo, a criminologia crítica, que deve muito ao trabalho dos dois pensadores da Escola de Frankfurt. Os ecos deste pensamento continuam até nossos dias, e a metodologia e as conclusões do estudo não perderam seu frescor crítico, ao contrário, continuam a animar novos estudos nas áreas de direito, sociologia, história e criminologia.

Outra que obra servirá de referência será *Cárcere e Fábrica*, de Melossi e Pavarini, por terem conseguido captar as diretrizes de *Punição e Estrutura social* e se concentrado na relação entre os contornos institucionais das prisões e das fábricas na Europa e nos Estados Unidos entre os séculos XVI e XIX.

Em um segundo momento, será necessário marcar as relações existentes entre a produção capitalista e o funcionamento do sistema penal com a ideia de disciplina trazida por Foucault. A disciplina opera de forma múltipla e pulverizada nas relações sociais, indo desde as relações familiares ao cotidiano do cárcere, com seus regimentos, organização espacial, organização hierárquica. Um cuidado metodológico importante é reconhecer que a disciplina estudada por Foucault com início no século XVII já não é a mesma disciplina presente nas relações sociais de hoje – talvez a disciplina seja a mesma a apareça em inúmeros casos, operando a pleno vapor; todavia, as práticas se alteraram: tomemos como exemplo os cursos universitários de formação à distância, ou o crescimento exponencial, nos últimos anos, de cursinhos preparatórios para concursos, mudanças estruturais na forma pela qual se organiza o trabalho, a demanda por eficiência, pró-atividade, comunicabilidade, "fazer mais com menos". As práticas disciplinares perdem o seu suporte institucional e espalham-se cada vez mais pelo tecido social – dos bíceps e glúteos ao desempenho no concurso público e às relações de trabalho mediadas pelo setor de "recursos humanos", somos todos portadores da nossa disciplina individual e intransferível. Não há lugar garantido de antemão pela simples demanda do desenvolvimento do modo de produção capitalista. Devemos recordar que a política

de cercamento dos campos e outras medidas tomadas pelos incipientes Estados nacionais europeus foi não apenas a perda de garantia do lugar cativo na ordem sociossimbólica feudal, mas também a causa de um aumento significativo de mendigos, salteadores, mercenários, desempregados e ociosos nos centros urbanos então nascentes.

Por fim, o trabalho irá se deter sobre a reflexão acerca dos pressupostos metodológicos da criminologia crítica contemporânea, articulando o percurso realizado com a análise dos textos dos autores que podem ser considerados basilares para a construção do campo de saber criminológico.

2. RUSCHE-KIRCHHEIMER, MELOSSI-PAVARINI: O MARXISMO ENCONTRA A CRIMINOLOGIA

Irei abordar, neste primeiro momento, a forma de construção do discurso criminológico que se dá sobretudo a partir do trabalho de Georg Rusche e Otto Kirchheimer e que dará origem a importantes estudos na área criminológica ao longo do século XX: de *Cárcere e Fábrica* a *Vigiar e Punir*.

Rusche e Kirchheimer, pensadores da Escola de Frankfurt, nos anos 1930, nos mostram um importante e vigoroso caminho analítico para a questão criminal com *Punição e estrutura social*. Ali pretendem realizar um amplo estudo das formas punitivas a partir da Baixa Idade Média, passando pelo período do mercantilismo, pelo início das ideias penalógicas iluministas e depois pelo impacto causado pela revolução industrial para, ao final, culminar com uma análise dos sistemas penais de seu tempo, no ocaso dos anos 1930.

Max Horkheimer, então diretor do Instituto de Pesquisas Sociais que fora transferido para Nova Iorque em 1934, escreve em prefácio à edição de 1939 de *Punição e estrutura social* que o Instituto propôs trabalhar a relação entre punição e mercado de trabalho, quando Georg Rusche, em 1931, anunciou que escreveria um manuscrito sobre o tema. Publica, então, em 1933, *Arbeitsmarkt und Strafvollzug* (*Mercado de trabalho e execução penal*) na revista do Instituto de Pesquisas Sociais em Frankfurt. Tal estudo dará origem a *Punição e estrutura social*, quando o Instituto de Pesquisas Sociais já havia se mudado para Nova Iorque, tendo Otto Kirchheimer dado continuidade ao trabalho inicial de Georg Rusche.

A riqueza e importância do estudo para as ciências sociais e para as ciências penais são enormes. Um trabalho virtuosamente crítico, gestado no conturbado período da ascensão do nacional-socialismo alemão. O que visam os autores em sua empreitada, como afirma Gizlene Neder em nota introdutória à edição brasileira, é colocar como seu objeto de análise o nascimento das prisões, mas não só: entender por que tal forma punitiva encontra aceitação no mundo moderno capitalista e por que não vigora como principal método punitivo em outros períodos históricos.

Assim, apontam que a instituições carcerárias e assistenciais modernas funcionam a partir do princípio de que as condições de vida em seu interior devem ser inferiores às condições de vida das classes mais baixas de trabalhadores livres, o que funciona politicamente como método de constranger ao trabalho – antes as amarras e limitações do mercado de trabalho do que a vida do cárcere, diz violentamente a política burguesa do trabalho. Política esta que se ramificando pelos vários setores sociais, se capilarizando para as moléculas cotidianas, irá oportunizar o surgimento de técnicas sociais de sujeição e funcionamento adequado dos corpos. A disciplina surge a partir do século XVII e gera seus impactos sobre a organização capitalista do trabalho.

Entretanto, a disciplina não antecede a organização do trabalho. Rusche e Kirchheimer mostram como o trabalho vem aparecendo desde o enfraquecimento do sistema de produção feudal como um constructo ideológico.

De fato, a abordagem da questão criminal em *Punição e estrutura social* carreia rigor e refinamento a partir dos quais deve-se estar atento aos fatores apontados pelos autores, que vão desde problemas demográficos enfrentados pela Europa em fins da Baixa Idade Média, que proporcionaram uma escassez de mão de obra qualificada, até a própria gestação das primeiras cidades europeias efetivamente burguesas, com uma crescente urbanização e deslocamento de massas de camponeses para estes centros então sem nenhum tipo de planejamento, o que proporcionava o cometimento de crimes contra o patrimônio.[1]

A partir disso temos o início da criação de estereótipos para a criminalidade, quando passa-se a aplicar penas não tanto a partir da propriedade furtada ou roubada, mas a partir de quem cometeu o delito. O indicativo desse movimento é o fato de que até hoje se utiliza a figura do *vilão* para referir-se ao personagem mau de alguma trama. Na dialética entre o vilão e o mocinho está um movimento antigo de criminalização das classes subalternas que, deslocadas do campo, passavam a aglutinar-se em vilas, ao redor dos nascentes burgos. Rusche e Kirchheimer citam Gandinus quando este afirma, em *Tractatus de maleficiis*, que a pena deve ser determinada pelo juiz de acordo com a natureza do delito e do delinquente (*secundum qualitatem delicti et personae*).[2]

Não menos importante, para os autores, é a própria ideologia que aparece no trato para com a pobreza, verificável a partir de uma história da caridade, tendo como pano de fundo a própria ideologia cristã, no sentido de que entregar comida e roupas aos necessitados era uma atitude respeitada pelos homens e agradava a Deus.[3] Esse pano de fundo ideológico é ele próprio um mecanismo que sustentava as formas de produção da riqueza e da vida medievais.

---

1. Ver RUSCHE e KIRCHHEIMER. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31.
2. Idem, p. 32.
3. Idem, p. 59.

Rusche e Kirchheimer aplicam aos seus estudos o método materialista dialético de Marx, em especial a fração da obra marxista que trata da expropriação do povo do campo da terra, em *O Capital*.[4] Os camponeses medievais aravam a sua terra e gozavam do usufruto das terras comunais.

Em finais do século XIV e primeiros decênios do século XV, uma grande massa de trabalhadores rurais expulsos das terras foi lançada no mercado de trabalho; os trabalhadores apresentaram-se aos centros urbanos nascentes como foras da lei. Os capitalistas industriais foram aos poucos dissolvendo, a seu favor, os privilégios feudais, bem como os grilhões que colocavam as corporações à exploração livre do homem pelo homem no mercado de trabalho. Livre desenvolvimento do mercado de trabalho, livre exploração: eis a transformação da exploração feudal em capitalista.

Em nota de rodapé da edição portuguesa de *O Capital* se observa que, em alemão, *Vogelfrei* significa tanto "fora da lei" quanto "livre como um pássaro". O cercamento inglês dos campos, e aqui devemos ler: das terras aráveis das propriedades comuns feudais, foi uma resposta a uma demanda específica na geopolítica da produção manufatureira europeia: o mercado flamengo de produção de manufaturas de lã aumentou o preço da lã. Diz Francis Bacon em sua história do reinado de Henrique VII:[5]

"Por esse tempo (1489) as vedações começaram a ser mais frequentes pelo que a terra arável (que não podia ser amanhada sem gente e famílias) foi transformada em pastagem, que era facilmente percorrida a cavalo por poucos pastores; e terras arrendadas por anos, vidas e por denúncia anual (de que vivia muita da pequena *yeomanry*[6]) foram transformadas em domínios senhoriais. Isto gerou um declínio do povo, e (em consequência) um declínio de cidades, igrejas, dízimos, e semelhantes... No remédio deste inconveniente a sageza do rei foi admirável, e a do parlamento, nesta altura... Tomaram medidas para acabar com vedações despovoantes, e pastoreio despovoante."

A sucessão de fatos que tornou possível, na Inglaterra, talvez antes de qualquer outra nação, a concentração de terras nas mãos do capitalista, que passa pela apropriação das terras da Igreja católica com a reforma anglicana. A Igreja católica era a proprietária de uma grande parte das terras inglesas e era um símbolo do modo de produção feudal.

É a partir da Revolução Gloriosa, com Guilherme III de Orange, que chega ao poder de fato o senhor da terra capitalista. O Estado passa a doar parte de suas

4. MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Moscou: Edições Progresso Lisboa, 1982. Disponível em: [www.marxists.org].

5. Idem, ibidem.

6. Classe dos pequenos proprietários rurais.

terras ou vendê-las a preços baixos para propriedades privadas. A forma jurídica desses atos são os *Bills for Inclosures of Commons* (leis para a vedação de terrenos comunais), nas palavras de Marx, "decretos pelos quais os senhores da terra oferecem a si próprios terra do povo como propriedade privada, decretos da expropriação do povo".

É importante perceber que a sucessão histórica dos acontecimentos políticos que formam e conformam a ideia da propriedade privada ligada ao lucro serviu a uma classe hegemônica, e ao descenso de um modo de produção que abarcava relações sociais definidas. O que quer dizer que a concentração da propriedade privada teve de necessariamente centralizar o que antes funcionava como propriedade comunal, copropriedade dos servos, e o trabalho foi aos poucos sendo convertido em capital, em produção de mais-valor.

Marx faz a síntese do movimento de concentração das terras, o cercamento dos campos e o surgimento do proletariado "fora da lei":[7]

"O roubo das propriedades da Igreja, a alienação (*Veräusserung*) fraudulenta dos domínios do Estado, o roubo da propriedade comunal, a transformação, usurpatória e executada com um terrorismo sem cerimônia, da propriedade feudal e do clã em propriedade privada moderna, foram outros tantos métodos idílicos da acumulação original. Eles conquistaram o campo para a agricultura capitalista, anexaram a terra ao capital e criaram para a indústria citadina o necessário aprovisionamento de proletariado fora da lei."

É no interior deste movimento e a partir dele que podemos começar a pensar no surgimento das casas de correção (*workhouses*), no disciplinamento dos corpos para o trabalho, para o exército, para a educação e para as fábricas nas cidades, na estrutura do relacionamento entre os cidadãos e na vida privada, no surgimento da família burguesa e do complexo de leis civis que passaram a regular a manutenção do patrimônio familiar.

No contexto do surgimento das casas de correção (virada do século XVI para o XVII), Rusche-Kirchheimer apontam conflitos sociais decorrentes de grandes massas desempregadas, sem meios de subsistência, entregues ao ócio e à mendicância. A principal queixa então passa a vincular a escassez de mão de obra à mendicância. Começam a ser engendradas as primeiras leis de repressão aos pobres: estes seriam então conduzidos para estabelecimentos dotados de métodos mais humanos do que o açoite ou torturas e ali seriam obrigados a trabalhar. Dessa forma constituía-se uma nova forma de funcionamento das condições econômicas e, para Rusche e Kirchheimer, "com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o Estado usou com novos propósitos o contingente de trabalhadores que estava a seu dispor".[8]

7. Idem, ibidem.

8. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, op. cit., p. 67.

Os esforços se davam no sentido de aproveitar toda a mão de obra humana disponível no âmbito dos nascentes Estados no interior das instituições correcionais, de modo que essa mão de obra fosse "ressocializada" e procurasse entrar espontaneamente no mercado de trabalho[9] – uma vez em liberdade, o mercado de trabalho (note-se uma relação-imbricamento cada vez maior entre a noção de liberdade e mercado de trabalho, noção própria do pensamento liberal).

Essa nascente estratégia de vida, se assim pudermos chamar, pois utilitária para o modo de produção da riqueza que então se impunha, sustentava-se não apenas pelo Estado governando as populações ociosas, mas também a partir da ideologia que visava sustentar as relações vigentes, como demonstram os autores:[10]

"Essas estratégias eram sustentadas pelo calvinismo. Como poderia uma sociedade que aceitava amplamente um ascetismo racional como seu credo oficial permitir que as classes subalternas desrespeitassem sua orientação para o trabalho? As pessoas que estivessem satisfeitas com os ganhos de uma semana de quatro dias de trabalho e que preferissem passar o resto do tempo como bem entendessem eram levadas a acreditar que o dever para com o trabalho é a essência da vida."

No encontro entre a necessidade de produzir riqueza para os Estados mercantilistas em um contexto de disputas externas e escassez de mão de obra interna e necessidade de exercer o controle populacional para a extração da força de trabalho com a maior eficácia possível encontra-se a casa de correção como instituição privilegiada do período. As casas de correção ainda não são a forma-prisão que nossas sociedades conhecem e que aparecem somente com a revolução industrial. Para Rusche e Kirchheimer, a essência da casa de correção era combinar princípios das casas de assistência aos pobres, oficinas de trabalho e instituições penais.[11] O objetivo principal seria o de transformar os indivíduos socialmente indesejáveis em socialmente úteis através do trabalho.

Dario Melossi, ao falar sobre as casas de correção que começavam a surgir na Holanda, as *rasphuis*, "casas de raspagem" do nosso pau-brasil, para a extração de pigmento vermelho, diz que essa nova modalidade de punição surge com as novas necessidades de produção do capitalismo da época, ao contrário do que querem fazer crer os adeptos de uma história jurídica baseada em uma história das ideias ou história do espírito.[12] Assim, esquadrinha a história da *rasphuis* a partir do materialismo histórico e empreende uma análise dos discursos da época, o substrato ideológico da nova forma de punição.

9. Idem, ibidem.
10. Idem, ibidem.
11. Idem, ibidem, p. 69.
12. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica* cit.

O substrato ideológico das formas de punição se localiza onde é necessário conferir densidade semântica ao processo material de arranjo das relações. Pode aparecer em uma corrente religiosa, que busca na ética do trabalho a salvação. Seguindo as pistas de Pachukanis, em citação trazida por Melossi, pode estar sub-repticiamente na forma como as penas são organizadas nos códigos penais:[13]

"A privação da liberdade por um arco de tempo estabelecido preventivamente nas sentenças do tribunal representa a forma característica através da qual o direito penal moderno, isto é, o direito penal burguês-capitalista, coloca em prática o princípio da retribuição equivalente. Trata-se de um meio profundamente ligado, embora inconscientemente, à ideia do homem abstrato e do trabalho humano abstrato medido pelo tempo (...) Para que se levasse adiante a ideia da possibilidade de expiar o delito com um *quantum* de liberdade, determinado de modo abstrato, era necessário que todas as formas da riqueza social fossem reconduzidas à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido pelo tempo (...) O capitalismo industrial, a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, a economia política ricardiana e o sistema de reclusão por tempo determinado se configuram como fenômenos de uma mesma época histórica."

Zaffaroni reconhece que os discursos jurídico-penais deslegitimantes mais significativos em criminologia foram a criminologia da reação social em suas vertentes interacionistas, fenomenológicas, a marxista que trabalhou teoricamente com o reconhecimento da eficácia deslegitimante do interacionismo e da fenomenologia, a abordagem de Foucault e as contribuições da criminologia da economia dependente.[14]

Devemos reconhecer, todavia, que o trabalho desenvolvido por Rusche e Kirchheimer e Melossi e Pavarini vai além de um marxismo dogmático que julga superficiais certas nuances dos discursos que envolvem o sistema penal por as considerarem "superestruturais".

Entretanto, o que se pontua é o lugar ocupado pelo desenvolvimento capitalista, ou, simplesmente, do capital, nas sociedades ocidentais em um período histórico e sua correlação com o desenvolvimento das instituições mesmas:

"A história das instituições segregadoras e da ideologia que as preside é reconstruída a partir desta necessidade fundamental de valorização do capital. Por isso, seu caráter subalterno em relação à fábrica, que não é mais do que a extensão da organização do trabalho capitalista fora da fábrica, é a *hegemonia* que o capital exerce sobre o conjunto das relações sociais (...) As práticas formativas das instituições, as ideologias, as teorias que as regem, só são compreensíveis a partir desta necessidade essencial do capital de reproduzir a si mesmo, passando através dos

13. Idem, p. 89.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

vários momentos do social, produzindo, portanto, através da sua própria reprodução, uma sociedade nova."[15]

Historicizar o sistema penal e as relações sociais de produção, portanto, como postulou Baratta,[16] é produzir um discurso marcado pela xipofagia, pela simbiose entre o sistema penal e o próprio desenvolvimento do capitalismo: o sistema penal tal qual se nos apresenta, com sua racionalidade subjacente, com seus jogos e jograis, é parte inerente ao contexto político muito mais amplo que o toma todos os dias em seus efeitos imprescindíveis para a continuidade da marcha do capital.

É, pois, imperativo que o pensamento penalógico e criminológico dê continuidade ao esforço crítico inaugurado por Marx e retomado no século XX e que, no que diz respeito ao campo do conhecimento criminal, vem sendo sustentado por criminólogos críticos que encontram na América Latina importantes fontes de inspiração.

É nossa tarefa dialogar com o pensamento produzido até aqui e contribuir com a oxigenação desta empreitada.

3. DE MARX A NILO BATISTA, PASSANDO POR FOUCAULT

Nessa parte, tentarei abordar, em um só movimento, duas grandes tendências do pensamento sociológico crítico incrustado no campo de saber chamado criminológico que partem precisamente de Rusche-Kirchheimer, nos anos 1930, passam por Foucault e desaguam hoje na teoria (re)produzida.

Comecemos pelo conceito de *estrutura social*, presente no livro de Rusche-Kirchheimer, depois de *punição*. A ordem do aparecimento dos conceitos no título diz pouco, caso queiramos buscar uma mera história dos métodos e formas de punição: o que nos diz é, na verdade, que *a* punição, qualquer que ela seja e como quer que se apresente, é apenas um biombo, a "cara" da *estrutura*, das relações sociais de produção que produzem e aceitam determinados modos de punição. Assim, logo no início, lançam a pergunta: "Por que certos métodos de punição são adotados ou rejeitados numa dada situação? Qual a extensão da determinação das relações sociais no desenvolvimento dos métodos de punição?"[17] Estas perguntas são, para eles, tão importantes quanto a relação entre crime e meio social.

A introdução ou rejeição de penalidades corresponde diretamente ao desenvolvimento específico das relações de produção. Em uma economia escravista com uma situação de escassez de oferta de escravos com respectivo aumento de deman-

15. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, op. cit., p. 77-78.

16. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

17. RUSCHE & KIRCHHEIMER, op. cit. p. 17.

da aceitará a escravidão como método punitivo; no feudalismo, a escravidão não faz mais sentido como método punitivo, não houve método para o uso da força de trabalho do condenado, tampouco a possibilidade de instituir pena pecuniária diante da impossibilidade econômica: aparecem as penas corporais; no mercantilismo surge a casa de correção juntamente com uma nova demanda de um novo modo de produção etc.[18]

A observação de Marildo Menegat sobre os reflexos do trabalho de Rusche-Kirchheimer é precisa e um duro golpe para os herdeiros da boa consciência e humanidade de Beccaria:

"A ideia de que as prisões não são a forma mais humana e evoluída de punição, mas apenas o modo mais apropriado de organizá-la segundo as necessidades da sociedade burguesa, é uma dura inversão das crenças do senso comum que são cuidadosamente alimentadas pelos funcionários da ordem."[19]

Nesse sentido, um dos pontos fundamentais acerca de qualquer abordagem que se pretenda genuinamente crítica do direito penal é a destituição do próprio como um programa lento e gradual do imperativo de construção da humanidade nas penas – penas mais brandas e muito mais humanas!, e da chamada Escola Clássica, que comporta ideais que nos chegam hoje através de Ferrajoli, entre outros, sob pena de cairmos em uma decepcionante e nostálgica produção teórica diante da realidade avassaladora e violenta do funcionamento dos sistemas penais contemporâneos:

"Uma das questões centrais da política mercantilista era intensificar e otimizar o governo sobre a população, já que disto derivava a força do Estado. Este elemento não diz respeito apenas ao que Hobbes chamava de contrato entre o soberano e a sociedade, garantidor da legitimidade política, mas à própria força política do soberano que começava a depender crescentemente do desempenho do campo econômico."[20]

A força de um Estado mercantilista envolvia, portanto, gestão populacional, crescimento da população e, correlativamente, da força de trabalho, ocupação e povoamento de territórios e colônias, produção de saber convertido em evolução tecnológica econômico-militar.

Aqui, com a ajuda de Marildo Menegat, podemos extrair o sumo do que para nós traduz a importância do conceito de estrutura social no pensamento de Rusche e Kirchheimer: o desempenho do papel de "demonstração histórica das formas pelas quais se realizou a 'expropriação' dos servos libertos do campo".[21] As casas de

18. Idem, p. 21.

19. MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 88.

20. Idem, p. 89.

21. Idem, p. 90.

correção posteriores à expropriação são o *destino* dos "homens livres" produzidos então pela ordem burguesa. As casas de correção seriam, então, a permanência do conflito e violência inerentes à instituição do Estado nacional e liberal, o "prolongamento do momento coercitivo necessário à sua legitimação".[22] Momento este que é marcado pelo capital como a tônica da nova configuração da relação social.

Marx, citado por Menegat: "o povo do campo, expropriado à força da terra, expulso e feito vagabundo, foi chicoteado, marcado a fogo e torturado por leis grotesco-terroristas, com vista à disciplina necessária ao sistema do trabalho assalariado".[23] Logo depois, Marx complementa a afirmação anterior, como que fazendo a passagem da substância ao sujeito que lhe dá suporte: "No decurso da produção capitalista, desenvolve-se uma classe operária que, por educação, tradição, hábito, admite as exigências daquele modo de produção como evidentes leis naturais".[24]

Quando o modo de produção mercantilista se torna obsoleto e surge em seu lugar o modo de produção fabril, que requer o trabalho livre como condição necessária para o emprego da força de trabalho, "o papel do condenado é reduzido ao mínimo".[25] O que isto quer dizer? Não podemos entender esse deslocamento do papel do condenado *fora* da dinâmica dos ajustes do capital em relação às condições das novas relações de produção. O momento de passagem da casa de correção para a prisão que hoje se nos apresenta é o momento de passagem da fisiocracia mercantilista para a economia política que não assume como problema econômico a indução dos sem-trabalho às portas das fábricas: a produção trabalha com a hipótese da competitividade em um cenário mundial entre valores de mão de obra; a mão de obra livre encaixa-se à liberdade de fluxo monetário, do investimento, do fim do protecionismo da indústria nacional. O dinheiro a ser empregado na produção se assenta em um território que se apresente como o mais favorável ao lucro, à produção do mais valor.

Esse movimento se reflete nos métodos punitivos: a punição prisional que se estabelece se baseia mais na restituição da obediência à ordem do que ao adestramento ao trabalho. O infrator é induzido a se reconduzir à sua classe e às expectativas reconhecidas a ela se quiser viver sem problemas com a ordem social e a lei penal:

"Na sociedade burguesa madura, então, a punição tem servido como indicador do nível exigido de adiamento dos desejos e necessidades das massas e de elaboração, por estas, das suas condições de vida, levando-as a considerar razoável o que é insuportável."[26]

22. Idem, p. 91.
23. Idem, p. 92.
24. Idem, ibidem.
25. RUSCHE & KIRCHHEIMER, op. cit., p. 21.
26. MENEGAT, op. cit., p. 93.

Temos que inserir agora, no primeiro movimento caracterizado pelo materialismo dialético marxista, o lugar ocupado pela teoria foucaultiana em sua articulação com a obra de Rusche e Kirchheimer. Como o próprio Foucault aduz, houve uma influência de *Punição e estrutura social* em *Vigiar e punir*:

"Do grande livro de Rusche e Kirchheimer podemos guardar algumas referências essenciais. Abandonar (...) a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (...) uma maneira de reprimir os delitos e que nesse papel, de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, ela pode ser severa ou indulgente."[27]

Devemos, portanto, situar a obra de Foucault em relação ao edifício teórico de Rusche e Kirchheimer e tentarmos responder à questão sobre a complementaridade ou ruptura entre as duas teorias.

Neste sentido, em que medida a obra de Foucault oferece ferramentas importantes ao primeiro esforço teórico do pensamento de Marx e, posteriormente, Rusche e Kirchheimer? Penso ser necessária certa cautela ao abraçar a teoria foucaultiana se se quiser manter em um mesmo horizonte a criação de uma racionalidade voltada para uma revolução social possível. Todavia, comecemos pelo que o pensamento de Foucault tem a agregar positivamente ao pensamento de inspiração marxista.

Foucault sugere a atuação da dimensão capilar micropolítica no grande movimento de "decolagem econômica do Ocidente":

"Se a decolagem econômica do Ocidente começou com os processos que permitiram a acumulação do capital, pode-se dizer, talvez, que os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação a formas de poder tradicionais, rituais, dispendiosas, violentas e que, logo caídas em desuso, foram substituídas por uma tecnologia minuciosa e calculada da sujeição."[28]

Assim, ele trabalha com o conceito de disciplina como "processo técnico unitário pelo qual a força do corpo é com o mínimo ônus reduzida como força 'política', e maximizada como força útil",[29] relação direta ao pensamento utilitarista de Bentham.

Sua hipótese, indiscutivelmente correta, é a de que o processo pelo qual a burguesia tomou o poder e consolidou sua dominação no decorrer do século XVIII foi revestido por um quadro jurídico explícito, codificado e formalmente igualitário, mediante a organização de um regime de tipo parlamentar e representativo. Isso, contudo, não é tudo: o processo obscuro e insidioso da consolidação do poder da burguesia foi o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares, micropolíticos, pequenos e distantes da retórica jurídica, constituintes da outra

27. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* apud MENEGAT, M., op cit., p. 95.

28. Idem, p. 182.

29. Idem.

face do mesmo processo. Sistemas de poder "inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas":

"(...) Enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam."[30]

O panoptismo surge como uma nova tecnologia, ao lado das indústrias mineiras, altos-fornos e máquina a vapor; uma tecnologia que garante a generalização do poder de punir. A disciplina, que pode ser colocada como figura de manifestação de uma microfísica do poder, é uma tecnologia política do corpo,[31] controle de suas forças, de seus gestos e de sua potencialidade-virtualidade produtiva.

A microfísica do poder irá conformar os corpos e induzi-los ao trabalho dócil e eficaz, à sua própria configuração enquanto corpo, seus desejos possíveis. Nas palavras de Menegat, a microfísica do poder se coloca "num lugar outro, diverso das grandes lutas políticas, como um tipo específico de racionalidade que estaria ao dispor de qualquer um dos vitoriosos destas lutas".[32]

A ligação das teorias de Marx e Foucault tem neste último o fornecimento de ferramentas úteis à economia política, mostrando a atuação do poder disciplinar na formação do corpo produtivo fabril e não só, mas do corpo que é produzido e se reproduz nos quartéis, escolas e hospitais, instituições fechadas específicas que compartilham entre si a especificidade desta forma de funcionamento do poder nos corpos.

Contudo, devemos limitar a influência foucaultiana ao pensamento crítico marxista até aí, vale dizer, ao estudo das atuações micropolíticas de um poder que forma e conforma corpos que produzem algo, inclusive a si próprios em seus desejos. Para a crítica a uma adoção irrestrita do pensamento de Foucault como "fonte teórica principal" de um projeto crítico do funcionamento do sistema penal, irei utilizar contribuições de Marshall Berman e do próprio Menegat.

