66770

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 110 • set.-out. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 110 • set.-out. / 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, Bruna Angotti, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, 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, Maira 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 Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, 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 Gimenez-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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 110 • set.-out. / 2014

Coordenação
Heloisa Estellita

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 110 • set.-out. / 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.

© 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: [10-2014]
Profissional
Fechamento desta edição: [17.10.2014]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2013/2014

Diretoria Executiva

Presidente
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
1.º Vice-Presidente
Helena Regina Lobo da Costa
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.ª Secretária
Heloisa Estellita
2.º Secretário
Pedro Luiz Bueno de Andrade
1.º Tesoureiro
Fábio Tofic Simantob
2.º Tesoureiro
Andre Pires de Andrade Kehdi
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Eleonora Rangel Nacif

Conselho Consultivo

Presidente
Marta Saad
Membros
Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Suplentes da Diretoria Executiva

Átila Pimenta Coelho Machado
Cecília de Souza Santos
Danyelle da Silva Galvão
Fernando da Nobrega Cunha
Leopoldo Stefanno G. L. Louveira
Matheus Silveira Pupo
Renato Stanziola Vieira

Assessor da Presidência

Rafael Lira

Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Presidente
Marta Saad
Membros
Alberto Silva Franco
Alberto Zacharias Toron
Carlos Vico Mañas
Luiz Flávio Gomes
Marco Antonio R. Nahum
Maurício Zanoide de Moraes
Roberto Podval
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Boletim
Rogério Fernando Taffarello
Comunicação e Marketing
Cristiano Avila Maronna
Convênios
José Carlos Abissamra Filho
Cursos
Paula Lima Hyppolito Oliveira
Estudos e Projetas Legislativos
Leandro Sarcedo
Iniciação Científica
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fernanda Regina Vilares
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Heloisa Estellita
Revista Liberdades
Alexis Couto de Brito

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae
Thiago Bottino
Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira
Cooperação Jurídica Internacional
Antenor Madruga
Direito Penal Econômico
Pierpaolo Cruz Bottini
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Estudos sobre o Habeas Corpus
Pedro Luiz Bueno de Andrade
Infância e Juventude
Ana Paula Motta Costa
Justiça e Segurança
Alessandra Teixeira
Política Nacional de Drogas
Sérgio Salomão Shecaira
Sistema Prisional
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

18.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCrim
Fernanda Regina Vilares
20.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Ana Lúcia Menezes Vieira
Secretário-geral
Rafael Lira

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 22 • vol. 110 • set.-out. / 2014

Diretora Editorial
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

Editora: Bruna Schlindwein Zeni

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial
Juliana De Cicco Bianco

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

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistente Documental: Beatriz Biella Martins

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

Sumário

Teoria Geral

As finalidades da pena em Günther Jakobs

Alexis Couto de Brito 15

A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito

Joachim Renzikowski

Traduzido por Adriano Teixeira 51

O conceito de pena

Michael Köhler

Traduzido por Oliveiros Guanais 75

Os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos Embargos Infringentes interpostos na APn 470 ("Caso Mensalão")

Salo de Carvalho 103

Parte Especial

O sujeito ativo do tráfico de influência e o Anteprojeto do novo Código Penal

Sebástian Borges de Albuquerque Mello 125

Direito Penal Econômico

Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras

Fernando Gardinali Caetano Dias 147

Doutrina do "direito e desenvolvimento" e a expansão do direito penal econômico no Brasil: reflexões a partir do crime de evasão de divisas

Raquel Lima Scalcon 175

PROCESSO PENAL

Direito à autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais

ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA E DÉBORA MOTA CARDOSO 201

Mídia, crime e justiça criminal nos Estados Unidos: a ineficácia dos mecanismos judiciais disponíveis para impedir a perniciosa influência da imprensa sobre os jurados nos casos criminais de grande apelo popular

CLAUDIO BIDIND 227

O regime dos "conhecimentos da investigação" em processo penal: reflexões a partir das escutas telefónicas

MANUEL DA COSTA ANDRADE 259

CRIME E SOCIEDADE

A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA E ADALBERTO NARCISO HOMMERDING 299

Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS 329

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

Tobias Barreto e o positivismo penal

HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS 369

Anotações sobre o direito penal nas *Cartas persas* e no *Espírito das leis*: Montesquieu humanista

SHEILA JORGE SELIM DE SALES 401

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do STF: análise e reflexões

CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA 438

Casa de prostituição – A adequação social e a moral pública
JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI 457

DIREITO POR QUEM O FAZ

Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI 475

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 499

TEMAS 501

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 505

As finalidades da pena em Günther Jakobs

The purposes of penalty in Günther Jakobs

Alexis Couto de Brito

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal da Universidade Mackenzie. Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal

Resumo: O texto tem por objetivo principal apresentar os fundamentos da teoria da prevenção geral positiva de Günther Jakobs e oferecer uma crítica. Para tanto, discorre sobre a evolução histórico-jurídica desde sua formulação inicial submetida a outras etiquetas como prevenção integral ou prevenção integração até a configuração de Jakobs e as razões da nova denominação. Após essa investigação, procura demonstrar a trajetória do desenvolvimento da função da pena e do direito penal em Jakobs, supostamente baseados no pensamento sistêmico de Luhmann, para concluir que a finalidade que atribui à pena não se limita à prevenção positiva. De posse dessa investigação, questiona tal concepção e procura demonstrar as possíveis lacunas em seus fundamentos.

Palavras-chave: Jakobs - Finalidades da pena - Prevenção-integração - Prevenção geral positiva - Luhmann - Direito Penal sistêmico.

Abstract: The text presents the main foundations of the theory of positive general prevention created by Günther Jakobs and offers a critique. Therefore, discusses the historical developments since its initial formulation subjected to other labels such as full prevention or integration-prevention to the setting of Jakobs and the reasons for the new denomination. After this research seeks to demonstrate the trajectory of development of the function of penalty and Criminal system in Jakobs, supposedly based on Luhmann's system, to conclude that the purpose that he gives to the penalty is not limited to positive prevention. Armed with this research, questions about that design and seeks to demonstrate the possible gaps in its fundaments.

Keywords: Jakobs - Finality of the penalty - Prevention-integration - Positive general prevention - Luhamnn - Sistemic Criminal Law.

Sumário: 1. Prevenção geral positiva (ou prevenção geral de integração ou Integração-prevenção) - 2. A pena em Jakobs: 2.1 A pena como influência psicológica de fidelidade ao direito; 2.2 A pena como resposta comunicativa de vigência do direito; 2.3 Pessoa e indivíduo; 2.4 Rol social; 2.5 O cidadão e o inimigo; 2.6 Função manifesta e função latente; 2.7 A pena como dor - 3. Críticas à teoria da prevenção geral positiva de Jakobs - 4. Considerações finais - Referências.

Em uma de suas últimas palestras, proferida no Seminário "Teoria e Prática do Direito Penal", em março de 2007, o Prof. Dr. Antonio Luis Chaves Camargo repetiu o que costumava muito bem fazer: criticar contundentemente o direito penal

brasileiro por seu atraso científico, assim como as decisões judiciais pelo excesso de tecnicismo.

Porém, foi outra consideração proferida no mesmo seminário que me despertou a atenção. A de que a pena tem a finalidade de prevenção geral. Disse o querido mestre:

"Infelizmente, na atualidade, ninguém se recupera por meio do sistema penitenciário. Tanto que, na Europa, Günther Jakobs, um dos autores mais avançados que existe, que escreveu sobre o direito penal do inimigo, afirma: A prevenção especial, a prevenção do réu não adianta em nada. Esqueçam! Ponham-no na cadeia como uma demonstração de autoridade, mas esqueçam o restante; o que nos interessa é a prevenção geral. Todo o mundo, atualmente, pensa dessa forma. O que está havendo? Acontece que o nosso sistema penitenciário deteriorou-se; muitas pessoas foram presas sem necessidade, caso tivesse havido uma seleção."

Para os que o conheciam, cientes de seu humor apurado e de sua sagacidade científica, e acostumados a ouvir suas brilhantes e sempre apropriadas palavras sobre a ineficácia e inutilidade do direito penal, tal comentário despertaria descrédito, não de seu conteúdo, mas do fato de ter partido de quem partiu: Jakobs. Haveria, afinal, uma finalidade para a pena no direito penal moderno?

É claro que por mais que o Prof. Chaves bradasse sobre a inutilidade do direito penal – o que tornou a fazer neste seminário – tal assertiva sempre teve um tom jocoso, de desafio aos presentes para que pensassem criticamente sobre o que sabiam, e questionassem o que repetiam de forma autômata por anos, por terem aprendido em algum livro ou banco escolar. E o resultado sempre foi fantástico: uma classe perplexa com uma inteligência e um posicionamento de vanguarda, incomuns para quase todos que o assistiam. Muitos se perguntavam sobre o que falava o nosso querido mestre, perdidos diante de tanto conhecimento e, principalmente, da rapidez e ansiedade com a qual perpetuava suas ideias. E ainda que alguns continuassem sem compreendê-lo completamente, ao final do curso sempre se rendiam à importância da dogmática alemã e à necessidade de estudarem os modernos autores e suas vertentes filosóficas e sociológicas.

Um destes modernos autores é justamente o citado pelo professor: Günther Jakobs. Muito mais conhecido pela sua postura de "normativista" ou mesmo por seu infeliz "direito penal do inimigo", Jakobs é um dos mais inovadores estudiosos do direito penal, e contribuiu de forma significativa para a criação e mesmo reformulação de várias instâncias da dogmática atual, partindo de fundamentos sociológicos que nenhum outro autor ousou utilizar dentro do direito penal, e que talvez por isso, por sua novidade e rebeldia, tenha assustado os autores mais tradicionais. Suas contribuições estremeceram a comodidade e passividade com a qual a ciência penal vinha sendo conduzida, principalmente nos países de língua latina, ainda que muitas de suas conclusões tivessem sido contestadas ou mesmo repugnadas por grande parte dos autores.

No entanto, uma delas obteve reverberação e considerável aceitação: a sua teoria da *prevenção geral positiva*, que tem sido incluída em muitos trabalhos sobre finalidades da pena. Embora a ideia de prevenção geral positiva não tenha sido criação sua, ao contrário do que muitos afirmam, Jakobs reformula a teoria a partir de pressupostos diversos do que sempre se entendeu por caráter positivo da pena.

Nas linhas que se seguem tentarei apresentar, de forma modesta e com linguagem escolar, (a) as raízes da teoria da prevenção geral positiva, para em seguida (b) oferecer o conceito e finalidade da pena e a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs até o presente momento, concluindo com (c) as abordagens críticas consistentes e merecedoras de citação. Por fim, (d) algumas considerações de caráter pessoal.

1. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA (OU PREVENÇÃO GERAL DE INTEGRAÇÃO OU INTEGRAÇÃO-PREVENÇÃO)

As concepções da pena iniciaram-se, indubitavelmente, por algo retributivo e de cunho absolutamente metafísico. Sem qualquer preparo científico, a pergunta sobre o porquê se aplicar uma sanção penal era respondida da seguinte forma: aplica-se a pena como uma retribuição do mal causado.

A mudança deste paradigma foi perseguida por aqueles que desejavam dar ao estudo jurídico um caráter científico, voltado ao desenvolvimento social. A partir de uma finalidade de prevenção ou de integração pode-se formular a pergunta sobre a pena, sobre o seu sentido ou sua finalidade, não mais do ponto de vista metafísico, mas sim de uma análise do contexto social e do direito positivo, para que possa expressar a futura definição da finalidade da pena neste mesmo contexto social.[1]

A prevenção geral positiva vem sendo conformada através de algumas dezenas de anos. Percebe-se que não com esta denominação, mas com o mesmo ponto nevrálgico, já os mestres italianos refletiam sobre tal característica. Carrara asseverava que a "finalidade primária da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade".[2] Este pensamento foi uma constante em vários autores de seu tempo e

1. NEUMANN, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer. *Festschrift für Jakobs*, p. 437.

2. CARRARA, *Programma del corso di Diritto Criminale*, p. 590: "Il fine primario della pena é il ristabilimento dell'ordine esterno nella società" (grifo no original). Ferrajoli aponta traços da origem da prevenção geral positiva "nas já recordadas doutrinas 'expressivas' ou 'denunciatórias' da pena de James F. Stephen e de Lord Devlin, bem como, e principalmente, na doutrina "realista" de Gabriel Tarde, que, no final do século passado, fundou o utilitarismo penal exatamente com base na valorização social dos fatores irracionais da indignação e do ódio provocados pelo delito e satisfeitos através da pena", em *Direito e razão*, p. 256. Dando

de outros que o seguiram como, por exemplo, Pessina[3] e Petrocelli.[4] Muitos anos depois, em 1960, uma palestra proferida por Giuliano Vassalli sobre as "funções e insuficiências da pena" (*Funzioni e insufficienze della pena*) adquire importante ressonância ao ser publicada na Revista Italiana de Direito e Processo Penal, no ano de 1961. O autor afirma categoricamente que a função da pena é a "reafirmação do direito objetivo violado, realizada mediante a pública e solene desqualificação social do fato".[5] Isto por conta de três motivos. Não há crime – diz Vassalli – de maior ou menor gravidade, natural ou de criação política, no qual esta função não se realize, e não há um só instituto penal que com ela não se concilie. Tal função se sobrepõe a qualquer outra função que possa ter uma pena, pelo caráter simbólico da sanção criminal de reprovação social. E é a única que permanece quando a pena, por algum motivo (indulto, anistia, perdão etc.) não venha a ser aplicada.[6]

Na Alemanha, embora a função de reafirmação do direito (seja do direito positivo ou mesmo da norma) não fosse novidade, é a partir de Hans Welzel, mestre

---

a mesma referência, FALCÓN Y TELLA, *Fundamento e finalidade da sanção*, p. 210. No plano sociológico, a ideia não seria diferente da de Durkheim em seu *De la division du travail social*, obra datada de 1893, obra contemporânea à de Carrara. Em Durkheim, "a pena não serve – ou não serve mais que secundariamente – para corrigir o culpado ou para intimidar os seus possíveis imitadores; desse ponto de vista é justamente duvidosa, e em qualquer caso medíocre. A sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, conservando na consciência comum toda a sua vitalidade. Categoricamente assim negada, a consciência comum perderia necessariamente parte da sua energia se uma reação emocional da comunidade não interviesse para compensar tal perda: o relaxamento da solidariedade social seria o inevitável resultado. Ocorre todavia que essa se afirma energicamente no mesmo momento em que vem contraditada, e o único meio que há para se afirmar é exprimir a aversão unânime que o delito continua a inspirar, mediante um ato autêntico que pode consistir somente em uma dor infligida ao agente... Esta dor não representa uma crueldade gratuita, mas o sinal que atesta que os sentimentos coletivos são sempre coletivos, que a comunhão dos espíritos na mesma fé existe inteiramente e repara de tal modo o mal que o crime causou à sociedade", apud FERRAJOLI, op. cit., nota 175, p. 294.

3. PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, p. 649: "el fin ultimo de la pena es *negar el delito*, no ya en el significado vulgar de hacer algo que no se haya realizado, pues que *quod factum est infectum fieri nequit*, sino más bien en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo".

4. PETROCELLI, *Saggi di Diritto Penale*, p. 85: "(...) lo scopo finale di tutte le sanzioni giuridiche, che è l'*assicurazione*, anzi, meglio, *il mantenimento delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune*". Destaques no original.

5. VASSALLI, Funzioni e insufficienze della pena. In: _____. *Scritti Giuridici*, p. 1376: "Noi riteniamo che funzione della pena sia anzitutto la *riaffermazone del diritto oggettivo del fatto:* riaffermazione e squalificazione che si retiene ordinariamente di non poter esprimere in modo abbastanza chiaro e vigoroso se non attraverso la inflizione di un male al soggetto giucato autore (colpevole) del torto". Destaque no original.