Antes, porém, sigamos os próprios rastros de uma pergunta não respondida suficientemente por Foucault em uma entrevista publicada no ano de sua morte: em *O que chamamos punir?*,[33] Foucault é indagado pelo entrevistador, quando este evoca o momento em *Vigiar e punir* em que se analisa a estratégia que consiste em transformar alguns ilegalismos em delinquência, deixando outros "à sombra", a gestão

30. Idem, p. 183.

31. MENEGAT, M. op. cit. p. 101.

32. Idem, ibidem.

33. FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: segurança, penalidade e prisão.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. vol. 3.

das ilegalidades, e a compara com a interpretação marxista da história (quem é alvo dos ilegalismos reprimidos e quem se beneficia com os tolerados?). Observa o entrevistador: "mas não se vê com clareza, à diferença do marxismo, qual grupo ou qual classe, quais interesses estão operando nessa estratégia". Foucault responde sucintamente, e sua resposta se restringe a três níveis presentes na análise de uma instituição: 1.°) o que se poderia chamar de sua racionalidade ou *fim*, os objetivos que ela se propõe e os meios de que dispõe para alcançá-los; 2.°) os *efeitos* – muito raramente coincidem com os fins; assim, se o fim da prisão foi a correção e este não foi alcançado, temos um *efeito* inverso e a prisão, antes, reconduziu a novos comportamentos de delinquência; 3.°) a noção de *uso* que formam configurações estratégicas, ou seja, a partir de usos de algum modo imprevistos, novos, mas que até certo ponto são voluntários, possibilitam a construção de novas condutas racionais diferentes do programa inicial, nos quais *os jogos entre os diferentes grupos sociais podem encontrar seu lugar.*[34] Ora, quais são estes grupos? A prisão que não tinha o efeito de emendar serviu mais como um mecanismo de eliminação – aqui aparece o *uso* dado às prisões nossas de cada dia.

Mas precisamos dar um passo além: devemos reconhecer o lugar social a partir do qual estas forças operam e a partir do qual e em direção oposta a qual *topos* esses usos estratégicos se direcionam. Para Menegat, "a racionalidade técnica acaba aparecendo como um misterioso poder que por meio dos homens submete os homens",[35] um poder anônimo, obscuro:

"O modelo da sociedade disciplinar, que consiste numa teoria bastante explicativa do processo asfixiante da socialização total no capitalismo tardio, deve também nos mostrar que é necessário produzir outro *topos* viável para todos, no qual a liberdade coletiva servirá de pressuposto da realização da singularidade livre de cada um. Este *topos* passa necessariamente pela mudança da estrutura social."[36]

Marshall Berman formulou crítica contundente ao pensamento de Foucault ainda em 1982,[37] ao qualificar sua teoria como "uma interminável, torturante série de variações em torno dos temas weberianos do cárcere de ferro e das inutilidades humanas, cujas almas foram moldadas para se adaptar às barras".[38]

Berman se posiciona contra uma tendência na teoria foucaultiana a reconhecer a possibilidade de uma liberdade para a moderna humanidade desinvestida do aparato de poder que produz as subjetividades:

---

34. Idem, p. 284.
35. MENEGAT, M. op. cit. p. 106.
36. Idem, p. 107.
37. BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
38. Idem, p. 33.

"Toda crítica soa vazia, porque o próprio crítico está 'dentro da máquina panóptica, investido de seus efeitos de poder, poder que conferimos a nós mesmos, já que somos parte do seu mecanismo'. (...) Submetidos a isso por um momento, percebemos que não há liberdade no mundo de Foucault porque sua linguagem compõe uma teia inconsútil, um cárcere mais constrangedor do que tudo o que Weber sonhou, no qual nenhum sopro de vida pode penetrar. Estranho é que tantos intelectuais da atualidade parecem querer definhar lá dentro, com ele."[39]

Se pudermos apontar o lado negativo da contribuição foucaultiana à teoria que se propõe estabelecer coordenadas para mudanças estruturais nas relações de produção capazes de refletir mudanças substanciais no sistema penal, seria esse: a recusa à localização topológica social a partir e nas quais se travam as lutas estratégicas. Em outras palavras, não devemos ter medo ou receio de trazer de volta à discussão o proletariado e a luta de classes. Caso o façamos com um intuito de renovar as coordenadas destes conceitos, buscaremos criar condições de criação de possibilidades emancipatórias e de mudança na estrutura social.

Aqui, uma sugestão: reconduzir a discussão até aqui travada para o seio de um trabalho a meu ver muito importante no cenário criminológico brasileiro, trata-se da obra de Nilo Batista, *Punidos e mal pagos.*[40]

Batista localiza a ação de um poder disciplinar-criminalizante no interior das relações de produção: "historicamente o capitalismo recorreu ao sistema penal para duas operações essenciais: 1.ª: garantir a mão de obra; 2.ª: impedir a cessação do trabalho". Há o resgate da veia crítica presente em Rusche-Kirchheimer para a análise dos fins e dos efeitos da legislação penal brasileira no interior da demanda capitalista:

"Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros etc.). Porém, essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjem rápido emprego e desfrutem do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos *e* mal pagos)."[41]

Nilo Batista nomeia desavergonhadamente a classe que sofre diariamente com as consequências da marcha capitalista da busca incessante pelo lucro. Essa postu-

39. Idem, ibidem.

40. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

41. Idem, p. 39.

ra evita o entendimento do sistema penal como um arranjo contingente surgido a partir de um obscuro *acontecimento*.

4. UMA CONCLUSÃO EM DEFESA DAS CAUSAS PERDIDAS

A criminologia crítica traz consigo um grande potencial – levar o estudioso do "primeiro degrau", isto é, das perplexidades oriundas do funcionamento desigual e classista dos sistemas penais, da seletividade na criminalização primária e secundária, dos crimes financeiros e de colarinho-branco que são cometidos e jamais apurados etc., para o envolvimento mais amplo com uma teoria social verdadeiramente comprometida com a emancipação, que precisa ser universal. Não só a luta mesquinha por direitos humanos nas favelas ou para aqueles que estão já nas margens do mundo. A emancipação, aqui, diz respeito a um envolvimento intelectual totalitário,[42] amplo e irrestrito contra o nosso tempo descafeinado das democracias liberais. Isso implica desde já o reconhecimento da ideologia que sustenta este nosso tempo, bem como a tomada de posição no sentido de denunciá-la e contra-atacá-la.

A defesa das causas perdidas causa espanto aos partidários da ideologia democrático-liberal-pós-moderna, acostumados sempre com os sucedâneos ou os substitutos das causas: não o envolvimento intelectual totalitário, mas intelectuais que investigam os problemas da globalização e lutam na esfera pública pela tolerância e pelos direitos humanos, contra o racismo e o sexismo etc. Para Slavoj Zizek, a verdadeira meta da defesa das causas perdidas não é a defesa do terror stalinista, mas a problematização da alternativa "tão facilzinha" que é a democrático-liberal de nossos dias subservientes.[43]

Marildo Menegat faz coro a Zizek, ao apontar, em uma entrevista,[44] que uma nova tentativa de revolução é necessária ou não haverá humanidade no futuro: o capitalismo produz problemas que já não podem ser resolvidos por ele mesmo – crise ecológica, crescimento mundial da pobreza, desemprego etc.

A teoria criminológica crítica se constrói no entendimento de que o sistema penal e todo o seu funcionamento é um mero "penduricalho" do sistema capitalista. Neste sentido, a consciência disso faz a criminologia ser mais do que criminologia. Se seguirmos a tradição criminológica desde os primórdios, do funcionamento penalógico inquisitorial, passando pela criminologia positivista, veremos um campo de saber sendo erigido no interior de um projeto mais amplo de relação social. Era funcional ao sistema capitalista que o crime pudesse se localizar genética ou bio-

42. ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 25.

43. Idem.

44. Idem, p. 129.

logicamente nos corpos marginalizados, cientificamente desiguais, um retrocesso em relação à Revolução Francesa e demanda oriunda das tensões do século XIX envolvendo as ideias comunistas.

A teoria criminológica, então, passa a rechaçar a discussão a respeito das causas do crime, colocando no lugar os "mecanismos de construção da realidade social",[45] numa cartilha repetida *ad infinitum*. Não seria a hora de repensarmos no papel das causas em criminologia? Se a ideia que se quer combater é a ideia ultrapassada de "causa individual" da criminalidade, estamos de acordo. Mas o termo *causa* é trabalhado de modo impreciso pelos criminólogos contemporâneos: "primeiro, o deslocamento do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, e o segundo, o deslocamento das causas para os mecanismos de construção da realidade social".[46] As *causas*, aqui, são individuais ou sociais e econômicas? Se forem as últimas, a formulação anula a si própria. A primeira parte, o deslocamento do autor para condições objetivas, estruturais e funcionais é uma aposta althusseriana, mas também podemos encontrar, no limite, ecos parsonianos. A segunda parte, o deslocamento das causas para os mecanismos de construção da realidade, nos remete à ideia de um poder obscuro e anônimo, que constrói a realidade de algum lugar para submeter a todos.

Conexão causal não é pura e simplesmente sinônimo de paradigma etiológico.[47] A busca do entendimento sobre o surgimento, por exemplo, das casas de correção envolve a análise causal a partir da qual se coloca um fenômeno (casa de correção) como oriundo e no interior de uma conjuntura, estrutura (desenvolvimento do modo de produção capitalista mercantil).

Somente retomando a noção de *causa* em um sentido político, social, econômico, histórico, ao introduzir a problemática do *modo de produção da vida*, tão cara ao marxismo, poderemos traçar coordenadas de atuação política que antecipe e diminua a violência que vemos e sentimos *hoje*. A causa confere a possibilidade do agir em direção ao futuro e de, no futuro, mirar o passado e neste movimento encontrar as causas *a posteriori*. É essa a aposta de Marx e da psicanálise no *recordar*, *repetir*, *elaborar* freudiano.[48]

Neste sentido, a velha colocação de Augusto Thompson reproduzida por Nilo Batista, "todo crime é político", ganha novos e radicais contornos: não só todo o

45. Ver BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89.

46. Idem, ibidem, sobre os dois movimentos fundamentais que a criminologia crítica de Baratta produziu.

47. Conferir, neste sentido, o verbete "causalidade" in ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

48. FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 2006. vol. 12 (1911-1913).

crime é político; toda ida ao supermercado é política, toda escolha de automóvel é política, toda alimentação é política, toda educação é política. As causas das calças que vestimos são políticas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. vol. 3.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 2006. vol. 12 (1911-1913).

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Moscou: Edições Progresso Lisboa, 1982.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A criminologia na pós-modernidade, de Carlos Alberto Elbert – *Ciências Penais* 14/369 (DTR\2011\1815);
- Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo, de Juan S. Pegoraro – *RBCCrim* 64/338 (DTR\2007\901);
- O controle penal no capitalismo globalizado, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 81/339, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/793 (DTR\2009\635); e
- 30 anos de vigiar e punir (Foucault), de Juarez Cirino dos Santos – *RBCCrim* 58/289 (DTR\2011\1767).

Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida

Women and prison in Distrito Federal: prison itinerary and precariousness of life

Debora Diniz
Professora da Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Juliana Paiva
Doutoranda em Política Social pela Universidade de Brasília.
Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo analisa o perfil das mulheres presas em regime fechado no único Presídio Feminino do Distrito Federal (PFDF). Em dezembro de 2012, o PFDF contava com uma população de 641 mulheres. O artigo descreve a população feminina do presídio comparando dois grupos: um com e outro sem medida socioeducativa de internação na adolescência. Uma em cada quatro mulheres sentenciadas possui registro de internação em unidades para adolescentes. O objetivo é avaliar como se expressam indicadores de precariedade da vida entre os dois grupos de mulheres. Os resultados da pesquisa mostram que o perfil demográfico, penal e social das mulheres é distinto. As mulheres com itinerário carcerário prévio ao presídio durante a adolescência estão em pior situação em vários domínios da vida.

Palavras-chave: Mulheres – Prisão – Medida socioeducativa de internação – Itinerário carcerário. Brasil.

Abstract: This article analyses the profile of women incarcerated in the only women's prison of Distrito Federal (PFDF). In December, 2012, the PFDF had a population of 641 women. This article describes the population of the PFDF comparing two groups: those who served time at correctional institutions as teenagers and those who did not. One in every four sentenced women has been in a correctional facility as a teenager. The objective is to evaluate indicators of precariousness between the two groups of women. The results show distinct demographic, penal, and social profiles of the women. Those having a previous itinerary of teenage incarceration are in a worse situation in several aspects of life.

Keywords: Women – Prison – Juvenile detention – Female prison – Brazil.

Sumário: 1. Prisão, mulheres e precariedade da vida – 2. Feminização dos presídios no Brasil – 3. Dossiês e histórias – 4. Quem são elas – 5. Uma em cada quatro – 6. Conclusão.

1. PRISÃO, MULHERES E PRECARIEDADE DA VIDA

Os estudos de gênero e feministas não acompanharam a agenda inicial de discussões sobre o que ficou conhecido como o grande encarceramento da pobreza e das minorias a partir dos anos 1990 em países como Estados Unidos ou Reino Unido.[1] A diferença de magnitude entre homens e mulheres nos presídios fez com que a classificação homem, jovem, negro, pouco escolarizado e trabalhador informal resumisse o sujeito típico controlado pelas políticas punitivas.[2] As mulheres eram não apenas um anexo geográfico nos espaços prisionais – alas ou celas dentro de unidades masculinas –, mas principalmente um grupo esquecido.[3] Desnudar as políticas neoliberais de segregação da pobreza ou os meandros da cultura do controle mostrou ser um caminho fértil de crítica social,[4] porém pouco sensível à realidade das mulheres presas.[5]

A feminização dos presídios nos anos 2000 forçou um novo olhar sobre a questão das políticas punitivas e suas interfaces com a pobreza e a desigualdade de gênero. A prisão das mulheres passou a ser uma realidade social para além do encarceramento secundário já vivido por elas como mães, filhas, esposas ou

---

1. BURGESS-PROCTOR, A. Intersections of Race, Class, Gender, and Crime: Future Directions for Feminist Criminology. *Feminist Criminology*. vol. 1. n. 1. p. 27-47. 2006. Disponível em: [http://fcx.sagepub.com/cgi/content/long/1/1/27]. Acesso em: 17.09.2013; GARLAND, D. Beyond the culture of control. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. vol. 7. n. 2. p. 160-189. 2004. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1369823042000266576]. Acesso em: 15.10.2013; GELSTHORPE, L. Back to basics in crime control: weaving in women. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. vol. 7. n. 2. p. 76-103. 2004. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1369823042000266530]. Acesso em: 20.11.2013; LANCTÔT, N.; BLANC, M. LE. Explaining deviance by adolescent females. *Crime and Justice*. vol. 29. p. 113-202. 2002.

2. PETTIT, B.; WESTERN, B. Mass imprisonment and the life course: race and class inequality in U.S. incarceration. *American Sociological Review*. vol. 69. n. 2. p. 151-169. 2004. Disponível em: [http://asr.sagepub.com/cgi/doi/10.1177/000312240406900201]. Acesso em: 25.11.2013; TONRY, M.; MELEWSKI, M. The Malign Effects of Drug and Crime Control Policies on Black Americans. *Crime and Justice*. vol. 37. n. 1. p. 1-44. 2008.

3. ALMEDA, E. Women's imprisonment in Spain. *Punishment & Society*. vol. 7. n. 2. p. 183-199. 2005. Disponível em: [http://pun.sagepub.com/cgi/content/long/7/2/183]. Acesso em: 15.10.2013.

4. GARLAND, op. cit.; WACQUANT, L. Prison Is an Outlaw Institution. *Howard Journal of Criminal Justice*. vol. 51. n. 1. p. 1-15. 2012; WACQUANT, L. The punitive regulation of poverty in the neoliberal age: Loic Wacquant diagnoses the resurgence of the prison in advanced societies. *Criminal Justice Matters*. vol. 89. n. 1. p. 38-40. 2012. Disponível em: [http://loicwacquant.net/assets/Papers/Recent-Papers/PUNITIVEREGULATIONPOV-CJM-pub.pdf]. Acesso em: 22.10.2013.

5. GELSTHORPE, op. cit.

companheiras de homens presos.[6] Elas tornaram-se também sujeitos do controle prisional. No entanto, a agenda prioritária de pesquisas foi o binômio mulheres e família.[7] Diferentemente dos homens, a prisão de uma mulher pobre, jovem, pouco educada e trabalhadora informal traria implicações substantivas para o bem-estar e o cuidado dos filhos. Falou-se mais de crianças afastadas das mães e de famílias desorganizadas que mesmo da vida das mulheres presas, de sua crescente participação na economia ilegal das drogas ou de suas necessidades de vida ignoradas por um sistema pensado e gerenciado por uma lógica masculina da vida social.

"O paradoxo do encarceramento das mulheres" é uma das expressões que resume a ambiguidade com que as mulheres passaram a compor a agenda de preocupações acadêmicas e políticas em criminologia e sociologia da punição.[8] O paradoxo seria que prender uma mulher é mais do que simplesmente puni-la: é punir também sua família, isto é, seus filhos. Por uma desigual participação sexual no cuidado dos filhos, o encarceramento dos homens, também sujeitos socialmente descritos como pais de crianças fora do presídio, não foi descrito como "um paradoxo". Não restam dúvidas de que a prisão de uma mulher traz consequências imediatas e graves para o bem-estar das crianças – muitas delas passam a circular pelo cuidado da família extensa ou sobrevivem em abrigos ou por redes informais de adoção. Mas o que a hipótese do "paradoxo do encarceramento das mulheres" torna obscuro é a própria experiência de precariedade vivida pelas mulheres antes da chegada ao presídio.

6. COMFORT, M. L. 'Papa's House': The Prison as Domestic and Social Satellite. *Ethnography*. vol. 3. n. 4. p. 467-499, 2002. Disponível em: [http://eth.sagepub.com/cgi/doi/10.1177/1466138102003004017]. Acesso em: 25.11.2013.

7. CASTILHO, Ela Wiecko V. Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial. *Justitia*. vol. 64. n. 197. p. 37-45. 2007; DALLEY, L. P. Policy Implications Relating to Inmate Mothers and their Children: Will the Past be Prologue? *The Prison Journal*. vol. 82. n. 2. p. 234-268. 2002. Disponível em: [http://tpj.sagepub.com/cgi/content/long/82/2/234]. Acesso em: 05.10.2013; DATESMAN, S. K.; CALES, G. L. 'I'm Still the Same Mommy': Maintaining the Mother/Child Relationship in Prison. *The Prison Journal*. vol. 63. n. 2. p. 142-154, 1983. Disponível em: [http://tpj.sagepub.com/cgi/content/long/63/2/142]. Acesso em: 05.10.2013; ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004; HISSEL, S.; BIJLEVELD, C.; KRUTTSCHNITT, C. The well-being of children of incarcerated mothers: an exploratory study for the Netherlands. *European Journal of Criminology*. vol. 8. n. 5. p. 346-360, 2011. Disponível em: [http://euc.sagepub.com/cgi/content/long/8/5/346]. Acesso em: 05.10.2013; JACINTO, G. Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado. *Sociais e Humanas*. vol. 24. n. 2. p. 36-51. 2011; MCPHERSON, M. The Cost of Imprisoning a Mother. *Probation Journal*. vol. 21. n. 3. p. 83-84. 1974.

8. KRUTTSCHNITT, C. The paradox of women's imprisonment. *Daedalus*. vol. 139. n. 3. p. 32-42. 2010.

Assumir que a precariedade da vida das mulheres seja a mesma experimentada pelos homens nos parece um falso pressuposto se não sociológico, ao menos político.

A pergunta "qual é o custo para a sociedade e para cada família quando uma mulher é enviada para a prisão?", apesar de correta, encobre um passado de opressão a essas mesmas mulheres que visa proteger.[9] Talvez a pergunta justa seja "quais domínios de precariedade foram vividos pelas mulheres antes de chegarem ao presídio na vida adulta?" A precariedade da vida se expressa de maneira desigual entre homens e mulheres. Ser uma mulher pobre, negra, pouco escolarizada e com trabalho informal resulta em uma corporificação distinta daquela de seus companheiros homens. É exatamente sobre essa particularidade da experiência prévia à chegada das mulheres ao presídio que este estudo se debruça: ao apresentar a população feminina sentenciada em regime fechado no Presídio Feminino do Distrito Federal (PFDF), nosso objetivo é demonstrar como a precariedade tem marcadores de gênero e, principalmente, como o histórico de internação em unidades socioeducativas na adolescência pode ser um indicador de maior precarização da vida.

2. FEMINIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

Houve uma mudança na composição por sexo da população carcerária brasileira nas últimas duas décadas. De uma população periférica ao sistema prisional, as mulheres passaram a compor um novo e crescente grupo. Entre 1995 e 2000, o crescimento da população feminina nas prisões foi de 2% (108 mulheres no total), em uma média de 0,4% ao ano.[10] A explosão do encarceramento feminino no país ocorreu na década de 2000: entre 2000 e 2012, o crescimento acumulado foi de 465%, resultando em uma população de 31.640 mulheres presas em 2012, em um crescimento médio de 15,5% ao ano.[11] Os homens ainda são maioria no sistema

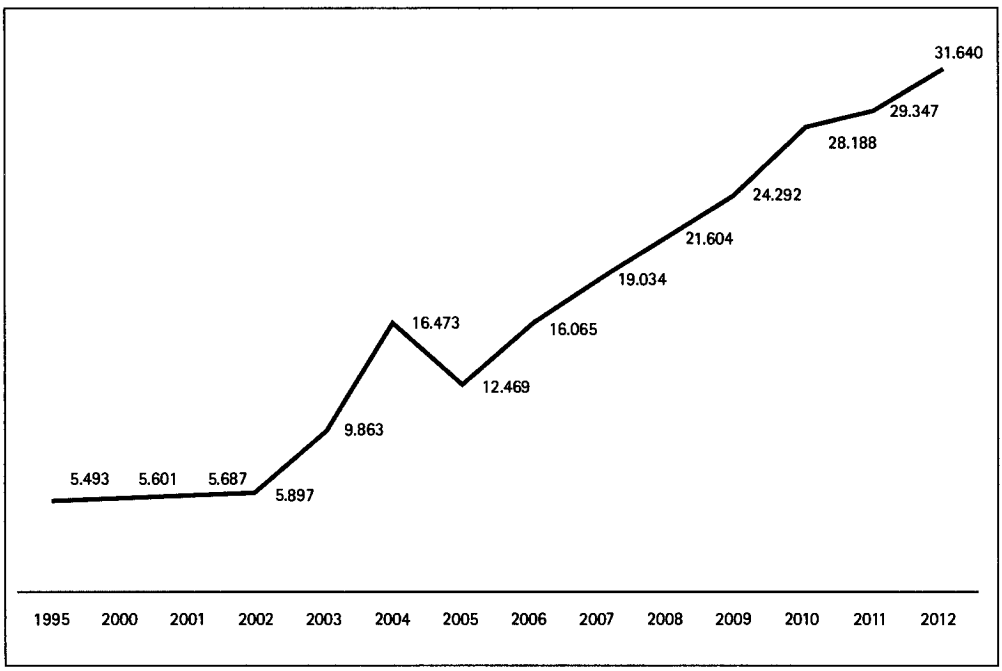
9. Idem, p. 34, tradução nossa.

10. BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. *InfoPen Estatística*. 2000-2012. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B598A21D8-92E4-44B5-943A-0AEE5DB94226%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 06.12.2013.

11. Idem; BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo Penitenciário Nacional 1995*. Brasília: Ministério da Justiça, dezembro de 1995. Os dados relativos a 1995 são oriundos do Censo Nacional Penitenciário elaborado pelo Ministério da Justiça, disponível apenas em versão impressa. Os dados a partir dos anos 2000 são oriundos do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (InfoPen), disponibilizado on-line pelo Ministério da Justiça. Em geral, os dados penitenciários são frágeis, uma vez que os estados são responsáveis por repassar as informações consolidadas ao Ministério da Justiça. Em 2005, por exemplo, os dados consolidados nacionais não incluíram as informações da população carcerária de São Paulo (estado que detém o maior número

prisional, porém, o crescimento dessa população vem sendo mais lento que o das mulheres no mesmo período, 9,4% ao ano e 185% acumulado. O Brasil ocupa, hoje, o terceiro lugar no mundo em magnitude da população encarcerada, atrás dos Estados Unidos e da Rússia.[12]

Gráfico 1 – Número de mulheres presas no Brasil (1995-2012)



Fontes: Censo Penitenciário Nacional (1995); Infopen (2000-2012). Elaboração própria.

No Distrito Federal, há um único presídio feminino, o Presídio Feminino do Distrito Federal (PFDF), um estabelecimento de segurança média que abriga mulheres sentenciadas em regimes fechado e semiaberto e presas em condição provi-

de presos). A ausência de dados pode gerar uma falsa impressão de aumento ou redução da população carcerária no Brasil no período analisado.

12. WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List*. 9. ed. London: International Centre for Prison Studies King's College London, School of Law. 2010. Disponível em: [www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/WPPL-9-22.pdf]. Acesso em: 10.10.2013. É preciso cautela nas comparações entre países – a depender de como cada país registra a população prisional e outros grupos sob custódia, tais como cadeias, manicômios judiciários ou adolescentes em instituições correcionais, as taxas variam (TONRY, M. Determinants of penal policies. *Crime and Justice: a Review of Research*. vol. 36. p. 1-48. 2007). No entanto, mesmo com essas ressalvas de método de recuperação, o Brasil desponta como um dos países com crescimento significativo na última década.

sória, além de ter uma ala de tratamento psiquiátrico para homens e mulheres.[13] Em 2005, a população carcerária feminina no DF era de 340 mulheres e correspondia a 2% da população carcerária feminina nacional. Em 2012, eram 641 mulheres, uma taxa corresponde a 41,2 por 100 mil mulheres no DF (superior à média nacional de 31,4) e um crescimento acumulado de 89%, sendo o DF o décimo terceiro no ranking nacional em magnitude populacional de mulheres presas. O presídio atual comporta 504 presas, mas abriga 641 mulheres, ou seja, 27% mais que sua capacidade. Em 2012, a ala materno-infantil contava com 24 mulheres grávidas ou com filhos de até seis meses.

Dada a recente mudança no perfil demográfico dos presídios brasileiros, o tema do encarceramento feminino ganhou novas configurações. Nos anos 1970, a agenda política e analítica era ainda biologizante sobre a natureza feminina e a ideia de desvio. Um dos primeiros estudos nacionais, realizado no Instituto Penal Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, entre 1976 e 1978, mostrou que o tratamento dado às presas se baseava em concepções infantilizantes e biologizantes sobre o feminino. A população carcerária feminina da época já demonstrava a seletividade de classe do sistema punitivo, uma vez que a maioria das mulheres era pobre e negra e tinha baixa escolaridade.[14] Já na década de 1990, Julita Lembgruber apontou mudanças no perfil das infrações cometidas pelas mulheres no período entre a coleta inicial dos dados e a reedição da obra. O perfil das infrações deixara de ser majoritariamente de crimes contra o patrimônio para ser o de tráfico de drogas.[15]

Há poucos estudos que analisaram o perfil da mulher presa e os condicionantes de precariedade da vida em relação ao crime no Brasil.[16] Os estudos dos anos 2000

---

13. A história do presídio segue o caráter itinerante da construção da capital. Segundo Lianne Carvalho de Oliveira (2003), o primeiro núcleo de custódia do DF ocupava parte das instalações do núcleo de custódia masculino, nos anos 1960. Em 1979, os núcleos de custódia foram transferidos para o Complexo Penitenciário de Brasília (Papuda) e as mulheres ocuparam uma ala no presídio masculino até 1997, quando foram novamente transferidas. A nova sede abrigara crianças e adolescentes em conflito com a lei que, por sua vez, haviam sido transferidos para um novo espaço, sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em 2002, o espaço foi reconhecido como o presídio feminino do DF. OLIVEIRA, Lianne Carvalho de. *O atendimento às mulheres presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal: uma análise do ideário da gestão partilhada e em rede das políticas sociais na década de 1990*. Dissertação de mestrado, Brasília, Universidade de Brasília, 2003.

14. LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

15. LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

16. CARVALHO, M. L. et al. Perfil dos internos no sistema prisional do Rio de Janeiro: especificidades de gênero no processo de exclusão social". *Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 11. n. 2. p. 461-471. 2006.

mostraram que o principal crime era o de tráfico de drogas, com uma expressiva mudança populacional após a alteração da Lei Nacional Antidrogas, que aumentou a pena mínima para tráfico de drogas ilícitas, de três para cinco anos de prisão.[17] Além dos estudos localizados de perfil,[18] algumas pesquisas analisaram demandas das mulheres referentes ao cuidado dos filhos[19] e questões relacionadas à saúde sexual e reprodutiva[20] ou de saúde mental nos presídios.[21]

3. DOSSIÊS E HISTÓRIAS

O levantamento de dados foi feito por meio de métodos mistos, em duas fases sequenciais e aninhadas: 1. pesquisa documental nos dossiês das mulheres sentenciadas em regime fechado, sob a guarda da seção de arquivos no PFDF; 2. entrevistas estruturadas face a face com questionário fechado com 277 mulheres

17. JACINTO, op. cit.; BRASIL. Lei 11.343, de 23.08.2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. *Diário Oficial da União*. 24.08.2006; SOUZA, Koj de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. *Psicologia em Estudo*, p. 649-657, 2009.
Outra alteração da Lei Nacional Antidrogas (Lei 11.343/2006) foi a despenalização para o usuários. De acordo com o disposto no art. 28 da Lei, aos usuários cabem medidas educativas e não penas restritivas de liberdade. Apesar da despenalização, os critérios para determinação da fronteira entre o consumo e o comércio de drogras ainda é discricionário.