6. Idem, p. 1376 e ss.

de Jakobs, que o caráter positivo de reafirmação passa a adquirir outros contornos. Welzel observou que a prevenção de caráter negativo – o "não cometa o crime" – voltada à mera proteção penal de bens jurídicos ou desvalor de certas condutas, não deveria ser a finalidade mais profunda da pena.[7] Esta, em verdade, teria uma função muito mais importante, de natureza ético-social e de caráter positivo: ao proibir e castigar o desprezo efetivo dos valores mais fundamentais da consciência jurídica (aquilo que merece proteção penal), o Estado demonstra com sua forma mais contundente de reação a vigência inquestionável (ou inquebrantável) destes valores, conformando o juízo ético-social do cidadão e fortalecendo seu sentimento de permanente fidelidade ao direito.[8] Note-se que Welzel não falava em prevenção positiva, mesmo porque em sua concepção, a finalidade da pena deveria ser a retribuição justa. Mas os autores que lhe seguiram e estudaram seu tratado vislumbram seguramente que se trata de uma prevenção geral positiva, como se pode extrair de suas próprias palavras.[9]

Posteriormente, em um texto sobre a racionalização do direito penal, da culpabilidade e da prevenção, Peter Noll, em 1966, descreve a antinomia entre a prevenção geral e a prevenção especial. A discriminação e degradação social que acompanham a pena de liberdade aplicada por causa da reação social (prevenção geral) são, na verdade, uma agravante, um prejuízo, para a ressocialização do condenado (prevenção especial) e um fator criminógeno potencializador. Estas finalidades da pena, com fulcro em uma culpabilidade psicológica de incutir no sujeito a "vontade" de não mais praticar um delito (*punitur ut ne peccetur* ou simplesmente *punitur ne peccetur*: pune-se para que não se cometam outras faltas), demonstram-

7. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 02.

8. Idem, p. 02-03. Eis o parágrafo original: "Wesentlicher als der Schutz der konkreten enzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen; sie sind das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trägt. Blosser Rechtsgüterschutz hat nur eine negativ-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung. Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positiv-sozialethischer Natur: Indem es den wircklich betätigen Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfemt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfugung steht, die unverbruchliche Geltung dieser positiven Aktwerte, formt das sozialethische Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung".

9. Mir Puig chega a distinguir duas vertentes da prevenção geral positiva. A de Welzel e a de Jakobs seriam fundamentadoras do *jus puniendi*; a defendida por Hassemer, Zipf e Roxin seria limitadora do *jus puniendi* (MIR PUIG, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *ADPCP* t. XXXIX, fasc. I, p. 49 et seq.). Enquanto em Welzel e Jakobs o fundamento de se aplicar a pena seria a prevenção geral positiva, em Hassemer, Roxin e Zipf seria um limitador e somente se aplicaria a pena nos limites da observação da reafirmação. Aparentemente, a doutrina em geral não deu importância a esta observação de Mir Puig.

-se inaplicáveis e inconciliáveis. Por isso, sua proposta é a de uma culpabilidade voltada para uma prevenção normativa. A culpabilidade penal deve ser entendida como "uma decisão contra a norma penal apesar de (possuir) capacidade de reação normativa".[10] Assim, a intimidação (*Abschreckung*) não pode ser tida como a mais importante face da prevenção geral, já que a Lei, por simples fato de ser Lei, atua de forma preventivo-geral por orientar os cidadãos como norma válida, não tanto como forma de não serem apenados, mas muito mais e principalmente pela busca de uma vida sem conflitos.

O texto de Noll teve pouca repercussão à sua época, mas com o surgimento, 10 anos depois (1976), do livro de Haffke sobre "Psicologia profunda e prevenção geral" (*Tiefenpsychologie und Generalprävention*), no qual explora os efeitos geral-preventivos positivo-construtivos da pena, além dos conhecidos efeitos negativo-defensivos, o assunto foi retomado. Analisando a obra, Morselli aponta que os efeitos construtivos ou positivos consistiriam em sustentar e consolidar a ordem e a consciência social infringidas pelo delito, reintegrando o sentimento comum de justiça e reforçando, nos cidadãos, um durável comportamento de fidelidade para com a Lei.[11] A reação do direito penal deverá, fundamentalmente, restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e a integração social.[12] Tal conceito foi denominado de *prevenção de integração ou prevenção integradora.*

Para explicar e fundamentar a prevenção de integração, Moos observa que toda violação do direito perturba, de maior ou menor forma, a consciência geral social e seus valores. Segundo a força desta consciência e a gravidade da lesão ao direito requer-se que a consciência da vigência dos valores seja restabelecida. Qualquer outro autor potencial – e Moos ludicamente alerta que "a tentação repousa em cada um de nós" – deve ser intimamente integrado à norma, para que a mera ideia de se atentar contra ela não seja despertada, ou possa ser contida.[13] A pena previne outras violações do direito (prevenção), integrando autor e sociedade com a norma e com isso também restabelece a integridade interna da ordem jurídica (integração). Por isso denomina-se esta função de integração-prevenção ou prevenção de integração.

---

10. NOLL, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang. *Festschrift für Helmuth Mayer*, p. 223: "Strafrechtliches Schuld bedeutet nichts anders als Entscheidung gegen die strafrechtliche Norm trotz normativer Ansprechbarkeit".

11. MORSELLI, Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *ADPCP* 1995, fasc. I, p. 270.

12. BARATTA, Integración-prevención: uma 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Criminología y Sistema Penal*, p. 03.

13. MOOS, Reinhard, Positive Generalprävention und Vergeltung. In: MELNIZKY, Walter; MÜLLER, Otto F., *Festschrift für Franz Pallin*, p. 300.

Ela confirma a validade ético-social da norma e por isso possui força de sustentação moral para a sociedade. Se não se realiza a rejeição (refutação) da violação da norma, arruína-se a sua força de integração, e "o mau exemplo faz escola".[14] A integração social de todos e sua manutenção (proteção) é realmente uma necessidade tão evidente que Moos acha surpreendente o fato de que este conceito de direito e pena já não tenha sido sistematizado por esta base há muito mais tempo. A partir desta concepção de finalidade preventivo-integradora, desautoriza-se a finalidade negativa da pena, pois, para Moos, "a maioria das pessoas não furta, violenta, mata etc., porque se amedronta com a pena, mas sim porque respeita espontaneamente o direito dos outros, o que é repetidamente fortalecido pela punição daquele que se desvia da norma".[15]

Também Hassemer, em 1979, começou a preocupar-se com o caráter positivo da pena, ao questionar a intimidação, ou seja, seu aspecto de prevenção geral negativa, principalmente diante da impossibilidade de se comprovar sua eficácia de forma empírica. Se a pena deve atuar com relação a todo o grupo social ao qual se aplica, "a prevenção geral expressada como teoria da pena e sua imposição significam que cada intervenção à custa do indivíduo desviado normativamente haverá de conduzir, ao mesmo tempo, ao bem estar geral".[16]

Neste sentido, a teoria da prevenção geral negativa – assim como a prevenção especial negativa – sustenta-se sobre critérios falsos ou falsificados de eficácia, pois necessita de comprovação de que realmente atua de forma persuasiva no intento da comunidade ou do criminoso para que não cometa um delito. Hassemer questiona esta verificação empírica, como algo que afirma não poder ser feito.[17] O que de fato pode-se pretender é que o direito penal atue como "estabilizador das normas dos grupos as que se faz referência", pois através da criação de Leis severas (penais) estabiliza a confiança "jurídica da população e das normas sociais relativas ao di-

14. Idem, ibidem.

15. Idem, ibidem.

16. HASSEMER, Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE-HASSEMER-LÜDERSSEN, *Principales problemas de la prevención general*, p. 52.

17. Contudo, ressalve-se que em um brilhante trabalho criminológico, instruído com dados estatísticos e tabelas indicadoras, Heinz Schöch afirma que a finalidade de prevenção geral positiva da pena pode ser absolutamente fundada e constatada empiricamente. Mediante tal constatação, Schöch assevera que se tenha mais cuidado com as suas vias político-criminais radicais: assim como as estratégias de descriminalização e renúncia da pena podem conduzir à perda da efetividade da função de prevenção geral do Direito Penal, também, por outro lado, sua pesquisa demonstra que para evitar as condutas criminosas e para conservar a validade do direito penal, quase sempre a agravação da pena não é necessária assim como não é garantia de sucesso. SCHÖCH, Empirische Grundlagen der Generalprävention. In: VOGLER, Theo, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, p. 1104.

reito", o que, segundo Hassemer, não pode e nem deve ser questionado empiricamente, por ser um efeito exclusivamente normativo.[18] Transferindo a finalidade da pena à própria finalidade do direito penal, segundo Hassemer, "o direito penal não deve servir (de forma especial e geral negativa) para a intimidação dos potenciais delinquentes, mas sim (geral e positiva) para a afirmação e o asseguramento da norma, as quais uma sociedade considera como indispensáveis".[19] E, em um presságio ou influência do que informaria toda a teoria de Jakobs, Hassemer afirma que uma semelhante exegese da teoria da prevenção geral teria "boas chances de poder chegar, com o transcurso do tempo, a ser a determinação da finalidade dominante do 'moderno' direito penal".[20]

Ainda segundo o autor, esta finalidade da pena tem por base o funcionamento de todas as sanções sociais e, portanto, também das sanções jurídico-penais, pois as sanções somente podem manter o seu sentido por meio da sua referência às normas sociais. Segundo Hassemer:

"O mal que elas realizam tem motivo e fundamento: o desvio das normas sociais, a violação à norma. Sem uma relação com o desvio perceptível pelos participantes as sanções seriam um infortúnio ou uma lesão; mas dentro do contexto elas se tornam compreensíveis como conduta final, dirigida a um fim, como conduta com sentido social. Este sentido dirige-se à norma; a sanção confirma a norma, estabelece-a como uma expectativa contra-fática de conduta, fixa-a. Toda sanção anuncia uma outra sanção para o caso de um novo desvio da norma."[21]

Da mesma forma, por ser sanção, deve-se encarar a sanção penal, que se orienta tanto ao passado quanto ao futuro. Como algo voltado ao passado, a sanção penal atua como "resposta corretora ao quebrantamento de uma norma imprescindível". Mas como não pode ser simplesmente uma mera reação automática, pretende também assegurar a força da norma no futuro. E pelo consenso científico do qual não destoa Hassemer, o direito penal tem por objeto as normas de comportamento consideradas fundamentais e, por isso, irrenunciáveis. Este atuar de forma construtiva e incentivadora deve receber o nome de *prevenção geral positiva*.[22]

Na mesma linha de Hassemer, Zipf entende que este fundamento sobre o desenvolvimento da finalidade da pena, qual seja, o de prevenção geral positiva, deve manter-se preferente ante a negativa, porquanto a finalidade preventiva geral da pena não é primariamente a intimidação geral pela norma, mas sim a conserva-

18. HASSEMER, Prävention im Strafrecht. *JuS 1987*, p. 262

19. Idem, ibidem.

20. HASSEMER, Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE-HASSEMER-LÜDERSSEN, *Principales problemas de la prevención general*, p. 55-56. Trad. livre.

21. HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 413-414.

22. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 200.

ção e o fortalecimento da consciência normativa.[23] Achenbach vai além e, como Hassemer, entende que a prevenção geral negativa é ilegítima, pois a aplicação de tão custosa instituição estatal (a pena) não pode se fundamentar em finalidades *ideais* como o amedrontamento, e ainda que alguns entendam ser um 'utilitarismo" condenável, somente a necessidade e a utilidade para a manutenção da sociedade poderiam ser o fundamento para a pena.[24]

A prevenção geral positiva também é reconhecida por Roxin, que afirma que por meio da pena demonstra-se a inviolabilidade do ordenamento jurídico ante a comunidade jurídica e sua aplicação serve à conservação e ao reforço da confiança na firmeza e no poder de execução deste mesmo ordenamento jurídico. Roxin distingue três fins e efeitos distintos da prevenção geral positiva: (a) o efeito de *aprendizagem* (*Lerneffekt*), consistente na motivação sociopedagógica à população para o exercício de lealdade ao direito; (b) o efeito de *confiança* (*Vertrauenseffekt*), que, segundo o autor, surge para o cidadão quando constata que o direito é aplicado; (c) o efeito de *pacificação* (*Befriedigungseffekt*), que surge na consciência jurídica geral diante do quebrantamento da norma e que resta tranquilizada em razão da solução do conflito instalado com o autor do fato por meio da sanção aplicada a ele. É, sobretudo, o efeito de pacificação que costuma definir a prevenção integradora.[25]

Atualmente, ressalvando-se Hassemer, os autores pouca ou nenhuma diferença fazem com relação às expressões prevenção geral de integração ou prevenção geral positiva e, em geral, todos se manifestam pela aceitação desta função como um algo jurídico inerente à aplicação da pena e que no campo da linguagem normativa (orientação comunicativa) não pode ser desprezado.[26] E, para alguns como Jakobs, estas concepções de finalidades positivas da pena nitidamente tiveram uma importância incomum no momento do desenvolvimento das funções de seu sistema jurídico-penal, e, por conseguinte, na função da pena como elemento de resposta

23. ZIPF, Heinz, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention). In: MELNIZKY, Walter; MÜLLER, Otto F., *Festschrift für Franz Pallin*, p. 481.

24. ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). Grundfragen des modernen Strafrechssystems, p. 141.

25. ROXIN, *Strafrecht AT*, p. 80-81.

26. Cf. FUCHS, Helmut, *Österreichisches Strafrecht AT I*, p. 12; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht AT*, p. 19; HEINRICH, Bernd, *Strafrecht AT I*, p. 08; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht AT*, p. 39; HASSEMER e NEUMANN in *Nomoskomentar I*, p. 100; NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung*, p.33; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 14; SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht AT*, p. 05; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch komentar*, p. 718; SEILER, Stefan, *Strafrecht AT I*, p. 28; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar, *Strafrecht AT I*, p. 13-14; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht AT*, p. 04. Utilizando-a como um dos elementos para fundamentar a desmaterialização do bem jurídico, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 140-147.

desse mesmo sistema ao conflito que por ele deve ser resolvido. Mas, como se verá adiante, mesmo Jakobs foi forçado a investigar outras funções que teria a pena diante dos questionamentos que lhe foram feitos a partir de suas próprias concepções, como a de um "direito penal do inimigo".

2. A PENA EM JAKOBS

Um dos primeiros trabalhos (o terceiro, para ser mais exato) de repercussão do promissor aluno de Welzel foi justamente sobre a finalidade da pena. Qual pena deve ser aplicada e em que medida deve ser imposta ao infrator dependerão da finalidade que se procura atribuir à pena. As duas respostas mais usuais de caráter preventivo (negativo geral e especial), segundo Jakobs, são insatisfatórias.

A prevenção geral negativa proposta pelo Iluminismo, que pugna pela intimidação de outras pessoas inclinadas a cometer um crime, ultrapassa os limites do direito penal, pois a inclinação de outra pessoa a cometer um delito não pode ser de responsabilidade do atual delinquente. E a prevenção especial negativa, proposta por Liszt, que busca evitar que o delinquente cometa novos delitos, também não satisfaz porquanto o delinquente não é atualmente culpável pelos fatos que cometeria ou que talvez possa cometer no futuro.[27] A pena vista como prevenção especial negativa não pode ser aplicada a um autor como pessoa competente, mas somente a quem é concebido como indivíduo e um foco de perigo.[28]

Tampouco as teorias mistas ou de união seriam satisfatórias para Jakobs: "primeiro a teoria da união vive da suposição de que as legitimações e os fins da pena podem combinar-se – ao menos a grandes traços – mediante adição, ou seja, precisamente, que podem unir-se. Se esta suposição fosse acertada, do que evidentemente partem os representantes desta teoria, deveria buscar-se aquele princípio que cria essa harmonia do aparentemente contraposto, ou seja, que se vê satisfeito tanto por meio de retribuição como por meio de prevenção (...). Não se trata de uma união mediante adição, senão de uma paralisação recíproca do reunido".[29] Ao se admitir a finalidade ressocializadora do criminoso anula-se o fundamento de retribuição, pois somente se pode retribuir a um responsável, enquanto a ressocialização pressupõe alguém com necessidade preventiva. A união ou restringe o direito à ressocialização ou retira o sentido do ato de retribuição da culpabilidade. Ademais, não há uma relação positiva entre retribuição pela culpabilidade e prevenção geral, pois para tanto deveria se retribuir na medida da intensidade da motivação: em seu exemplo, um homicídio praticado com a finalidade de subtração de bens poderia

27. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 97-98.

28. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 58.

29. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 12.

ser prevenido mediante a perda de bens em um valor dez vezes maior do que o que se pretendia roubar, ao passo que um homicídio praticado por causa de um desespero relacionado a um conflito jamais poderia ser prevenido.[30]

Em síntese, estas são as principais críticas encontradas nos escritos do autor sobre as mazelas das teorias existentes sobre a pena:

✓ utilizam o autor como instrumento para os outros;

✓ miram para o futuro, ou seja, o autor recebe uma pena pelo que ele ou outros poderiam fazer no futuro, para que não façam;

✓ tentam influenciar no psicológico do autor, algo ilegítimo ao direito penal;

✓ têm o problema da proporcionalidade da reparação;

✓ demonstram que o Estado está se rebaixando ao mesmo nível do delinquente, ou seja, já não é mais necessário (no caso da teoria retributiva);

✓ para o restabelecimento da confiança ou fidelidade, em ordenamentos nos quais os cidadãos são mais fiéis ao direito, a pena deveria ser menor que em ordenamentos nos quais existe uma atitude geral de infidelidade.

É certo que a teoria da pena de Jakobs não se manteve a mesma desde a publicação de seu artigo em 1976, e tem passado, ao longo de mais de 30 anos de estudos, por algumas alterações. Por isso, não se pode falar *da* teoria da pena de Jakobs sem se fazer referência ao *período* em que foi formulada. Entretanto, trata-se não só de uma alteração, mas sim de uma evolução contínua de sua teoria. Os autores que estudam os aportes de Jakobs têm apontado, ao menos, três fases. Na primeira, a principal finalidade da pena é a influência psicológica nos membros da sociedade para que continuem confiando na norma, ou seja, fiéis ao direito.[31] Em uma segunda fase, Jakobs relega a influência pessoal a um segundo plano (evidentemente por ausência de comprovação prática), e a pena passa a ter a finalidade principal de confirmar a identidade da sociedade na medida em que marginaliza o delito e reafirma a estabilidade normativa, ou seja, a vigência da norma.[32] Em seus últimos textos, Jakobs passa a admitir e até justificar a "dor penal" que carrega a pena, como forma fática de apoio cognitivo ou consolidação cognitiva.[33]

---

30. Idem, p. 13-14.
31. Estes aportes são devidos a seu texto *Schuld und Prävention*, publicado em 1976, e são mantidos em suas bases até o final da década de 90.
32. Estes são os presentes em seu manual de Direito Penal, parte geral, que foram reconstruídos, principalmente, em seu livro *Norm, Person, Gesellschaft*, de 1999.
33. Definitivamente com a publicação de seu texto *Staatliche Strafe : Bedeutung und Zweck*, publicado em 2004. Expressamente reconhecendo sua mudança de posição no prólogo da tradução para a língua espanhola *La pena estatal: Significado y finalidad*, p. 12; Cf. o excelente estudo preliminar da mesma tradução elaborada por CANCIO MELIÁ, Manuel e FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, p. 28 et seq.

2.1 A pena como influência psicológica de fidelidade ao direito

Diferentemente dos manuais brasileiros, e a exemplo da maioria dos autores europeus, Jakobs inicia sua Parte Geral com o "conceito de pena" (*der Begriff der Strafe*). Para ele, o conteúdo e a função da pena somente podem ser determinados a partir da ordem social estabelecida e da compreensão de seu sentido. Se a ordem social é a de uma guerra na qual o Estado deve garantir sua existência, ou é a de um Estado sem problemas agudos de existência, a pena deverá sempre garantir a eficácia desta ordem. Em qualquer modelo de Estado a pena será sempre uma "reação à infração de uma norma. Através da reação sempre se demonstra que a norma infringida deve ser preservada. E esta reação demonstrativa sempre se dará à custa da competência do violador da norma".[34]

Assim, os conceitos de *infração à norma* e *competência* (ou responsabilidade) são indispensáveis para a indicação da pena, e sempre dependerão do contexto e da conformação da sociedade na qual a pena deve ser aplicada. Até que ponto objetivamente uma conduta externada pode ser considerada uma infração da norma e até que ponto isto deve ser atribuído como responsabilidade de alguém (uma constituição subjetiva do autor) dependerá do grau e medida em que os contatos sociais acontecem, e se cada membro participa da sociedade diretamente.

À primeira vista esta explicação de Jakobs pode parecer com a finalidade retributiva construída por Kant, qual seja, o mal pelo mal. Mas o próprio Jakobs preocupa-se logo em negá-la, dizendo ser um absurdo e superficial justificar a pena como a troca de um mal por outro mal. A pena deve ser definida positivamente como a demonstração da vigência da norma a custa de um ator responsável. Não é com a aplicação do inevitável mal de ser apenado que a pena cumpre sua tarefa, mas sim com a estabilização da norma violada.[35] É muito mais – e aqui Jakobs também afirma – um fundamento derivado de Hegel, de negação da negação. A norma (tese) é violada (antítese), e a sanção (síntese) restaura sua vigência.

Jakobs passa então a desenhar sua teoria da prevenção geral positiva. Antes de tudo, deixa claro que tal teoria não é o único modelo de relação entre infração da norma e sua reafirmação, mas é o traço principal da punição estatal do direito penal vigente. A pena é uma das modalidades de solução dos conflitos, sendo que em cer-

34. JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 5: "Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, da an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll. Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen". Trad. livre.

35. JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 6: "Strafe muss positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Ubel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfullt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzen Norm".

tos casos deixará de ser aplicada porque o autor poderá ter sua competência questionada (exemplo: menores, inimputáveis, estado de necessidade etc.), ou poderá ser ela supérflua ou substituída por outros equivalentes funcionais (penas alternativas).

Porque se deve aplicar uma pena? Se uma infração à norma fica sem punição, pode-se iniciar um processo de aprendizagem (cognição) que causará a erosão da norma. A pena é uma reafirmação da vigência da norma, pois não se precisa aprender com a quebra da expectativa, mas sim reafirmar as expectativas frustradas. Isto é o delito, uma violação de expectativas e não uma lesão de bens jurídicos.

Para a fundamentação de sua teoria, Jakobs explica que nas relações com a natureza, o homem aprende certas coisas e possui certas expectativas sobre o que pode ou não acontecer, expectativas de âmbito cognoscitivo (do conhecimento) ou expectativas cognitivas. Neste âmbito, somente se espera que a natureza siga seu curso e se aprende com ela. Assim, por exemplo, aprendemos que na natureza as árvores não caem facilmente. Contra este tipo de expectativa cognitiva não há o que fazer, em caso de frustração. Acontecendo algo diferente, deve-se aprender com o novo e reprogramar-se melhor para o futuro.[36] Se uma árvore cai porque as raízes estão podres, aprendemos com isso e nos preparamos para quando isto acontecer.

Porém, o contato social somente é possível se as pessoas não precisarem, a todo o momento, contar com um comportamento imprevisível por parte do outro. Se assim fosse, todo e qualquer contato social consistiria em um risco incalculável, o que tornaria a vida em comum algo insuportável. Aliás, o simples fato de se iniciar um contato social é um sinal de que não se espera por algo absolutamente indeterminado, mas que, ao contrário, há uma expectativa de comportamento no contato travado, uma expectativa normativa (valorativamente apreciada). Caso esta expectativa seja frustrada, surgirá um conflito pessoal contra o qual aquele que sofreu a decepção deverá reagir. Por meio da frustração fica evidente que a equivalência entre o resultado que o agente esperava e o que de fato acabou acontecendo não existe, ou seja, que o que se esperava que acontecesse e o que realmente aconteceu não é a mesma coisa.[37] Mas, no tocante ao contato social, não é preciso aprender e recalcular o futuro diante da quebra de expectativa se o comportamento é regulado pela norma. Na verdade, diante da situação que de fato aconteceu, aplica-se a pena como resposta contra o fato (resposta contrafática), e assim o sujeito que foi decepcionado não precisará rever seus conceitos e expectativas, ou seja, o modelo de orientação daquele que foi frustrado não precisará ser revisto. Ele poderá continuar confiando e mantendo sua expectativa, já que a vigência da norma foi reafirmada. Por isso a pena se torna, quase sempre, necessária, pois, caso não seja aplicada,

36. Idem, p. 7.

37. Idem, p. 6-7.

poderá dar início a um processo de aprendizagem (processo cognitivo) que, aos poucos, destruirá as expectativas.

Observe-se que é mais do que evidente que nem toda frustração de expectativa deverá ser objeto do direito penal. Somente aquelas indispensáveis à manutenção da configuração básica da sociedade.[38] Não é com o conflito pessoal que se importa o direito penal, mas sim com o conflito social (público) que pode derivar de um conflito pessoal. No exemplo de Jakobs, a propriedade merece proteção penal mesmo sem atender especificamente a um interesse individual.[39]

Jakobs, na primeira fase de sua teoria da pena, acredita que a aplicação desta como reafirmação da norma restaurará as expectativas dos demais integrantes da sociedade e proporcionará uma fidelidade ao direito. A aplicação da pena influenciará psicologicamente nos que seguem as regras a continuar a segui-las, pois redundará na confiança geral em sua vigência.

2.2 A pena como resposta comunicativa de vigência do direito

As exacerbadas críticas que surgiram a esta configuração da pena como influência psicológica ou interna observavam que a pena deveria manter-se como uma relação de respeito exteriorizado com relação à norma, pois somente a exteriorização deste desrespeito é que poderia ser objeto do direito penal, e não as más intenções ou os maus pensamentos. Diante das críticas a esta sua concepção, principalmente por parte daqueles que não admitem tal interferência na autonomia dos indivíduos, Jakobs passa a afastar qualquer relação com a determinação interna ou psicológica de suas finalidades da pena.

O direito penal não poderá recuperar o que foi causado pelo delito, externamente ou naturalmente, como a lesão de um bem e, portanto, não é relevante para configurar a infração da norma estas consequências externas. Assim, a pena jamais pode significar a reparação de um dano causado, mesmo porque, segundo Jakobs, muitas infrações à norma são puníveis em nível de tentativa ou de atos preparatórios. A pena deve se voltar para o significado que decorre do comportamento dominável pelo seu praticante, ou seja, quem atua de certa forma conhecendo ou podendo conhecer deve fazê-lo considerando a orientação normativa. Se não o faz, demonstra que não procurava evitar o comportamento desconforme à norma e, portanto, infringe-a. Uma infração normativa é uma desautorização da norma, e com esta desautorização coloca-se em xeque a norma violada como modelo de orientação. O exemplo de Jakobs: quem dirige embriagado sem se importar com a vida dos demais participantes do tráfego viário expressa, com sua conduta, que

38. Idem, p. 8.

39. Idem, loc. cit.

tem coisas mais importantes com que se importar, o que é exatamente contrário às afirmações da norma; é esta contradição à norma, através da conduta praticada, que configura a infração.[40] Portanto, o objeto da sanção não são as consequências externas (a lesão, o perigo), mas sim a desautorização da norma que se expressa com certa infração.

Assim, como a infração da norma não pode ser considerada por suas consequências externas, também a pena não pode ser entendida como uma simples consequência externa como a aplicação de um mal, mas sim pelo seu significado: aplica-se a pena para demonstrar que o comportamento violador não é o que determina o modelo de conduta, e que a norma deve continuar prevalecendo como tal modelo. Com isso procura-se demonstrar que o infrator não organizou seu comportamento de forma correta e, portanto, deve ser privado de seus meios de organização (liberdade, dinheiro etc.). Esta réplica ante a infração da norma, executada a custa do infrator, é a pena. A sanção, como afirma Jakobs, "contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante".[41]

Diante disto, o que importa é a relação que existe no plano do significado entre a infração da norma e a pena, e não das consequências externas da conduta. Se o importante não é o plano externo, a pena (ou o direito penal) não tem por função evitar a lesão de bens jurídicos, mas sim de reafirmar a vigência da norma, garantir sua legitimação ou reconhecimento como modelo de orientação para as relações sociais. Agora, para Jakobs, a pena é uma oposição que se aplica ao agente face à desautorização da norma indicada por sua conduta.[42]

Isso é necessário porque a sociedade, no contato social, não pode dispensar orientações que garantam estes contatos, isto é, não se pode dispensar que certos contatos sociais sejam garantidos normativamente, já que os participantes destas relações sociais esperam um determinado comportamento. E a pena tem esta função, de proteger a expectativa nestas interações sociais. Quando aplicada, a pena não se aplica por si mesma, pura e simplesmente como uma retribuição automática, como um castigo pelos fatos lesivos causados aos bens das pessoas, mas sim como reafirmação da vigência destas orientações normativas de comportamento e seu significado é garantir que as relações sociais futuras possam acontecer dentro

40. Idem, p. 9.

41. JAKOBS, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, p. 19. No mesmo sentido em JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 23; JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, p. 76.

42. JAKOBS, *Strafercht AT*, p. 10: "Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm". No mesmo sentido em *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 111-112.

destas orientações. A pena não se dirige ao infrator, mas sim àqueles que confiam no direito. Portanto, a função da pena para Jakobs é preventiva: não no sentido de evitar condutas que lesem bens jurídicos, mas sim evitar que os contatos futuros sejam praticados em desacordo com a norma. Para que isso não aconteça, reafirma-se àqueles que confiam na norma (os cidadãos fiéis ao direito) que podem continuar confiando nela. Isto não é dirigido ao infrator em especial, mas sim a todos os integrantes da sociedade, pois ninguém poderá prescindir do contato social, e por isso se fala de prevenção geral.[43] Fala-se de prevenção geral positiva porque não se pretende alcançar a intimidação da generalidade das pessoas, mas a manutenção da norma como esquema de orientação. Prevenção porque se persegue um fim.[44]

43. Uma das mais completas definições de Jakobs sobre a prevenção geral positiva é a seguinte: "Antes de tudo deve-se explicar o que se entende por prevenção geral positiva, já que este é o fim da pena que deve servir ao aspecto subjetivo. Na prevenção geral positiva, a pena – diferentemente do que acontece com a prevenção geral negativa – não se dirige à generalidade como um arsenal de futuros delinquentes em potencial que devem ser intimidados, senão muito mais ao cidadão fiel ao Direito. Com este surpreendente direcionamento se produz a seguinte situação: todo mundo deve, se quiser se orientar na vida social, poder assegurar expectativas. Mas como a segurança cognitiva completa somente é imaginável em um mundo clausurado em um museu, na vida social as expectativas devem ser asseguradas normativamente, isto é, confirmando àquele que confia nas normas que, no caso de se frustrarem ou se violem as mesmas, sua confiança está correta, e que o defeito está na pessoa que as violou, ou seja, o delinquente. O objeto de uma pena assim concebida não é fazer com que o delinquente não cometa crimes no futuro e tampouco que alguém o faça, senão somente demonstrar que o correto é confiar na vigência da norma. Por isso, a pena supõe um custo ou gravame para a conduta que infringe a norma, elevando assim a possibilidade de que não seja apreendida de um modo geral com uma alternativa discutível. Neste sentido, a pena se produz exercitando a fé no Direito. Mas, em todo caso, se aprende com ela a conexão entre conduta e dever de sofrer as consequências quando a norma, apesar da aprendizagem, foi infringida. Por isso, a pena é também uma forma de aprendizagem de aceitação das consequências. Estes três efeitos: confiança na vigência da norma, rechaço dos modelos de conduta desconformes à norma, aprendizagem das consequências da infração normativa, se podem resumir em uma forma de aprendizagem do reconhecimento normativo. Dado que esta forma de aprendizagem deve ter efeito geral, o modelo de pena que se acaba de descrever é, definitivamente, um modelo de prevenção geral através da aprendizagem do reconhecimento normativo. A este fim serve o aspecto subjetivo do delito na forma em que se apresenta o Direito vigente". JAKOBS, Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas. *ADPCP*, fasc. I, 1992, p. 214-215.

44. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 145. Em outro texto, mantém a mesma ideia: "a pena pública existe para caracterizar o delito como delito, o que significa: como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade (...) sua configuração segue confirmada e segue sendo o esquema de orientação determinante, e isso tanto para a determinação do que é fidelidade ao Direito como para a determinação do delito (...) previne-se algo, mas não um delito futuro, senão que os delitos já não se concebam como delitos; o que se previne, portanto, é a erosão da configuração normativa real da sociedade". JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 15-16.

Essas definições de Jakobs situam-se na segunda fase de sua teoria, e a pena representa um significado para o sistema penal. A finalidade da pena é a reafirmação da vigência da norma, a fim de garantir a identidade normativa da sociedade. Jakobs não refuta a ideia de que, como uma consequência secundária, a aplicação da pena poderá causar em quem a sofre ou até mesmo em terceiros, uma repulsa pela prática de condutas semelhantes, ou seja, poderá evitar que aquele que foi sancionado ou os que o observaram pratiquem condutas semelhantes.[45] Isto caracterizaria uma face de prevenção geral e especial negativa. Mas Jakobs ressalta que este comportamento será apenas consequência, até mesmo desejável, mas que não faz parte da finalidade da pena.[46] Esta "é um processo de comunicação, e por isto seu conceito deve estar orientado com atenção à comunicação e não deve ser fixado com base em reflexos ou repercussões psíquicas da comunicação. A confiança na norma ou a atitude conforme ao direito dos cidadãos são somente derivações da realidade da sociedade, que é o único decisivo. Pode acontecer que se deseje alcançar determinados processos psíquicos como consequência da confirmação da norma por meio da pena pública, mas não formam parte do conceito de pena. A prevenção geral positiva, se se quer fazer uso deste termo, não deve denominar-se prevenção *geral* porque teria efeitos em grande número de cabeças, senão porque garante o genérico, o geral, isto é, a configuração da comunicação; por outro lado, não se trata de *prevenção* porque se quer alcançar algo através da pena, senão porque esta, como marginalização do significado do fato em si mesma tem como efeito a vigência da norma".[47]

A partir disso, fica claro que o autor abandona a ideia de que a aplicação da pena servirá de aumento de seu cumprimento ou da confiança na norma por parte dos demais integrantes da sociedade. A aplicação da pena, por si só, reafirma a norma e com isso reafirma a própria identidade (normativa) da sociedade, suas configurações valorativas, o que ela entende como valioso e o que entende como o comportamento desejado para que continue sendo o que é e preservando os valores que preserva. Se tiver como efeito o aumento da confiança na norma ou intimidar a prática de outras infrações, estes serão bem-vindos.

As *pessoas*, assim consideradas pelo direito, não se caracterizam pela total segurança que se possa dar a seus bens, mas sim por serem portadoras de direitos e deveres. Da mesma forma, um delito não pode ser definido como a lesão de bens, mas somente como lesão da juridicidade. Por isso a pena deve ser entendida como a "marginalização" do fato em seu significado lesivo para a norma. Esta *função manifesta* ou direta da pena de confirmar a identidade da sociedade não exclui o fato

45. JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 14.

46. Idem, p. 14.

47. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 32-33.

de que poderá existir uma *função latente* de direção da motivação, pois a reiterada marginalização do fato e confirmação da identidade social excluem as formas de comportamento delitivas do repertório das pessoas. Esta é a denominada prevenção geral positiva como função latente da pena. Jakobs afirma que a esta função latente podem ser somadas outras como o efeito intimidatório, ou seja, de uma prevenção negativa, e tantos outros mais.[48]

2.3 *Pessoa e indivíduo*

É importante observar que os conceitos, em Jakobs, não são criados ou utilizados aleatoriamente, e cada palavra ou expressão possui um conteúdo de acordo com sua importância como elemento de um sistema de comunicação. E, de suma importância, então, é o conceito normativo de *pessoa* para JAKOBS, devido à relevância da capacidade cognitiva do destinatário da norma.

Segundo sua concepção, tomada da sociologia sistêmica, pessoa é o "destino de expectativas normativas, o titular de deveres e, enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas".[49] Não se trata de uma realidade física, algo dado pela natureza, mas sim uma construção social. *Pessoa* é um conceito relativo e, assim, por exemplo, um menor pode ser *pessoa* para o direito civil, pois pode ser proprietário, mas não pode emitir declarações de vontade e também não pode atuar jurídico-penalmente, ou seja, ser *pessoa* para o direito penal. Por conseguinte, nem todo ser humano é *pessoa* jurídico-penal, e por sua vez, nem todo ser humano é *pessoa* para o direito eleitoral. Um *indivíduo* humano é resultado de processos naturais, enquanto *pessoa* é um produto social.[50]

Jakobs utiliza a palavra *pessoa* para identificar o *indivíduo* (ser humano) que representa um papel na sociedade, papel que possui um rol social de direitos e deveres. Na verdade, embora muitos de seus críticos lhe atribuam estas concepções de *pessoa*, *papel* e *rol*, Jakobs não inova ao trabalhar com tais conceitos, nem quando utiliza a palavra e o conceito de *rol*, tampouco quando os faz com relação à *pessoa*.

Procurando entender o ponto de partida de Jakobs, remontamos à origem da palavra *pessoa*, derivada do grego e depois do latim *personare*, foi utilizada para significar "máscara", no sentido de personagem, já que os atores do teatro grego faziam suas encenações utilizando máscaras e suas vozes soavam através delas (*per* + *sonare*: soar por ou através).[51] Possuía, portanto, uma relação direta com o papel

48. JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, p. 41.

49. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 20.

50. Idem, p. 20-21.

51. SOUSA, GARCIA e CARVALHO, *Dicionário de política*, vocábulo *pessoa*, p. 414. Com a mesma definição, LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, vocábulo *personne*, p. 759.

representado pelo ator. O conceito de papel representado pode ser reduzido ao de relação, ou melhor, de "um conjunto de relações que ligam o homem a dada situação e o definem com respeito a ela".[52]

A *pessoa* somente passa a denotar também a substância (o Ser) por força das construções religiosas do Cristianismo para explicar a existência individual de Deus, principalmente por Santo Agostinho. Mas o conceito de relação é retomado por Santo Tomás de Aquino e levado ao extremo com Descartes como autorrelação (relação do homem consigo mesmo). Na linguagem jurídica, costuma-se definir *pessoa* como o "ente capaz de direitos e obrigações, o que vale para o homem (pessoa física) e para uma sociedade ou uma associação (pessoa jurídica ou moral)".[53]

Nota-se que pessoa é aquela que exerce certo papel social, papel este que possui um rol de direitos e deveres e do qual as demais *pessoas* criam certas expectativas. É deste conceito originário que Jakobs aparentemente parte para sua fundamentação.

2.4 *Rol social*

Muitos não sabem que a teoria de Jakobs possui sustentação em conceitos muito anteriores a ele, e que, de certa forma, vem sendo formulados pela sociologia moderna. Um destes conceitos é o de rol social, e que gera, igualmente aos demais conceitos, severas críticas ao pensamento jakobsiano.

Costuma-se atribuir a Ralph Linton a elaboração da teoria do rol social, que, desde seus primórdios, nunca conseguiu se firmar de forma não controvertida. Com a elaboração do ensaio *Homo sociologicus*, publicado em 1958 e de autoria de Dahrendorf, agregou-se o conceito de "*social role*" da sociologia norte-americana à discussão europeia acerca das estruturas sociais. Por *rol social* entende-se o constructo que reúne um elenco de expectativas sociais que se vinculam ao comportamento dos portadores de posições de uma determinada sociedade. Segundo Piña Rochefort, em princípio, "cada sociedade reconhece em cada indivíduo uma série de posições das quais emanam expectativas sociais. O acúmulo dessas expectativas sociais constitui o rol social. Assim, o cumprimento ou defraudação dessas expectativas por parte do indivíduo não será senão a adequação ou desvio do rol social que lhe corresponde".[54] Dizer que existem expectativas significa dizer que o rol é também um acúmulo de orientações de conduta, o que foi percebido por Luhmann, que bem afirmou que as estruturas de expectativas são estruturas me-

52. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, vocábulo *pessoa*, p. 761.

53. SOUSA, GARCIA e CARVALHO, *Dicionário de política*, vocábulo *pessoa*, loc. cit.

54. PIÑA ROCHEFORT, Rol socyal y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, *El funcionalismo en Derecho penal*, p. 41.

diante as que se orienta a conduta dos partícipes da vida social. Esse acúmulo de orientações, como explica Piña Rochefort, como um roteiro de uma peça de teatro, "deve ser apreendido pelo destinatário. Em outros termos, se requer da existência de um processo comunicativo prévio que dê acesso ao destinatário ao acúmulo de expectativas que se lhe dirijam, deste modo, a aceitação do rol constitui uma espécie de abandono da individualidade, mediante o qual se obtém o beneplácito da sociedade em que se vive".[55] Portanto, aquele que não se comporta de acordo com o seu rol será considerado como "desviado" pela sociedade. Em alguns casos, os róis são a tal ponto vinculantes para seus portadores que a sociedade pode exigi-los compulsivamente, mediante sanções. Estas poderão variar desde uma mera antipatia social ou exigir a atuação do direito, dependendo da classe de rol que se fale, e neste contexto, as sanções podem variar até a mais rigorosa, no caso, a pena.[56]

2.5 O cidadão e o inimigo

Quando a *pessoa* não exerce um papel social, não possui um rol, e dela não podemos ter expectativas. Não há um rol a ser observado e, portanto, não há expectativas quanto àquele. Neste momento, o indivíduo perde sua qualidade de *pessoa*.

Por isso, se não existe a expectativa séria de um comportamento pessoal determinado por direitos e deveres, a pessoa degenera-se, ou seja, perde sua gênese até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente (não pessoa). Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, a aparição do indivíduo perigoso, ou seja, *o inimigo*. Eis o exemplo do autor: "a quem persistentemente delinque uma ou outra vez sendo seus delitos mais que bagatelas, se lhe impede, enquanto um indivíduo perigoso cometer ulteriores fatos, concretamente, através da custódia de segurança".[57] E seu fundamento filosófico é tomado principalmente de Kant, que afirmava que devemos separar quem não admite ser incluído sob uma constituição civil.[58]

Na síntese de Jakobs, o inimigo é um indivíduo que abandonou o Direito, e não só de maneira incidental, ainda que esta constatação deva ser presumida devido ao seu comportamento (delinquência sexual, habitual), sua ocupação profissional (delinquência econômica, organizada, tráfico de drogas) ou principalmente por

55. Idem, p. 42.

56. Idem, p. 42-44. O autor enumera mais de vinte outros autores anteriores a Jakobs e que de alguma forma trabalharam com o conceito de rol (p. 43). Esclarece ainda que há uma diferença entre rol e posição: "a posição é o lugar que ocupa uma pessoa na rede de relações sociais, como ser músico, marido, professor universitário etc. O rol é o conjunto de expectativas associadas a essa posição". Idem, p. 43, nota 3.

57. JAKOBS e CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 14

58. Idem, loc. cit.

meio de sua vinculação a uma organização (terrorismo), e diante disso não é digno da confiança de um mínimo cognitivo de seu comportamento pessoal, que manifesta pela sua conduta,[59] desmerecendo o predicativo de *pessoa*.

Jakobs passa de uma postura crítica para uma de simpatia quanto ao direito penal do inimigo, mudando sua interpretação quanto ao fenômeno.[60] A partir de 1999 percebe-se sua virada de posição e afirma que com o chamado direito penal do inimigo o legislador não dialoga com seus cidadãos e sim ameaça seus inimigos.[61] Portanto, o penalista alemão insere a discussão em um campo legislativo de normalidade e somente por tal motivo é que o debate a respeito adquire sentido, o que não ocorreria se falássemos de sua aplicação em um regime totalitário.[62]

2.6 Função manifesta e função latente

É de posse destes elaborados e complexos conceitos que JAKOBS formula sua teoria da pena em face da *pessoa* e de sua configuração como um dos elementos normativos de seu sistema penal funcional, em contraposição ao ser humano – o *indivíduo* – que é apenas o suporte natural para o qualificativo *pessoa*, este sim um conceito normativo. Daí surgem as concepções de não pessoa, com especial referência ao cidadão (pessoa) e ao inimigo (não pessoa), conforme sua própria criação.

Dividindo-se estes dois âmbitos, um normativo e outro físico (ou real), Jakobs passa a dividir as finalidades (ou efeitos) da pena a partir do aspecto de confirmação da norma e da prevenção, isto é, a divisão entre *funções manifestas* e *funções*

---

59. JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, p. 44/45. Algumas questões foram colocadas sobre o "inimigo", em especial sobre quem deverá classificá-lo (o legislador, a polícia ou o magistrado, por exemplo) como tal e quais os critérios utilizados (reincidência, controle da organização, tipo físico etc.). Luis Gracia Martín acrescenta à discussão o *momento* desta etiquetagem inimigo, se o agente a possui no momento em que pratica a ação ou lhe é conferida em uma sentença condenatória, o que funionará como um contra-argumento a este autor para descredenciar o direito penal do inimigo. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, p. 163 et seq.

60. Negando que existam "duas versões" do Direito penal do inimigo de Jakobs, POLAINO NAVARRETE, Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer, *Festschrift für Günther Jakobs*, p. 538-550. Para Polaino Navarrete, o que houve foi uma evolução, mas sempre dentro das mesmas bases.

61. Especificamente uma conferência apresentada em Berlim e publicada com o título *Das selbstverständnis der Strafrechtwissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit*. Ao final da conferência, alguns dos professores presentes como Eser e Puppe demonstraram imediatamente sua preocupação com as palavras de Jakobs.

62. Assim, GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, p. 95.

latentes, pois as primeiras se dirigem às *pessoas*, e as segundas aos *indivíduos*.[63] O dano causado pela pena dirigido ao autor e infligido pela privação de meios de organização (liberdade, dinheiro) não tem por finalidade provocar medo ou compaixão ou qualquer outro estado psíquico, senão tão somente perpetuar o significado social de que não se deve aderir a tal comportamento. Esta seria a função manifesta e principal da pena.

Já as funções latentes de habituar-se à fidelidade jurídica ou ter medo de violar a norma não são reações *pessoais*. As *pessoas* não precisam se habituar ou de qualquer espécie de intimidação, pois são participantes da comunicação e dispostos ao juridicamente assegurado pela norma. Somente o *indivíduo* deve ser dirigido mediante habituação ou intimidação já que não possui esta disposição jurídica, e se comporta conforme seus desejos.[64] O mundo social "natural" ou "instrumental" pode ser reduzido a um código de desejos (apetência/inapetência), ou seja, conduzido pelos interesses de cada um. Mas, segundo Jakobs, o mundo social "pessoal" não pode ser assim definido, pois a *pessoa* se define por meio de seus direitos e deveres, e isso independe do consenso individual sobre as normas.[65]

2.7 A pena como dor

Mas ainda faltava a Jakobs explicar o porquê de se causar um mal, físico e real, àquele que no plano da linguagem infringe a norma e, portanto, as expectativas normativas. Não só este mal (ou dor penal) é importante como passa a ser indispensável para a concepção da pena na *terceira e atual fase* de Jakobs.

Para garantir a vigência real da norma (vigência empírica), agora a *dor penal* passa a ser indispensável no sistema de Jakobs, e vista como um mecanismo essencial da pena para proporcionar um apoio cognitivo ou cimentação cognitiva. O mal penal será determinado em função da intensidade com a qual se precisa atingir o autor para que a cimentação cognitiva não seja abalada, o que se consegue quando o sofrimento pela pena demonstre que o crime cometido foi uma empresa fracassada e não afeta a norma. Buscando fundamentos novamente em Hegel, Jakobs assevera que o dano intelectual causado pelo delito no que tange à vigência da norma também possui um sentido real. Isto porque a expectativa normativa vem reforçada por uma base de vigência real – a cimentação cognitiva – que é feita com o *concreto* da prática fática da norma, ou seja, com a observância efetiva e concreta da norma pelas pessoas. Por isso deve-se infligir um dano ao autor do fato, para que somente

63. Em concordância com Jakobs, POLAINO NAVARRETE, Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer, *Festschrift für Günther Jakobs*, p. 541 et seq.

64. JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, p. 42.

65. Idem, p. 54.

assim seu empreendimento criminoso seja considerado um fracasso. Mas, note-se, Jakobs fala de um dano intelectual (Hegel), o que descarta, mais uma vez, qualquer finalidade preventivo-negativa voltada ao futuro, e tenta se manter, pelo menos aparentemente, no plano da prevenção positiva.