18. ESPINOZA, op. cit.; ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. vol. 1. n. 1. p. 35-59, 2002; SANTOS, M. B. S. et al. Do outro lado dos muros: a criminalidade feminina. *Mnemosine*. vol. 5. n. 2. p. 174-188. 2009; SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

19. STELLA, C. Aprisionamento materno e escolarização dos filhos. *Psicologia Escolar e Educacional*. vol. 13. n. 1. p. 21-28, 2009. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572009000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt]. Acesso em: 22.10.2013.

20. ESPINOSA, A.; ROBERTO, P.; CARMEN, M. Saúde sexual e reprodutiva em penitenciária feminina. Espírito Santo, Brasil. *Revista de Saúde Pública*. vol. 38. n. 2. p. 255-260. 2004; STRAZZA, L., MASSAD, E. Estudo de comportamento associado à infecção pelo HIV e HCV em detentas de um presídio de São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*. vol. 23. n. 1. p. 197-205. 2007. Disponível em: [www.scielosp.org/pdf/csp/v23n1/20.pdf]. Acesso em: 29.10.2013.

21. BARCINSKI, M. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 14. n. 5. p. 1843-1853, 2009; CANAZARO, Daniela. Argimon II de L. Características, sintomas depressivos e fatores associados em mulheres encarceradas no Estado do Rio Grande do Sul. *Cadernos de Saúde Pública*. vol. 26. n. 7. p. 1323-1333. 2010; GUEDES, M. A. Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino. *Psicologia: Ciência e Profissão*. vol. 26. n. 4. p. 558-569. 2006; MORAES, P. A. C. de; DALGALARRONDO, P. Mulheres encarceradas em São Paulo: saúde mental e religiosidade. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*. vol. 55. n. 1. p. 50-56. 2006.

em regime fechado. A pesquisa nas duas fases abrangeu 99% (277) das presas em regime fechado. O recorte da segunda fase se deu pela dinâmica institucional e com procedimentos de segurança para a permanência das pesquisadoras no presídio. O recorte das mulheres sentenciadas em regime fechado se justifica por ser este um grupo com condição penal definida e sem mobilidade diária. Da população total do presídio, excluiu-se, portanto, o grupo das mulheres em condição provisória, o das sentenciadas em regime semiaberto e o daquelas em medida de segurança.

A primeira fase do estudo, entre julho e setembro de 2012, foi realizada nos dossiês da seção de arquivos do PFDF. Foram levantadas informações sobre o perfil das infrações penais das mulheres. Os dossiês contêm cópias das principais decisões e despachos do processo judicial de execução penal de cada interna, além de decisões administrativas. A segunda fase do estudo, entre outubro e novembro de 2012, levantou informações sociodemográficas das mulheres por meio de entrevistas estruturadas face a face com questionário fechado. Os questionários foram aplicados nas dependências do presídio, onde as mulheres foram organizadas em salas previamente reservadas para a pesquisa de campo. As entrevistas foram realizadas por pesquisadoras do sexo feminino que desconheciam o histórico penal de cada mulher. A pergunta sobre medidas socioeducativas de internação na adolescência foi coletada por autodeclaração de cada presa.

Os questionários foram digitados em uma base única para as duas fases de levantamento de dados. Um número identificador para cruzar os dados coletados entre as duas fases foi gerado para cada mulher, o que permitiu assegurar o anonimato dos registros. As pesquisadoras assinaram um termo de sigilo para a pesquisa nos arquivos e para as entrevistas. Cada mulher concordou individualmente em participar. A questão do consentimento é delicada em instituições totais, como é o caso de um presídio. A negociação se processou em diferentes níveis: com o juiz da vara de execuções penais, com a direção do presídio, com as chefes de segurança das alas e com cada mulher individualmente. Apenas duas mulheres presas se recusaram a participar da pesquisa. O projeto foi revisado e aprovado por comitê de ética em pesquisa da Universidade de Brasília.

4. QUEM SÃO ELAS

São mulheres jovens (51% têm menos de 30 anos), pretas e pardas (67%), pouco escolarizadas (71% com ensino fundamental incompleto ou menos que o fundamental), trabalhadoras domésticas e informais (70%) ou desempregadas (18%), com pelo menos um filho (80%) e com companheiros presos (52%), e envolvidas com infrações relacionadas ao tráfico de entorpecentes (69%). Das mulheres com menos de 30 anos, 52% estudaram apenas até o ensino fundamental, ou seja, têm, em média, menos de 7 anos de estudo. Quando comparadas às

mulheres fora do presídio na mesma faixa etária, considerando dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2012), a desigualdade é marcante: a média de anos de estudo entre as mulheres com menos de 30 anos fora do presídio é de 10 anos.

Tabela 1 – Dados sociodemográficos das mulheres presas no PFDF

Menos de 20	11	4
20 a 24	63	23
25 a 29	66	24
30 a 34	55	20
35 a 39	35	12
Acima de 40 anos	46	17
Sem informação	1	0
Total	277	100
Branca	56	20
Parda	142	51
Preta	43	16
Outra	34	12
Sem informação	2	1
Total	277	100
Menos que fundamental	40	15
Fundamental ou 1.º grau	158	57
Médio ou 2.º grau	69	25
Superior ou 3.º grau	7	2
Sem informação	3	1
Total	277	100
Trabalho formal	29	10
Trabalho informal	96	35
Trabalho doméstico	66	24
Dona de casa	33	12
Sem trabalho	48	17
Sem informação	5	2
Total	277	100
Sim	222	80
Não	55	20
Total	277	100

Companheiro preso alguma vez	Total	%
Sim	143	52
Não	52	19
Não tem companheiro	78	28
Sem informação	4	1
Total	277	100
Infração penal	**Total**	**%**
Crimes contra a vida	31	5
Crimes contra o patrimônio	249	34
Crimes da Lei Antidrogas	300	41
Crimes do Estatuto do Desarmamento	26	4
Outros	118	16
Total	724*	100
Pena total (anos)	**Total**	**%**
Até 2 anos	24	9
Até 3 anos	31	11
Até 5 anos	36	13
Até 10 anos	97	35
Até 15 anos	46	17
Até 20 anos	17	6
Mais de 20 anos	20	7
Sem informação	6	2
Total	277	100

Fonte: Pesquisa Radiografia do Crime Feminino no DF. Anis/UnB, 2012
* Total de infrações cometidas. Uma mesma mulher pode ter cometido mais de uma infração

O perfil da mulher presa no DF é semelhante ao já apontado por outros estudos brasileiros: pobre, negra, pouco escolarizada e trabalhadora informal. Ela parece um espectro feminino do típico preso no Brasil – também pobre, negro, pouco escolarizado e trabalhador informal. As particularidades da vida precária, no entanto, ganham contornos imediatos pela corporificação de gênero – 80% delas têm filhos fora da prisão e, entre aquelas com filhos que declararam ter outros membros da família presos, 15% informaram o companheiro e 45%, outros familiares.[22] Há uma circulação familiar e afetiva da economia da ilegalidade, em particular de crimes relacionados à lei de tráfico de drogas. Nesse sentido, não são apenas mulheres ou homens típicos, mas famílias extensas as que vivenciam

22. A pergunta recuperava também relacionamentos não heterossexuais. Do total de mulheres, 8% (22 mulheres) declararam viver um relacionamento não heterossexual antes do encarceramento e, em 50% dos casos, a companheira também estava presa.

a experiência do aprisionamento no gerenciamento das relações familiares e do cuidado com os filhos.

O reconhecimento de que há famílias por trás das mulheres presas foi um novo tropo dos estudos em sociologia da punição e criminologia nos anos 2000. Esse é, contudo, um tropo ambíguo. Por um lado, indica a extensão do dano causado pelo aprisionamento de mulheres e, em alguma medida, pela segregação da vida imposta pelas penas de reclusão para a manutenção das relações de cuidado e dependência. Mas, por outro lado, torna nebuloso o enfrentamento do crescente encarceramento das mulheres. A pergunta não é apenas "qual o impacto desse fenômeno para o bem-estar das crianças?", mas "o que provoca a feminização do encarceramento das mulheres no Brasil?" Uma hipótese é que a prisão seja uma resposta ao crescimento do crime – um número maior de mulheres envolvidas em práticas ilegais teria causado o maior aprisionamento, ou seja, teria havido um aumento efetivo na entrada das mulheres no sistema. A segunda hipótese é que a mudança no sistema de penas, em particular na Lei Antidrogas, teria aumentado a permanência das mulheres no presídio. Há uma diferença entre a hipótese da entrada e a hipótese da permanência – a primeira aponta para maior fluxo; a segunda, para maior estadia das mulheres no sistema prisional.

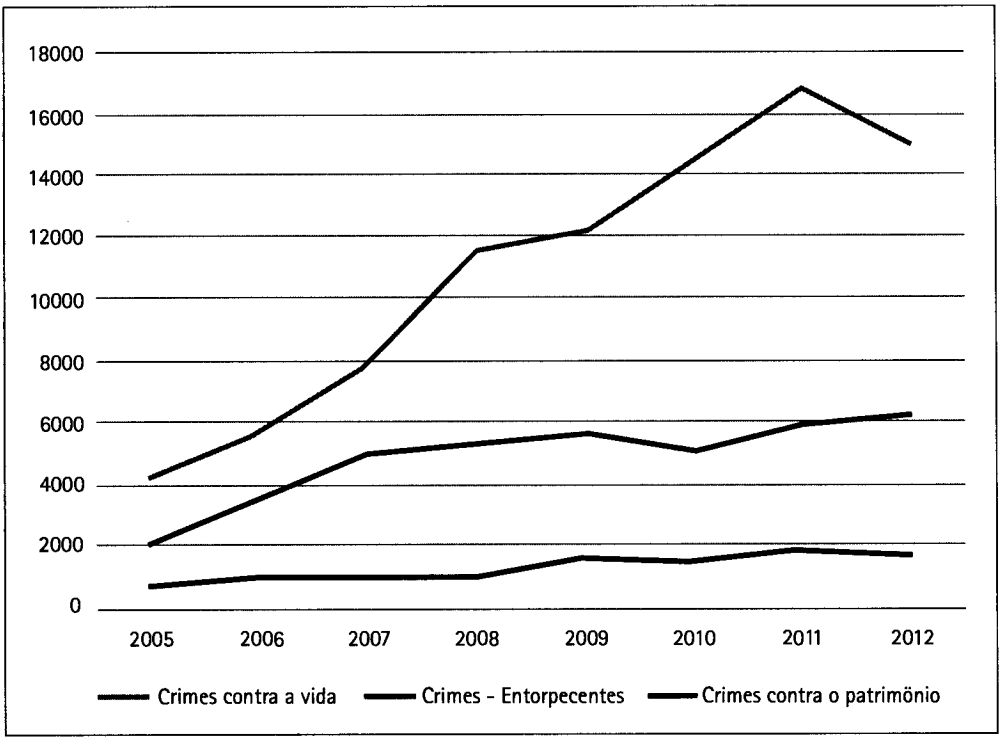
Houve uma mudança na tipificação e na extensão das penas na legislação sobre uso e tráfico de drogas ilícitas no Brasil em 2006.[23] Ou seja, além de uma possível mudança na magnitude do fluxo de entrada e de permanência, a hipótese da entrada também depende de mudanças no sistema criminal, pois formas de vigilância e controle de práticas relacionadas às drogas se alteraram. O Gráfico 2 mostra a mudança no padrão das infrações penais de mulheres com crimes relacionados às drogas.[24] No entanto, dada a fragilidade dos dados administrativos nos estados, não é possível avaliar qual das hipóteses melhor explicaria a mudança – se maior participação das mulheres no mercado ilegal da droga, se maior vigilância policial às práticas ou se maior entrada e permanência das mulheres no sistema prisional.[25]

23. BRASIL, 2006, op. cit.

24. BRASIL, 2010-2012, op. cit.

25. Foi identificada uma série de inconsistências nos dados oficiais sobre a população carcerária no Brasil. Os dados estatísticos são alimentados pelos estados e não se dispõe de uma base unificada de notificação. Em diferentes anos do período analisado (1995-2012), houve casos de unidades da Federação que não alimentaram a base, o que dificulta a apresentação de análises nacionais sem ressalvas. Outro aspecto foram as diferentes metodologias de coleta de dados. Alguns dados nacionais sobre infrações são coletados por meio de boletins de ocorrência policial, ao passo que outros são coletados por meio de processos judiciais. Essas diferenças impossibilitam o cruzamento de dados e o teste de hipóteses lançadas.

Gráfico 2 – Infrações cometidas por mulheres presas no Brasil (2005-2012)



Fonte: Infopen (2005-2012). Elaboração própria.

Os dados do Ministério da Justiça e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública não desagregam a taxa anual de crescimento do sistema penitenciário por fluxo de entrada ou permanência da população no sistema. O Gráfico 1 mostrou que houve uma explosão no sistema em meados da década de 2000 e, depois, um crescimento estabilizado médio de 12% ao ano entre 2006 e 2012. No Distrito Federal, 73% das mulheres que estão presas estiveram envolvidas com infrações relacionadas a tráfico de drogas, 47,5% das quais com penas superiores a dez anos. Como o perfil sociodemográfico e penal das mulheres é muito semelhante, os dados sugerem haver domínios de precariedade compartilhados entre o conjunto das mulheres presas – educação, trabalho e família. No entanto, a experiência de institucionalização punitiva na adolescência não é compartilhada por todas as mulheres. Vários estudos internacionais já mostraram que a experiência carcerária na adolescência pode ser determinante para o encarceramento na vida adulta e a maior desigualdade no ciclo de vida.[26] Foi a partir desse dado da literatura internacional – a despeito

26. BISHOP, D. M. Juvenile Offenders in the Adult Criminal Justice System. *Crime and Justice*. vol. 27. p. 81-167, 2000; CARMICHAEL, J. T. Punishing juvenile offenders as adults: an

da diversidade de modelos correcionais para a infância e a adolescência entre os países – que investigamos se as mulheres relatavam medidas socioeducativas de internação na adolescência.

5. UMA EM CADA QUATRO

Uma em cada quatro das mulheres sentenciadas em regime fechado passou por medidas socioeducativas de internação na adolescência. Há um itinerário carcerário iniciado na juventude, em que os períodos fora da prisão foram como recessos na rotina vigiada pelas instituições totais.[27] Por itinerário carcerário, entendemos a vivência das mulheres em instituições punitivas e de controle penal por determinação judicial que exigem afastamento compulsório das atividades quotidianas e das relações familiares ou afetivas. Das 277 entrevistadas, 62 tinham itinerário carcerário na adolescência e, em seis casos, não foi possível identificar o histórico carcerário. A mulher com itinerário carcerário na adolescência é mais jovem e menos escolarizada, é uma trabalhadora informal ou doméstica, tem filhos mais novos que os das demais (na faixa etária entre zero e sete anos) e recebe menos visitas dos familiares.

Metade dessas mulheres com itinerário carcerário na adolescência tem algum membro familiar preso, em geral, os companheiros. Elas relataram ter sofrido mais violência doméstica que as demais mulheres (52% e 34%, respectivamente). 35% das mulheres com itinerário carcerário na adolescência já viveram na rua, mais que três vezes o identificado entre as demais mulheres presas (11%). O consumo de drogas, em especial o crack, e a prostituição também são superiores nesse grupo.

---

analysis of the social and political determinants of juvenile prison admissions across the United States. *Sociological Focus*. vol. 44. n. 2. p. 102-123, 2011. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00380237.2011.10571390]. Acesso em: 13.11.2013; CARMICHAEL, J. T. Sentencing disparities for juvenile offenders sentenced to adult prisons: an individual and contextual analysis. *Journal of Criminal Justice*. vol. 38. n. 4. p. 747-757. 2010. Disponível em: [http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0047235210001042]. Acesso em: 18.11.2013; CARMICHAEL, J. T.; BURGOS, G. Sentencing juvenile offenders to life in prison: the political sociology of juvenile punishment. *American Journal of Criminal Justice*. vol. 37. n. 4. p. 602-629, 2011. Disponível em: [http://link.springer.com/10.1007/s12103-011-9135-1]. Acesso em: 25.11.2013; CHAMBERLIN, C. Not kids anymore : a need for punishment and deterrence in the juvenile justice system. *Boston College Law Review*. vol. 42. n. 2. p. 391-419, 2001. Disponível em: [http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2173&context=bclr]. Acesso em: 15.10.2013; DOHRN, B. All Ellas: Girls Locked Up. *Feminist Studies*. vol. 30. n. 2. p. 302-324. 2004.

27. Em termos estritamente normativos, a medida socioeducativa de internação não é uma pena de reclusão, pois não cabe a tipificação penal de crimes e penas para crianças e adolescentes. No entanto, itinerário carcerário representa a trajetória em espaços de punição para o controle do crime ou de práticas ilegais.

Metade das mulheres com itinerário carcerário já cumpriu alguma sanção disciplinar no isolamento, ao passo que, entre as demais mulheres, 18% estiveram em regime de reclusão prisional de isolamento.

Tabela 2 – Infrações Penais – Mulheres com e sem medida socioeducativa

Tipo de crime*	Cumpriu medida socioeducativa		Não cumpriu medida socioeducativa		Razão**
	Total	%	Total	%	
Crimes contra a vida	8	13	19	9	1,4
Crimes contra o patrimônio	34	55	74	35	1,6
Crimes da Lei Antidrogas	43	69	154	74	0,9
Crimes do Estatuto do Desarmamento	10	16	11	5	3,2
Lesões corporais	1	2	2	1	1,0
Outros	6	10	35	16	0,4
*Total de mulheres***	62	100	209	100	-

Fonte: Pesquisa Radiografia do Crime Feminino no DF. Anis/UnB, 2012

* É possível mais de uma opção

** O total se refere às mulheres e não aos crimes, uma vez que uma mesma mulher pode ter praticado mais de um crime.

As chances de uma mulher com itinerário carcerário na adolescência ter morado na rua é, pelo menos, três vezes maior que as das mulheres sem essa experiência. Quando perguntadas sobre o tempo que teriam vivido na rua, mais da metade delas declarou período superior a seis meses. As infrações penais das mulheres também foram diferentes, em particular pelo uso de armas e pelo maior registro de crimes contra a vida e contra o patrimônio. Outros domínios de precariedade, especialmente aqueles com marcadores específicos de gênero, como violência doméstica e prostituição, também foram registrados entre as mulheres com itinerário carcerário na adolescência. Esses indicadores devem ser analisados com cautela, pois referem-se a um estudo localizado em um único presídio, e o Distrito Federal apresenta a maior taxa de internação de adolescentes para cumprimento de medidas socioeducativas do Brasil – 191,1 para cada 10.000 adolescentes (entre 12 e 17 anos). A média nacional é de 58,3.[28]

O presídio é um espaço de trânsito permanente para as mulheres – 49% delas registram apenas uma entrada, ao passo que o restante conta com duas (25%), três (11%) ou mais de quatro entradas (15%). A porta giratória da prisão pode ser um dos fatores para a maior precarização da vida dessas mulheres – aquelas que entram e saem do presídio podem ser as mulheres com laços sociais mais frágeis, maior

28. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 7. ed. São Paulo, 2013.

dependência de drogas ou tempo mais extenso de vida na rua. No intuito de isolar a variável das múltiplas entradas como um fator de viés, comparamos cinco domínios de precarização da vida entre mulheres com uma única entrada no presídio (a atual no momento da pesquisa) e cuja única experiência carcerária distinta teria sido a medida socioeducativa de internação na adolescência. Do total das mulheres em regime fechado, 49% (132) estavam na primeira experiência de encarceramento e 17% (23) tinham vivido em instituições correcionais na adolescência para cumprimento de medida socioeducativa de internação. Os resultados encontram-se na Tabela 3:

Tabela 3 – Indicadores – Mulheres com e sem medida socioeducativa com apenas uma entrada no PFDF

	Total	%	Total	%	
Sim	14	61	35	32	1,9
Não	9	40	73	67	0,6
Sem informação	0	0	1	1	0,0
Total	23	100	109	100	-
	Total	%	Total	%	
Sim	6	26	10	9	2,8
Não	17	74	98	90	0,8
Sem informação	0	0	1	1	0,0
Total	23	100	109	100	-
	Total	%	Total	%	
Fumo	21	91	59	54	1,7
Álcool	15	65	39	36	1,8
Maconha	21	91	34	3	2,9
Cocaína	16	70	29	27	2,6
Crack	5	22	5	4	4,7
Outras drogas	0	0	2	2	0,0
Nenhuma droga	0	0	26	24	0,0
	Total	%	Total	%	
Sim	5	22	8	7	3,0
Não	17	74	97	89	0,8
Sem informação	1	4	4	4	1,2
Total	23	100	109	100	-
	Total	%	Total	%	
Até 50 dias	5	22	6	6	3,7
Até 100 dias	4	17	0	0	1,7
Mais de 200 dias	1	4	2	2	2,0
Nunca	13	57	100	92	0,6
Total	23	100	109	100	-

Fonte: Pesquisa Radiografia do Crime Feminino no DF. Anis/UnB, 2012

Os cinco domínios de precarização da vida foram consideravelmente piores para as mulheres com experiência carcerária na adolescência – violência doméstica, vida na rua, uso de drogas, prostituição e isolamento disciplinar no presídio. O isolamento é um espaço geográfico e de controle no interior do presídio. As celas de isolamento são solitárias, localizadas em uma espécie de porão circular cujo teto vazado permite a entrada de luz solar. As regras de vida quotidiana são muito mais restritas para uma presa no isolamento – não há banhos de sol, não há refeições coletivas, tampouco acesso aos poucos entretenimentos, tais como televisão ou rádio. Uma presa é enviada para o isolamento disciplinar após ter cometido faltas graves de comportamento, segundo as regras de convivência do presídio. O dado de permanência no isolamento disciplinar foi coletado nos dossiês de cada presa e mostram uma concentração entre aquelas com passado carcerário na adolescência: as razões de chance são 2,8 vezes maiores entre elas. Não há como saber as razões de suas práticas serem consideradas de maior indisciplina – se por violações às regras internas ou por maior resistência à nova institucionalização da vida.

6. CONCLUSÃO

Este artigo descreveu a população de mulheres sentenciadas em regime fechado no único presídio feminino do Distrito Federal. O objetivo foi analisar se o passado de medidas socioeducativas de internação na adolescência pode ser um indicador de maior precarização da vida. Os dados apresentados mostram que uma em cada quatro mulheres passou por instituições correcionais na adolescência e que os domínios de precariedade da vida são significativamente piores para elas do que para aquelas sem passado carcerário. O perfil demográfico, social e penal é distinto entre os dois grupos – as mulheres com passado carcerário são mais jovens, mais pobres, menos educadas e trabalhadoras informais, além de terem mais comumente sofrido violência doméstica, utilizado drogas e vivido na rua.

Há uma crescente feminização dos presídios no Brasil, mas a questão do encarceramento de mulheres vem sendo pobremente estudada. Os poucos estudos nacionais assumem o binômio mulher e filhos como a questão prioritária na agenda de políticas públicas e sociais. Não há dúvidas de que o tema do cuidado das crianças nos presídios deve ser urgentemente enfrentado, mas as mulheres não podem ser reduzidas aos seus filhos para a garantia de direitos e a proteção de necessidades. Por fim, mesmo que referentes ao Distrito Federal apenas, os resultados desta pesquisa mostram que o itinerário carcerário de mulheres na adolescência traz consequências de longa permanência para a vida adulta.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A medida socioeducativa como especificidade: uma desvinculação do direito penal, de Bruna Mello de Miranda – *RDIJ* 2/203 (DTR\2013\12544);
- Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno Apac, de Sacha Darke e Maria Lúcia Karam – *RBCCrim* 107/357 (DTR\2014\1564); e
- Em busca dos braços da Vênus: lacunas do saber e questão feminina, de Carla Mirella Mastrobuono – *RBCCrim* 25/246 (DTR\1999\4).

Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos

The Maria da Penha Law: the materialization of rights

Lenio Luiz Streck

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito – UFSC, Portugal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo/RS. Ex-Procurador de Justiça. Advogado.

Vinicius de Melo Lima

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo/RS. Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça/RS.

Área do Direito: Penal; Constitucional; Fundamentos do Direito

Resumo: A proteção legal das mulheres vítimas de violência doméstica reclama uma compreensão hermenêutica das práticas judiciais, na perspectiva do Direito como integridade (Dworkin), reconhecendo-se os direitos fundamentais das mulheres como trunfos. A concretização de seus direitos precisa da ruptura com o silêncio na atual quadra da história. Para isso, o Estado exerce um papel fundamental, na senda da democracia e dos deveres fundamentais de proteção, assumindo relevo a experiência das audiências públicas, bem como a construção de uma teoria da decisão judicial adequada à Constituição.

Palavras-chave: Violência doméstica – Constituição – Teoria da decisão judicial.

Abstract: The legal protection of domestic violence women victims complains for a hermeneutic understanding of judicial practice, in the Law perspective of Law as integrity (Dworkin), recognizing the fundamental rights of women as trumps. The concretization of their rights needs to break the silence in the current history block. For this, the State executes an important role in the democracy path and the fundamental duties of protection, assuming the relevant experience of public hearings, as well as the construction of a theory of judicial decision appropriate to the Constitution.

Keywords: Domestic violence – Constitution – Theory of the judicial decision.

Sumário: 1. Breve introito – 2. A violência de gênero como um problema de direitos fundamentais: uma chave hermenêutica para a pré-compreensão – 3. Paradoxos e questões controvertidas na concretização da Lei Maria da Penha – 4. Os direitos fundamentais das mulheres como tr(i)unfos – 5. A democracia e a experiência das audiências públicas – 6. Por uma teoria da decisão judicial: a violência doméstica e o direito como integridade – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

1. BREVE INTROITO

O debate em torno da constitucionalidade da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) trouxe a lume as relações intrincadas e tortuosas de famílias nas quais predomina a violência contra a mulher.

A decisão proferida pelo STF afastou a necessidade de representação para o desencadeamento da persecução penal, nos crimes de lesões corporais leves, em atenção aos princípios da igualdade material, da vedação da proteção insuficiente e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, sendo a ação penal pública incondicionada, a vítima deixa de assumir uma posição antagônica frente ao agressor, competindo ao Estado (Ministério Público) a proteção dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica. Nessa linha de entendimento, a Corte assentou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da proibição da proteção insuficiente, haja vista que expressiva quantidade de casos resultava em arquivamento diante da renúncia ao direito de representação por parte da ofendida.

Merece relevo, pois, que em casos tais está-se, em realidade, diante de relações pautadas pelo sentimento de poder ou de posse, relegando-se o afeto para um plano inferior, com prejuízos à estruturação do complexo familiar. Não raras vezes, a mulher, pressionada pelo agressor, acabava renunciando à representação, por razões diversificadas (dependência financeira, filhos em tenra idade, esperança de mudança de comportamento por parte do companheiro/marido agressor etc.).

Tal recuo da mulher deve ser compreendido adequadamente pelos operadores jurídicos, para que a proteção de seus direitos fundamentais não seja prejudicada, como se verá na sequência.

2. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO UM PROBLEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA CHAVE HERMENÊUTICA PARA A PRÉ-COMPREENSÃO

Afigura-se como corolário da hermenêutica a concretização dos direitos humanos e fundamentais, em todas as suas dimensões, sendo que não há discricionariedade imune a controle. Dito de outro modo, não há liberdade para que o intérprete confira interpretação ao texto de acordo com as suas convicções pessoais.

Se a família goza de proteção por parte do Estado (art. 226, § 8.º, da Carta da República), a interpretação da legislação de regência deve percorrer o caminho da concretização constitucionalizante, sob pena de se conviver com uma Constituição meramente simbólica,[1] abrindo um verdadeiro fosso ou abismo entre a previsão formal e o mundo da vida.

1. Neves afirma que em face da "constitucionalização simbólica, que implica falta de autonomia operacional do direito, o problema não é de juridificação, mas sim, ao contrário,

Ora, a compreensão da violência de gênero como um problema de direitos fundamentais conduz à superação de pré-juízos inautênticos,[2] calcados no denominado "senso comum teórico dos juristas",[3] a depositar crença quase inarredável em falácias tais como "em briga de marido e mulher não se mete a colher" ou "bateu sim, mas foi na mulher dele", espalhadas pelo imaginário coletivo. A tradução do e para o Direito Penal dos pré-juízos inautênticos em relação ao tratamento da mulher vítima de violência doméstica implica na necessidade de suspender as "verdades jurídicas" então alinhadas à perspectiva de coisificação ou instrumentalização da mulher nas relações familiares. A provocação dos pré-juízos leva ao encontro com a tradição, ou seja, a historicidade que aponta para o recrudescimento da violência de gênero, razão pela qual é válido sustentar um dever fundamental de proteção estatal às mulheres vítimas, no horizonte traçado pela ideia de igualdade material e seus reflexos na leitura constitucional do Direito Penal contemporâneo.

---

de desjuridificação da realidade constitucional". NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 168.

2. Segundo Hans-Georg Gadamer, "(...) *os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos constituem a realidade histórica de seu ser*". Ensina, também, o referido filósofo que a "distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os *mal-entendidos*. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta. É claro que destacar um preconceito implica suspender sua validez. Pois, na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia então ser colocado em evidência? Enquanto está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos; para isso é preciso de certo modo provocá-lo. Isso que pode provocá-lo é precisamente o encontro com a tradição, pois o que incita a compreender deve ter-se feito valer já, de algum modo em sua própria alteridade. Já vimos que a compreensão começa onde algo os interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que isso exige: suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e *a fortiori* de todo preconceito tem a estrutura da *pergunta*". GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. vol. 1, p. 368; 395-396.

3. Consoante Luis Alberto Warat, "a expressão 'senso comum teórico dos juristas' designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas". Afirma, ainda, que "O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder". WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994. p. 13 e 15.

A inviolabilidade da família torna a violência contra a mulher algo invisível, sob o manto do segredo, como se fosse firmado um pacto de silêncio que livra o agressor da reprimenda estatal, o que contribui para o aumento da violência e da dominação. Nessa linha, "A ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que jamais cicatrizam".[4]

Há em tal âmbito de atuação os "obstáculos epistemológicos",[5] isto é, os óbices não científicos ao desenvolvimento cognitivo, em face de preconceitos ideológicos e que se pautam por uma dominação machista que deita profundas raízes no decorrer da história. De um lado, valoriza-se o geral; de outro, o imediato (disputa entre empirismo e racionalismo). Tanto o racionalismo matematizante e alheio ao pulsar da vida quanto o empirismo desprovido de base científica afastam a compreensão do fenômeno da violência de gênero como um problema de direitos humanos e fundamentais, na tentativa de aproximá-lo de outras espécies delitivas, designadamente as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Militam no referido "senso comum teórico dos juristas" pré-juízos inautênticos que decorrem, sobretudo, da aplicação dos institutos da Lei 9.099/1995 aos feitos de violência de gênero, nomeadamente a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Não obstante a decisão do STF que sufragou a tese da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (arts. 1.º, 33 e 41, na linha do julgamento da ADC 19) e que, além disso, conferiu interpretação conforme aos arts. 12, I e 16 (ADIn 4424), ainda há juízes que possibilitam a aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes de lesões corporais leves praticados em face da mulher vítima de violência doméstica.

Argumenta-se, ainda, que a aplicação do entendimento do STF aos casos anteriores configuraria uma espécie de retroatividade em prejuízo do acusado, o qual teria

---

4. DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 24.

5. Conforme assinalam Rocha e Pêpe, a partir do "*corte epistemológico* instaura-se a legitimidade do discurso científico, profundamente *recorrente*, *vigilante* na produção de novos conhecimentos. À epistemologia cabe também a função de descobrir os obstáculos existentes no conhecimento comum e que se incrustam no pensamento científico. Descobrir os *obstáculos epistemológicos*, e superá-los, torna-se tarefa fundamental da obra bachelardiana, visto que tais obstáculos se constituem numa *parada do pensamento*, num *contrapensamento*. É justamente no tipo de conhecimento postulado pelo realismo ingênuo e pelo racionalismo idealista onde proliferam mais acentuadamente os obstáculos epistemológicos. Tais filosofias, para Bachelard, primam pelo conhecimento imediato, sensível, numa contraposição clara aos pressupostos básicos do conhecimento científico, que não se apega aos dados dos sentidos, nem às intuições primeiras". ROCHA, Leonel Severo; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 47.

o direito subjetivo aos institutos despenalizadores. Ora, tal entendimento destoa da compreensão do controle de constitucionalidade e de seus efeitos no cenário sociojurídico pátrio. A produção de sentido que decorre da interpretação do STF não se afigura em retroatividade em prejuízo do acusado, mas sim, de entendimento em torno da própria constitucionalidade do diploma legal e da interpretação conforme de seus dispositivos legais, em consonância com o dever fundamental de proteção estatal.

Outrossim, a percepção equivocada no sentido do estabelecimento da conciliação nos crimes de lesões corporais também se insere, como já dito, como verdadeiro "obstáculo epistemológico", cuja superação demanda uma ruptura da própria "cultura do silêncio ou do segredo" que traz consigo a impunidade dos agressores no seio do lar. Não se pode olvidar que, em contextos tais, há relações assimétricas de poder e de dominação, diante da vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica e familiar, sendo que a ideia de proteção da família pressupõe, inexoravelmente, o resguardo da integridade física e moral de cada um de seus integrantes. É preciso, pois, uma ruptura com o modelo patriarcal e machista, cuja lógica impede o reconhecimento e a preocupação com a mulher, mediante um sistema de garantia de direitos, o qual está na raiz do advento da Lei Maria da Penha.

Em matéria de direitos humanos e fundamentais, imperativa é a adoção da teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jaime, apontando para um diálogo entre a Lei Maria da Penha, o ECA e a Convenção de Belém do Pará, porquanto os referidos diplomas legais protegem a família num sentido lato e estão alicerçados no princípio da igualdade material. Na linha do que explicitava Aristóteles, Rui Barbosa nos mostra – e essa definição se tornou clássica no Brasil – que a igualdade significa tratar desigualmente os desiguais *na medida em que se desigualam*. Com efeito, um ato de violência contra a mulher, presenciado de maneira sistemática pelos filhos, dentro do ambiente doméstico, traz sérias consequências ao processo de formação e desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes. A tendência natural, por óbvio, é a reprodução da violência como uma manifestação que decorre das práticas vivenciadas a aprendidas entre quatro paredes, afinal, "sempre foi assim"!

A força normativa dos princípios e a constitucionalização do Direito se alicerçam na democracia substancial, caracterizada pela distinção entre os planos de vigência e validade. Enquanto a vigência diz respeito à mera normatização das condutas humanas, a validade exige a obediência à Constituição. Pode, então, um diploma normativo, em que pese vigente no ordenamento jurídico, estar acoimado de invalidade, situação que fulmina a sua aplicação judicial. Essa é uma tese garantidora e garantista, como estabeleceu Ferrajoli de há muito.

Da democracia substancial emana a concepção de que o ser humano deve ser tratado como livre e igual pelos demais integrantes da comunidade. Os princípios da liberdade e da igualdade têm como pressuposto incondicional o respeito à vida digna e à autodeterminação da pessoa, em suas relações tecidas na vida comunitária. Trata-se, pois, do direito ao desenvolvimento humano e à inclusão social, o

qual depende de prestações positivas do Estado, na concretude da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Ora, a burocracia legalista traz consigo uma verdadeira crise do(s) direito(s) e sinaliza a (in)capacidade de o sistema jurídico de produzir "irritação",[6] isto é, dar uma resposta justa e eficiente aos desmandos dos poderes, públicos ou privados, nos rumos do agir coletivo.

A herança positivista não significou apenas um apego à estrita exegese dos textos, mas também uma discricionariedade na solução dos denominados "casos difíceis", que em nada se compatibiliza com os ventos da democracia participativa na atual quadra vivida. É que o positivismo exegético (juiz "boca da lei") não pode ser confundido com os diversos positivismos axiologistas que se seguiram. Todos, registremos, problemáticos para a democracia.

Na era da dignidade humana e das transformações sociais promovidas pelo Estado Democrático de Direito, impõe-se maior transparência nos atos administrativos e a sensível diminuição da margem de discricionariedade do administrador, a qual, em determinados casos, beira ao arbítrio, seja pelo comportamento positivo ou pela inércia estatal.

Por conseguinte, ser livre e igual, numa democracia material, implica o *direito a ter direitos,*[7] pois é a pessoa humana um fim em si mesmo e não o Estado.

3. PARADOXOS E QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA CONCRETIZAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Consoante afirma Clam,[8] em torno da concepção de paradoxo, "a noção mais importante do que é um paradoxo baseia-se na rejeição da representação de que

---

6. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. p. 510 e ss.

7. Afirma Lafer, na esteira do pensamento de Arendt: "É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. A experiência totalitária é, portanto, comprobatória, no plano empírico, da relevância da cidadania e da liberdade pública enquanto condição de possibilidade, no plano jusfilosófico de asserção da igualdade, uma vez que a sua carência fez com que surgissem milhões de pessoas que haviam perdido seus direitos e que não puderam recuperá-los devido à situação política do mundo, que tornou supérfluos os expulsos da trindade Estado-Povo-Território". LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 153-154.

8. CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação.* Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 131.

paradoxo seria uma contradição (lógica), uma inibição definitiva do movimento lógico, o atestado lógico da impossibilidade real de algo". Sustenta que o "paradoxo não é o fim fatal, o fracasso definitivo da constituição ontológica", mas sim, "na nova formulação de Luhmann, o começo de uma história, um movimento de constituição sistêmica marcado por riscos e bifurcações". Salienta, ainda, que os paradoxos não são "impossibilitadores, mas possibilitadores: neles está fundada uma gênese produtiva, a arrancada para a condensação de um sistema. (...) A paradoxalidade gera o sistema como sistema operativo".

Reportando-se à violência de gênero, é justamente esse "caldo de cultura" de violência (não direito) que impõe uma reflexão por parte dos atores sociais e do Sistema de Justiça, no sentido da promoção de uma ruptura com a vergonha, com o silêncio, a partir da compreensão da violência doméstica como um problema não apenas de "marido e mulher", mas sim, um problema comunitário e, sobretudo, um problema de direitos fundamentais.

O paradoxo de apontar para o futuro, com instrumentos normativos pretéritos (exemplo: fontes sociais do Direito, fruto do apego ao positivismo) reforça a importância do papel da concretização constitucional na promoção e transformação da sociedade por intermédio da defesa intransigente dos direitos humanos e fundamentais. Dito de outro modo, não é viável aceitar a tese de que o Direito vem a reboque das contradições e dos acontecimentos sociais, haja vista o seu nítido papel prospectivo.

No cenário jurídico, há um ranço positivista no que tange à aceitação passiva das fontes sociais do Direito, dentre elas o costume, de modo a se legitimar práticas que ofendem os direitos fundamentais. Não esqueçamos que, não faz muito tempo, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor estavam elencados como "crimes contra os costumes". Se a violência é fruto do costume de uma sociedade patriarcal e que se move por uma lógica de dominação, não há o avanço ou a denominada função promocional ou precursora de valores por parte do Direito.

Não se pode dar azo à constituição de um "estado de exceção",[9] com a suspensão da aplicação da Lei Maria da Penha, nomeadamente em virtude do entendimento esposado pelo STF, além do que a Constituição estabelece em seu art. 226, § 8.º, ao instituir a proteção da família como preocupação do Estado. Explicando: A

9. Como sustenta Giorgio Agamben, o "estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os 'plenos poderes') (...)". AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 78-79.

despeito das decisões paradigmáticas adotadas pelo STF, alguns juízes declaravam incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, sob a alegação da violação ao princípio da igualdade, bem como estendiam os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995 às infrações penais praticadas em contextos de violência doméstica e familiar, em especial a necessidade de "ratificação" da representação em juízo, a conciliação e a suspensão condicional do processo. Cumpre lembrar, todavia, que o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, de maneira a afastar expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, justamente em razão de *approaches* diversos, com desideratos específicos, sendo que uma infração penal praticada contra mulher vítima de violência de gênero não pode ser considerada como de "menor potencial ofensivo".[10]

Algumas questões controvertidas sobre a concretização da Lei Maria da Penha lançam perplexidades sobre os juristas, sendo necessária a "redução da complexidade" por intermédio da adoção do código binário lícito/ilícito do Direito, essencial ao reforço das expectativas normativas.

A natureza da ação penal – pública incondicionada no crime de lesões leves e condicionada à representação no de ameaça, conforme decidiu o STF – merece reflexão à luz do valor liberdade e de suas correlações recíprocas. Calha perguntar: que liberdade e capacidade de autodeterminação dispõem as mulheres vítimas de violência doméstica, nos crimes de lesões corporais leves, as quais, não raras vezes, são espancadas na presença dos filhos? A celebração do consentimento não pode malferir a integridade do ser humano.[11]

A seu turno, a delimitação do sujeito passivo como a mulher, diante da concepção de violência de gênero, decorre de um importante movimento feminista na esfera legislativa, afastando-se, por conseguinte, os transexuais e os homossexuais da legitimidade passiva para a ação penal. Nada impede, vale dizer, que a mulher seja sujeito ativo da prática de crime no contexto de violência doméstica e familiar, nas situações de uniões homoafetivas femininas.

Por sua vez, a competência prevista no art. 33 da Lei 11.340/2006 para as causas de natureza cível decorrentes do contexto de violência doméstica, devem ser interpretadas sob a perspectiva do princípio da coerência da prestação jurisdicional, evitando-se, com isso, decisões conflitantes por juízes diferentes. Inserem-se, pois, nesse âmbito, as ações de alimentos, bem como outros feitos de natureza urgente que reclamam a apreciação do Judiciário, sendo que as outras ações cíveis e as de-

10. Tal situação tende a modificar-se, sobretudo, em face da publicação dos acórdãos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. O entendimento de alguns juízes das varas criminais ou mesmo dos juizados de violência doméstica foi motivado em virtude de que as decisões do STF não haviam sido publicadas, o que ocorreu, respectivamente, em 29.04.2014 (ADC 19) e em 01.08.2014 (ADIn 4.424).

11. Nesse sentido, SANDEL, Michael. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 90; 135-6.

mandas coletivas (casas-abrigo e centros de referência, por exemplo), em face da eventual complexidade, além dos processos de réus presos que tramitam nas Varas Criminais, podem tramitar perante a Vara Cível.

Quanto às medidas protetivas, para a sua eficácia social, estas demandam uma intensa fiscalização por parte dos atores e organizações policiais e judiciais. Quanto ao prazo das referidas medidas, entende-se que as mesmas podem perdurar até a decisão penal definitiva, ou seja, até o desfecho do processo criminal, não se aplicando o prazo de trinta dias, referente à propositura da ação principal, após a efetivação da medida cautelar.[12] No âmbito do STJ, há precedente no sentido de que as medidas protetivas podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, sendo que, nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa.[13]

Vale ressaltar, ainda, que o arbitramento de fiança pela Autoridade Policial deve levar em conta a gravidade do fato praticado, bem como a possibilidade, ainda de representação pela prisão preventiva do agressor, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, sob pena de sérios riscos à integridade da mulher e dos filhos. A argumentação de determinado setor da doutrina, no sentido de que a prisão preventiva não se mostraria cabível ou aconselhável, diante do fato de que a pena a ser aplicada em casos tais não seria privativa de liberdade destoa da melhor interpretação. Nessa senda, a cautelaridade não se confunde com a fase da aplicação da pena pelo Judiciário, de tal modo que a prisão preventiva, em certas situações, pode representar a fronteira entre a vida e a morte da mulher vítima de violência doméstica.[14]

A seu turno, vale assinalar os reflexos da Lei 12.403/2011, a qual estendeu a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência para crianças, adolescentes, idosos, enfermos e pessoas com deficiência, nos termos do inc. III do art. 312 do CPP, em atenção ao princípio da igualdade material e ao princípio da proibição da proteção insuficiente. O diálogo de fontes entre a Lei 12.403/2011 e a Lei Maria da Penha ampliou o espectro de proteção aos hipossuficientes, em face do reconhecimento recíproco[15] e à igual consideração e respeito entre os cidadãos no Estado Democrático de Direito.

---

12. Nesse sentido, ver BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – Artigo 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 309.

13. STJ, REsp 1419421, 4.ª T., j. 11.02.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão. STJ

14. Por outro lado, é importante ter em conta a excepcionalidade que caracteriza a prisão preventiva, em consonância com as hipóteses veiculadas no art. 312 do CPP, de modo a se evitar a banalização do referido instituto e a eventual ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

15. Cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Reppa. São Paulo: Ed. 24, 2003. em especial p. 213 e ss.

Por conseguinte, é de se registrar que, na atual quadra vivida, o Direito possui inequívoca dimensão temporal e deve render-se à dinamicidade da vida em toda a sua plenitude, vida do ser que somente se completa na sua relação com o outro. A essência do compartilhar, do comunicar-se, enfim, do ser-com, depende da comunhão entre o texto e a realidade na caminhada rumo à produção de sentido (norma).

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES COMO TR(I)UNFOS

Os direitos fundamentais das mulheres inserem-se na categoria de "tr(i)unfo", tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin,[16] voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos *lato sensu*. Vale trazer a lume o magistério de Novais:[17]

"Qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. *Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundivivência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria*" (destaque nosso).

A metáfora dos trunfos pressupõe uma tensão entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito, entre a maioria política e os direitos fundamentais, excluindo determinadas razões que pretendam justificar as restrições meramente na força do número, no argumento da maioria. Ademais, a natureza dos trunfos permite evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais por intermédio do "Esta-

16. Dworkin sustenta que: "Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano". Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Introdução, XV.

17. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 58-9.

do ponderador". Reflete, ainda, a necessidade de retirada dos direitos da disponibilidade dos poderes políticos constituídos.[18]

Vale dizer que os direitos econômicos, sociais e culturais fixam limites à discricionariedade estatal na decisão de suas políticas públicas. Nesse sentido, se a assunção de obrigações nesse âmbito estabelece um catálogo de prioridades que o Estado se comprometeu a assumir, a constatação da omissão de cumprimento deve dar lugar a uma declaração de que o dito descumprimento viola o direito em questão. Por sua vez, quanto mais delimitada resulte a discussão "política" ou "técnica" acerca das prioridades e da implementação das políticas públicas, maior será a possibilidade de êxito do caso. Ademais, quando está em jogo a saúde de pessoas vulneráveis, como crianças, gestantes, enfermos, idosos, entre outras, as necessidades de tutela urgente postergam eventuais objeções baseadas na exigência probatória ou na complexidade técnica da questão.[19]

Ferrajoli[20] refere que as relações entre os direitos, como assinala a história, são de sinergia, destacando que "sem a garantia de direitos sociais, em especial à educação e à informação, os direitos de liberdade não podem ser exercidos com conhecido de causa, assim como, sem a garantia dos direitos de liberdade, também não o são os direitos políticos". Ainda, a reserva do possível encontra reservas na observância da "esfera do indecidível que não",[21] a apontar que a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica configura autêntico trunfo, razão pela qual vincula os Poderes Constituídos, em especial o Executivo.

A concepção de trunfo encontra reflexo na positivação da Lei Maria da Penha, em face da condenação do Estado Brasileiro por violação aos direitos humanos no caso da brasileira Maria da Penha Maia Fernandes. As inovações trazidas pelo referido diploma legal, dentre outras, podem ser elencadas da seguinte maneira: 1)

---

18. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 324-5. Todavia, o referido autor admite a metodologia da ponderação, ou seja, uma reserva geral imanente de ponderação, diante da inevitável colisão entre direitos fundamentais, aspecto com o qual ousamos divergir do ilustre professor lusitano, a partir das lições de doutrinadores como Dworkin, Ferrajoli e Streck.

19. Cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 134-7.

20. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

21. Ferrajoli sustenta que não existe contraposição entre os direitos fundamentais, mas sim, que o verdadeiro contraste está na concepção de poder e em sua relação com as liberdades. FERRAJOLI. Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de La democracia*. Madrid: Trotta, 2011. p. 414.

Mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher; 2) Incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher; 3) Incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; 4) Fortalecimento da ótica repressiva; 5) Harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará; 6) Consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade do direito à livre orientação sexual; 7) Estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.[22]

5. A DEMOCRACIA E A EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A democracia dos modernos é o Estado na luta contra o abuso do poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído. Pontua, ainda, que o defeito da democracia representativa, no cotejo com a democracia direta, consiste na "tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos".[23]

A participação comunitária reflete a teoria de Häberle, para o qual: "A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato".[24] Noutras palavras, a interpretação da Constituição não é tarefa exclusiva dos juízes ou dos demais juristas, mas sim, da comunidade, ou seja, dos personagens que serão diretamente afetados pela construção do sentido da norma jurídica. Máxime na seara dos direitos humanos das mulheres vítimas de violência doméstica, onde a complexidade dos temas tratados e a interdisciplinaridade são inerentes à decisão jurídica, a qual não pode ser tomada pelo juiz solipsista, mas sim, num contexto mais amplo. A hermenêutica deve ser participativa e dialógica, interagindo com os atores sociais para a busca da boa resposta ou da resposta correta, isto é, adequada à Constituição e aos seus princípios.

Cappelletti,[25] ao abordar as "ondas" do acesso à Justiça, confere relevo à "terceira onda", a qual concentra sua atenção "no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas". Refere, também, que a adoção de mecanismos,

---

22. Cf. PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113-5.

23. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 73.

24. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 40.

25. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988. p. 67-73.

tal como a *class action*, podem ser utilizados tanto para tutelar os indivíduos quanto para a proteção dos direitos coletivos de um determinado grupo ou classe.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, por intermédio da 3.ª Promotoria de Justiça da Comarca de Torres/RS, com base no Inquérito Civil 00914.00003/2012, promoveu audiência pública no intuito de apurar a insuficiência das políticas públicas destinadas às mulheres que sofrem violência doméstica e familiar. A audiência foi realizada no dia 06.08.2012, na Casa de Cultura do Município de Torres, tendo como pauta os expedientes policiais em andamento, a celeridade das medidas protetivas, bem como as providências adotadas pelo Poder Público para o atendimento das mulheres vítimas de violência doméstica.

Na oportunidade, foram colhidos depoimentos de inúmeros participantes, em especial, de casos de violência de gênero, contando com expressiva participação de autoridades municipais, polícia militar, organizações não governamentais, professores, assistentes sociais, agentes comunitários de saúde, visitadoras do Programa Primeira Infância Melhor (PIM), além da sociedade civil organizada. Foram identificadas deficiências nas políticas públicas em razão da ausência de centro de referência e de casa-abrigo para as vítimas de violência doméstica.

A audiência pública revelou, ainda, um forte sentimento de inefetividade das medidas protetivas, a exemplo do afastamento do agressor do lar, prevista em lei. Ora, quem vai fiscalizar a referida medida, e como comprovar que de fato ela foi cumprida? Não são raras as situações onde a insuficiência dos mecanismos de controle da violência e de proteção da mulher deságuam inexoravelmente nos processos criminais, em especial aqueles afetos ao Tribunal do Júri.

Tais dados possibilitaram o ingresso de ação civil pública[26] na qual o Ministério Público postulou a construção de um centro de referência e de uma casa-abrigo

26. Na ACP 072/1.12.0004196-3 (2.ª Vara Cível da Comarca de Torres/RS), o Ministério Público pleiteou a condenação do Município de Torres em obrigação de fazer, consistente na criação de um Centro de Referência e de uma Casa-Abrigo para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, com a disponibilização de uma equipe multidisciplinar para atendimento da vítima e do agressor. Os autos do processo estão conclusos para a prolação de sentença pelo juízo de primeiro grau. Vale trazer à colação trechos da inicial: "O processo de violência doméstica é complexo e deve ser compreendido de uma maneira contextualizada e não por partes ou em tiras, sob pena de significativos prejuízos à proteção judicial da mulher. Das injúrias, dos atos de constrangimento moral e violência psicológica, o agressor acaba partindo para a adoção de um comportamento violento e agressivo, com espancamentos, torturas e culminando com o homicídio da mulher, não raras vezes na presença dos próprios filhos do casal. Pergunta-se: *de que maneira é possível tornar efetiva a Lei Maria da Penha se as mulheres vítimas de violência doméstica não dispõem de políticas públicas básicas para o acompanhamento e o tratamento das causas que motivaram o agir do agressor? De maneira mais específica, aonde a mulher espancada e torturada pelo companheiro/marido vai encontrar abrigo para se refugiar, após o registro*

para mulheres vítimas de violência, com o atendimento em rede interdisciplinar, nos termos da Lei Maria da Penha.

A mencionada experiência é fruto de um trabalho coletivo em prol dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica, tendo o apoio das instituições policiais, judiciais e da comunidade local, demandando aperfeiçoamentos por intermédio do reforço constante da comunicação entre as instâncias oficiais e não oficiais de produção do Direito.

Infere-se, pois, que o Ministério Público exerce destacado papel na discussão do tema da violência doméstica, oportunidade em que foi distribuída a cartilha do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) sobre o assunto. Além disso, foram traçadas estratégias institucionais que desaguaram no manejo da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

6. POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A questão acerca de como os juízes decidem os casos, tratada por Dworkin em sua construção teórica integrativa, leva em conta alguns critérios, tais como a coerência e a integridade, comparando o Direito como uma espécie de romance em cadeia (*chain novel*), no qual o juiz deve levar em conta os precedentes dos juízes que já se pronunciaram, a lei, o Direito, e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance.

---

policial? Tais perguntas conduzem à perspectiva de atuação do Ministério Público na condução do presente Inquérito Civil, tendo-se designada Audiência Pública em atenção ao princípio democrático de participação no procedimento, diante da relevância do tema e da insuficiência das políticas públicas atualmente disponíveis. Nessa linha de raciocínio, a *ideia de democracia participativa* brota da própria Constituição Federal, quando consagra que o poder é exercido em nome do povo, nos termos do art. 2.º. Mas que povo é esse? O Povo Ícone, mera figura de retórica dos discursos eleitorais, como questiona Müller? Evidente que não. Os participantes da Audiência Pública e a comunidade estão insertos na condição de *destinatários das prestações positivas do Poder Público, na condição de titulares de direitos e deveres fundamentais, como ensina o referido doutrinador alemão*. O princípio democrático é o fundamento de validade das atuais Constituições democráticas, razão pela qual informa e conforma a atuação dos Poderes Constituídos, em especial o Judiciário, visto pela doutrina como um contrapoder ou poder contramajoritário, exercitando uma *função de garantia*, tal como preceitua Luigi Ferrajoli. A Audiência Pública assinalada contou com a participação das autoridades locais e da comunidade em geral, restando comprovada a carência de recursos públicos e prestações materiais na esfera de proteção dos direitos humanos das mulheres vítimas de violência doméstica, designadamente ausência de um centro de referência e de uma casa abrigo na Comarca para os atendimentos" (grifos no original).

Dworkin[27] tece críticas às correntes doutrinárias do convencionalismo e do pragmatismo, apontando suas insuficiências na construção de uma teoria do Direito. Na perspectiva do convencionalismo, o Direito é aquilo que realmente é, e não o que os juízes pensam ser. Referida corrente faz o Direito depender de convenções sociais distintas, designadas convenções jurídicas, ou seja, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaboração das leis e de que maneira.

Já o pragmatismo baseia-se na negativa de que as pessoas tenham quaisquer direitos, contrapondo os direitos das pessoas àquilo que seria pior para a comunidade, ou seja, em face dos interesses da maioria, apenas porque uma legislação estabeleceu, ou porque juízes decidiram que outras pessoas teriam tal direito. O principal defensor do pragmatismo, na atualidade, é Richard Posner,[28] juiz nos Estados Unidos e o propulsor da corrente Direito e Economia. Assevera ser inevitável que casos semelhantes acabem por ser tratados frequentemente de forma inconsistente não somente porque diferentes juízes farão um balanceamento diferente das consequências, segundo o seu temperamento, formação, experiência e ideologia que conformem suas preconcepções e, com isso, sua resposta aos argumentos e às provas, senão também porque juízes diferentes apreciam consequências diferentes. O pragmatismo aceita que uma decisão seja razoável à luz dos interesses conflitantes no caso em questão, ainda que uma decisão razoável não seja necessariamente uma decisão "correta".[29]

A seu turno, a coerência pressupõe a análise ampla do Direito e a sua reconstrução histórico-institucional, de modo que os casos futuros tenham um tratamento semelhante aos casos enfrentados pelos juízes, dentro da cadeia interpretativa. É uma relação de conexão entre a decisão judicial e o próprio Direito.

Para além da coerência, a integridade obriga que os juízes levem em conta os princípios tais como a justiça, a equanimidade ou o "jogo limpo" (*fairness*), o devido processo legal para a tomada de decisão, a qual, além de ser coerente com a sua

27. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 141-2; 186.

28. O referido autor se posiciona em favor de um "ceticismo moral pragmático", contrapondo-se àquilo que denomina de "moralismo acadêmico", destacando que "a moral é um fenômeno local, ou seja, não existem universais morais *interessantes*". Argumenta, ainda, que: "O que é universal são os *sentimentos morais*, ou seja, as emoções morais. São elas, entre outras, a culpa, a indignação e certas formas de repugnância, mas não o altruísmo, o qual, como veremos, não é fundamentalmente um sentimento *moral*". POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 6-11.

29. POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 278-9.

história institucional, deve ser justa. Além disso, deve o juiz observar a comunidade de princípios, de modo a afastar um indesejável subjetivismo no ato de julgar.

Ao ideal da integridade política, é importante associar a concepção de responsividade (Nonet e Selznick),[30],no sentido da (necessária) promoção da abertura das instituições para as demandas sociais ("as forças do ambiente social"), nomeadamente na seara direitos humanos e fundamentais.