Como o próprio Jakobs já havia analisado em obras anteriores, "é necessário objetivar também a resposta confirmatória da vigência, e isso a custa do autor, já que este deve ressarcir a sociedade pelo dano na vigência da norma que produziu".[66] Por isto é que o autor deve sofrer com uma pena em concreto, porque "todos os entes normativos necessitam de uma base cognitiva que alcance o fundamental, pois do contrário somente existem em si, conceitualmente, mas, precisamente, não na realidade".[67]

Eis um dos últimos textos de Jakobs no qual tenta explicar sua nova concepção:

"A consciência de ter direito não basta para o uso dos direitos, se a isso não se soma a consciência de que não se produzirão – dependendo do peso, provavelmente ou, inclusive, com uma altíssima probabilidade – perdas nos interesses do agente. Com isso se alcançou a resposta, ainda pendente, à questão de por que a contradição do delito deve produzir, precisamente, dor: a dor serve para salvaguarda *cognitiva* da vigência da norma; este é o fim da pena, como a contradição da negação da vigência por parte do delinquente, é seu *significado*. O autor determinou e executou sua conduta sem consideração da vigência do direito. Na medida em que isso implique a afirmação de que a norma não o vincula, a ele se contradiz através da pena (esse é o significado da pena). Agora bem, a contradição, por si só, não muda em nada a situação de que o fato dá motivos para duvidar da imprescindível segurança cognitiva da vigência da norma; pois o fato mostra que tem que contar com a possibilidade de que se infrinja a norma (primária). Se ao autor se inflige uma dor penal de tal intensidade que por causa da dor seu fato é geralmente considerado um fracasso, com isso fica claro que no futuro o apoio cognitivo da norma, pelo menos, não será pior que antes do fato; esta manutenção do lado cognitivo da vigência da norma é o fim da pena, e em função de tal fim deve se determinar a pena, e é neste contexto de fim não limitado ao abstrato no que de fato, pela primeira vez, fica esboçada a medida da pena. Depois de um delito, não basta *denominar* de delinquente o autor – isto, por si só, é unicamente uma corroboração conceitual – senão que também deve ter tratado como delinquente para avançar até a idéia, até a realização do conceito, e manter a força de orientação do direito, sua vigência. Do mesmo modo que depois da defraudação de uma expectativa cognitiva a orientação não se restabelece sem mais porque o sujeito defraudado corrobore o errado de seu cálculo, senão que, ao contrário, este deve corrigir tal cálculo, tampouco bastará

66. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 52.

67. Idem, p. 53.

depois da defraudação de uma expectativa normativa identificar o autor como fonte da defraudação; deve ser tratado realmente como autor, isto é, deve ser eliminado enquanto destinatário na comunicação de modo mais ou menos completo e por tempo mais ou menos largo."[68]

A desorientação que o delito causa possui uma dupla dimensão, segundo Jakobs, pois a norma atingida é parte da realidade da sociedade. Por um lado, o autor ataca o caráter vinculante da normatividade ao não lhe dar importância, e por outro, perturba a cimentação cognitiva da norma porque demonstra que podem existir violações a ela. Nenhuma das duas dimensões deve ficar sem resposta e, portanto, a parte simbólica da pena (contradição) reafirma que o comportamento do autor não é vinculante, e a dor penal transforma o fato em um empreendimento fracassado.[69]

Por meio desta dor penal, agregada à reafirmação da norma vinculante vigente, Jakobs continua mantendo outros efeitos que, embora até mesmo desejáveis, sejam apenas latentes, não diretamente ligados aos fins da pena. A prevenção geral positiva acaba por implicar na intimidação de autores em potencial (exatamente a prevenção geral negativa), mas por seu efeito de produzir fidelidade à norma. O medo e a convicção são reflexos da confiança na norma.[70]

3. CRÍTICAS À TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA DE JAKOBS

Especificamente com relação à definição de Jakobs, uma das primeiras e mais importantes críticas foi proposta por Alessandro Baratta, que acabou por definir o marco das controvérsias e pontos falhos do pensamento de Jakobs.[71] Quase todos os demais autores que criticam a teoria utilizam-se das mesmas considerações feitas

68. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 141-143. Trad. livre.

69. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 113-114; Idem, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 12/13.

70. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 148. Em outra sede, Jakobs já fazia afirmação semelhante: "o fato e a pena encontram-se no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade, a pena a marginalização dessa negação, é dizer, confirmação da estrutura. Desde este ponto de vista, com a execução sempre se alcançou o fim da pena: fica confirmada a configuração da sociedade. Que ademais disso se produzam efeitos psíquicos individuais ou coletivos – intimidação, exercício de fidelidade ao direito ou outros – não é essencial ao fim da pena, ainda que tais efeitos seguramente não sejam secundários enquanto função latente da pena". JAKOBS, *Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, p. 61-62.

71. O artigo de Baratta foi traduzido para o idioma espanhol e influenciou todos os debates acerca da prevenção geral positiva. PEÑARADA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ e CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, p. 29 et seq.

por Baratta, alguns citando e trabalhando os argumentos, outros sem sequer citar o saudoso professor.

Uma das primeiras críticas de Baratta, extraída da própria fundamentação sistêmica, revela que a pena, como a concebe Jakobs, não teria uma importância diferenciada dentro do sistema penal, ou seja, não haveria como indicar uma predominância ou uma importância maior da pena em razão de outras formas de resposta que o sistema poderia dar ao problema apresentado pelo entorno, já que poderia haver outros elementos ou instituições funcionalmente equivalentes.[72] Este mesmo argumento é utilizado posteriormente por Mir Puig, que expressamente agrega-se às críticas de Baratta.[73] A tese de Jakobs acaba por não fundamentar o porquê de uma reação penal, o porquê da pena, e serve somente "para fundamentar que à frustração de uma expectativa deve seguir *uma* consequência jurídica, mas não diz nada nem sobre o tipo nem sobre a intensidade da consequência", e desta forma não justifica o direito penal, mas sim qualquer forma de direito.[74] Na Alemanha, Hörnle e von Hirsch apresentaram a mesma crítica, variando apenas quanto aos exemplos de resposta (que poderia ser uma campanha na imprensa ou um minuto de silêncio).[75]

Outra interessante crítica sistêmica de Baratta diz respeito à ignorância, por parte da teoria, dos malefícios que a aplicação do sistema penal e da pena podem produzir quando de sua aplicação. A teoria da prevenção geral positiva ou preven-

---

72. BARATTA, Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Criminología y Sistema Penal*, p. 17.

73. MIR PUIG, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *ADPCP*, t. XXXIX, fasc. I, p. 57: "Baratta dedicou-a um interessante trabalho em que efetua críticas do ponto de vista interno da teoria e desde uma perspectiva externa da mesma. Entre as críticas internas cabe destacar a de que fica sem explicar por que a estabilização de expectativas deve ter lugar por meio da imposição de um castigo e não por outros meios menos lesivos e funcionalmente equivalentes. Permita-me compartilhar nesta linha crítica. Se, como pretende Jakobs, a função do Direito Penal fosse somente a confirmação da confiança nas normas e supusesse unicamente uma reação destinada a manifestar que segue firme a vigência das expectativas normativas, por que não bastaria fazer uma declaração inequívoca a respeito? Por que é preciso impor um mal, como a pena, se esta não busca a intimidação, senão somente evitar possíveis dúvidas acerca da vigência da norma infringida?".

74. PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* apud PEÑARADA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ e CANCIO MELIÁ, *Um nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, p. 32. A crítica inicial é de SCHUMANN, *Generalprävention: Ergebnisse und Chancen der Forschung*.

75. Cf. SCHÜNEMANN, Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 92.

ção-integração é encarada como um fator ou elemento exclusivamente positivo, esquecendo-se que mesmo dentro de um marco sistêmico, a aplicação da pena pode produzir altos custos sociais e efeitos gravíssimos à própria integração social ou ao suposto aumento de confiança das instituições jurídicas, como: (a) nos casos de desagregação familiar e a estigmatização social daquele que é preso; (b) a extrema desconfiança das pessoas ao perceberem a seletividade do sistema penal e dos instrumentos processuais, como por exemplo, a prisão preventiva; (c) a impossibilidade de reconstrução da comunicação entre autor e vítima nos conflitos em que isto seria almejado, como no caso de delitos privados.[76]

Também de um ponto de vista não sistêmico, ao trabalhar com a relação entre visibilidade e latência como finalidades ou efeitos da pena (função manifesta e função latente, cf. *supra*), a teoria de Jakobs não só autoriza esta distinção como a legitima. Assim, a pena estaria autorizada a ser aplicada pelas manifestas e graves violações normativas, o que poderia ser rapidamente trasladado para aquilo que possui visibilidade e alarma social, e sem observação da cifra negra da criminalidade. Isto incrementa o processo seletivo do sistema penal, algo indesejado.[77] Nas palavras de Baratta:

"Se recordamos a teoria de Foucault sobre a função exercida pelo recrutamento e manipulação de uma pequena 'população criminal' como parte de um número muitas vezes maior de violadores de normas, para ocultar e imunizar a maior parte das ilegalidades em uma sociedade, resulta fácil entender quão atrasada é a posição político-criminal de Jakobs em comparação com as tendências críticas e progressistas hoje existentes na sociologia jurídico-penal. A posição de Jakobs não permite identificar como problema político a desigualdade na distribuição do 'bem negativo' *criminalidade* em prejuízo dos grupos da população mais débil socialmente. Tampouco nem sequer permite abordar o fato de que a invisibilidade e a conseguinte imunidade das infrações às normas resultam funcionais à estabilização de posições de privilégio social e podem ser facilmente manipuladas em benefício delas, mediante uma sábia estratégia de sensibilização da opinião pública e de indução de alarma social".[78]

---

76. BARATTA, Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Criminología y Sistema Penal*, p. 18-19.

77. Idem, p. 21. Igualmente, sem citar o texto de Baratta, ZAFFARONI, *Derecho Penal*, p. 61

78. BARATTA, Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: *Criminología y Sistema Penal*, p. 22. Mais uma vez, sem citar o texto de Baratta, ZAFFARONI, *Derecho Penal*, p. 61. Outra crítica não tão extensa mas também invocando aspecto político é a feita por Ferrajoli: "As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, conferindo às penas funções de integração social através do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o

De uma forma geral, a teoria da prevenção geral positiva ou prevenção-integração recebeu uma dura crítica daqueles que a consideravam pura retribuição. Assim, caso se aplique a pena porque se deve reforçar a consciência do direito válido, em nada se diferenciaria da teoria da retribuição, que prega também a simples aplicação pela violação da norma. Alguns autores tentaram rebater tal crítica, asseverando que enquanto a teoria da retribuição pauta-se por fins metafísicos (arrependimento ou expiação – *quia peccatum est* ou *ne peccetur*), a teoria da prevenção-integração (em especial a elaborada por Roxin) tem por finalidade o social (ou psicossocial), sendo a pena em si mesma a finalidade, ou seja, uma pena que nos limites da culpabilidade proporcione a confiança no direito por aqueles que a veem ser aplicada de forma limitada e proporcional, e que presenciando a aplicação na medida da culpabilidade e da proporcionalidade, ou seja, uma pena justa, integra-se ao social e evita (inibe) a prática de delitos.[79]

Mas autores como Frisch, Schumann e principalmente Von Hirsch refutaram tal argumento. A afirmação de que a aplicação da pena conforme a culpabilidade e de caráter proporcional supostamente influenciariam a moral do cidadão reforçando o sentimento do direito e inibindo a prática de delitos, não possui respaldo em nada, segundo Von Hirsch.[80] Aliás, como destaca Müller-Dietz, é algo muito complexo definir de que forma o indivíduo ou mesmo os grupos sociais recebem as regras e as decisões judiciais e de que maneira este conhecimento é processado.[81] Então, de onde se retiram estas afirmações? Enquanto é plausível aceitar que a pena tenha, no mínimo, um efeito preventivo geral, há pouco para se dizer se tal prevenção se dá por meio do reforço na confiança, e não pela intimidação. Se pouco se pode saber e afirmar sobre isto – como e em qual medida a pena reforça a autodisciplina – então tal argumento é inseguro para fundamentar a limitação moral que pretende o direito penal.[82]

---

conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de 'orientação moral' e de 'educação coletiva'". FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 256.

79. PÉREZ MANZANO, Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, p.78.

80. VON HIRSCH, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN e PRITTWITZ, *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, p. 63.

81. MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht. In: VOGLER, Theo. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, p. 825.

82. VON HIRSCH, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN e PRITTWITZ, *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, p. 64. Veja-se a conclusão a que chega Zaffaroni; "As duas versões da prevenção geral não se acham tão distantes, pois enquanto a negativa considera que a dissuasão é provocada pelo medo, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem crê que na rea-

Por consequência, mesmo havendo este forte indício para o efeito de prevenção geral, é muito fraca a relação entre este efeito e a limitação do direito penal – e da pena – por meio do princípio de culpabilidade. A teoria da prevenção geral positiva remete à suposta decepção da atuação-expectativa do cidadão que se causaria caso a responsabilidade penal fosse atribuída a alguém com inobservância da culpabilidade ou da proporcionalidade da sanção, e da possível prevenção ao cometimento do delito que resultaria disto (diminuição da inibição). Mas há poucos fundamentos para se aceitar que o cidadão, de fato, se importa muito com o princípio de culpabilidade no direito penal ou com a proporcionalidade das sanções jurídicas. Ao contrário, conforme von Hirsch, algumas restrições elementares do direito penal orientadas pela culpabilidade, como, por exemplo, a inimputabilidade de doentes mentais, parecem muito mais irritar do que acalmar o cidadão comum.[83]

Von Hirsch destaca ainda que a prevenção geral positiva desconsidera que a exigência de culpabilidade e da proporcionalidade da pena são princípios éticos e não máximas da prevenção do delito. Sentimos que há algo de injusto se acontecimentos do acaso (azares) forem sancionados, ou se punimos os autores com uma pena desproporcional, e este sentimento de injustiça não pode ser explicado somente com o argumento de que tais medidas seriam a negação da obediência normativa menosprezada.[84]

Há ainda outra ponderação importante no que tange à separação entre as funções manifestas e latentes. Segundo Peñarada Ramos, não se pode eliminar das normas a função de direção de condutas, mesmo porque ainda que o asseguramento de expectativas possa ser considerado como a finalidade primária do direito, essa função não pode se desgarrar da direção de condutas, pois as expectativas não podem ser (contrafaticamente) estabilizadas se a facticidade da norma é continua e manifestamente transgredida. É por isso que a direção de condutas deve ser uma segunda função ou função manifesta do direito diretamente derivada da anterior.[85] No entanto, tal consideração pode ser rebatida da seguinte forma: na verdade, o que assegura as expectativas é a aplicação da pena. O fato de a norma ser continuamente violada, por si só, não afeta as expectativas, desde que a pena seja aplicada. A falta de aplicação da pena, esta sim, é que pode enfraquecer as expectativas.

---

lidade castiga-se a quem não contém seus impulsos e, portanto, segue convencido de que é positivo seguir contendo-os". ZAFFARONI, *Derecho penal*, p. 61.

83. VON HIRSCH, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN e PRITTWITZ, *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, p. 64.

84. Idem, p. 65.

85. PEÑARADA RAMOS, Sobre la influencia del funcionalismo e la teoría del sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, p. 249. O autor utiliza as bases críticas e MÜLLER-Tuckfeld em *Integrationsprävention*, p. 64.

No Brasil, Duek Marques, ao desenvolver sua brilhante concepção da pena como vingança estatal controlada, aprova a formulação de Roxin.[86] Em outro não menos brilhante trabalho, Gustavo Junqueira acompanha os críticos de toda finalidade de prevenção geral positiva da pena, apontado a falta de legitimidade com base na mesma falta de estudos que demonstrem a sua capacidade para motivar a fidelidade ao direito, embora esta perspectiva seja a de esperada consequência e não a finalidade principal da atual concepção de Jakobs. E, na mesma linha do que foi dito por Baratta, Junqueira aponta ainda que como a teoria da prevenção geral importa-se apenas com as expectativas e, destarte, possibilita a escolha de quais crimes obterão a atenção do sistema penal, a pena poderá ser utilizada facilmente como instrumento de opressão e manutenção das desigualdades sociais.[87]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Particularmente, entendo que qualquer estudo sobre a finalidade da pena deve considerar tanto sua dimensão normativa quanto sua dimensão fática. Nesse ponto, méritos a Jakobs e minha concordância à sua postura.