Já a perspectiva do romance em cadeira (*chain novel*) compara o juiz a uma espécie de romancista, que deve dar prosseguimento a uma obra coletiva, razão pela qual não pode desprezar o contributo dos juízes que o antecederam, na análise dos precedentes, da lei e do Direito.

Nesse ponto, lembra Eros Grau[31] que o Direito é alográfico, ressaltando a diferença entre texto e norma, entre o autor e o intérprete.

Outro traço do positivismo é a desvinculação entre o Direito e a Moral, compreendidos com espaços independentes e sem qualquer conexão, nomeadamente em virtude das lições de Hans Kelsen (claro que, em Kelsen, a separação se dá entre Ciência do Direito e a Moral e não no plano da aplicação). Há, em síntese, quatro teses sobre a relação entre o Direito e a Moral:[32]

a) Vinculação (jusnaturalismo);

b) Separação (positivismo jurídico – Kelsen, Hart, Ferrajoli, entre outros);

c) Complementaridade (Alexy);[33]

d) Cooriginariedade (Dworkin, Habermas e Streck): Institucionalização da moral no Direito e não uma "pretensão corretiva".

A tese da separação entre o Direito e a Moral, sustentada pelo positivismo, inclusive por Ferrajoli, não encontra ressonância no Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista que a Moral e o Direito são cooriginários, isto é, trata-se da institucionalização da Moral no Direito (Dworkin-Habermas).[34] Não há cisão estrutural entre Direito e Moral. Vale dizer que não se está falando da moral individual, mas

30. NONET, Philippe; Selznicik, Philip. *Direito e sociedade: A transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 125.

31. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 82-3.

32. Cf. STRECK, Lenio Luiz. "Direito". *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 147-8.

33. ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. em especial p. 151-2, onde o autor refere que o Direito formula uma "pretensão à correção".

34. Todavia, vale dizer que as correntes neoconstitucionalistas acabam utilizando a moral como corretiva do Direito, ou seja, como um elemento externo, diferentemente da concepção que adota o Direito como ramo da moralidade política.

da moralidade política ou da moral crítica, isto é, um *a priori compartilhado*. Por isso que os princípios "fecham" a interpretação ao invés de abri-la (Streck).

Nessa linha de entendimento, Dworkin[35] afirma que: "O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas".

O referido autor sustenta a possibilidade da existência de "uma resposta correta", a partir do exame dos aportes hermenêuticos alhures identificados. A tese da existência de "uma resposta correta" (*one right answer*) é apresentada por Dworkin como um ataque ao positivismo jurídico, calcado na discricionariedade judicial, como uma maneira que criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo no Direito. Tal não obriga que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do Direito. Assim, não há um "método" para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, ou seja, não há como garantir, do ponto de vista metodológico, que estejamos certos. A verdade surge não como correspondência, de maneira lógico-matemática, mas como coerência, dentro da cadeia da interpretação.

Dworkin sustenta a necessidade de uma leitura moral da Constituição e do próprio Direito, ou seja, buscando tratar as pessoas com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*).

Em *Justice in Robes* (*Justiça de Toga*), na discussão com Isaiah Berlin, sobre o pluralismo de valores, Dworkin sustenta uma concepção de liberdade voltada ao respeito aos direitos morais das outras pessoas. Do contrário, a liberdade do lobo seria a morte do cordeiro e temas como o racismo e a liberdade de expressão ficam na dependência das escolhas discricionárias dos juízes. O Direito, para Dworkin, é um segmento da moral, pois são cooriginários. Já para Radbruch, o Direito pode ser moral ou não, sendo que a moral é externa e possui uma pretensão corretiva.[36]

Já em *Justice for Hedgehogs* (*Justiça para Ouriços*, numa tradução livre), Dworkin trabalha a passagem do poeta grego Aquíloco, para o qual a "raposa sabe de várias coisas, mas o ouriço sabe de uma e bem grande". Define a democracia e outros temas da filosofia política, a partir de uma teoria unificada de valor, que leve em conta a moralidade política da comunidade de princípios. A unidade do valor procura uma sustentação recíproca entre os direitos humanos (liberdade e igualdade,

35. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* cit., p. 291.

36. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149 e ss.

por exemplo, não estão em conflito, mas se harmonizam na construção das balizas do caso concreto).[37]

A compreensão de que o Direito é um segmento da moral, em especial da moralidade política, é a mais ajustada à proteção da mulher vítima de violência de gênero, sobretudo diante das conexões entre a dominação e o desprezo sofridos pela mulher e a interpretação (in)autêntica da Lei Maria da Penha.

Por outro lado, a denominada judicialização da política[38] reclama a adoção de pautas de controle hermenêutico da atividade judicante, de tal modo a que o poder contramajoritário assuma a responsabilidade política por suas decisões, na perspectiva de Dworkin. Por óbvio, a judicialização não se confunde com o ativismo judicial, haja vista que este implica na aceitação de um voluntarismo ou um decisionismo por parte dos juízes, ou seja, uma espécie de "governo dos juízes".[39]

Daí a necessidade de identificar-se a existência de respostas corretas em Direito (isto é, adequadas à Constituição), as quais não estão no subjetivismo do julgador ou na sua consciência, mas sim, no processo de produção democrática do Direito, tomando-se em conta os elementos conferidos pela hermenêutica de cariz filosófico para a construção de decisões constitucionalmente adequadas.

---

37. DWORKIN, Ronald. *Justice For Hedgehogs* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 365-8. Entre outros temas, Dworkin defende uma concepção de parceria da democracia entre os cidadãos, diferenciando-se da visão majoritária, a partir da proteção dos direitos fundamentais para além do argumento do grande número (*partnership conception of democracy*).

38. Como bem assinalam Vianna et all, "a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a 'substituição' de um Estado *'benefactor'* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça". VIANNA, Luiz Wernek et all. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

39. Nessa linha de raciocínio, "*uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição (volta-se à diferença entre ativismo e judicialização)*. Já a hermenêutica aqui defendida é antidiscricionária e antirrelativista, o que a diferencia totalmente de posturas como a teoria da argumentação jurídica, que tem a ponderação com pedra de toque (...)". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194.

Tal situação é associada, de modo incondicional, com a cultura e a formação dos juristas, sendo que os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* possuem traços marcantes e característicos, como a construção do Direito por parte dos precedentes dos juízes no primeiro modelo e a produção legislativa como norteadora das decisões judiciárias no último. Há, ainda, o modelo germânico, no qual a edificação dos principais institutos jurídicos contou com o contributo da doutrina e da academia.[40]

A racionalidade que se pretende é a mais ampla possível na esfera da aplicação do direito, haja vista que uma racionalidade integral colidiria com o "*caráter de decisão e de valoração do direito*".[41]

Destacam-se, nessa senda, a tradição, a coerência e a integridade das decisões, nomeadamente na cena judicial.

A tradição está relacionada com a consciência histórico-efeitual, provocando um constrangimento epistemológico no órgão decisório, de tal modo a refletir sobre a temporalidade e a existência de precedentes acerca da matéria debatida nos autos.

A coerência, por seu turno, é um elemento hermenêutico essencial, responsável pela observância do sistema jurídico-constitucional, assegurando decisões pautadas por uma conexão entre a decisão e o Direito, contribuindo para evitar subjetivismos do intérprete.

Já a integridade reporta-se aos princípios da justiça e equanimidade que devem ser observados, em especial, pelo juiz.

O princípio da proporcionalidade, tão decantado pela doutrina, deve ser interpretado como coerência e integridade e não como juízo de equidade ou de ponderação. O contrário, isto é, a busca de argumentos que tenham *prima facie* um maior peso seria uma atitude de retorno ou retrocesso ao trilema de Münchausen, diante da ausência ou impossibilidade de um *Grundmethode*.[42]

Apoiando-se na fenomenologia hermenêutica, salienta Streck que:

---

40. CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores:* Capítulos de história jurídica europeia. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 86 e ss. Assinala o autor que, enquanto o Direito da *Common Law* é uma "trama inconsútil", o que significa que "todo jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico", no Direito continental, as duas principais características, quais sejam, "– o fato de basear-se em um *corpus juris* autorizado e de ser codificado – claramente constituem duas anomalias, que podem realmente ser reduzida a uma, o fato de que o Direito continental se baseia em um 'texto sagrado'" CAENEGEM, R. C. van. Op. cit., p. 10 e 87.

41. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional.* 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

42. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p 185.

"A resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingui-los dos pré-juízos inautênticos". Refere, ainda, que "o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição."[43]

Nesse aspecto, a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade e a necessidade de *decisões adequadas à Constituição*. A resposta correta precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na *intersubjetividade*, a participação dos atores sociais e a comunhão em torno dos valores constitucionais para a construção do Estado Democrático de Direito.[44]

Na perspectiva de uma compreensão integradora entre os direitos de liberdade e os demais direitos fundamentais, vale trazer à colação a lição de Sandel:[45]

"(...) A *ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar*: um mercado irrestrito sem a proteção de uma rede de segurança; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e *de uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir ofensas à própria dignidade* (...)." (grifos nossos)

Extrai-se que a liberdade de autodeterminação da mulher não pode ser compreendida em uma perspectiva isolada e descontextualizada do quadro de violência

---

43. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 306.

44. Streck adverte que "O direito fundamental a uma resposta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, *a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade.* Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida". Sublinha, ainda, que: "A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação (...). Assim, *a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e em a melhor: simplesmente se trata 'da resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma*". (STRECK, Lenio. Hermenêutica e decisão jurídica: Questões epistemológicas. In: _____ e STEIN, Ernildo (orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-1. Grifos nossos).

45. SANDEL, Michael. Op. cit., p. 135-6.

que caracteriza o núcleo familiar, sob pena de ofensas à sua própria dignidade, malferindo-se um dos objetivos fundamentais da República, nos termos do art. 1.º, III, da CF. É preciso, pois, desigualar a desigualdade histórica no tratamento conferido à mulher vítima de violência doméstica no Brasil, sendo que "toda vez que o Poder Judiciário se negar a aplicar os rigores da Lei Maria da Penha – que, insista-se, são rigores para proteger a dignidade da mulher – estará incorrendo em inconstitucionalidade, tendo em vista que estará protegendo de forma insuficiente (deficiente) os direitos fundamentais da mulher".[46]

Daí que a dignidade da pessoa humana constitui um feixe de posições jurídicas que informa e conforma os Poderes Constituídos, configurando uma barreira intransponível que impede que a liberdade e o consentimento da mulher sejam interpretados em desfavor da mesma. O consenso, não raras vezes, destoa da verdade (hermenêutica) que o processo jurisdicional tem por escopo mirar no horizonte da democracia e dos direitos fundamentais. Logo, o consenso não pode implicar em renúncia à própria integridade da mulher vítima de violência doméstica, sob pena de a democracia ser utilizada contra a própria Democracia.

7. CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha configura importante diploma normativo, na senda dos tratados internacionais dos direitos humanos das mulheres, caracterizando-se como um divisor de águas na problemática da violência de gênero.

Os atos de violência física contra a mulher, em regra, são precedidos de ofensas morais, ameaças, de tal modo a afetar a dignidade da mulher, sendo que o agressor a instrumentaliza, malferindo o imperativo categórico kantiano (tratar os seres humanos como fins em si mesmos).

A despeito disso, ainda subsiste no sentido comum teórico dos juristas (Warat) uma compreensão equivocada da violência contra a mulher como atos que dizem respeito tão somente à órbita familiar, não cabendo a intervenção do Estado. Em realidade, é como se a mulher fosse condenada a ser agredida pelo próprio marido ou companheiro, diante dos preconceitos inautênticos (Gadamer) de que "em briga de marido e mulher não se mete a colher".

Mister é, pois, a efetiva aplicação da Lei Maria da Penha, em toda a sua integralidade, mediante a articulação de esforços entre as instituições policiais e judiciais, contando, ainda, com a realização de audiências públicas, a instauração de inqué-

46. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: Desigualando a desigualdade histórica. CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 100.

rito civil para apurar, por exemplo, a ausência de centros de referência e de casas-abrigo para mulher etc.

Os atos de violência de gênero caracterizam violações aos direitos humanos das mulheres, sendo que a interpretação deve levar em conta o princípio *pro homine*, nos termos do art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O reconhecimento recíproco e a proteção dos direitos fundamentais são vigas mestras do Estado Democrático de Direito, cujo desrespeito possibilita o acionamento da rede sancionatória, inclusive na esfera criminal, a exemplo da decretação da prisão preventiva.

A seu turno, a democracia tem como pressuposto o convívio recíproco da liberdade e da igualdade, sob a perspectiva do tratamento das pessoas com igual consideração e respeito, à luz do ideal de integridade, ou seja, de uma interpretação construtiva das práticas jurídicas sob a sua melhor luz, como ensina o referido jusfilósofo.

Ademais, a responsividade associa o ideal de integridade à abertura das instituições às demandas sociais, campo no qual o Ministério Público assume relevo ímpar na condição de titular da ação penal, defensor do povo, ou seja, *ombudsman*, e, ainda, colegitimado para a tutela dos interesses difusos e coletivos (art. 129, I a III, da CF/1988). A experiência das audiências públicas possibilita a compilação de dados e o diálogo hermenêutico entre as instâncias oficiais e não oficiais de produção do Direito, conferindo legitimidade ao processo de tomada de decisão.

É justamente na "abertura da clareira" que devem ser estabelecidas as bases para "*des-cobrir o ainda não desvelado (ou o que foi entulhado) do texto constitucional*", exigindo-se do intérprete a tarefa do desvelamento do sentido (in)autêntico que compromete a eficácia das normas constitucionais, mediante o acontecimento da Lei Maior em sua substancialidade.[47]

A resposta correta ou hermeneuticamente adequada à Constituição no caso concreto reclama a compreensão autêntica (no sentido hermenêutico da palavra) que se alinha à integridade dos direitos fundamentais, os quais reclamam uma proteção suficiente por parte do Judiciário, na perspectiva dos trunfos contra a maioria. Uma teoria da decisão judicial se impõe em matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo que a conferir a dinamicidade ao texto por intermédio da produção de sentido que decorre da norma e da atividade do intérprete. Logo, o reconhecimento recíproco, a integridade e a autenticidade devem conferir o balizamento fundamental ao ato de julgar.

Por conseguinte, a proteção da mulher e da família é de suma importância para a superação dos obstáculos que prejudicam a aplicação da Lei Maria da

47. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 302-4.

Penha, cumprindo ao intérprete um compromisso ético em torno da eficácia das disposições legais do diploma em tela, na perspectiva dos deveres fundamentais de proteção do Estado.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito.* Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – Artigo 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: Capítulos de história jurídica europeia.* Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação.* Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A justiça de toga.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Justice For Hedgehogs* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI. Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____, STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Principia iuris: Teoría del derecho y de La democracia.* Madrid: Trotta, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. vol. 1.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JAYME, Erik. "Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado". *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NONET, Philippe; Selznicik, Philip. *Direito e sociedade: A transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 125.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

_____. *Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; PEPE, Albano Marcos Bastos. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J. B. de Mello e Souza. 2005. 89 p. Disponível em: [www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf]. Acesso em: 10.10.2012.

STRECK, Lenio Luiz. "Direito". *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Hermenêutica e decisão jurídica: Questões epistemológicas. In: _____ e STEIN, Ernildo. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: Desigualando a desigualdade histórica. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Luiz Wernek et all. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher), de Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira – *RePro* 160/9 (DTR\2008\914);
- A efetividade da Lei Maria da Penha, de Maria Berenice Dias – *RBCCrim* 64/297, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/763 (DTR\2007\9);
- Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social, de Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 73/244 (DTR\2008\367);
- Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero, de Shelma Lombardi de Kato – *RBCCrim* 71/266, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/521 (DTR\2008\173); e
- Lei de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade, de Alice Bianchini e Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 886/363 (DTR\2009\511).

O DELITO DE LESÃO CORPORAL DOLOSA E A PERDA DE ELEMENTOS DENTÁRIOS

THE CRIME OF AGGRAVATED ASSAULT AND THE LOSS OF DENTAL ELEMENTS

ISRAEL MOREIRA PARADELA

Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista Granbery. Bacharel em Odontologia pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

MARIA CRISTINA DE SOUZA TRULIO

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professora em Direito Penal no Curso de Direito da Faculdade Metodista Granbery. Juíza de Direito em Santos Dumont.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O crime de lesão corporal possui várias modalidades e qualificadoras, de modo que doutrina e jurisprudência divergem quando a agressão leva a perda de dentes. O objetivo do presente trabalho é discorrer sobre os delitos de lesão corporal que resultam em perdas dentárias, bem como a adoção ou não de qualificadora. Para tanto, buscou-se analisar a posição jurisprudencial e doutrinária e compará-las com textos odontológicos adequados sobre o tema, de forma a avaliar se a perda de dente em crime de lesão corporal se enquadra na forma simples ou qualificada e, neste caso, a modalidade de qualificadora mais adequada. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, de modo a se chegar à posição mais adequada no caso da perda de dentes.

PALAVRAS-CHAVE: Lesão corporal - Perdas dentárias - Jurisprudência - Doutrina - Textos odontológicos.

ABSTRACT: The crime of injury has several modes and qualifying forms, so that doctrine and jurisprudence differ when aggression leads to tooth loss. The aim of this paper is to discuss the crimes of bodily injury resulting in tooth loss, as well as the incidence or not of qualifying forms. Therefore, we sought to examine the doctrinal and jurisprudential position and compare them with adequate dental texts on the subject, in order to assess whether the loss of tooth injury crime fits into a simple or qualified and, if so, qualifying the mode most appropriate. The method used is the hypothetical-deductive in order to achieve the most appropriate position for the loss of teeth.

KEYWORDS: Injury - Tooth loss - Jurisprudence - Doctrine - Dental Texts.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O delito de lesão corporal: 2.1 Aspectos históricos do delito de lesão corporal; 2.2 Aspectos gerais do delito de lesão corporal: *2.2.1 Sujeito e objeto;* 2.2.2 Fato e modalidades; 2.3 Lesão corporal grave; 2.4 Lesão corporal gravíssima; 2.5 Outras formas de lesão cor-

poral – 3. O elemento dentário: 3.1 Aspectos anatômicos do dente; 3.2 Funções do órgão dental; 3.3 A perda de dentes: 3.3.1 Aspectos biológicos; 3.3.2 Aspectos psicológicos; 3.4. Odontologia restauradora: 3.4.1 Noções gerais da odontologia restauradora no caso de perda de dentes;3.4.2 Classificação das próteses; 3.4.3 Materiais dentários para fazer a coroa; 3.4.4 Últimas considerações a respeito do tratamento restaurador – 4. Posição jurisprudencial e doutrinária sobre a questão relativa à lesão corporal com perda de dentes: 4.1 Posição doutrinária; 4.2 Aspectos gerais da posição jurisprudencial: 4.2.1 Debilidade permanente de membro, sentido ou função; 4.2.2 Comprovação da qualificadora – 4.3 Deformidade permanente: 4.3.1 Dano estético de certa monta; 4.3.2 Comprovação fotográfica da deformidade; 4.3.3 Outras características do caso concreto; 4.4 Reabilitação protética; 4.5 Lesão corporal grave ou lesão corporal gravíssima; 4.6 Condição bucal específica e geral – 5. Conclusão – 6. Bibliografia: 6.1 Julgados.

1. INTRODUÇÃO

O delito de lesão corporal possui uma série de modalidades e qualificadoras, porém, ocorre que no Brasil não há um posicionamento estável quando o delito acarreta em perda de dentes. Doutrina e jurisprudência divergem quanto a incidência da qualificadora, seja se há realmente a incidência ou, se havendo, qual seria a mais indicada para o caso. Crimes de lesão corporal em que ocorre a perda de dentes têm ocorrido com uma frequência relevante nos últimos anos, porém pouco destaque tem sido dado a eles, seja em livros de doutrina, seja em meios midiáticos. A mídia, contudo, destacou o caso em que o Cirurgião-Dentista arrancou todos os dentes de um adolescente, na cidade de Brasília, tendo sido indiciado por lesão corporal gravíssima.[1]

Desta forma, o escopo deste trabalho é discutir sobre a situação de lesões corporais que resultem em perda de elementos dentários frente à posição que a jurisprudência tem tomado e se tais posicionamentos são adequados. A fim de se atingir tal objetivo, levantou-se documentação direta e indireta, por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e textos odontológicos adequados sobre o tema. A revisão de literatura será feita embasada em artigos e livros, enquanto a pesquisa jurisprudencial será feita em sites dos tribunais de justiça, buscando casos que versem sobre o assunto. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, em que se compararam as posições jurisprudenciais e doutrinárias e seus argumentos com os textos odontológicos relevantes sobre o tema, verificando-se qual a posição jurisprudencial mais correta.

O trabalho se divide em três capítulos, subdivididos em tópicos para facilitar a compreensão. O primeiro capítulo trata do delito de lesão corporal, o conteúdo em que se encontra o problema do presente trabalho. Em seguida, aborda-se a visão odontológica acerca dos dentes e as consequências de sua perda. Relevante é

1. Dentista que arrancou todos os dentes de garoto deve ser indiciado por lesão corporal gravíssima. O Globo, 24.10.2009.

o estudo de tais textos, pois há ciências não jurídicas complementares ao Direito Penal.[2] O capítulo seguinte trata dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos casos em que a lesão corporal resulta em perda de dentes e discute tais posicionamentos frente à visão odontológica, de modo a se convergir para um ponto comum. Finalmente, parte-se para a conclusão do trabalho.

2. O DELITO DE LESÃO CORPORAL

2.1 Aspectos históricos do delito de lesão corporal

A legislação romana era imprecisa, o que influenciou a prática jurídica da época, já que não havia um conceito de lesão corporal unificado e autônomo e não se distinguia, em princípio, a lesão corporal dolosa da culposa. A lesão feita em um escravo era caracterizada como dano e se praticada com *animus necandi* era punida como homicídio. A tentativa era impunível, salvo quando consistisse em ameaça. A instigação e o auxílio eram sancionados como se atos executórios fossem. Todas as lesões físicas eram persequíveis mediante ação privada até o advento da *Lex Cornelia de iniuriis*, que deixa a punição criminal da *pulsatio* (dar empurrão) e da *verberatio* (bater, espancar) a cargo do procedimento das *quaestiones*. O ofendido deveria promover a ação privada *iniuriarum aestimatoria*, ou a *actio legis Corneliae*, que se aproximava, sem se identificar, da ação pública.

Os bárbaros germânicos, por sua vez, possuíam uma visão mais objetiva acerca da lesão corporal, extremando, a princípio, a lesão propriamente dita (*Wuden*) da mera debilidade (*Lehmung*). As lesões eram classificadas, ainda, em golpes (*Schläge*), ferimentos (*Blutwunden*) e mutilações (*Verstümmlungen* ou *Lähmungen*), embora não houvesse, ainda, a unificação das formas de lesão e das penas cominadas. A punição era de acordo com o sistema de composição, proporcional à posição social do ofendido, e a sanção penal era aplicada seguindo os critérios de sede e gravidade. Penas corporais e o direito de vingança emergiam se esta sanção não fosse cumprida.

Durante a Idade Média era a lesão à integridade física, quando grave, sancionada severamente, sendo as variadas lesões classificadas em golpes, feridas, mutilações e simples ofensas. O delito de lesão corporal só obteve autonomia concreta ao final do século XVIII, com inserção no Código Penal austríaco (1803), nos Códigos Penais franceses de 1791 e 1810 e no Código bávaro de 1813. O Código toscano

2. Corroborando com este entendimento estão Julio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini: "Existem, também, ciências que, sem se destinarem propriamente ao estudo do crime, trazem subsídios e esclarecimentos a certas questões da doutrina e elementos científicos indispensáveis, sobretudo, à aplicação da lei penal" (*Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008a. p. 7).

(1853) foi o primeiro a trazer o *nomen iuris* de lesão pessoal, posteriormente modificada para lesão corporal.

No que tange ao Brasil, o Código Criminal do Império (1830) disciplinava as lesões corporais junto aos crimes contra a segurança da pessoa e vida, salientando apenas as ofensas físicas. O Código Penal de 1890 seguia a mesma linha, enquadrando o delito junto aos crimes contra a segurança de pessoa e vida, mas dando-lhe o capítulo próprio, intitulado: "Das lesões corporais". O atual Código Penal (1940) subdivide o delito de lesão corporal em simples e qualificado. Este abrange a forma grave, gravíssima e seguida de morte. Além disso, prevê a possibilidade de lesão corporal culposa e, após o advento da Lei 10.886/2004, da violência doméstica.[3]

2.2 Aspectos gerais do delito de lesão corporal

O delito de lesão corporal é previsto no art. 129 do CP e consiste em ofender, ferir, atacar a integridade física, mental ou alterar nocivamente saúde de outrem, bem como agravar situação já existente. A conduta incriminada consiste em ofender a integridade corporal ou fisiopsíquica e a saúde de outrem, ou seja, alterar nocivamente a saúde do indivíduo.[4] A concepção que considerava a integridade física do indivíduo como bem público indisponível abrandou com o advento da Lei 9.099/1995, que instituiu a ação penal condicionada à representação da vítima nos crimes de lesão corporal culposa e lesão corporal leve.

A lesão corporal não se confunde com a contravenção de vias de fato. Este tipo de contravenção consiste no emprego da violência sem ocasionar qualquer dano ao corpo da vítima. Desta forma, não há vestígios da violência e do *animus vulnerandi*. Seria, por exemplo, um empurrão que não acarrete dano à vítima.[5]

2.2.1 Sujeito e objeto

Trata-se de crime comum nas hipóteses de lesão corporal leve, grave, gravíssima, culposa e seguida de morte, entretanto, só pode ser cometido por parente em linha reta, cônjuge, irmão ou companheiro da vítima no caso de ser violência doméstica. O sujeito passivo consiste em qualquer ser humano vivo, a partir do momento em que o parto tenha começado. Há, contudo, alguns autores que defendem

3. PRADO, Luiz Regis. Lesões corporais. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 149*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 125-128.

4. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2006. p. 297-298. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 129-130.

5. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 136.

ser o nascituro, também, sujeito passivo do delito.[6] Cumpre destacar que mesmo em caso de legitimidade passiva, na violência doméstica o crime é especial.

O objeto material é o corpo humano vivo. O tipo subjetivo é o dolo, mas admite-se a forma culposa, devendo-se averiguar a presença do *animus vulnerandi* ou *laedendi*, pois caso o crime fosse praticado com *animus necandi*, responderia o indivíduo por homicídio. A tentativa é admissível na forma dolosa do crime. No que tange a classificação do delito, este é de forma livre, comissivo, omissivo impróprio, instantâneo, de dano, monossubjetivo, plurissubsistente e não transeunte. Segundo esta classificação, trata-se de um crime que tende a deixar vestígios, de forma que um exame de corpo de delito é muitas vezes utilizado.[7]

2.2.2 Fato e modalidades

A lesão corporal constitui fato atípico quando a lesão ocorre em função de prática de desportos, desde que seja desdobramento natural e previsível de tal prática. A intervenção médica-cirúrgica em caso de emergência, em que não ocorre consentimento do paciente, também não constitui lesão corporal, pois o cirurgião está fazendo mão de seu exercício legal.[8] Este delito possui seis modalidades diferentes: leve (CP: art. 129, *caput*), grave (CP: art. 129, § 1.º), gravíssima (CP: art. 129, § 2.º), seguida de morte (CP: art. 129, § 3.º), culposa (CP: art. 129, § 6.º) e a violência doméstica (Lei 10.886, de 17.06.2004) (GRECO, 2006). A lesão corporal leve, ou simples, ocorre quando não há nenhum elemento qualificador do crime, sendo este o tipo básico ou fundamental.[9] Cumpre destacar, também, que esta modalidade de Lesão Corporal é de competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo a ação pública condicionada à representação, enquanto as formas qualificadas seguem julgamento nos tribunais e tem como ação a pública incondicionada.[10]

2.3 Lesão corporal grave

A forma grave caracteriza-se por ter maior relevo ao desvalor do resultado, tendo suas penas máxima e mínima superiores àquelas previstas para a forma simples.

A primeira hipótese é a incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Há independência da tipicidade subjetiva, ou seja, irrelevante é a in-

6. O feto receberia proteção devido a sua condição de ser humano em formação, possuindo integridade corporal que sustenta sua vida. Desta forma, deve haver proteção destes não só contra ações que o destruam, mas também contra aquelas que causem-lhe lesões ou que danificam sua saúde (TELES apud GRECO, Rogério, op. cit., p. 270).

7. GRECO, Rogério, op. cit., p. 298-302.

8. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 131

9. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 133-134.