A dúvida sobre a dimensão fática da pena, talvez a dimensão mais importante, é se podemos desprezar o fato de que existe um destinatário direto que vai sofrer a "dor penal", e se a este e aos seus não precisamos justificar, também faticamente, a pena. Além do caráter normativo da construção do sistema jurídico penal conforme a premissa do Estado Democrático de Direito no qual se preza a liberdade responsável – daí a normatividade decorrente do valor liberdade –, do ponto de vista fático social existe a necessidade de se justificar a quantidade e a qualidade da resposta que na realidade será sentida pelo infrator e que lhe vai retirar esta liberdade, de fato, e que tem como consequência principal a subtração do tempo de vida autodeterminável. Este sempre foi o ponto fraco da teoria de Jakobs, talvez pela influência da teoria dos sistemas de Luhmann, que não permite valoração dos elementos do sistema e que, se puder explicar de forma convincente a constatações sociais mais importantes de causa do crime e consequências sensíveis (desigualdade econômica, por exemplo, como fator criminógeno), ainda não foi devidamente elaborada.

Nos dois âmbitos – normativo e fático – tem-se que, além da justificativa do *quanto* de pena, há também a justificativa da *qualidade* da pena. E ambos sempre deverão ter em conta passado, presente e futuro do autor e da sociedade.

Nesse sentido, ao tentar justificar a sanção penal surgem-me algumas perguntas: uma pena de multa ou de perda de bens tem por objetivo o ressarcimento do

86. MARQUES, *Fudamentos da pena*, p. 148.

87. JUNQUEIRA, *Finalidades da pena*, p. 73.

passado? A pena de prisão pode significar inocuização presente e futura? A pena de prestação de serviços à comunidade não tem por objetivo o presente? Em certos casos a pena, enquanto restrição corporal, não se demonstra desnecessária? Não é o que sempre pode ser sentido quando a pena aplicada é somente a de multa? E, sendo assim, se a conclusão final sobre a reprovação do autor e do fato pode justificar o pagamento em dinheiro, para que o direito penal? Porque o direito penal acaba aplicando estas consequências não estritamente corporais? Talvez por economia processual, pela verdade real, simbolismo etc.? Quanto à quantidade, é errado dizer que um segundo a mais de pena contém a maior das injustiças dentre as que possam ser cometidas pela aplicação do direito? Como medir o tempo de prisão pela régua da culpabilidade?

Não tenho a pretensão de responder às indagações. Deixo-as como provocação. Mas, o que se pode afirmar, penso, é que todo arcabouço penal, toda a dogmática desenvolvida, todos os institutos de parte geral e especial, existem, na verdade, para justificar uma coisa: esta pena que, antes dos modernos institutos alternativos (restritivas de direito, multa, advertência), tinha por característica a imposição corporal, e como consequência a subtração do "tempo" de uma pessoa (por meio da prisão), subtração esta intranscendente que não poderia ser repassada a mais ninguém que não ao autor do fato (culpabilidade) e, pior, que pela absoluta impossibilidade de devolução ou ressarcimento equivalente, sempre deveria ser a mais proporcional possível, a menos aplicada, e a mais bem fundamentada sanção utilizada pelo direito.

Refletir sobre a pena é, em última análise, construir um direito penal, deste ou daquele modo. A justificação da pena não ocorre apenas para o condenado – embora seja a mais importante – mas também para seus familiares, para a vítima, bem como para toda a sociedade, que construída com base na liberdade, não pode compactuar com a restrição deste valor (existência livre) sem a obediência aos elementos do próprio sistema, e tampouco pretende ver que seus valores não estão sendo devidamente "protegidos" pelo poder estatal constituído. De fato, a restrição deste ambiente – liberdade – retira o que de mais precioso possui o cidadão, algo sem a qual sua própria vida perde o referencial, que é o seu tempo. Um mau julgamento e uma indevida pena de prisão jamais poderão ser devidamente reparados, já que o tempo não se devolve. A maior indenização pecuniária jamais será capaz de ressarcir equivalentemente os momentos perdidos da vida, os que deveriam ter sido vividos pelo condenado, que não acompanhou o nascimento de seu filho ou segurou a mão de sua mãe no leito de morte. Esta dimensão fática não deve ser esquecida pelo direito penal, e por mais que normativamente seja coerente explicar a finalidade da pena, do ponto de vista fático ainda há muito que se estudar para que se possa aplicar com segurança uma pena, de certa natureza e por certo tempo.

Do ponto de vista normativo, a pena reforça a proibição à sociedade, na qual se inclui o apenado. Portanto, o reforço presta-se a ele e a toda a sociedade. A qua-

lidade e a quantidade da pena devem refletir este reforço na vigência da norma. E porque se presta também a reforçar a vigência da norma ao apenado é que a pena deverá variar entre os marcos legais para proporcionar este reforço de validade. É dispensável ou irrelevante falar da influência psicológica do apenado, pois uma pessoa pode receber uma pena alta e voltar a delinquir, e outra pode receber uma pena pequena e nunca mais cometer um delito. Existem ainda os delitos ocasionais ou passionais, que normalmente não provocam reincidência. O que interessa é que de acordo com as valorações sociais, a pena seja aplicada entre o marco legal definido para reforçar, reafirmar – e não restabelecer – a vigência da norma penal. Mas mesmo em seu caráter normativo, não se pode esquecer que a qualidade e quantidade da pena são respostas condicionadas ao autor do fato, pois o delito é obra sua, e toda organização e circunstâncias externas do delito devem ser consideradas. São os critérios objetivo-sociais que se impõe para que o reforço seja aplicado na medida mais exata.

O delito é a falha na comunicação social, uma defraudação das expectativas. A pena atua como resposta de dimensão comunicativa e contrafática. Como comunicação, reforça a vigência normativa, sempre e indistintamente; e como reação contrafática, restaura as expectativas sociais de comportamento de forma pública e racional. Uma depende da outra em uma relação dialética. Assim, a vigência normativa depende da restauração fática e esta restauração não permanece no plano normativo abstrato, mas depende essencialmente do caso concreto.

A pena restaura as expectativas, ou seja, possibilita a interação social e por isso possui uma medida. Uma pena aplicada levemente em um caso concreto de violação a um valor social importante não serve para o restabelecimento das expectativas. Da mesma forma, não é legítimo aplicar-se uma pena severa a valores de menor importância, por ser irracional e desnecessário. E quando se utiliza a expressão valores, deve-se pensar em valores sociais de relação intersubjetiva, ou seja, não se deve acorrentar a expressão a bens físicos ou intelectuais, mas sim ao comportamento de respeito à liberdade alheia e ao princípio de não ofensividade ao seu semelhante.

Por fim, de forma ousada, entendo que é possível falar-se não de uma, mas de várias finalidades da pena, a depender do momento em que esta funciona como um elemento do sistema penal. É possível pensar-se que a pena, no momento em que adentra ao ordenamento jurídico, exerce uma função muito mais de prevenção geral e especial, talvez negativa, como forma de coibir as intenções delitivas. Em um segundo momento, de sua aplicação concreta em uma sentença, pode-se falar em prevenção geral positiva. E, na fase de execução penal, a mim me parece que a prevenção especial positiva é a finalidade maior do instituto *pena*, não como ressocialização, mas sim como disponibilidade de recursos ao apenado e garantia máxima aos direitos não restringidos pela privação da liberdade. Todavia, parece-me ainda que não se pode falar de aplicação de qualquer instituto jurídico (leia-se:

sistemático) sem que se observem os princípios que regulamentam tal sistema, ou dos *topoi* desenvolvidos como formas de controle e limitação às lacunas sistemáticas ou aos casos concretos, únicos em sua conformação. Apenas não se pode, em nome do normativo, desprezar o fático, ponto de partida e fundamento de existência daquele. De certo, apenas um fundamento para a pena: aplica-se porque constitui a resposta legalmente prevista para o conflito social mais grave, e diante da nossa incapacidade de articular uma resposta melhor. Na real constatação de que não possuímos melhor alternativa a este erro histórico chamado pena de prisão, a única forma de mantê-lo como instrumento de *ultima ratio* é aplicá-lo menos. E a teoria de Jakobs não parece caminhar neste sentido.

5. REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechssystems*. Berlim: De Gruyter, 1984.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención (1985). *Criminología y sistema penal*. (Compilación *in memorian*). Buenos Aires: B de F, 2004.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 11. ed. Bielefeld: Gieseking, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madri: Civitas, 2008.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale (parte generale)*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1897. vol. 1.

FACÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Ed. RT, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. Trad. Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FUCHS, Helmut. *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. 7. ed. Viena: Springer, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Externado de Colombia, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. 2. ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. Prävention im Strafrecht. *Juristische Schulung (JuS)*. Ano 27. Munique: C. H. Beck, 1987.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht – Allgemeiner Teil I.* Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt. Stuttgart: Kohlhammer, 2005.

JAKOBS, Günther. *¿Que protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Santiago: Cuyo, 2001.

_____. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas, 2004.

_____. *El Derecho penal como disciplina científica.* Madri: Civitas, 2008.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Madri: Civitas, 2006.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.* 3. ed. Berlim: Dunker & Humblot, 2008.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Madri: Civitas, 2003.

_____. *Sobre la teoría de la pena.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1998.

_____. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Colombia: Universidad Externado, 1996.

_____. *Strafrecht. Allgemainer Teil.* 2. ed. Berlim: De Gruyter, 1993.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena.* Barueri: Manole, 2004.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Algemeiner Teil.* Baden-Baden: Nomos, 2005.

_____; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (orgs.). *Nomoskommentar.* 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005. Band I.

LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva.* Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Externado de Colombia, 1995.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP).* t. XXXIX. fasc. I. Madri, jan.-abr. 1986.

_____; STRATENWERTH, Günther; ROXIN, Claus et al. *Política criminal y reforma del Derecho Penal.* Bogotá: Temis, 1982.

MORSELLI, Elio. Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP).* t. XLVIII. fasc. I. Madri, jan.-abr. 1995.

MOSS, Reinhard. Positive Generalprävention und Vergeltung. In: MELNIZKY, Walter; MÜLLER, Otto F. *Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag.* Viena: Manzsche, 1989.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention. In: VOGLER, Theo. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag.* Berlim: Duncker & Humblot, 1985. Band II.

MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1994.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*. 10. ed. Kriftel: Luchterhand, 2002.

_____; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004.

NOLL, Peter. Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlim: Duncker & Humblot, 1966.

NEUMANN, Ulfrid. Institution, Zwek und Funktion staatlicher Strafe. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer. *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*. Köln: Carl Heymanns, 2007.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlim: De Gruyter, 2004.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoria de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

_____; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

PESSINA, Enrico. *Elementos de Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1919.

PETROCELLI, Biagio. *Saggi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 1952.

PIÑA ROCHEFORT. Rol socyal y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT. *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Externado de Colômbia, 2003.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: C .H. Beck, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1998.

SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Methodik der Fallbearbeitung*. 6. ed. Bremen: Rolf Schmidt, 2007.

SCHÖCH, Heinz. Empirische Grundlagen der Generalprävention. In: VOGLER, Theo. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlim: Duncker & Humblot, 1985. Band I.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed. Munique: Beck, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

SEILER, Stefan. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I.* Grundlagen und Lehre von der Straftat. Viena: Facultas, 2007.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemainer Teil I. Die Straftat*. 5. ed. Köln: Carl Heymanns, 2004.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 7. ed. Berlin: De Gruyter, 1960.

VASSALI, Giuliano. Funzioni e insufficienze della pena. In: _____. *Scritti Giuridici. Volume I. La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*. Milão: Giuffrè, 1997. t. 2.

VON HIRSCH, Andrew. Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2005.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 7. ed. Berlin: De Gruyter, 1960.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIPF, Heinz. Die Integrationsprävention (positive Generalprävention). In: MELNIZKY, Walter; MÜLLER, Otto F. *Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag*. Viena: Manzsche, 1989.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs, de Juliana Cardoso Benedetti - *RBCCrim* 73/9 (DTR\2008\365);
- Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs, de Vinicius Borges de Moraes - *RBCCrim* 74/9 (DTR\2008\543);
- Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs, de Tatiana Machado Corrêa - *RBCCrim* 51/207, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/981 (DTR\2004\659);
- Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin, de Luís Greco - *RBCCrim* 32/120 (DTR\2000\462);
- O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos, de Ionilton Pereira do Vale - *RT* 909/165 (DTR\2011\1879); e
- Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, de Fábio da Silva Bozza - *RBCCrim* 70/41, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/315 (DTR\2008\5).

A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito

The distinction between the norm of behavior and the norm of sanction in the analytical theory of law

Joachim Renzikowski

Professor catedrático de Direito Penal, Filosofia e Teoria do Direito na Universidade de Halle an der Saale, Alemanha.

Traduzido por

Adriano Teixeira

Doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, Alemanha. Bolsista DAAD/Capes.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O autor trata da distinção entre normas de comportamento e normas de sanção e sua origem em *Thomas Hobbes* e *Jeremy Bentham*, bem como ressalta a utilidade dessa concepção dualista para a dogmática do direito penal.

Palavras-chave: Teoria das normas - Thomas Hobbes - Jeremy Bentham - Direito Penal.

Abstract: The author addresses the distinction between norm of behavior and norm of sanction and her origin in *Thomas Hobbes* and *Jeremy Bentham*, as well points out the utility of this conception for the Criminal Law theory.

Keywords: Norm theory - Thomas Hobbes - Jeremy Bentham - Criminal Law.

Sumário: I. Introdução - II. Primeira concepção de teoria das normas em *Thomas Hobbes* - III. A distinção entre lei "principal" e "subsidiary" em *Bentham* - IV. Objeções comuns contra uma concepção dualista das normas - V. Da utilidade de uma concepção dualista das normas para a dogmática jurídico-penal: 1. Abordagens para uma imputação baseada na norma de comportamento; 2. O caráter acessório do direito penal - VI. Conclusão - VII. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Uma conferência[NT] sobre a distinção entre normas primárias de comportamento e normas secundárias de sanção amolda-se perfeitamente à Faculdade de

NT. Nota do Tradutor: Este estudo baseia-se em uma conferência proferida pelo autor em 2010 na Faculdade de Direito da Universidade de Leipzig.

Direito de Leipzig, porquanto essa diferenciação liga-se de forma inexorável ao nome de um dos grandes professores dessa Faculdade: *Karl Binding*.[1] Por outro lado, é cômico que justamente um colega de Halle profira uma palestra aqui, pois *Franz v. Liszt*, contemporâneo de Halle igualmente importante, e *Binding*, após inicial e breve relação de respeito, cultivaram uma acalorada hostilidade mútua.[2] E, sendo assim, não surpreende que eu venha arranhar um pouco o legado de *Binding*, identificando como verdadeiros pais dessa distinção de teoria das normas outros dois autores, talvez ainda mais significativos, quais sejam: *Thomas Hobbes* e *Jeremy Bentham*.

É de todos conhecido que *Binding* tentou estabelecer um edifício teórico alicerçado na distinção entre a lei penal, que se dirige ao Estado, e a norma a ela subjacente, que se dirige a todos.[3] Para chegar a essa conclusão, *Binding* guiou-se pelas seguintes considerações: é impreciso enxergar o delito como a transgressão da lei penal, pois o criminoso faz exatamente aquilo que a lei penal descreve em seu tipo.[4] O juízo de antijuridicidade pressupõe lógica e forçosamente o reconhecimento de preceitos jurídicos que antecedem a lei penal e são desta fundamentalmente diversos. Assim dispõe, por exemplo, o § 212 StGB: "Quem mata uma outra pessoa, (...), será punido (...)." A essa lei penal subjaz, segundo *Binding*, a norma de comportamento: "não matarás!" Para *Binding*, disso resulta que quem quiser compreender a essência do delito, deve primeiramente ocupar-se da norma de comportamento e

1. Karl Binding foi, de 1873 bis 1913, Professor Ordinário em Leipzig. Anteriormente, em 1971, ele rejeitara um chamado para Halle. Extenso material biográfico em *Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), 1989.

2. Originalmente v. LISZT, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, p. 6 recepcionou a teoria das normas de forma absolutamente positiva. Pouco depois, ele voltou-se, porém, no artigo „Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", in: *ZStW* 6 (1886), p. 663 ff. contra o "formalismo" da teoria das normas (p. 672), criticou o conceito de bem jurídico denominando-o um "conceito aparente" (p. 679 e ss.) e reclamou do "terrorismo da Escola" (p. 698). A rivalidade tornou-se eclatante, contudo, depois que *Binding* caracterizou a conferência de *Liszt* na Reunião de Munique da Associação Internacional de Direito Penal como uma "prática que entre nós dificilmente já se prostituiu com tamanha assustadora nudez" (*Grundriß des deutschen Strafrechts*, 5. ed. 1897, p. 86, nota 1). Sem hesitar, LISZT, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, in: *ZStW* 18 (1898), p. 229, 230 revidou dizendo: "que em Binding, dentre outras ideais inibitórias, especialmente a autocrítica e a decência literária desde sempre desenvolveram-se notadamente de forma fraca, sabemo-os todos". Mais detalhes sobre essa polêmica controvérsia, que dificilmente encontra paralelo para a época, ver WESTPHALEN, op. cit., p. 303 ss.

3. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Normen und Strafgesetze*, 1872, t. I, p. 28 e ss.; idem., *Handbuch des Strafrechts*. 1885, t. I, p. 155, 162 e ss.

4. Justamente por isso para KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 116 e ss. "o injusto (delito) não é negação, senão condição do direito." Logo, o criminoso não viola o direito, mas o cumpre!

sua transgressão.[5] A partir dessa concepção dual das normas obtida analiticamente, *Binding* desenvolveu um amplo sistema de direito penal.[6]

Nos dias de hoje, a teoria dualista das normas é amplamente difundida na dogmática penal alemã – ou na dogmática penal por ela inspirada. Pouco conhecido, no entanto, é o fato de que suas raízes são bem mais antigas. Elas ascendem a *Thomas Hobbes* e *Jeremy Bentham*. *Bentham* pode ser considerado, ao lado de *John Austin*, o pai da "teoria analítica do direito".[7] O interesse epistemológico mais prioritário dessa abordagem jurídico-científica é, até hoje, a análise dos elementos formais e estruturais do direito. Ao lado da busca pelo conceito de direito ou do tratamento do problema da validade, cuida-se do desenvolvimento da estrutura das normas jurídicas.[8] É evidente que a partir desse propósito produzem-se estímulos no sentido de uma ciência jurídico-penal sistemática.[9] Por fim, mas não menos relevante, a *Binding* importava fundar uma dogmática penal refletida metodologicamente.

Em realidade, *Hobbes* deveria ter sido conhecido por *Binding*. Nesse sentido, anota um de seus mais tenazes críticos, o civilista *Julius Binder*, que a abordagem da teoria das normas de *Binding* já fora, essencialmente, antecipada por *Hobbes*.[10] Na obra de *Binding* não se encontra, todavia, qualquer referência a *Hobbes*. No caso de *Bentham*, isso é mais difícil. Sua principal obra em torno do tema, "Of Laws in General", foi considerada por muito tempo desaparecida e foi descoberta apenas

5. BINDING, Normen I... cit., p. 4 Nota 2: "e deve-se ponderar que uma investigação cuidadosa daqueles preceitos jurídicos, aos quais o delinquente se opõe, seria indispensável para o correto conhecimento do crime e de seus elementos essenciais".

6. A obra principal de BINDING "Die Normen und ihre Übertretung" compreende quatro tomos e surgiu num espaço de tempo de mais de 40 anos (1872 – 1919). A obra trata praticamente de toda a parte geral do direito penal.

7. Cf. DREIER, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?* 1975, p. 8

8. Cf. ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rechtstheorie für Studenten, 5. ed., 2008, nm. 17; RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. ed., 2008, p. 2 e ss.

9. O significado da teoria das normas para a dogmática do direito penal é inestimável: por exemplo, a teoria pessoal do injusto, fundamento da moderna construção do delito com a localização do dolo no tipo subjetivo, explica-se pelo fato de ao injusto subjazerem normas de determinação. Essas normas de determinação dirigem-se ao cidadão singular, dizendo-lhe o que deve fazer e deixar de fazer. Em adição, o injusto forra-se de uma norma valoração, que reprova juridicamente a realização típica antijurídica como algo que não deve ser. Enquanto, segundo isso, a violação da norma de determinação fundamenta o desvalor da ação, da norma de valoração resulta o desvalor do resultado enquanto segundo componente do injusto; cf, por todos LENCKNER/EISELE in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 28. ed., 2010, comentários prévios ao §§ 13 ss. nm. 48, 52 e ss, com ulteriores referências.

10. BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1927, p. 4 e ss.

no ano 1939, nos porões da University College, em Londres.[11] Essa primeira "teoria geral do direito" era originalmente o último capítulo da famosa "Introduction to the Principles of Morals and Legislation", concebida em 1780, depois, contudo, transformada em volume autônomo de continuação em 1782. Não se sabe por que o livro não foi publicado. Por outro lado, *Felix Somló* – provavelmente de forma pioneira –, no ano de 1917, apontou para a origem da teoria dualista das normas.[12] Ele fez referência ao dígito 8 da "Concluding Note" à "Introduction", que já continha o programa para o "Of Laws in General".[13] A "Introduction", entretanto, mal foi recepcionada na Alemanha.[14]

Na sequência, primeiro serão apresentadas as posições de *Hobbes* (II.) e *Bentham* (III.). Após a discussão de algumas objeções contra uma concepção dualista das normas (IV.), será esboçado o que esse modelo oferece para a atualidade (V.).

II. PRIMEIRA CONCEPÇÃO DE TEORIA DAS NORMAS EM *THOMAS HOBBES*

Hobbes "De Cive", do ano 1646,[15] constitui o final de "Elementa Philosophiae". A obra contém a formulação clássica da filosofia do direito e do estado hobbeseana, ao mesmo tempo, porém, no capítulo 14, a primeira abordagem de uma teoria das normas. Enquanto os capítulos precedentes tratavam, em essência, da transição de um inseguro estado de natureza para uma sociedade civil, pacificada pelo monopólio estatal da força, o capítulo 14 "De legibus et peccatis" trata da lei penal.

---

11. Nomeadamente por *Charles Everett*. Everett desde alguns anos já empenhara-se em ordenar os manuscritos no arquivo da University College, que estavam em 173 pastas. Quando ele, pela primeira vez, deparou-se com os papéis em questão, não reconheceu do que se tratava. Depois que, em um penoso e minucioso trabalho, conseguiu reconstruir o manuscrito, cujas páginas estavam espalhadas em diferentes pastas, ele o publicou no ano de 1945, sob o título "The Limits of Jurisprudence Defined", de *Jeremy Bentham*. Sobre a história da publicação cf. também HART, Bentham's "Of Laws in General", in: *Rechtstheorie* 2 (1971), p. 55 ss.

12. FELIX SOMLÓ, Juristische Grundlehre, 1917, p. 190.

13. No volume editado por *Burns* e *Hart* no ano de 1982, na p. 303.

14. Exceções feitas a *Friedrich Eduard Beneke* e *Rudolf von Jhering*. Contudo, *Beneke*, que desde 1827 ocupou-se mais de perto com a teoria de *Bentham*, não exerceu qualquer influência em vida, também provavelmente por razão de sua carreira acadêmica mal sucedida. JHERING, *Der Zweck im Recht*. 2. ed. 1886, t. II, p. 170 s., considerava *Bentham* como um dos "pensadores mais originais". A jurisprudência dos interesses por ele cofundada foi nitidamente influenciada pelo utilitarismo. Extensamente sobre isso e sobre a recepção de *Bentham Coing*, ARSP 54 (1968), p. 69 ss.

15. A partir daqui citarei de HOBBES, *Malmesburiensis Opera quae latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, London, 1839, vol. II, De Cive.

O capítulo começa com uma caracterização da lei. "Mandatum autem est praeceptum, in quo parendi ratio sumitur a voluntate praecipientis."[16] Essa formulação soa já como a teoria dos imperativos, cujos cultores consideram-se *Austin* e *Bentham*. Segundo essa teoria, o direito é constituído por ordens que partem do mais alto poder político de uma coletividade e que se dirigem aos membros dessa coletividade.[17] *Binding* mesmo descreve a norma como um imperativo, rejeita, contudo, a teoria dos imperativos.[18] No comentário ao próximo tópico, *Hobbes* descreve o mecanismo de ação da lei: "Lege vero obligatum teneri, id est, metu poenae, quae in lege constituitur, ad praestationem cogi".[19] Ambos elementos caracterizam, para *Hobbes*, as leis civis em contraposição à lei moral, que vige no inseguro estado de natureza. Por isso, todas as leis contêm duas partes, a ordem de comportamento do legislador e a ameaça de sanção: "Rursus, lex civilis pro duobus legislatoris officiis, quorum alterum est judicare, alterum cogere ut judiciis acquiescant, duas habet partes, alteram distributivam, alteram vindicativam sive poenariam."[20] Através da imposição de deveres de comportamento, o legislador determina ao mesmo tempo "o meu e o seu" e fixa, dessa forma, a extensão do direito subjetivo. "Distributiva est, qua jus suum cuique distribuitur et quid cuique licitum sit facere vel omittere, quid illicitum. Vindicativa est, qua, quae poenae sumendae sunt de iis qui legem violant, definitur."[21] A lei distributiva e a ameaça sancionatória não são, todavia, duas espécies distintas de leis ("duae legum species"), mas duas partes de uma e

16. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.1. – "O comando é, porém, um dispositivo, no qual a razão de observância deriva-se da vontade do prescritor".

17. Ver AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 5. ed., 1911, vol. I, p. 79, 88 s.; BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. por H.L.A. *Hart*, 1970, p. 1. A caracterização de "Law" como "Commands" encontra-se já em HOBBES, Leviathan, 1651, Chap. XXVI. No âmbito linguístico alemão, a teoria dos imperativos introduzida por THON, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, p. 8; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, t. I, p. 30 ss.; sobre a discussão atual cf. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9. ed., 1997, p. 19 ss.; RÖHL/RÖHL, op. cit., p. 230 ss.

18. BINDING, Handbuch... cit., p. 155, 157 Nota 8; idem, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Strafrecht*, 1915, t. I, p. 539.

19. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.2. – "Ser obrigado pela lei significa, na verdade, ser forçado a determinado comportamento por medo da pena nela cominada".

20. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.6. – "A lei civil, por sua vez, de acordo com ambos os deveres do legislador de, por um lado decidir, e, por outro, coagir o reconhecimento das decisões, duas partes: de um lado, uma distributiva e, de outro, uma vingativa ou punitiva."

21. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.6. – "A parte distributiva é aquela pela qual cada um tem seu direito atribuído e pelo qual a cada um é dado o que fazer ou abster, permitido ou não permitido. A parte vingativa é aquela que determina a punição que deverá atingir o infrator da lei."

mesma lei ("ejusdem legis duae partes"). Porque uma lei sem ameaça de sanção seria ineficaz. "Frustra ergo lex est, nisi utramque partem contineat, et illam, quae *prohibet* injurias fieri, et illam, quae facientes *punit*. Harum primum *distributiva* dicitur, *prohibitoria* est, et loquitur ad omnes; secunda, quae *vindicativa* vel *poenaria* appellatur, mandatoria est, et loquitur tantum ad ministros publicos."[22]

A *Hobbes* importa separar o direito positivo da moral. Segundo ele, dois elementos são indispensáveis para o direito: primeiro, trata-se de uma ordem de comportamento que remonta à – publicamente proferida[23] – vontade do legislador. A ordem de comportamento é, segundo, ligada a uma ameaça de sanção para o caso de transgressão. Para *Hobbes*, a existência de normas de comportamento é indiscutível. Elas provêm do direito natural – que carece, no entanto, de coercividade[24] – e, por isso, não necessitam ser primeiramente postuladas como premissa teórica. Através da necessária conexão de uma ordem de comportamento com uma ameaça de sanção, afigura-se *Hobbes*, ademais, como um primeiro defensor de uma teoria das normas com acento na sanção (Sanktiontheorie der Normen). No entanto, sua posição diferencia-se essencialmente de variantes monistas mais modernas,[25] na medida em que toma como destinatários não apenas o juiz, mas, tendo em vista o comportamento culpável, também os cidadãos. O 14.º capítulo termina com uma interessante especulação. Segundo *Hobbes*, a pena também pode ser enxergada como um preço de compra e venda ("pretium") por uma infração. Nesse caso, a lei não contém nenhuma proibição absoluta dirigida aos cidadãos e nenhuma proibição vingativa, dirigida às autoridades, mas apenas uma condição. Uma vez que o fato não seria mais proibido para aquele que preenche a condição, o criminoso tampouco infringe a lei.[26] Logo, o delito não seria um comportamento ilícito, mas afigurar-se-ia como um negócio jurídico: para a vantagem especial "lesão de bem jurídico" paga-se com a especial vantagem "punibilidade".[27] Apesar de *Hobbes* dei-

22. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.7 (destaque no original). – "Inútil é, porém, uma lei que não contém ambas as partes, tanto a parte que proíbe cometer injustos, quanto uma pena para quem, não obstante, o faz. A primeira parte, que se chama distributiva, é proibitiva e fala para todos; a segunda parte, que se chama vingativa ou punitiva, é imperativa (*gebietend*), e dirige-se apenas ao servidor do Estado". O significado da ameaça de sanção para a eficácia de leis é mais uma vez relevada no tópico seguinte (XIV.8.).

23. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.13.

24. S. HOBBES, De Cive... cit., Cap. III.25 e 31, XIV.5.

25. V., por exemplo, KELSEN, op. cit., p. 116 ss., especialmente p. 124; SCHMIDHÄUSER, *Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen*, 1964, p. 10 ss.; ALWART, *Recht und Handlung*, 1987, p. 146 ss.

26. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.23.

27. Nesse sentido, decididamente *Andreas Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Kaufmanns Normentheorie, 1996, p. 81, 265 ss. et passim. A

xar para o legislador a decisão a favor de uma interpretação da norma com acento na sanção ou com acento na contraprestação, ele indica a razão pela qual considera a segunda opção menos convincente. Nesses casos, o devedor estaria obrigado a assumir a própria pena. Como, porém, um assassino poderia obrigar-se à própria execução?[28] Uma tal obrigação contraria o impulso humano natural de autopreservação e, com isso, a lei natural.

III. A DISTINÇÃO ENTRE LEI "PRINCIPAL" E "SUBSIDIARY" EM *BENTHAM*

A obra "Of Laws in General", de *Bentham*, pode ser vista como a primeira teoria geral do direito. Para o nosso contexto, interessa o capítulo onze, intitulado "Force of a Law".[29] No quarto tópico, *Bentham* distingue – como antes fizera *Hobbes* – entre duas partes da lei: o comando de comportamento – "the one serving to make known to you what the inclination of the legislator is" – e o estímulo ou apelo de comportamento (Verhaltensanreiz), por meio do qual o legislador pretende reforçar sua ordem – "the other serving to make known to you what motive the legislator has furnished you for complying with that inclination". A primeira parte chama *Bentham* de "directive", ela dirige-se "more particularly to your understanding". A segunda parte denomina ele de "sanctional or incitative", ela dirigi-se "to your will".[30]

Até aqui, tudo faz, em grande medida, lembrar *Hobbes*. Em seguida, no entanto, *Bentham* toma outro rumo. É verdade, diz *Bentham*, que a ideia de coerção no entendimento corrente é inexoravelmente ligada ao conceito de direito. Isso não é, contudo, necessariamente assim.[31] Dever-se-ia, na realidade, distinguir entre

---

interpretação do crime como "contrato de compra e venda" encontra-se também nos filósofos do direito marxistas *Paschukanis* (*Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, Reimpressão1966, p. 160 ss.). Ademais, pode-se apontar para alguns representantes da "análise econômica do direito", especialmente GARY S. BECKER, *Journal of Political Economy* 76 (1968), p. 169 ss., 196 ss.; RICHARD A. POSNER, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: ASSMANN/KIRCHNER/SCHANZE (org.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, p. 79, 82; sobre a nova discussão v. LÜDERSSEN, Ökonomische Analyse des Strafrechts und Alternativen zum Strafrecht, in: OTT/SCHÄFER (org.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1998, p. 25 ss.

28. HOBBES, De Cive... cit., Cap. XIV.23. Outras críticas a uma concepção de normas como essa em RENZIKOWSKI, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre, in: *ARSP* 87 (2001), p. 110, 119 ss.