10. GRECO, Rogério, op. cit., p. 302.

tenção do agente ativo. Abrange como ocupações habituais não só o trabalho da vítima, mas todas as atividades lícitas rotineiras feitas pelo homem médio. A citada incapacidade deve ser real, podendo ser comprovada por exame de corpo de delito ou, na ausência deste, por prova testemunhal.[11] O STF é do entendimento que o prazo de trinta dias para ser realizado novo exame pericial para comprovação da qualificadora não é peremptório, ou seja, tal prazo pode sofrer prorrogações.[12]

A segunda modalidade abraçada pela forma grave é a existência de perigo de morte, a probabilidade concreta e iminente de um resultado letal. É hipótese de delito preterdoloso, em que a culpa incide no incidente letal. Esta modalidade de lesão corporal grave só incidirá se ao agente for previsível a hipótese de perigo de morte, que pode ser comprovado por meio de prova pericial.[13]

A terceira situação é a debilidade permanente de membro, sentido ou função. Assim como a primeira hipótese, não há a relevância a tipicidade subjetiva. A debilidade consiste em enfraquecimento ou redução da capacidade funcional, enquanto a característica permanente significa duradoura, ou seja, por tempo indeterminado. Há incidência ainda que haja retorno ao *status quo ante*, seja por tratamento fisioterápico ou uso de aparelhos artificiais.[14] Esta debilidade deve estar ligada aos membros, sentidos ou funções. Os membros compreendem braços, pernas e suas respectivas ramificações. Os sentidos abordados nesta qualificadora compreendem os cinco sentidos humanos: visão, olfato, paladar, audição e tato. Função, por sua vez, é a atuação específica desempenhada por qualquer órgão, sendo sete as principais funções do corpo humano: digestiva, respiratória, circulatória, secretora, reprodutora, sensitiva e locomotora.[15]

A última hipótese é o caso de aceleração de parto, embora o termo antecipação de parto fosse mais preciso. Esta forma de lesão corporal grave admite as formas dolosa e culposa na segunda conduta, embora alguns autores considerem haver apenas a forma preterdolosa.[16]

2.4 Lesão corporal gravíssima

Além das hipóteses acima configuradas, a lesão corporal pode ser gravíssima. Neste caso, o desvalor do resultado é ainda mais relevante, logo, as penas máxima e mínima serão maiores do que aquelas previstas para as lesões corporais graves.

---

11. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 139; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 135-136.
12. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 139.
13. Idem, p. 140; GRECO, Rogério, op. cit., p. 305-306.
14. CAPEZ Fernando, op. cit., p. 141; GRECO, Rogério. op. cit., p. 307; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 136-137
15. GRECO, Rogério. op. cit., p. 308.
16. Idem, p. 308-309; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 137.

A primeira modalidade é a incapacidade permanente para o trabalho, a impossibilidade que se prolonga no tempo indefinidamente.[17] Duas correntes surgem a respeito do termo "trabalho" previsto na norma. Uma vertente doutrinária, defendida por Nelson Hungria e Damásio de Jesus, afirma que o trabalho ao que o dispositivo se refere é *in genere*, não a ocupação habitual do ofendido, ou seja, admite a norma toda e qualquer atividade lucrativa, desconsiderando a atividade específica desenvolvida pela vítima. Insta salientar, porém, que tal exigência torna difícil a aplicação deste dispositivo.[18] Outro entendimento afirma tratar-se da atividade laboral específica exercida pela vítima, ainda que outra atividade profissional lhe seja permitida, haja vista o primeiro posicionamento tornar inútil este dispositivo.[19]

A hipótese seguinte é a de enfermidade incurável, ou seja, quando ocorre processo patológico que afeta a saúde geral. Basta, nesta hipótese, a séria probabilidade de inocorrência de cura atestada por laudo pericial, não estando compelida a vítima a buscar a cura por meio de procedimento cirúrgico arriscado ou de tratamentos experimentais ou dolorosos.[20]

A terceira qualificadora é a perda ou inutilização de membro, sentido ou função. A inutilização consiste na absoluta inaptidão para o desempenho da função que compete a cada órgão. Além da inutilização, esse dispositivo abraça a hipótese de ablação de qualquer membro, sentido ou função.[21] Esta modalidade de qualificadora é uma espécie de evolução da debilidade permanente.

A quarta é a deformidade permanente, que seria o prejuízo estético adquirido que não seja curado por meios comuns, devendo o laudo pericial nestes casos ser acompanhado por fotografias da deformidade, segundo jurisprudência majoritária.[22] A lei penal, entretanto, não exige que a lesão seja visível, bastando que cause certo constrangimento à vítima e a número limitado de pessoas.[23] A vítima não está obrigada a submeter-se a cirurgia plástica para reparação da deformidade. Além disso, as características da vítima, tais como idade e sexo, são relevantes na consideração da incidência da qualificadora.[24]

---

17. PRADO, Luiz Regis, op. cit. p. 137.
18. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 142-143
19. GRECO, Rogério, op. cit., p. 310-311.
20. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 143; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 137-138.
21. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 138.
22. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 145; GRECO, Rogério, op. cit., p. 313-314.; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 138-139.
23. GRECO, Rogério. op. cit., p. 313-314
24. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 18 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 449-450

A última hipótese trata da hipótese aborto, sendo forma criminal preterdolosa. Caso haja dolo na segunda conduta, deverá o agente responder pelo crime de lesão corporal e aborto.[25]

2.5 Outras formas de lesão corporal

Além das duas hipóteses de lesão corporal citadas, há também a forma culposa e a violência doméstica. A forma culposa, seja por culpa simples ou consciente, não possui gradações em relação às consequências do delito. A violência doméstica é infrafamiliar e, assim como a forma culposa, não possui gradação entre as consequências da lesão. Ademais, há a lesão corporal seguida de morte.[26]

3. O ELEMENTO DENTÁRIO

3.1 Aspectos anatômicos do dente

Os dentes são órgãos pares, consequentemente assimétricos, fator que compromete seu conjunto e detalhes. Apresentam-se em número de trinta e dois para a dentição permanente, dezesseis para cada arco e oito para cada hemiarcada, e em número de vinte para a dentição decídua, dez para cada arco e cinco para cada hemiarcada. Compõe-se de três porções distintas, conhecidas por coroa, colo e raiz, ou raízes. A coroa é a porção visível do dente quando implantado no alvéolo, apresentando superfície lisa, polida e brilhante. As coroas dos dentes humanos dispõem-se de maneira a formar uma superfície triturante contínua. O colo, também chamado de porção cervical do dente, é uma zona que limita a coroa e a raiz. A raiz possui conformação normalmente cônica, com superfície sem brilho e de cor amarelada. Constitui a parte mergulhada nos alvéolos dos maxilares, tendo como função a manutenção do órgão em um equilíbrio definitivo.[27] O cemento recobre a superfície das raízes, pertence ao periodonto de inserção e nele se inserem as fibras do ligamento periodontal que impedem a extrusão, a intrusão e resistem às forças da mastigação e aos traumatismos.[28]

Os dentes encontram-se inseridos em uma região chamada alvéolo, que apresenta pequenos orifícios por onde passam nervos e vasos. Encontram-se, ainda, cercados por osso alveolar, que é formado pelas apófises alveolares que se projetam

25. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 139-140.

26. GRECO, Rogério. op. cit., p. 315-319; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 134, 140-145.

27. SERRA, Octavio Della; FERREIRA, Flavio Vellini. *Anatomia dental*. 3 ed. São Paulo: Artes Médicas, 1981. p. 37-55.

28. NEWMAN, Michael G. et al. *Carranza: Periodontia clínica*. 10. ed. São Paulo: Elsevier, 2007. p. 75.

do osso basal da mandíbula e da maxila e se desenvolvem conjuntamente com o desenvolvimento dos dentes. Estas apófises dividem-se conforme a relação anatômica que tenham com os dentes. O osso localizado entre dois dentes adjacentes chama-se osso interproximal, o situado entre as raízes, osso intrarradicular e o localizado nas faces livres, osso radicular. Eles são fixados por várias estruturas que compõem o periodonto, que pode ser de inserção ou de proteção. O periodonto de proteção é formado, principalmente, pela gengiva – de cor rósea, é a parte da mucosa mastigatória que recobre os tecidos do processo alveolar – e pelo sulco gengival – espaço virtual situado entre a gengiva marginal e o dente. O periodonto de inserção é formado, sobretudo, pelo ligamento periodontal, que constitui um tecido altamente especializado constituído principalmente por fibras, promovendo a sustentação e a proteção do dente. Cumpre, ainda, a este ligamento, uma função nutritiva e de defesa das estruturas ósseas adjacentes. O periodonto possui uma rede vascular nutrida e terminações nervosas próprias que transmitem principalmente sensações de pressão e dor.[29]

A área interdental é integrada pela área de contato, a ameia interproximal e a papila interdental. Esta região é muito importante, pois nesta zona têm início as moléstias inflamatórias da doença periodontal e é zona de risco no estabelecimento da cárie dental. Esta área limita coronariamente a zona interdental e é responsável por manter a estabilidade da arcada dentária e impedir a impacção alimentar.[30]

Os dentes dividem-se em anteriores – incisivos e caninos – e posteriores –pré-molares e molares. Os dentes incisivos situam-se na porção mediana dos arcos dentais e habitualmente estão em número de oito, distribuídos quatro para cada arco, dois à direita e dois à esquerda da linha mediana. Na espécie humana mostram um grau médio de desenvolvimento e possuem a função principal de corte, agindo de forma semelhante a uma tesoura. Os incisivos superiores são mais volumosos que os inferiores, sendo o central superior mais volumoso que o lateral, ao passo que na arcada inferior a situação se inverte. Os caninos são dentes usualmente unirradiculares. Geralmente, estes dentes são mais volumosos nos indivíduos do sexo masculino e na espécie humana são de dimensões muito reduzidas para servir de ataque ou defesa. Existem quatro caninos, dois para maxila e dois para mandíbula, estando solidamente implantados e constituindo os dentes mais longos e mais resistentes do arco dental humano.

Os pré-molares apresentam-se em número de oito, dois para cada hemiarcada, dividindo-se em primeiro e segundo molar. O primeiro pré-molar inferior apresenta uma cúspide vestibular pronunciada e uma cúspide diminuta, enquanto os demais apresentam duas cúspides. Eles sucedem os molares na dentição decídua

29. Idem, p. 46-74

30. Idem, p. 46-48

e constituem dentes de transição entre os anteriores e os posteriores. Os molares apresentam-se em número de doze, três em cada hemiarcada, porém, o terceiro molar, comumente chamado de siso, pode estar ausente. São dentes bastante volumosos, pois se encontram em locais de pressão máxima dos músculos, apresentando, portanto, maior robustez que os demais.[31]

3.2 Funções do órgão dental

Os elementos dentários cumprem três funções em seu conjunto: mastigatória, fonética e estética. A fim de desempenhar estas funções, os elementos dentários devem apresentar coroa íntegra.[32] Dentre os dentes anteriores, os incisivos possuem a função de estética, de manutenção da formação convexa dos lábios e da fonética, ao passo que os caninos desempenham a função de despedaçar os alimentos e quebrar corpos duros. Os molares, por sua vez, trituram ou moem os alimentos.[33]

A função de mastigação – a mais conhecida função dos dentes – é a primeira etapa do processo digestivo e caracteriza-se pela redução efetiva do alimento na cavidade bucal. A maturação da mastigação está integrada ao desenvolvimento das demais funções estomatognáticas e sua eficiência está ligada a uma oclusão[34] dentária harmônica, que não comprometa a articulação temporomandibular e acarrete anomalias dento alveolares.[35] A oclusão estuda e analisa as relações entre os dentes, compreendendo o conhecimento de todo o sistema estomatognático para um correto diagnóstico e um tratamento adequado, sendo seus três princípios básicos axialidade, estabilidade e não interferência. Desta forma, as forças devem recair sobre o eixo central e vertical do dente – beneficiando o periodonto, que estará mais preparado para absorver estas forças – e não deve haver interferência no processo de desoclusão, ou seja, de deslocamento da mandíbula, em sentido anterior (guiada pelos incisivos) e pelos caninos (movimento lateral).[36]

---

31. SERRA, Octavio Della; FERREIRA, Flavio Vellini, op. cit., p. 65-165
32. SILVA, Moacyr. *Compêndio de odontologia legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009. p. 296.
33. SERRA, Octavio Della; FERREIRA, Flavio Vellini, op. cit., p. 65-165
34. "(...) o assunto oclusão abrange todos os fatores que causam, afetam, influenciam ou resultam da posição mandibular, da sua função, parafunção e disfunção, e não apenas as relações de contato oclusal da dentição" (MOHL, 1989 apud GOIRIS, Fábio Aníbal J. *Oclusão: conceitos e discussões fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Santos, 1999. p. 9).
35. SEGER, Liliana et al. *Psicologia & Odontologia: uma abordagem integradora*. 3. ed. ampl. e rev. São Paulo: Santos, 1998. p. 391-393.
36. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández. *Prótese fixa e implantes: prática clínica*. São Paulo: Santos, 1998. p. 37-39.

Os dentes posteriores realizam o contato com o antagonista por meio do contato cúspide-fóssula e detêm o fechamento da mandíbula em posição de máxima intercuspidação (em que todos os dentes posteriores se tocam) com relação à arcada antagonista. Isto permite um leve contato entre os elementos anteriores (acoplamento anterior), alcançando, assim, sua proteção. No fechamento da mandíbula, em relação cêntrica, o contato que se estabelece será simultâneo, exercendo-se pressão uniforme em todos os pré-molares e molares, sem que existam cargas. A relação cêntrica é marcada por três pontos e poderia ser mantida ainda que se perca um dos contatos das cúspides de trabalho, embora a longo prazo esta situação possa desencadear migrações e aparecimento de interferências cuspídeas. Outrossim, algumas cúspides realizam a parada da mandíbula, evitando que os dentes anteriores realizem esta função. Desta forma, há uma separação mínima entre os incisivos e os caninos superiores e inferiores, o chamado acoplamento anterior, que permite que os elementos anteriores não recebam forças não axiais durante o fechamento mandibular.[37]

Quando a mandíbula realiza um movimento lateral ou para frente, os dentes posteriores perdem o contato, ao passo que os dentes anteriores realizam contato (os incisivos no movimento anterior conhecido como protrusão e os caninos no de lateralidade e, em alguns casos, no de protrusão). Em consequência disso, dois músculos da mastigação, o masseter e o pterigoideo medial, diminuem consideravelmente suas forças. Além disso, forças laterais não serão geradas, protegendo os dentes posteriores. Este trabalho realizado entre os dentes posteriores e anteriores é conhecido por oclusão mutuamente protegida, na qual os dentes posteriores protegem em estática os dentes anteriores e estes protegem em dinâmica os dentes posteriores. Cumpre destacar, ainda, que na boca, cada um dos elementos se encontra em equilíbrio porque todas as forças estão compensadas.[38]

A Odontologia, ainda, relaciona-se com a Fonoaudiologia, a área do conhecimento que estuda a comunicação humana, em suas manifestações normais e patológicas, dividindo-as em quatro grandes áreas, a saber: Motricidade, Linguagem, Voz e Audição. A motricidade oral é a área que mais se relaciona com a Odontologia e visa o equilíbrio funcional do sistema estomatognático – que compreende as funções vitais de respiração, sucção, mastigação e deglutição, a fala, entre outros –, cujos componentes não são especializados em uma função específica. Essa ausência de especialização de seus componentes leva a conclusão de que um desequilíbrio funcional determina alterações nas demais funções. Além disso, alguns sons utilizados em língua portuguesa dependem do uso da língua e dos dentes, tornando difícil tal função.[39]

37. GOIRIS, Fábio Aníbal J., op.cit., p. 16-23.

38. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández, op. cit., p. 40-45.

39. SEGER, Liliana et al, op. cit., p. 383-398.

3.3 A perda de dentes

3.3.1 Aspectos biológicos

O dente pode ser perdido por extrusão ou extração. A extrusão é a saída do elemento dentário de seu alvéolo no sentido incisal. Ela pode ser parcial, quando ainda fica retido no alvéolo, ou total, quando é totalmente avulsionado. Caso seja parcial, o pericemento ainda possui integridade, podendo reposicionar o dente no alvéolo. A extrusão total é dependente do tempo decorrido desde a avulsão, da conservação do dente e os métodos empregados. Dentes decíduos avulsionados não devem ser recolocados no alvéolo, pois podem afetar seu sucessor. Dentes permanentes, por outro lado, devem ser reimplantados sempre que possível, com administração de corticoide.[40]

A extração corresponde ao procedimento cirúrgico realizado por Cirurgião-Dentista, sob indicações específicas, haja vista a perda de dentes ser tratada com seriedade. Dentre as várias indicações para extração, destacam-se os dentes fraturados na coroa e/ou raiz por poderem decorrer de agressão. A fratura coronária indica a extração apenas se for bastante grave e não puder ser tratada de maneira convencional, ao passo que a fratura radicular consiste na quebra da raiz em qualquer parte de seu comprimento. De mesma forma, fraturas nos terços médios e longitudinalmente a raiz indicam extração do elemento.[41]

Após a perda do dente, um processo de cicatrização – expressão da capacidade funcional do indivíduo de responder a uma agressão – será iniciado para suprimir a ferida, sendo facilitada ou impedida por uma variedade de fatores. No caso dos dentes, o processo de cicatrização é um exemplo especializado de cicatrização por segunda intenção – tendo reparo mais demorado e complicado.

Imediatamente após a remoção do dente do alvéolo, há rompimento de vasos, e sangue extravasa para o sítio e inicia as reações de cicatrização. Numerosos capilares encontram-se junto a parede do alvéolo, ocorrendo vasoconstrição seguida de vasodilatação. Em 24 a 48 horas, ocorre proliferação de fibroblastos e organização do coágulo. Durante a primeira semana, o coágulo forma uma espécie de andaime temporário sobre o qual as células inflamatórias migram e osteoclastos começam a se formar para preparação da reabsorção óssea. Durante a segunda semana, há reabsorção óssea na crista alveolar, desaparecimento dos remanescentes de ligamento periodontal e primeiras evidências de que o alvéolo será preenchido por osso. Na

40. VALENTE, Cláudio. *Emergências em bucomaxilofacial: clínicas, cirúrgicas e traumatológicas*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999. p. 117-134.

41. HUPP, James R.; ELLIS III, Edward; TUCKER, Myrion R. *Contemporary Oral and Maxillofacial Surgery*. 5. ed. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 98

terceira semana, há tecido ósseo no interior do alvéolo e reepitelização quase completa da ferida. Durante a semana seguinte, ocorre preenchimento por osso imaturo. Parte do alvéolo está preenchido por osso irregular de trabeculado grosseiro e as cristas alveolares são remodeladas por osteoclastos. Após a quarta semana, ocorre processo de maturação e remodelação do tecido ósseo e reconfiguração de cristas ósseas por atividades osteoclásticas.[42]

Ainda no que tange aos aspectos biológicos da perda de dentes, haverá consequências para a oclusão dentária. Quando ocorre a perda de um dente, há tendência de que seus dentes vizinhos ocupem seu lugar, além do fato de poder ocorrer extrusão do antagonista, na tentativa de restabelecer a oclusão mutuamente protegida.[43]

3.3.2 Aspectos psicológicos

As pessoas reagem de forma significante à perda dos dentes. Quando esta perda ocorre nos dentes anteriores, grande parte das pessoas apresentam mais alterações emocionais.[44] A estética está intimamente relacionada ao sorriso, característica inerente a espécie humana. Pode-se dizer que a busca da perfeição é ética, porque obedece à natureza divina do ser humano.[45] Ela é um fator que influencia boa parte dos pacientes, vez que em nossa sociedade há uma importância de uma boa aparência física. Ações que possam prejudicar a autoimagem e a autoestima do paciente podem colocar em risco a habilidade deste em cumprir obrigações sociais e laborais, gerando problemas de comportamento vinculados a sentimentos de inferioridade, depressão e isolamento.[46] A perda de dentes constitui lesão sediada na face, tendo como sequela o prejuízo funcional e estético. Estas sequelas podem ser melhoradas, na maioria dos casos, por procedimentos corretivos.[47] Cumpre destacar, todavia, que há respostas diferentes a perda de dentes de acordo com a idade.[48]

A criança sofre grande influência da família, vivendo de acordo com o que esta espera que ela viva, ou seja, não age de maneira autônoma. As crianças, desde que haja apoio e esclarecimento da família, aceitam a perda de dentes como um fato corriqueiro, de forma que a perda dos dentes não é sentida de forma traumática.

---

42. Idem, p. 51-52.
43. SHILLINGBURG JR., Herbert T. *Fundamentos de prótese fixa.* Tradução Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Quintessence, 2007. p. 9-18.
44. SEGER, Liliana et al, op. cit. p. 280.
45. MENDES, Wilson Batista; BONAFANTE, Gerson. *Fundamentos de estética em odontologia.* 2 ed. São Paulo: Santos. 1996. p. 1.
46. SEGER, Liliana et al, op. cit., p. 281-282.
47. SILVA, Moacyr da, op. cit., p. 300-301.
48. SEGER, Liliana et al, op. cit., p. 280.

Há casos, por outro lado, em que a criança apresenta outros tipos de comportamento, como apego exagerado a mãe, porém, tais condutas tendem a desparecer. Os adolescentes, por sua vez, recebem grande influência de seu grupo social, sendo influenciados pelo fator estético, que não atinge crianças. A aceitação do jovem submete-se ao físico, tendo o sorriso e a linguagem fundamental importância, fato que é amplificado pelos meios de comunicação, que valorizam padrões estéticos. Desta forma, os adolescentes tendem a apresentar alterações emocionais no caso da perda de dentes, ao contrário do que ocorre na infância.

O adulto, por sua vez, relaciona-se de forma bem mais abrangente com sua saúde, esquecendo-a até que alguma alteração, usualmente a dor, surja. A perda de um ou mais dentes não representa necessariamente uma crise, visto estar o corpo e a boca, colocados em grau relativo de importância. Há casos, por outro lado, em que há crise neste acontecimento, como ocorre com artistas, vendedores e outros profissionais, que podem ficar bastante perturbados, já que o aspecto físico é fundamental em seu aspecto.

As dificuldades de adaptação e aceitação em relação à prótese, levam geralmente à alterações no comportamento como comprometimento da autoimagem, estima, dificuldades de adaptação social, receio que os outros percebam o uso da prótese, medo da perda dos dentes etc., o que determina muitas dificuldades no atendimento dessas pessoas.[49]

3.4. Odontologia restauradora

3.4.1 Noções gerais da odontologia restauradora no caso de perda de dentes

O tratamento para a perda de dentes, caso não tenham sido planejadas, é feita por prótese, seja a convencional, seja sobre implantes. Prótese é ao mesmo tempo arte – pois é expressão e imitação do material ou invisível – e ciência – vez que corresponde ao real conhecimento das coisas por seus princípios e causas. Além disso, ela reconstrói e repõe a parte dos elementos dentários destruídos ou alterados na sua forma, tamanho e cor (prótese coronária) ou totalmente ausentes (prótese parcial) ou edentados totais (prótese total). O tratamento protético deve contemplar o sistema gnático, sob risco de o tratamento dentário ser inadequado. As perdas ocorrem, ainda, nos tecidos adjacentes, como osso e gengiva, procurando a prótese interagir também com esses tecidos. A prótese se utiliza de materiais dentários, e sua correta aplicação na cavidade bucal, para substituir os elementos perdidos. Ela obedece aos princípios de função (princípios básicos de oclusão) e saúde (tendo como termo implícito a higiene), a fim de que o indivíduo realize todas as demais

49. Idem, p. 278-282.

funções com normalidade. Além disso, ela se preocupa com a estética, que envolve a beleza e a arte das alterações psicológicas que sua falta acarreta.

Uma série de requisitos devem ser seguidos para que tanto a prótese quanto o implante possam integrar-se harmônica, mecânica e biologicamente ao sistema estomatognático do qual passaram a constituir um suporte fundamental. Ela não deve ferir os tecidos que a sustentam e cumprir sua missão específica. O primeiro requisito a ser seguido é o biológico que diz respeito à forma como serão preparados os dentes no caso da prótese (respeitando a forma, o tamanho e a integridade do órgão pulpar) e a substituição de raízes naturais por raízes artificiais no caso do implante (considerando o material do implante, a zona em seu redor e a integração ao osso). O segundo requisito é o funcional, em que se considera os princípios de oclusão e os dentes remanescentes para cumpri-lo. O terceiro requisito é o mecânico, que considera as características físicas que os materiais devem possuir para a prótese. Além disso, a prótese e os implantes devem apresentar o requisito profilático, de forma a facilitar o acesso para se efetuar uma correta higiene. Finalmente, a prótese e o implante devem respeitar o requisito estético, mimetizando da melhor forma possível o dente perdido.[50]

3.4.2 Classificação das próteses

A prótese classifica-se segundo quatro critérios diferentes: quanto ao seu regime de permanência, quanto a sua extensão, quanto ao seu regime de suporte e quanto ao material de construção. No que tange ao regime de permanência, pode ser fixa – subdividindo-se em rígida e articulada – ou removível – subdividindo-se em condicionalmente e incondicionalmente. A prótese fixa rígida é aquela que possui uma relação de imobilidade entre a prótese e o dente – conseguida por meio da cimentação[51] – e a prótese fixa articulada é aquela que possui imobilidade em um poste e união articular na outra (a que atua como conectora e libertadora de forças). A prótese condicionalmente removível é aquela que requer a condição de que somente pode ser removida pelo profissional, sem danificar a estrutura e funciona como fixo-rígidas. As próteses incondicionalmente removíveis são aquelas que podem ser retiradas pelo portador sem dano da estrutura.[52]

Quanto a sua extensão, podem ser coronárias – subdividindo-se em facetas, incrustações e coroas –, pontes, parcial removível ou total. As facetas são mais usadas na vestibular, por questões estéticas, seguidas por palatina, para reabilitar

50. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández, op. cit., p. 24-34.

51. A cimentação é uma etapa do tratamento, em que se une ao dente outros materiais, como a prótese (SHILLINGBURG, Herbert T., op. cit., p. 319).

52. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández. ob. cit. p. 20-23.

maloclusões, e, por último, as incisais, que servem para reabilitar, estética e funcionalmente, a guia anterior. As incrustações, por sua vez, podem ser metálicas e cerâmicas, como também individuais ou ancoragem de aparelhos para prótese removível. As coroas, como restauração individual de elementos muito destruídos, são uma das próteses mais antigas e, praticamente, elementos destruídos ao nível, ou subgengivalmente, são perfeitamente reconstruídos com a utilização de pino-suporte com a coroa encapsulando-o. As coroas metaloplásticas (*veeners*) são muito usadas como ancoragem de aparelhos para prótese removível, mas as de qualidade estética e higiênica das metalocerâmicas têm conquistado um lugar preponderante em sua seleção; porém, atualmente sua resistência não é questionada e sua morfologia oclusal é perfeitamente alcançada nas mãos de um técnico habilidoso.[53]

Quanto ao regime de suporte, podem ser suportadas em dente, implante, osso, gengiva ou apoiar-se em dois ou em todos eles. No que tange ao material de construção, podem ser metálicas, plásticas, cerâmicas, metaloplásticas e metalocerâmicas. As coroas e as próteses removíveis de resina são consideradas exclusivamente como provisórias. As metálicas e as cerâmicas sem estrutura têm indicações precisas. As metaloplásticas têm seus fiéis seguidores pela excelência da oclusão alcançada, fundamentalmente em ouro. Porém, com as consequentes contraindicações pela visibilidade do metal, as metalocerâmicas são as próteses mais selecionadas para a resolução funcional e estética da maioria dos casos clínicos e seu uso tem-se estendido à implantologia.[54]

3.4.3 Materiais dentários para fazer a coroa

As coroas totais ou encapsulamento do elemento dentário é um procedimento protético que devolve ao dente sua forma e função. Podem ser utilizadas como elemento-suporte de prótese fixa, de prótese removível e em caso de traumatismos diversos. Ela é utilizada como suporte para prótese devido a sua maior retentividade. As coroas totais, caso da perda de dentes, podem ser mistas (metalocerâmicas e metaloplásticas) ou puras de porcelana.

As coroas metalocerâmicas possuem as vantagens de associar resistência por meio do metal e estética pela porcelana, apresentando, portanto, maior resistência às cargas mastigatórias oclusais. Além disso, apresentam preparo mais simples, boa qualidade de retenção e melhor adaptação marginal que a coroa de porcelana. Essas coroas, entretanto, exigem maior desgaste do dente e maior risco de fratura do dente em caso de traumatismo. Elas, ainda, possuem estética levemente inferior à

53. SHILLINGBURG, Herbert T. et. al, op. cit., p. 60-64.

54. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández, op. cit., p. 20-23.

coroa de porcelana – devido à estrutura metálica – e maior chance de exposição da polpa, a parte interna do dente.

As coroas de porcelana, por sua vez, possuem melhor estética, devido à opacidade e translucidez, prejudicam menos os tecidos moles, não possuem efeito corrosivo e não sofre desgaste mecânico durante a função mastigatória normal. Essas coroas não acumulam placa bacteriana em sua superfície e a placa é de fácil eliminação. O desgaste dentário é menor e o dente permanece inalterável, devido à rigidez da porcelana, que não tem elasticidade, o que faz com que a porcelana seja o melhor protetor da dentina e da polpa, que, juntamente com as propriedades isolantes, evita alterações estruturais do material, devido a alterações térmicas. Elas, contudo, apresentam menor resistência devido à ausência de infraestrutura de reforço (metal), alto risco de fratura se o preparo for inapropriado e não fornecer apoio adequado a peça e não podem ser utilizadas como retentoras de aparelhos fixos devido a sua fragilidade. Adicionalmente a isso, se não estiverem bem polidas e o ajuste oclusal não for adequado, podem produzir desgaste nos dentes naturais antagonistas, ou de restaurações plásticas ou metaloplásticas antagonistas.[55]

3.4.4 Últimas considerações a respeito do tratamento restaurador

A odontologia restauradora tem sofrido nos últimos anos mudanças incomensuráveis, graças ao advento da osseointegração, de forma que atualmente os implantes tem ganhado cada vez mais espaço. Ocorre que para prosseguir com o tratamento de um implante de dente individual, é realizada uma segunda cirurgia, de cunho habilitador funcionalmente, e tendo transcorrido três a quatro semanas, com o objetivo de se alcançar a estabilidade dos tecidos ao redor do implante, sobretudo quando estivermos diante de uma restauração com comprometimento estético (segmento anterior), estaremos em condições de fazer as moldagens de transferência com o objetivo de se conseguir um modelo de trabalho que reproduza a posição do implante na boca.

Após o término da prótese ou do implante, deve haver, ainda, o restabelecimento da área interdental, com o fim de diminuir os riscos gengivo-periodontais.[56] Os conhecimentos básicos dos aspectos estéticos da dentição natural, a possibilidade de reconhecer erros nessa área e de aplicar algumas soluções, a orientação sobre como se ajustar coroas de porcelana e dela obter qualidades máximas, pode contribuir de maneira simples e, ao mesmo tempo eficaz, para reduzir dificuldades no

55. NOORT, Richard van. *Introduction to dental materials*. 3. ed. Estados Unidos: Mosby, 2007. p. 237-255.

56. BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández, op. cit., p. 349-355.

relacionamento Cirurgião-Dentista *vs* paciente, no que se refere ao seu sorriso, à sua estética e, como não poderia deixar de ser, à sua integração psicossocial.[57]

4. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA SOBRE A QUESTÃO RELATIVA À LESÃO CORPORAL COM PERDA DE DENTES

4.1 Posição doutrinária

A doutrina apresenta algumas divergências em seu entendimento, porém, não de maneira tão desarmônica. Jesus é do entendimento que a perda de dentes depende do caso concreto, porém, é a favor da lesão corporal leve se a perda for de dentes estragados. Desta forma, ele considera que: "(...) cabe ao juiz verificar, diante do fato real, se a perda de um dente causou à vítima debilidade da função mastigatória (...)."[58]

Entende-se que a perda de dentes constitui debilidade permanente de função, ocorrendo discussão quanto à perda de um dente só. Fernando Capez[59] defende que:

"A perda de dentes enfraquece permanentemente a função mastigatória, consistindo lesão grave. E a perda de um só? Em tese estaria caracterizada a lesão corporal leve, pois será demasia dizer que um único dente ocasiona, na sua falta, debilidade da função."

Percebe-se, pelo breve trecho exposto, que ele é a favor da incidência da qualificadora da debilidade permanente de função quando há perda de vários dentes, mas é, a princípio, contra a qualificadora se houver perda de um dente. Cumpre destacar, entretanto, que a perícia deverá indicar qual o resultado no caso concreto.[60]

Álvaro Mayrink da Costa[61] afirma que a perda de dentes por si não configura a debilidade permanente da função mastigatória, logo, necessária se faz a comprovação por meio de prova pericial. Afirma, ainda, o referido autor, que irrelevante se faz a correção por via cirúrgica ou protética, haja vista ninguém estar obrigado a se submeter a tais tratamentos e haver um custo relevante para tais.

Percebe-se, pelo exposto acima, que a perda de dentes é tida como hipótese de qualificadora de debilidade permanente de membro, sentido ou função para a dou-

57. MENDES, Wilson Batista; BONAFANTE, Gerson, op. cit., p. 7-11.

58. JESUS, Damásio Evangelista de, op. cit., b, p. 141.

59. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 141.

60. HUNGRIA, Nelson, 1979, p. 334 apud CAPEZ, Fernando, op. cit., p.141; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP.* 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008b. p. 62 e 85.

61. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial.* Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 205-264.

trina. Ademais, considera esta qualificadora apenas quando há a perda de vários dentes ou, na hipótese de perda de um ou dois, quando há comprovação por meio de prova pericial.

4.2 Aspectos gerais da posição jurisprudencial

A divergência encontrada em todos os tribunais dizia respeito a duas qualificadoras: a debilidade permanente de membro, sentido ou função quando se tratava de lesão corporal grave e a deformidade permanente quando se tratava de lesão corporal gravíssima. Dentre os tribunais pesquisados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresentou apenas um julgado relevante para a pesquisa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) caracteriza-se por ser um tribunal de decisões mais conservadoras. Durante a pesquisa, a maioria de seus julgados posicionou-se entre a lesão corporal leve e grave (sob a qualificadora de debilidade permanente de função). Há, contudo, poucos julgados a favor da lesão corporal gravíssima sob a qualificação do prejuízo estético.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) apresentou uma mudança de pensamento nos últimos seis anos, haja vista considerar previamente a perda de dentes como lesão corporal leve. Esta hipótese, entretanto, não é vislumbrada nos julgados mais atuais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) apresentou a maioria de seus julgados a favor da lesão corporal grave, alguns a favor da lesão corporal gravíssima e poucos a favor da lesão corporal leve.

4.2.1 Debilidade permanente de membro, sentido ou função

Cumpre salientar, a princípio, que a qualificadora de debilidade permanente de membro, sentido ou função é mais adequada, ao invés da qualificadora da inutilização de função. Este posicionamento é encontrado nos tribunais paulista[62] e gaúcho.[63]

O número de dentes perdidos é relevante para qualificar o crime no TJMG, pois um grande número leva à incidência da qualificadora sem a produção de prova pericial. Como exemplo, há o caso em que a vítima chegou a perder 21 dentes, motivo pelo qual houve desnecessidade de comprovação por meio de prova pericial.[64] Ade-

62. TJSP, ApCrim 990.08.094704-4, 1.ª Câmara de Direito Criminal, j. 08.02.2010, rel. Des. Péricles Piza, *DJE* 23.03.2010.

63. TJRS, ApCrim 70010364958, 3.ª Câm. Crim., j. 14.04.2005, rel. Des. Newton Brasil de Leão, *DJE* 04.05.2005.

64. TJMG, ApCrim 1.0620.07.025313-8/001, 4.ª Câm. Crim., j. 07.04.2010, rel. Des. Herbert Carneiro, *DJE* 23.04.2010.

mais, a função fonética é também considerada, junto à função mastigatória quando da análise da qualificadora de debilidade permanente de função. É o que se infere do posicionamento do Des. José Antonino Baía Borges[65] em Minas Gerais. Aderem também a esta vertente os desembargadores Aristoteles de Alencar Sampaio[66] e Borges Pereira[67] do Estado de São Paulo. Acertado está tal vertente, uma vez que a função fonética é também executada pelos dentes, de modo que a perda de um já levaria a produção deficiente de fonemas na falta de dentes, conforme explicitado no capítulo anterior.

4.2.2 Comprovação da qualificadora

A principal discussão dentro do âmbito da lesão corporal grave é em relação à comprovação da qualificadora de debilidade permanente de membro, sentido ou função. Há uma tendência nos tribunais de que a qualificadora de debilidade permanente de membro, sentido ou função dependa de comprovação pericial para incidir sobre o caso concreto. Desta forma, a perda de dentes só levaria a lesão corporal qualificada se a perícia atestasse a debilidade da função mastigatória. Neste sentido, se posiciona o Min. Gilson Dipp,[68] que qualificou como leve o delito de lesão corporal que acarreta a perda de dentes, pois não houve comprovação pericial da debilidade permanente e, para ele, a perda de dois dentes não constitui debilidade de função mastigatória. Nesta mesma esteira, encontra-se o TJMG, como no posicionamento do Des. José Antonino Baía Borges, que considerou a incidência da debilidade permanente de função pela existência de prova cabal das funções mastigatória e fonética.[69] Este posicionamento é presente, também, no TJSP[70] e no TJRS.[71]

---

65. TJMG, ApCrim 1.0000.00.301195-4/000, 2.ª Câm. Crim., j. 06.03.2003, rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJE* 08.04.2003.

66. TJSP, ApCrim 993.07.050458-7, 12.ª Câmara de Direito Criminal B, j. 26.11.2007, rel. Des. Aristoteles de Alencar Sampaio, *DJE* 18.12.2007.

67. TJSP, ApCrim 990.08.128686-6, 16.ª Câmara de Direito Criminal, j. 25.08.2009, rel. Des. Borges Pereira, *DJE* 29.10.2009.

68. STJ, REsp 1220094/MG, 5.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Gilson Dipp, *DJE* 09.03.2011.

69. TJMG, ApCrim 1.0000.00.301195-4/000, 2.ª Câm. Crim., j. 06.03.2003, rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJE* 08.04.2003.

70. Isto se infere do posicionamento de Luiz Pantaleão (TJSP, ApCrim 993.00.003249-0, 3.ª Câmara de Direito Criminal, j. 17.08.2004, *DJE* 23.09.2004). De mesma forma, Márcio Bartoli compartilha do entendimento da importância do laudo pericial, defendendo também a o fato de a atividade mastigatória ser complexa, devendo ser avaliada a cada caso (TJSP, ApCrim 993.00.003249-0, 1.ª Câmara de Direito Criminal, j. 17.08.2004, *DJE* 23.09.2004).

71. Seguindo esta vertente, o Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak desconsiderou a desclassificação de Lesão Corporal Grave para Lesão Corporal Leve pelo fato de a perícia

Há uma vertente, contudo, no tribunal paulista que desconsidera a perícia como relevante para instauração da qualificadora. Deste entendimento foi o Des. Ricardo Tucunduva,[72] que se utilizou das palavras do Procurador de Justiça Marcos Hideki Ihara, em sua acusação, para fundamentação da decisão:

"Na mastigação, os dentes incisivos iniciam o processo e têm a função de cortar o alimento. Obviamente que, sem um do lado esquerdo, a vítima deverá utilizar o outro o que ocasionará sobrecarga e, no futuro, um maior desgaste destes. Acrescente-se que, sem um dente, há uma acomodação dos demais (ao lado e abaixo) o que prejudica, também, aquela função. Lembramos, finalmente, que nada no corpo humano é desnecessário. Tudo tem uma finalidade e a perda de qualquer parte enfraquece a maravilhosa máquina que é aquele. E, para o reconhecimento desta debilidade, não é necessário ser odontólogo, basta um mínimo de conhecimento geral."

Insta salientar, neste ponto, que uma quantidade significativa de julgados no TJSP embasava sua decisão nos autos do exame de corpo de delito, caso do Des. Salles Abreu.[73] O exame de delito na data dos fatos e o exame de delito complementar atestam o comprometimento da função mastigatória.

Há, também, julgados no TJRS que não se embasam em perícia, mas em aspectos lógicos da perda de elementos dentários. O Des. Danúbio Edon Franco,[74] por exemplo, considerou que a perda de dentes deveria ser classificada na forma leve, pois para que ocorra a debilidade permanente de função: "(...) é necessário que haja uma redução da capacidade funcional, ou seja, que a vítima resulte com limitação da função mastigatória. E isto, se sabe, não ocorre na perda de dentes". Discorda de tal opinião a Des. Rosane Ramos de Oliveira Michels,[75] que considerou a incidência da forma grave não só pelo auto de exame de corpo de delito, mas tam-

---

ter comprovado a debilidade de funções mastigatória, fonética e estética (TJRS, ApCrim 70004654950, Câmara Especial Criminal, j. 14.01.2003, *DJE* 08.05.2003). Por outro lado, o Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira desclassificou a acusação de Lesão Corporal Grave para forma simples, uma vez que não ocorreu demonstração da debilidade, argumentando, ainda que: "É sabido que a perda de dentes pode reduzir a capacidade funcional da mastigação, mas não causa debilidade permanente" (TJRS, ApCrim 70034652008, 1.ª Câmara de Direito Criminal, j. 14.04.2010, *DJE* 14.05.2010).

72. TJSP, ApCrim 0010618-96.2009.8.26.0322, 6.ª Câmara de Direito Criminal, j. 15.12.2011, rel. Des. Ricardo Tucunduva, *DJE* 23.01.2012.

73. TJSP, Ap c/ Rev 990.10.186043-0, 4.ª Câmara de Direito Criminal, j. 28.09.2010, rel. Des. Salles Abreu. São Paulo, *DJE* 11.01.2011.

74. TJRS, ApCrim 70011960747, 3ª Câm. Crim., j. 20.10.2005, rel. Des. Danúbio Edon Franco, *DJE* 01.11.2005.

75. TJRS, ApCrim 70042267336, 2.ª Câm. Crim., j. 19.01.2012, rel. Des. Rosane Ramos de Oliveira Michels, *DJE* 10.02.2012.

bém pelo fato de menos peças dentárias comportarem pior função mastigatória do que mais peças dentárias. Do mesmo entendimento foi o Des. Silvestre Jasson Ayres Torres:[76] "(...) o prejuízo à vítima é inconteste, porque aquele dente, se restaurado, será sempre poupado de uma exigência maior daquela que teria o dente natural. Daí a decorrência de prejuízo à função mastigatória".

Outro ponto debatido neste julgado é que a colocação de próteses afasta a qualificadora da debilidade permanente. Seguindo o mesmo entendimento, o Des. Danúbio Edon Franco,[77] que considera que a colocação de próteses é suficiente para que a função mastigatória ocorra com a mesma eficiência. Alega, ainda, que a vítima já havia perdido outros dentes e os suprido por próteses e que isso não debilitara sua função mastigatória. Discorda de tal preceito, o Des. Umberto Guaspari Sudbrack,[78] afirmando que a colocação de próteses não afasta a qualificadora, pois o adjetivo permanente da debilidade pressupõe que ela seja duradoura:

"Exige-se que tal debilidade seja apenas duradoura, não que apresente perpetuidade. Por outro lado, a recuperação das estruturas danificadas com colocação de prótese não faz desaparecer a qualificadora, pois como salientado basta que a debilidade se estenda por período duradouro. Sabe-se que a prótese nunca terá a mesma eficácia e sensibilidade dos dentes naturais, justificando-se, desta forma, a incidência do qualificativo."

Após a breve exposição sobre o posicionamento dos tribunais, cumpre compará-los à visão odontológica sobre o tema. Conforme anteriormente explicitado, os dentes desempenham as funções de mastigação, fonética e estética. Ademais, é necessário que a coroa esteja íntegra para desempenho dessas funções. Desta forma, ainda que houvesse a simples fratura do dente, sem sua perda, já haveria fortes tendências para a incidência da qualificadora da debilidade permanente de função. Um trabalhador braçal ou intelectual, salvo algumas exceções,[79] terá apenas a sua capacidade penal diminuída. Adicionalmente, na seara penal, o objetivo é avaliar se a pessoa, em exame, mastiga como anteriormente e o grau de desconforto adquirido.[80]

No que tange à prova pericial, nestes casos, é a valoração errônea segundo o papel que o elemento dentário desenvolve no aparelho mastigatório, pois cada

76. TJRS, ApCrim 70003979259, 1.ª Câm. Crim., j. 26.03.2003, rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres, *DJE* 30.03.2003.

77. TJRS, ApCrim 70011960747, 3.ª Câm. Crim., j. 20.10.2005, rel. Des. Danúbio Edon Franco, *DJE* 01.11.2005.

78. TJRS, ApCrim 70003142841, 6.ª Câm. Crim., j. 26.06.2003, rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, *DJE* 01.09.2003.

79. Caso de profissões que necessitam de contato com o público.

80. SILVA, Moacyr da, op. cit., p. 297.

dente desempenha um papel relevante na cavidade bucal.[81] A prova pericial não seria, desta forma, de grande relevância, pois a perda de um dente já geraria uma debilidade permanente de função, haja vista os dentes não desempenharem uma função isolada, mas uma função conjunta. Este caso se aproxima da ideia proposta por Rogério Greco,[82] em que o acometimento de um dedo geraria a debilidade permanente de membro da mão inteira. Corroborando com tal entendimento, está a ideia de que a mastigação é mais eficiente com uma oclusão harmônica, que não se torna possível com a perda de dentes, pois se comprometerá os dentes adjacentes, os dentes posteriores e os dentes anteriores.

4.3 Deformidade permanente

4.3.1 Dano estético de certa monta

Um dos pontos relevantes e controversos acerca da qualificadora de deformidade permanente a respeito da qualificadora de deformidade permanente é se a perda de dentes constitui dano estético de certa monta. Óbvio está que a perda de um número grande de dentes, implica nesta qualificadora, pois ocorre retração dos lábios, afundamento da bochecha e outras modificações típicas da velhice, contrastando em indivíduos jovens.[83] A grande discussão encontra-se na perda de um ou dois dentes.

Os tribunais paulista e gaúcho não discutem sobre este tema, mas o STJ afirma que a perda de dentes não constitui dano estético de certa monta, ou seja, não produz distorção atroz.[84] Seguindo a mesma vertente do STJ, está o TJMG, que encontra respaldo na Des. Maria Celeste Porto,[85] que é do entendimento que a perda de um dente é incapaz de provocar dano estético notável ou chocante, podendo no

81. Idem, ibidem.

82. GRECO, Rogério, op. cit., p. 308.

83. SILVA, Moacyr da, op. cit., p. 301-302.

84. Nas palavras do Min. Gilson Dipp, que entendeu ser impossível a equiparação de perda de dois dentes a mutilações de membros e presença de cicatrizes, que só podem ser revertidas por meio de cirurgia plástica e é da opinião de que a perda de dentes não constitui perda relevante para a estética: "A deformidade permanente apta a caracterizar a qualificadora no inc. IV do § 2.º do art. 129 do CP, segundo parte da doutrina, precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê ou humilhação ao portador, não sendo qualquer dano estético ou físico. Embora se entenda que a deformidade não perde o caráter de permanente quando pode ser dissimulado por meios artificiais, ela precisa ser relevante" (STJ, REsp 1220094/MG, 5.ª T., j. 22.02.2011, *DJE* 09.03.2011).

85. TJMG, ApCrim 1.0439.03.018574-8/001, 5.ª Câm. Crim., j. 13.11.2007, rel. Des. Maria Celeste Porto, *DJE* 15.12.2007.

máximo provocar a qualificadora da debilidade permanente, desde que comprovado pericialmente.

Ocorre que o tribunal mineiro apresenta uma segunda corrente, que defende ser a perda de dentes suficiente para incorrer em deformidade permanente, embora haja poucos julgados a favor. Argumenta-se que para a configuração da deformidade permanente não sendo necessário que a lesão tenha ocasionado um ferimento horripilante e atroz, de forma que bastaria um desagrado estético, afetamento e repulsa visual ao lesionado, caso que ocorre com a perda de incisivo central superior.[86]

Cumpre salientar, neste ponto, que muitas pessoas sentem a perda dos dentes, gerando alterações emocionais. A estética está intimamente relacionada a um belo sorriso, podendo afetar a autoimagem e autoestima do indivíduo, conforme explicado anteriormente. A idade em que ocorre este fato criminoso é, também, relevante, vez que crianças, adolescentes e adultos respondem de maneira diferente a perda de dentes. Isto já seria suficiente para a qualificação da deformidade. Ademais, o próprio argumento de que a qualificadora pode ser afastada pela reabilitação protética corrobora com este posicionamento. Isto ocorre porque até mesmo aqueles que alegam não ser esta lesão de certa monta, não aceitam ser estético um sorriso sem dentes anteriores. Os dentes posteriores, por sua vez, possuem menos relevância nesta discussão, mas dependendo do sorriso, também podem configurar esta qualificadora.[87]

Caso a perda seja de dentes decíduos, embora a resposta psicológica das crianças frente à perda de dentes pode ser positiva, a perda de dentes de forma brusca pode causar problemas para a criança atingida, que poderá ser alvo de brincadeiras, muitas vezes cruéis, a respeito de sua aparência. Desta forma, seria possível qualificar tal hipótese como lesão corporal grave qualificada pela debilidade de função estética.[88]

4.3.2 Comprovação fotográfica da deformidade

A doutrina é quase pacífica quando afirma que fotografias devem acompanhar o laudo pericial para configurar a qualificadora de deformidade permanente.[89] Há divergência, contudo, na jurisprudência. Uma vertente afirma cabalmente que deve ocorrer a presença de fotos nos autos para que haja comprovação da

86. TJMG, ApCrim 1.0079.99.037981-4/001, 1.ª Câm. Crim., j. 08.06.2004, rel. Des. Edelberto Santiago, *DJE* 15.06.2004.

87. SILVA, Moacyr da, op. cit., p. 301.

88. Idem, ibidem.

89. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 145; MIRABETE, 2008b; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 139.

deformidade, haja vista a presença de fotografias ser mais convincente do que qualquer laudo pericial. Este é o entendimento pode ser encontrado no TJSP[90] e TJRS.[91]

Há outro entendimento, entretanto, que defende que a perda de dente anterior leva a incidência da qualificadora, ainda que não haja fotos ou laudo pericial. Este posicionamento pode ser encontrado no TJSP e no TJRS.[92] No que tange ao tribunal paulista, destaca-se o argumento do Des. Di Rissio Barbosa,[93] que citou as palavras da promotora de justiça designada, Dra. Sandra Jardim:

"Ressalvado o entendimento jurisprudencial em contrário trazido à colação pelo recorrente, nos parece que todo o dano estético que cause incômodo ou vexame, e não possa ser reparado por si, constitui lesão gravíssima. Ora, no caso dos autos a vítima teve perda de dente inciso central superior direito. Nessas circunstâncias, em se tratando de perda de dente da frente, qualquer que seja a posição social da ofendida, nos parece que o dano causado é irreparável e deformante, acarretando uma situação de inferioridade na vítima. O dano estético é inegável por de tratar de local visível."

É bastante aceitável que a presença de fotografias seja defendida, pois nenhuma explicação possível é capaz de substituir a visão do dano em si. Cumpre salientar, contudo, que a perda de dentes anteriores é algo sério e facilmente imaginável, pois se trata de dentes facilmente visualizados nas ações de fala, mastigação e expressões faciais. Além disso, conforme anteriormente explicitado, a perda de dentes gera desconforto estético para o indivíduo, principalmente se for um dente anterior. Desta forma, adequado seria a escusa de fotografias no caso de perda de dentes anteriores, seja incisivo, seja canino.

---

90. Isso é comprovado pelo entendimento do Des. Fernando Simão, que desclassificou a Lesão corporal gravíssima para lesão corporal grave devido ao fato de não existirem fotos que comprovassem a deformidade permanente (TJSP, ApCrim 990.10.165222-6, 3.ª Câmara de Direito Criminal, j. 31.05.2011, *DJE* 02.06.2011). Por sua vez, o Des. Sérgio Rui confirma a incidência da qualificadora pelo fato de haver dano estético e considerou que a fotografia do dano físico é mais convincente do que o laudo pericial (TJSP, ApCrim 990.09.194617-6, 5.ª Câmara de Direito Criminal, j. 02.12.2010, *DJE* 16.12.2010).

91. O Des. Manuel José Martinez Lucas desconsiderou a forma gravíssima, desqualificando para lesão corporal leve, devido a ausência de demonstração fotográfica da lesão (TJRS, ApCrim 70012444352, 1.ª Câm.Crim., j. 14.12.2005, *DJE* 24.02.2006).

92. O Des. Ivan Leomar Bruxel afirma que a perda de elementos dentários anteriores dispensa a comprovação fotográfica, vez que causa óbvio dano estético (TJRS, ApCrim 70012678363, 1.ª Câm. Crim., j. 07.12.2005, *DJE* 02.03.2006).

93. TJSP, ApCrim 465.061.3/0-00, 11.ª Câmara do 6.º Grupo da Seção Criminal, j. 31.01.2007, rel. Des. Di Rissio Barbosa, *DJE* 05.03.2007.

4.3.3 Outras características do caso concreto

Cumpre destacar que há outras características de cada caso que levaram a incidência desta qualificadora. O Des. Xavier de Souza[94] considera a qualificadora em questão diante do fato da vítima ter perdido vários dentes. O Des. Raul Aguiar Ribeiro Filho[95] levou em consideração a comprovação por provas orais e periciais. Finalmente, o Des. Ribeiro dos Santos[96] considerou a incidência da qualificadora como correta, devido ao fato de a vítima ter perdido dentes anteriores e, por ter quinze anos, não havia possibilidade de tratamento por implante, tendo sido dispensado o uso de fotografias.

Alguns pontos devem ser, ainda, considerados quanto às decisões que permeiam estas lesões corporais. O primeiro ponto surge com o entendimento do Des. Pereira da Silva,[97] que afastou o argumento do apelante de que a vítima já possuía mobilidade dentária, de forma que perderia os dentes. O referido relator alegou que a qualificadora incidiu devido à existência de nexo de causalidade entre a agressão e a perda de dentes. Ele, ainda, cita que meio prático para saber se determinada ação é causa do resultado é excluir a ação e verificar, se mesmo assim, o resultado se verificaria.

4.4 Reabilitação protética

Outro ponto controverso dentro da jurisprudência é sobre o afastamento da qualificadora no caso de reconstrução protética. Vários posicionamentos surgem acerca desta questão.

A primeira vertente é a de que a reabilitação protética possui o condão de afastar as duas qualificadoras. Este entendimento é preponderante no STJ[98] e há julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendem haver o afastamento tanto da deformidade permanente quanto da debilidade permanente.[99] Argumenta-se a fa-

94. TJSP, ApCrim 0004926-27.2009.8.26.0481, 11.ª Câmara de Direito Criminal, j. 18.01.2012, rel. Des. Xavier de Souza, *DJE* 07.02.2012.

95. TJSP, Ap c/ Rev 990.08.025181-3, 6.ª Câmara de Direito Criminal D, j. 30.04.2010, rel. Des. Raul Aguiar Ribeiro Filho, *DJE* 27.05.2010.

96. TJSP, ApCrim 990.09.059944-8, 15.ª Câmara de Direito Criminal, j. 21.07.2009, rel. Des. Ribeiro dos Santos, *DJE* 25.08.2009.

97. TJSP, ApCrim 463903.3/0-0000-000, 8.ª Câmara do 4.º Grupo da Seção Criminal, j. 25.04.2006, relator Des. Pereira da Silva, *DJE* 19.06.2006.

98. STJ, REsp 1220094/MG, 5.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Gilson Dipp, *DJE* 09.03.2011.

99. O Des. Adilson Lamounier é do entendimento de que a reabilitação protética afastaria as duas modalidades de qualificadora, conforme se depreende de dois julgados diferentes em que ele foi o relator (TJMG, ApCrim 1.0069.05.016568-2/001, 5.ª Câm. Crim., j.

vor deste entendimento que o avanço das tecnologias e os recursos de odontologia tornam possível a reparação estética, afastando a qualificadora. A vítima, portanto, não seria considerada uma pessoa deformada, ainda que a perda seja definitiva. Igualmente, argumenta-se que o uso de prótese sobre implantes em substituição aos dentes perdidos não permite que a deformidade não se prolongue no tempo.[100]

A segunda corrente é a de que ocorreria o afastamento apenas da qualificadora de debilidade permanente de função, mas não o da deformidade permanente. Este posicionamento é, contudo, encontrado apenas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[101]

O terceiro entendimento é de que a que a reabilitação protética posterior é irrelevante para a incidência da debilidade. Há julgados em defesa desta tese nos três tribunais de justiça pesquisados, tendo como argumento principal a ideia de que a debilidade é permanente, mas não perpétua.[102] O tratamento para o caso, a colocação de uma prótese, não afastaria nenhuma das qualificadoras. Ademais, arguiu-se que os dentes jamais serão os mesmos, sendo motivo de vergonha a utilização de prótese.[103] Cumpre destacar, ainda, o argumento do Des. Marcel Esquivel Hoppe,[104] do Rio Grande do Sul, que qualificou o crime para a forma gravíssima por deformidade permanente, citando as palavras do Dr. Sérgio Guimarães Britto, que em seu parecer afirma:

"(...) No entanto, andou mal ao não reconhecer a lesão gravíssima – deformidade permanente – pela perda de três peças dentárias, apesar da perícia conclusiva de f. 23.

"Certo que hoje em dia, com modernas técnicas odontológicas, os implantes afastam uma futura vida de melindres e desconfortos para a vítima perante a sociedade, como foi dito na sentença.

14.06.2010, *DJE* 30.06.2010); (TJMG, ApCrim 1.0223.03.126830-1/001, 5.ª Câm. Crim., j. 31.03.2009, *DJE* 17.04.2009).

100. Este foi o entendimento do Des. Sydnei de Oliveira Jr., mas ressalte-se que o principal motivo de sua decisão em desqualificar a lesão corporal de gravíssima para leve foi o laudo médico oficial não trazer maiores subsídios para a constatação do acerto de sua conclusão, de modo que se deve aplicar o princípio do *in dubio pro reo* (TJSP, ApCrim 491.762.3/5-00, 12.ª Câmara de Direito Criminal, j. 02.08.2006, *DJE* 20.10.2006).

101. TJRS, ApCrim 70004654950, Câmara Especial Criminal, j. 17.11.2005, rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, *DJE* 07.12.2005.

102. TJSP, ApCrim 450.987.3/1-00, 7.ª Câmara de Direito Criminal, j. 10.03.2007, rel. Ivan Marques da Silva, *DJE* 23.03.2007; TJSP, ApCrim 993.07.050458-7, 12.ª Câmara de Direito Criminal B, j. 26.11.2007, rel. Des. Aristoteles de Alencar Sampaio, *DJE* 18.12.2007.

103. TJSP, Ap c/ Rev 990.08.124 613-9, 16.ª Câmara de Direito Criminal, j. 31.03.2009, rel. Des. Borges Pereira, *DJE* 08.05.2009.

104. TJRS, ApCrim 70021126578, 1.ª Câm. Crim., j. 26.07.2007, rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, *DJE* 01.11.2007.

Contudo, Álvaro Mayrink da Costa alerta que, para a caracterização do crime, é "irrelevante que a debilidade possa ser corrigida por via cirúrgica, ou através de prótese dentária. A possibilidade de cura não diminui o juízo de reprovabilidade porque ninguém está obrigado a se submeter a padecimentos e gastos com o tratamento" (*Direito Penal, Parte Especial*. 5.ª ed., Forense, p. 233).

Ora, a vítima é homem paupérrimo, tem a profissão de servente de pedreiro e vivia numa casa sem energia elétrica (f. 18), e que foi queimada pelo réu e seus asseclas. Como poderá pagar um tratamento dentário para implantar os dentes perdidos? De onde tirará o dinheiro?

Destarte, como não se caracterizar de deformidade permanente a situação de quem perdeu três dentes incisivos superiores e não pode arcar com um tratamento odontológico?"

Correto parece este último posicionamento, pois conforme doutrina, quando se trata da qualificadora de debilidade permanente de membro, sentido ou função ou da deformidade permanente, afirma serem elas permanentes, mas não perpétuas. Isso quer dizer que estas deformidades protraem-se no tempo, ou seja, não há necessidade de que sejam eternas. Além disso, discorrem os autores em ambos os tipos de qualificadora não estar a vítima obrigada a se submeter a procedimentos para "tentar" reverter a situação.[105]

4.5 Lesão corporal grave ou lesão corporal gravíssima

A perda de dentes pode ocasionar, conforme o estudo jurisprudencial realizado, a lesão corporal grave pela qualificadora da debilidade permanente de função ou a qualificadora da deformidade permanente. A jurisprudência também não é pacífica no que tange a escolha da qualificadora apontada, existindo uma vertente preponderante em Minas Gerais e outra em São Paulo.

O tribunal mineiro se posiciona a favor da debilidade subjugar a deformidade, tendo em vista o princípio do *in dubio pro reo*. Ademais, considera-se que a perda de dentes não geraria deformidade, mas debilidade. É o que se infere do Des. Paulo Cézar Dias:[106]

"A perda do dente não caracteriza dano estético, mas sim funcional, o que configura debilidade permanente de função, no caso, a mastigatória. De forma alguma se vislumbra a deformidade permanente, no sentido técnico exigido pelo Direito Penal."

---

105. CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 141 e 144; GRECO, Rogério, op. cit., p. 307 e 314; PRADO, Luiz Regis, op. cit. p. 137 e 139.

106. TJMG, ApCrim 1.0016.05.047808-6/001, 3.ª Câm. Crim., j. 19.05.2009, rel. Des. Paulo Cézar Dias, *DJE* 15.07.2009.

O Tribunal paulista, por sua vez, é a favor da deformidade permanente debelar a debilidade permanente, pelo que se percebe do posicionamento da Des. Angélica de Almeida,[107] que considerou mais adequado considerar a incidência da lesão corporal gravíssima devido ao princípio da absorção.[108]

Apropriada parece este posicionamento, pois uma lesão corporal gravíssima já englobaria uma lesão corporal grave. Ademais, a primeira vertente afasta elemento relevante do delito, depreciando a vítima.

4.6 Condição bucal específica e geral

Em nosso país, os autores colocam as perdas dentárias entre as lesões causadoras de debilidade permanente, mas, nas situações em que o elemento perdido já era destituído de inserção óssea, o juízo de debilidade deixa de existir, considerando que o elemento dentário, ainda que presente na cavidade bucal, não teria condições de exercer qualquer função, até mesmo estética, porque nessas condições, provavelmente, apresentaria posicionamento anômalo no arco. Claro está que esse juízo só poderá ser confirmado mediante a análise de radiografias anteriores à ocorrência do trauma.

Poderá ser alegado, ainda, que as condições dos arcos dentários, antes do evento traumático, modificam o juízo valorativo do dano, e isto porque, se a perda se verifica sobre um sistema já debilitado, na valoração do dano coloca-se a culpa da debilidade posterior no órgão já debilitado. Entendemos que isso em nada modifica a situação, porque não cabe ao perito discutir o quanto havia de funcionalidade anterior à lesão, mas sim de quanto esta debilitou o indivíduo dentro de suas condições particulares. A lei penal não visa à proteção de estados de perfeição, mas ao que cada pessoa tem de integridade corporal.[109]

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a jurisprudência não possui um posicionamento definido acerca do tema. O STJ desconsidera a incidência da qualificadora de debilidade permanente de função para a perda de dentes, salvo se houver com-

---

107. TJSP, Ap 993.06.098391/1,12.ª Câmara de Direito Criminal, j. 12.08.2009, rel. Des. Angélica de Almeida, *DJE* 07.11.2009.

108. Aplicada subsidiariamente pelo princípio da especialidade, ocorre quando o fato previsto em determinada norma é parte integrante de outra, que apresenta um texto mais abrangente, de modo que se aplicará a última. Há obediência ao princípio *major absorbet minorem* (maior absorve o menor) (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol.1, p. 201-203).

109. SILVA, Moacyr da, op. cit., p. 297

provação pericial. Doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estudados tendem a seguir esta linha, ressalvado o caso do TJRS que inicia a empreitada de qualificar o tipo de delito em questão sem exames periciais. No que tange a deformidade permanente, pouco discute a doutrina a este respeito. O TJMG e o STJ tendem a ir contra esta qualificadora, alegando não ser de certa monta a deformidade. Os demais Tribunais utilizados neste estudo lançam mão desta qualificadora, principalmente, quando há perda de dentes anteriores, caso em que haveria possibilidade de dispensa da prova fotográfica no bojo do processo. A reabilitação protética é defendida por parte da jurisprudência como afastadora dos dois tipos de qualificação. Para outra parte da jurisprudência, apenas a debilidade permanente de função deve ser excluída e, por fim, para uma terceira corrente, é irrelevante para configuração ou não da qualificadora. Tende-se a considerar, ainda, a função fonética como relevante na análise dos casos em que a lesão corporal leva a perda de dentes. Finalmente, o TJMG acolhe a preferência da qualificadora da debilidade permanente de função em detrimento da deformidade permanente, enquanto o TJSP age de forma contrária.

O dente constitui uma estrutura anatômica complexa, em que cada tipo de dente exerce uma função diferente dentro da mastigação e juntos exercem as funções oclusais, estéticas e fonéticas, estas principalmente pelos dentes anteriores (incisivos e caninos). A fim de exercer estas funções, a coroa dentária (a parte que aparece na boca) deve estar íntegra, de forma que uma coroa incompleta já deprecia as funções. Além disso, os dentes podem ser perdidos por avulsão (o dente sai acidentalmente da boca) ou por extração (procedimento cirúrgico para retirada do elemento dentário). Esta perda pode levar a diferentes reações emocionais do indivíduo, dependendo da idade, gênero e características sociais e econômicas. Estas reações emocionais podem, inclusive, acarretar em rejeição das formas de reabilitação, prótese e implante. Estes tratamentos buscam solucionar a perda dentária de forma funcional e estética, entretanto, jamais conseguiram restaurar a situação anterior, por melhores que sejam os materiais dentários utilizados. Cumpre destacar, por fim, que o tratamento demanda longo período para total reabilitação, abrangendo aspectos biológicos e psicológicos.

Desta forma, a perda de elementos dentários não constitui algo irrelevante, haja vista serem os dentes parte de uma máquina perfeita que sofrerá defeitos caso uma de suas peças seja perdida. O dano a função poderá não ser visível a curto prazo, sendo que a reabilitação protética apenas atenua e mascara um problema, uma vez que o indivíduo passará o resto da vida sob tratamento. Além disso, os dentes anteriores são vistos atualmente como partes altamente relevantes da estética do indivíduo, corroborado pela influência midiática e pelo número crescente de tratamentos de clareamento dental. Diante disso, a incidência da qualificadora de deformidade permanente deve ser aplicada caso a perda seja de dentes anteriores, haja vista sua saliência estética, e a debilidade permanente de função caso se trate de

dentes posteriores. Cumpre destacar, todavia, que os dentes posteriores podem se encaixar na qualificadora de deformidade permanente a depender do sorriso do indivíduo. Qualquer tipo de intervenção curativa não afasta estas qualificadoras, pois o termo permanente se refere a um tempo indefinido, mas não eterno.

6. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol.1.

BODEREAU JR., Enrique Fernández; BODEREAU, Enrique Fernández. *Prótese fixa e implantes: prática clínica*. Tradução Aidé Fernandes. São Paulo: Santos, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal: parte especial*. 5 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOIRIS, Fábio Aníbal J. *Oclusão: conceitos e discussões fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Santos, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

HUPP, James R.; ELLIS III, Edward; TUCKER, Myrion R. *Contemporary Oral and Maxillofacial Surgery*. 5. ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 18 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Wilson Batista; BONAFANTE, Gerson. *Fundamentos de estética em odontologia*. 2 ed. São Paulo: Santos. 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008a.

_____, *Manual de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008b.

NEWMAN, Michael G. et al. *Carranza: periodontia clínica*. 10. ed. São Paulo: Elsevier, 2007.

NOORT, Richard van. *Introduction to dental materials*. 3. ed. Estados Unidos: Mosby, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 149*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SEGER, Liliana et al. *Psicologia & Odontologia: uma abordagem integradora*. 3. ed. ampl. e rev. São Paulo: Santos, 1998.

SERRA, Octavio Della; FERREIRA, Flavio Vellini. *Anatomia dental*. 3 ed. São Paulo: Artes Médicas, 1981.

SHILLINGBURG JR., Herbert T. *Fundamentos de prótese fixa*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Quintessence, 2007.

SILVA, Moacyr. *Compêndio de odontologia legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

VALENTE, Cláudio. *Emergências em bucomaxilofacial: clínicas, cirúrgicas e traumatológicas*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.

6.1 Julgados

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5.ª Turma). RESp 1220094, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Wanderley Mariano. Relator: Min. Gilson Dipp. j. 22.02.2011. Brasília, DF, j. 22.02.2011 e *DJE* 09.03.2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5.ª Câmara Criminal). ApCrim1.0069.05.016568-2/001. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Wanderlei Mariano. Relator: Adilson Lamounier. Belo Horizonte, MG, j. 14.06.2010 e *DJE* 30.06.2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4.ª Câmara Criminal). ApCrim 1.0620.07.025313-8/001. Apelante: Eduardo Harduo Faustino Okamura. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Herbert Carneiro. Belo Horizonte, MG, j. 07.04.2010 e *DJE* 23.03.2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3.ª Câmara Criminal). ApCrim 1.0016.05.047808-6/001. Apelante: Jairo Vieira. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Paulo Cézar Dias. Belo Horizonte, MG, j. 19.05.2009 e *DJE* 15.07.2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5.ª Câmara Criminal). ApCrim1.0223.03.126830-1/001. Apelante: Deusdete Silvio Pereira. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, MG, j. 31.03.2009 e *DJE* 17.04.2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5.ª Câmara Criminal). ApCrim1.0439.03.018574-8/001. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Jean Abiner Vítor Fonseca. Relator: Des. Maria Celeste Porto. Belo Horizonte, MG, j. 13.11.2007 e *DJE* 15.12.2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 1.0079.99.037981-4/001. Apelante: Sebastião Afonso do Nascimento de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Edelberto Santiago. Belo Horizonte, MG, j. 08.06.2004 e *DJE* 15.06.2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2.ª Câmara Criminal). ApCrim 1.0000.00.301195-4/000. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: João Batista de Jesus Guarato. Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Belo Horizonte, MG, j. 06.03.2003 e *DJE* 08.04.2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2.ª Câmara Criminal). ApCrim 70042267336. Apelante: Nereu Borges dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Rosane Ramos de Oliveira Michels. Porto Alegre, RS, j. 19.01.2012 e *DJE* 10.02.2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 70036674406. Apelante: Arcelio dos Anjos Moraes. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, RS, j. 01.09.2010 e *DJE* 29.09.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 70034652008. Apelantes: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Assistente de Acusação. Apelado: Fábio Pires de Deus. Relator: Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, RS, j. 14.04.2010 e *DJE* 14.05.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 70021126578. Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Adriano Pinto da Cruz. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, RS, j. 26.07.2007 e *DJE* 01.11.2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 70012444352. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Denis Garcia da Fonseca. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, RS, j. 14.12.2005 e *DJE* 24.02.2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim 70012678363. Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Antonio Marcos de Oliveira Machado. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, RS, j. 07.12.2005 e *DJE* 02.03.2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3.ª Câmara Criminal). ApCrim70013039276. Apelante: Ibanes de Freitas Molinari. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. José Antonio Hirt Preiss. Porto Alegre, RS, j. 17.11.2005 e *DJE* 07.12.2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3.ª Câmara Criminal). ApCrim70011960747. Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Julio Andre Ruschel de Almeida e Marcos Vinicius Ruschel de Almeida. Relator: Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, RS, j. 20.10.2005 e *DJE* 01.11.2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3.ª Câmara Criminal). ApCrim 70010364958. Apelante: Odair Alves dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Newton Brasil de Leão. Porto Alegre, RS, j. 14.04.2005 e *DJE* 04.05.2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6.ª Câmara Criminal). ApCrim 70003142841. Apelante: Leandro Matias. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, RS, j. 26.06.2003 e *DJE* 01.09.2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1.ª Câmara Criminal). ApCrim70003979259. Apelante: Jocenara Costa. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Silvestre Jasson Ayres Torres. Porto Alegre, RS, j. 26.03.2003 e *DJE* 30.03.2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Câmara Especial Criminal). ApCrim 70004654950. Apelante: Nilson Perpetuo. Apelado: Ministério

Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre, RS, j. 14.01.2003 e *DJE* 08.05.2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (11.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 0004926-27.2009.8.26.0481. Apelantes: Jhonatan Pereira dos Santos e Moabe Amaral Cruz. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Xavier de Souza. São Paulo, SP, j. 18.01.2012 e *DJE* 07.02.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (6.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 0010618-96.2009.8.26.0322. Apelante: Roberlei dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Ricardo Tucunduva. São Paulo, SP, j. 15.12.2011 e *DJE* 23.01.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 990.10.165222-6. Apelante: Amauri Lino. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Fernando Simão. São Paulo, SP, j. 31.05.2011 e *DJE* 02.06.2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 990.09.194617-6. Apelante: Emerson Jaques Rissi. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Sérgio Rui. São Paulo, SP, j. 02.12.2010 e *DJE* 16.12.2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4.ª Câmara de Direito Criminal). Ap c/ Rev 990.10.186043-0. Apelante: Marcelo Aparecido Pereira. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Salles Abreu. São Paulo, SP, j. 28.09.2010 e *DJE* 11.01.2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (6.ª Câmara de Direito Criminal D). Ap c/ Rev 990.08.025181-3. Apelante: Antônio José Targa. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Raul Aguiar Ribeiro Filho.São Paulo, SP, j. 30.04.2010 e *DJE* 27.05.2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 990.08.094704-4. Apelante: Gilson Francisco Urbino. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Péricles Piza. São Paulo, SP, j. 08.02.2010 e *DJE* 23.03.2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (16.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 990.08.128686-6. Apelante: Tiago Henrique Bitencourt. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Borges Pereira. São Paulo, SP, j. 25.08.2009 e *DJE* 29.10.2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12.ª Câmara de Direito Criminal). Ap 993.06.098391/1. Apelante: Wilson Pereira dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Angélica de Almeida. São Paulo, SP, j. 12.08.2009 e *DJE* 07.11.2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (15.ª Câmara de Direito Criminal). Ap-Crim 990.09.059944-8. Apelante: Leandro Washington dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Ribeiro dos Santos. São Paulo, SP, j. 21.07.2009 e *DJE* 25.08.2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (16.ª Câmara de Direito Criminal). Ap c/ Rev 990.08.124 613-9. Apelante: Emerson Lucatelli. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Borges Pereira. São Paulo, SP, j. 31.03.2009 e *DJE* 08.05.2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12.ª Câmara de Direito Criminal B). ApCrim 993.07.050458-7. Apelante: Luciano Serdan Marino. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Aristoteles de Alencar Sampaio. São Paulo, SP, j. 26.11.2007 e *DJE* 18.12.2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7.ª Câmara de Direito Criminal). ApCrim 450.987.3/1-00. Apelante: Gustavo Luiz Ponce de Leon da Costa. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ivan Marques da Silva. São Paulo, SP, j. 10.03.2007 e *DJE* em 23.03.2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (11.ª Câmara do 6.º Grupo da Seção Criminal). ApCrim 465.061.3/0-00. Apelante: Sérgio Almeida Nunes. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Di Rissio Barbosa. São Paulo, SP, j. 31.01.2007 e *DJE* 05.03.2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5.ª Câmara de Direito Criminal). ApCrim 993.05.074337-3. Apelante: Roberto Rocha Braga Denadai. Apelado: Justiça Pública. Relator: Des. Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 23.01.2007 e *DJE* 20.03.2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12.ª Câmara de Direito Criminal). ApCrim 491.762.3/5-00. Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e seu assistente. Apelado: Renan Malerba Amaro. Relator: Des. Sydnei de Oliveira Jr. São Paulo, SP, j. 02.08.2006 e *DJE* 20.10.2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (8.ª Câmara do 4.º Grupo da Seção Criminal). ApCrim 463903.3/0-0000-000. Apelante: Walter Beltrami Filho. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Pereira da Silva. São Paulo, SP, j. 25.04.2006 e *DJE* 19.06.2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3.ª Câmara de Direito Criminal). ApCrim 993.00.003249-0. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Gilvanez Campos de Albuquerque. Relator: Des. Luiz Pantaleão. São Paulo, SP, j. 17.08.2004 e *DJE* 23.09.2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1.ª Câmara de Direito Criminal). ApCrim 993.99.087148-4. Apelante: Jonas da Silva Oliveira. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Márcio Bártoli. São Paulo, SP, j. 17.11.2003 e *DJE* 05.03.2004.

Veja também Doutrina

- Breves anotações sobre lesões corporais, de Assad Amadeo Yassim – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/231, *RT* 558/1982 (DTR\2012\1622);
- Das lesões corporais no novo Código Penal, de Jorge Luiz de Almeida – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/509, *RT* 416/1970 (DTR\2012\1591); e
- Vias de fato e representação, de Ronaldo Frigini – *RT* 745/450 (DTR\1997\658).

Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – Aspectos constitucionais e penais, de Guilherme de Souza Nucci

Patricia Mothé Glioche Béze
Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Dados bibliográficos: Guilherme de Souza Nucci. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – Aspectos constitucionais e penais*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

A prostituição é um tema incluído no Código Penal no Título Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. No Brasil, a prostituição não é crime autonomamente, mas as condutas a ela ligadas são criminalizadas pela lei penal.

Buscando uma visão constitucional e atual do tema da prostituição e dos crimes que circundam esta atividade, Guilherme Nucci traça uma narrativa clara e atual, que se baseia não só em levantamento bibliográfico, mas também na realização de pesquisa de campo na forma de questionário a pessoas que exercem a prostituição e autoridades policiais que trabalham com a apuração dos crimes relacionados a essa prática.

Trata-se de texto bastante interessante e instigante que faz com que os leitores possam refletir sobre a importância do tema, tantas vezes relegado a segundo plano nos estudos de Direito Penal.

Inicialmente, o autor determina as linhas iniciais sobre os conceitos básicos da Constituição material e formal para que pudesse ser estruturado o seu raciocínio no tema da prostituição.

Partindo da ideia de que a Constituição Federal deve materializar o Estado Democrático de Direito, o autor ressalta não só a existência de disparidade entre a recepção de leis anteriores e a Constituição, mas também a edição de novas leis flagrantemente inconstitucionais, principalmente aquelas que ofendem os direitos e garantias fundamentais, entre elas a liberdade individual, os limites da moral no campo do Direito e a liberdade de trabalho. Esses são temas que envolvem o assunto tratado no livro: a prostituição e seus desdobramentos.

O autor passa, posteriormente, a tratar da questão da moral, da ética e da liberdade, assuntos essenciais para a compreensão do tema tratado.

Após conceituar e situar a moral e a ética no contexto do conhecimento humano, conclui o autor que o Direito é influenciado pelos juízos de valor trazidos pelas regras morais e pelos julgamentos éticos, e essa influência possibilita que sejam determinados quais são as condutas obrigatórias ou proibidas na vida em sociedade.

Apesar dessa influência, o Direito não deve se pautar apenas nas regras morais e nos juízos éticos, pois estes são variáveis e influenciados por outros aspectos, inclusive religiosos, que devem estar desvinculados das regras jurídicas.

Entende o autor que o equilíbrio entre moral, ética e Direito propulsionam o correto exercício da liberdade. A liberdade é entendida pelo autor como a possibilidade de cada um decidir o seu destino, agindo conforme a sua consciência, ou seja, o poder de agir ou não agir.

Essa liberdade individual é um direito humano reconhecido como fundamental, tal como a intimidade e a vida privada, que vão compor a dignidade sexual das pessoas.

Afirma Guilherme Nucci que a dignidade sexual "liga-se à sexualidade humana, representada pelo conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada indivíduo".[1] E a sexualidade humana envolve vários fatores, que poderão influenciar a forma pela qual haverá o controle estatal sobre esta atividade. No entanto, é primordial que haja uma separação entre sexo e religião, sexo e política e sexo e bons costumes, sob pena de ocorrer normas que violem a liberdade sexual e, consequentemente, firam a dignidade sexual.

No capítulo seguinte o autor traz um estudo histórico da atividade de prostituição não só de forma cronológica, como também nos principais países.

Após a visão histórica, demonstra que existem quatro sistemas para abordar e tratar do tema da prostituição: o sistema proibicionista, que castiga a prostituição, não só com relação à pessoa que se prostitui, mas também seus clientes e demais pessoas que auxiliam, favorecem intermediam e se sustentam desta atividade; o sistema regulamentador, que busca regulamentar a prostituição identificando-a como um trabalho qualquer; o sistema abolicionista, que admite a existência da prostituição como um mal social que deve ser abolido, por ferir a dignidade da pessoa e oprimir a mulher, não punindo a prostituição, mas somente às atividades a ela correlatas; e, finalmente, o sistema misto, que traz características dos anteriores, mas não se define por nenhum deles. No Brasil se adota um sistema misto, tendo em vista que a pessoa que se prostitui não pratica crime, nem o cliente, a atividade é regulada administrativamente e são criminalizadas as condutas acessórias à prostituição.

Em seguida discorre sobre extensa pesquisa que trata da forma como o assunto é tratado em trinta e um Estados, para, por fim, analisar a situação no Brasil.

O Brasil, ao definir os crimes relacionados à prostituição, apresenta como título do capítulo no Código Penal a figura do lenocínio, que é o termo genérico para designar aquele que favorece a libidinagem alheia, e que pode ser dividido em duas especialidades: o proxenetismo, que é a pessoa que facilita o contato sexual daqueles envolvidos e o rufião, que é a pessoa que faz a intermediação da prostituição com a clientela.

1. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – Aspectos constitucionais e penais*, p. 16.

No Brasil, apesar da prostituição não ser considerada como crime autônomo, sua atividade causa muito preconceito e repressão policial, gerando um estigma cruel ao indivíduo. Essa marca provoca a marginalização e a exclusão da prostituta dos agrupamentos sociais. Na verdade, no Brasil, a maioria da sociedade não admite a atividade de prostituição e a encara como uma conduta anormal, num verdadeiro juízo moral.

O autor também trata da exploração sexual, fórmula presente na legislação moderna, que só pode ser entendida como uma situação em que uma pessoa tira proveito e abusa de alguém de forma desonesta causando-lhe prejuízo. Apesar desta constatação, outros autores entendem que a prostituição pressupõe sempre uma exploração sexual, sendo esta espécie do gênero daquela, posição que o autor rechaça, pois entende que se trata de termo genérico, ambíguo, que deve ser interpretado de forma restritiva, no sentido de que só deve haver exploração sexual com violência, ameaça ou qualquer forma de emprego de fraude para superar a resistência de alguém à prática do sexo.

Posteriormente, o autor analisa temas correlatos à prostituição, como o turismo sexual, a pornografia e a indústria do sexo, demonstrando que são atividades indiferentes, apesar de sua ligação íntima com a prostituição. Assim, se uma pessoa resolve visitar um local e conhecer pessoas que possam satisfazer seu prazer sexual, o fato por si só pode até ser imoral, mas não ilegal, ressalvada a possibilidade de exploração sexual, no sentido que antes já foi traçado.

Da mesma forma, a pornografia, ligada principalmente a salas de bate-papo e prática de sexo virtual pela internet, não são atividades, por si sós, criminosas. A indústria do sexo, capitaneada pelos filmes eróticos, de sexo explícito, shows eróticos, livros, casas de massagem, motéis, saunas, dentre outros, movimenta milhões em dinheiro e são atividades que não são criminalizadas, à exceção da chamada casa de prostituição, que é tratada como crime no art. 229 do CP.

Conclui, neste capítulo, que a "hipocrisia reina solta no universo das atividades sexuais (...) e por mais que seja imoral ou antiética, (...) a pornografia (...) somente é buscada por quem tem interesse nela, simbolizando reflexo do direito inalienável à intimidade e à vida privada. O Direito Penal deveria tutelar única e tão somente a atividade envolvendo violência, grave ameaça e menores de 18 anos".[2]

No capítulo seguinte, o autor parte da ideia de que o Direito Penal deve ser pautado pelo princípio da intervenção mínima, ou seja, a atuação do Direito Penal só deve ocorrer em *ultima ratio*, ou seja, em situações em que não há outros ramos do Direito para solucionar o conflito de interesses. Diante disso, o comércio do sexo entre pessoas adultas seria um aspecto do direito fundamental à intimidade, devendo o Estado se abster de intervir nessa relação.

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – Aspectos constitucionais e penais*, p. 106.

A partir daí, o autor expõe os argumentos de duas posições principais a respeito da forma como deve ser enfrentado o problema da prostituição: aqueles que entendem que deve haver a legalização e regulamentação da prostituição e aqueles que defendem a proibição e abolição da prostituição.

Dentre os principais argumentos da posição que defende a legalização e regulamentação da atividade de prostituição devem ser mencionados os de que a questão da prostituição é puramente moral, que é possível à pessoa dispor do próprio corpo, que devem ser ouvidas as pessoas que exercem a prostituição para saber seus posicionamentos, que o consentimento para a prática da prostituição é válido, que deve ser combatido o estigma e que devem surgir locais e agências protetoras da pessoa prostituída.

Dentre os principais argumentos da posição que defende a proibição e abolição da prostituição, se destacam aqueles que entendem que a prostituição é uma violência contra a mulher (sendo certo que este posicionamento exclui por completo a realidade de que homens também se prostituem), que há aumento da prostituição infantil e da indústria do sexo, que é sabido que ocorre envolvimento da prostituição com o crime organizado e que sua prática é um atentado à dignidade humana.

Por fim, o autor elenca vinte e três mitos sobre a prostituição, já definindo o seu posicionamento no sentido contrário à criminalização das atividades ligadas à prostituição, já que deve ser defendido o direito de ser livre para atuar como determina a consciência de cada um, independente de argumentações morais.

Prosseguindo, o autor se posiciona com relação a cada um dos crimes relacionados à prostituição, demonstrando que é favorável a legalização da atividade, que já conta com o reconhecimento junto ao Ministério do Trabalho e também nos atos praticados, sob o amparo do Direito Civil. Tal posicionamento é fundamental para que as pessoas que exercem a atividade de prostituição tenham direitos e deveres assegurados, e é baseado nos ideais de democracia, onde a vontade da maioria se sobrepõe com o respeito dos direitos das minorias.

Assim, cada um dos tipos penais, do art. 228 ao art. 231 do CP deve ser considerado inconstitucional, a menos que haja emprego de violência, grave ameaça ou fraude, para que a prostituição seja vista como um desdobramento da liberdade individual das pessoas.

A parte final da obra traz interessante e inovadora pesquisa tabulada realizada com trabalhadoras do sexo e com autoridades policiais. Traz estatisticamente informações interessantes sobre a atividade de prostituição e a visão primária do Estado com relação aos crimes contra a dignidade sexual e prostituição, avaliando, ao final, o resultado de cada uma das pesquisas.

Desta forma, a obra se torna imprescindível para aqueles que desejam ter uma visão inovadora, baseada em dados reais, sobre a atividade da prostituição e os crimes a ela correlatos.