29. BENTHAM, Of Laws... cit., p. 133 ss. .

30. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.4. (S. 134); v. ainda 18. e 19. (p. 144). Todavia, *Bentham* considera a cominação de uma pena mais adequada do que a promessa de uma recompensa para influenciar comportamentos (XI.7. – p. 134 ss.).

31. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.8. e 9. (p. 136).

"principal law" e "subsidiary law". Esta distinção será discutida com mais detalhes à frente. Para *Bentham*, a lei possui duas partes, "the directive part (...) and an article of a different nature, a prediction". Permanece, todavia, aberto o modo pelo qual o mal ameaçado de fato se realiza. Tomada por si só, essa lei seria inócua: "As an expression of will, it is impotent; as a prediction, it is false".[32] Nessa situação, o que um legislador pode, então, fazer? Segundo *Bentham*, ele não pode ordenar a si mesmo executar a sanção, pois assim ele exorbitaria de sua função e uma outra forma de exercício do poder estabelecer-se-ia.[33] Por isso, só resta o caminho de ditar uma segunda lei, na qual pessoas determinadas são autorizadas "to verify the prediction that accompanied the first". Essa segunda lei *Bentham* chama de "subsidiary law", e a primeira de "principal law".[34] O destinatário da "subsidiary law" deve forçosamente ser diverso do destinatário da "principal law": "for a man can not reward himself; nor will he punish himself". O direito secundário volta-se para o juiz. Coerentemente, direito primário e secundário – em oposição a *Hobbes* – são "two distinct laws, and not parts of one and the same law".[35] Assim, não importa se a norma primária e a norma subsidiária reúnem-se normalmente em um mesmo dispositivo: "One proposition is frequently enough to hold them both." A distinção entre "principal law" e "subsidiary law" não é uma questão de formulação.[36] Outrossim, é indiferente o fato de que a "subsidiary law" necessariamente pressuponha uma "principal law" a qual ela se refira.: "Subsidiary law could not be understood, nor even have existence, without having a principal law to refer to: the idea of such a law being included in their very essence."[37] Para *Bentham*, esta diferença é fundamental.

Comparando os pontos de vista de *Hobbes* e *Bentham*, o do segundo mostra-se mais plausível. O ponto de partida de teoria das normas comum a ambos é a definição da lei como imperativo. Então, porém, não se há de negar que a norma "não matarás!" dirige-se a outro destinatário do que a norma "punirás cada assassino com prisão perpétua!". Contanto que se tratam de dois comandos de comportamento de conteúdos diversos, eles podem reconduzir-se à mesma norma. Ademais, a norma secundária de sanção não tem apenas o caráter de comando, mas também de competência: visto que a imposição de uma sanção invade a esfera de liberdade juridicamente garantida do delinquente, um fundamento autoritativo é

32. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.11. (p. 137).

33. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.11. (p. 137). Abertamente, *Bentham* tinha em mente aqui um modelo da separação de Poderes, ver comentário h.

34. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.11. (p. 139).

35. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.12. (p. 139).

36. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.18. (p. 143 ss.).

37. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.16. (p. 142).

necessário. Em um segundo sentido, uma norma de sanção é concomitantemente uma norma de competência: cada julgamento é uma parte de aplicação do direito, pois ele concretiza o programa normativo geral-abstrato do legislador para o caso concreto. Como ato *jurídico*, a punição pode então, e só então, ser compreendida quando puder remeter-se a normas (de competência) superiores.[38] Essa deliberação era naturalmente impossível para *Bentham*, pois a clássica teoria dos imperativos não consegue explicar a existência de normas de competência.[39]

Que conteúdo têm, então, "principal law" e "subsidiary law"? Conforme *Bentham*, o direito primário determina ações e comina uma pena para transgressões.[40] À primeira vista, da perspectiva da teoria dos imperativos, mais próxima é a formulação que *Binding* conferia às normas primárias de comportamento. Estas restringem-se, para ele, à ordem nua: "você não deve!" ou "você deve!". A cominação de uma pena é um supérfluo anexo, porque o destinatário não pode segui-la e tampouco violá-la.[41] Por outro lado, a visão de *Bentham* afigura-se a mais realista, na medida em que releva o mecanismo de funcionamento do direito. O direito reage, conforme sua natureza, a conflitos. Onde todos comportam-se moralmente de forma correta, normas jurídicas são supérfluas. Elas produzem efeitos apenas onde a convicção moral tornou-se frágil ou a tentação ameaça prevalecer. Aqui deve o direito estabelecer um eficaz contrapeso para a motivação do destinatário. Em suma: normas jurídicas são, *enquanto normas jurídicas*, constituídas por medo da pena ou outras consequências desagradáveis.[42] Em um outro ponto, *Bentham* e *Binding* estão de acordo: ambos consideram a norma primária de comportamento como de natureza de direito público; legitimado é o próprio Estado.[43] Para a teoria dos imperativos isso é evidente por si mesmo, já que a ordem é dada pelo soberano. O dever de obediência ao Estado é adicionalmente acentuado através da conexão com

38. Cf. KELSEN, op. cit., p. 26, 35 et passim; ver também *Binding*, Normen I, 3. ed. 1916, p. 19 ss.

39. Cf. a crítica de HART, The Concept of Law, 2. ed., 1994, p. 26 e ss.

40. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.14 (p. 140).

41. BINDING, Normen I... cit., p. 26 ss.; idem., Handbuch... cit., p. 160 e ss.; contra o último argumento indica ALTENHAIN, Das Anschlußdelikt, 2002, S. 331 corretamente que a prevenção geral inibitória não oferece ao autor o *único* motivo *decisivo* para abster-se do delito.

42. Essa consideração diz a favor da tese de NEUMANN in: Nomos Kommentar zum StGB, 3. ed. 2010, § 17 nm. 21, a consciência da ilicitude (§ 17 StGB) seria a representação de uma proibição contra uma norma jurídica sancionatória. Contrariamente a isso, conforme a doutrina dominante, o objeto da consciência da ilicitude é a proibição ou o mandado jurídicos, cf. ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tomo 1, 4. ed. 2006, § 21 nm. 12, 13.

43. V. BINDING, Normen I... cit., p. 100 e ss.; cf. sobre isso também HAAS, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 76; KLEINERT, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung – Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsopfers im Strafrechtssystem, 2007, p. 84 ss.

a cominação de uma pena, mas é o próprio Estado que, em razão do seu monopólio da força, possui o direito e o poder de executar a pena.

O direito secundário contém "the command to punish", enderaçado ao juiz.[44] Diversamente de *Bentham*, para *Binding* a lei penal dirige-se ao Estado.[45] Para *Bentham*, essa visão mostra-se já inaceitável, porque o soberano – como visto – não pode emitir ordens a si mesmo. Aqui revela-se um outro defeito da teoria imperativa clássica: ela não é capaz de explicar a autolimitação do legislador.[46] Hoje, a ideia de normas de competência endereçadas ao juiz estabeleceu-se amplamente.[47] Contra isso, objeta-se que assim o juiz seria igualado a um órgão administrativo. No lugar disso, sustenta-se que a norma de sanção confere ao Estado, em razão do delito, um direito potestativo contra o delinquente, que objetiva o dever de suportar a pena. O Estado, representado pelo Ministério Público, reclamaria esse direito potestativo em face do juízo.[48] Se essa concepção melhor compatibiliza-se com a distribuição de competências processuais, como sustenta *Altenhain*, é de se duvidar. Desse modo, o juízo, após o oferecimento da denúncia pública, torna-se guardião (*Sachwalter*) da pretensão punitiva estatal. Na produção da justiça penal, o juízo não se vincula nem à alegação do órgão de acusação, nem aos requerimentos deste. A interpretação de *Altenhain* coaduna-se melhor com o processo adversarial de proveniência norte-americana. Nesse caso, o magistrado aparece como o árbitro neutro da disputa entre o órgão de acusação enquanto advogado da pretensão punitiva estatal e o acusado.[49] Essa problemática não pode ser aqui aprofundada.

Segundo *Bentham*, ao direito secundário não pertence apenas o direito penal material com os pressupostos da punibilidade, especialmente os tipos de delito em espécie, mas também o processo penal. Dado que o juiz não pode esclarecer um crime sozinho, ele depende da ajuda de outros órgãos. Os órgãos de persecução criminal precisam agir já diante de uma suspeita, a qual posteriormente pode revelar-se infundada. Por isso, para orientar essa ação, também leis (secundárias) são necessárias.[50] As leis secundárias precisam, por sua vez, de uma superestru-

44. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.15. (p. 140).

45. BINDING, Normen I... cit., p. 15, 28 ss.; idem., Handbuch... cit., p. 155, 162 ss.

46. Ver HART, op. cit., p. 42 ss.; *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1987, p. 143.

47. Cf. APPEL, Verfassung und Strafe, 1998, p. 81; MIR PUIG, Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, in: ZStW 95 (1983), p. 413, 423 ss.; RÖHL/RÖHL, op. cit., p. 224 ss.; VOGEL, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, p. 27 ss.; da mesma forma também THON, op. cit., p. 7 ff.; *Bierling*, op. cit., p. 135.

48. ALTENHAIN , op. cit., p. 307 ss.

49. Cf. LAFAVE/ISRAEL/KING, Criminal Procedure, 3. ed. 2000, p. 31 ss.

50. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.13. (p. 139 ss.).

tura de leis secundárias ("a train of subsidiary laws to itself"), e pelo mesmos motivos do direito primário: ações ilícitas dos órgãos de persecução devem igualmente poder ser processadas de forma eficaz. Por isso, há normas que podem ser "subsidiary" e "principal law" ao mesmo tempo.[51] A admissão de um – por sua vez, também sancionável – dever de sancionamento conduz à famosa questão: "Quis custodiet custodes ipsos?"[52] Como os §§ 258 a, 339 StGB (*Strafvereitelung im Amt* e *Rechtsbeugung*)[53] mostram, com isso não se tem forçosamente uma infindável cadeia de normas. Tudo depende apenas de como se encaram os §§ 258a, 339 StGB.

A diferença entre lei "principal" und "subsidiary" teve consequências, para *Bentham*, para o entendimento das "exemptive circumstances". Esses tipos de casos de exclusão da punibilidade deveriam deixar a descrição do crime intacta ("circumstances which limit the application of the punishment without limiting description of the offence"). Trata-se de constelações nas quais, apesar da presença de culpabilidade, uma punição afigura-se despropositada.[54] Assim, "exemptive circumstances" devem distinguir-se de "exculpative circumstances": as primeiras restringem a punibilidade e, com isso, as normas secundárias de sanção ("qualifications to the punitory"), as segundas restringem as normas primárias ("qualifications to the principle"). Os pressupostos da norma primária de comportamento devem estar presentes por ocasião do fato delituoso.[55] Enquanto "qualifications to the principle", podem ser enquadradas sobretudo como as nossas causas de justificação e exculpação.[56] Como exemplos para "exemptive circumstances" cita *Bentham* a coisa julgada de uma absolvição ou a inadmissibilidade da produção intempestiva de

51. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.16. (p. 140 ss.); assim também RÖHL/RÖHL, op. cit., p. 223; segundo BINDING, Normen I... cit., p. 15, ao revés, o juiz que, perante um homicídio, não impõe a pena privativa de liberdade perpétua, não contraria o ordem normativa resultante do § 211 StGB, mas sim o seu dever geral de aplicação das leis.

52. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. ed., 1948, p. 15, e ROSS, *Directives and Norms*, 1968, p. 89 ss. derivam daí uma objeção contra a teoria da norma de sanção.

53. N. T: O § 258a (Strafvereitelung im Amt) corresponde, grosso modo, ao crime de prevaricação (art. 319, CP), limita-se, no entanto, à conduta do funcionário público que frustra a imposição ou execução de uma pena ou medidade segurança. Já o § 339 (Rechtsbeugung) descreve a conduta do juiz, titular de cargo ou árbitro que distorce (*beugen*) o direito para favorecer ou prejudicar uma das partes.

54. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.21. (p. 145).

55. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.22. (p. 146).

56. Aqui conectam-se interessantes questões de teoria das normas, às quais *Bentham*, no entanto, não adentra, por exemplo, a relação entre normas típicas de proibição e ordem, normas de permissão, ou o problema do destinatário (as normas de comportamento dirigem-se também a ininmputáveis?).

provas.[57] Parecem tratarem-se sobretudo de razões processuais, no que, contudo, à luz da possibilidade de um outro entendimento sobre direito penal material e processo penal, deve-se ter cuidado. Posteriormente *Bentham* não chega a aprofundar essa posição no sentido de uma sistematização.[58]

Diferente de *Binding*, *Bentham* não restringe sua concepção dualista de normas ao direito penal. "Subsidiary laws" são para ele todas as "remedial laws", ou seja, todas as leis que prescrevem consequências jurídicas para a violação de normas de comportamento. Essas consequências jurídicas não são apenas a pena, mas também a reparação (*Wiedergutmachung*) e a omissão (cf., por exemplo, o § 1004 BGB [= Código Civil Alemão][59]).[60] Ademais, *Bentham* é da opinião de que cada lei possui um ramo civil e um penal: "The generality of laws have each a penal as well as a civil branch."[61] Com isso quer-se dizer que cada lei redunda em estatuir uma sanção para uma lesão normativa. A diferença entre direito civil e direito penal é, para *Bentham*, também apenas de grau.[62]

A distinção entre normas primárias de conduta e normas secundárias de sanção encontra-se na teoria analítica de língua inglesa hoje ainda em *H.L.A. Hart*. Em sua obra "The Concept of Law" ele distingue entre "primary rules" e "secondary rules". *Hart* chama de "primary rules" as normas que prescrevem um determinado comportamento.[63] Dessas deve-se diferenciar as regras que estabelecem uma pena para infrações.[64] Uma sociedade exclusivamente composta por normas primárias seria até pensável. Para *Hart*, no entanto, um tal sistema jurídico contém um déficit decisivo: não haveria nenhuma instância que autoritativamente pudesse verificar e

57. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.23. (p. 146 ss.).

58. Mas dedica-se à relação entre exceção e sob-exceção, por exemplo, a revisão criminal como "disexemptive circumstance", BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XI.24.ff. (p. 147) – porque ele, ao contrário de *Binding*, não é um penalista.

59. N.T: § 1004 BGB, em tradução livre: " (1) Se a propriedade sofrer interferência por outro modo que através de desapropriação ou destituição da posse, pode o proprietário exigir do interventor a remoção da interferência. Caso ameacem outras interferências, pode o proprietário demandar que elas sejam omitidas. (2) A pretensão é excluída, se o proprietário é obrigado a tolerá-las" ((1)Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist).

60. BENTHAM, Of Laws... cit. ,Chap. XII (p. 149 ss.).

61. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XVI.1. (p. 196).

62. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. XVII (p. 209 ss.).

63. Ver HART, op. cit., p. 80 ss.

64. HART, op. cit., p. 34 ss.

punir uma lesão ao direito.[65] *Hart* resolve esse problema, introduzindo secundárias "rules of adjudication". Essas "secondary rules" conferem a determinadas pessoas a competência de conhecer de uma violação da regra primária de dever. Elas determinam, entre outras coisas, o processo judicial, mas também as penas ("specifying or at least limiting the penalties for violation") e desse modo possibilitam "sanções" centralizadas, oficiais do sistema.[66] Com isso, as "secondary rules" repousam em um plano normológico diverso das "primary rules", pois elas são regras *sobre* regras, no que determinam como se pode decidir de forma vinculante sobre os fatos da violação das "primary rules".[67] Hart considera errôneo compreender todo o direito penal como uma matéria de regulação dirigida exclusivamente à guarda do direito. Sua opinião é a de que a principal função do direito penal, enquanto instrumento de controle social, reside não na persecução criminal, mas primordialmente em fornecer aos cidadãos uma orientação de comportamento. Somente quando a lei é transgredida e essa função primária fracassa, é tarefa do servidor público aferir os fatos da violação da regra e impor a sanção cominada.[68] As normas primárias de comportamento são, assim, voltadas para o futuro. Elas servem prospectivamente ao direcionamento de comportamentos. Ao revés, o ângulo de vista das normas secundárias de sanção é retrospectivo. Elas prestam-se ao enfrentamento do passado. Nesse ponto, pode-se até vislumbrar um elemento prospectivo, mas a realização de um fim preventivo não pode – com exceção da execução da sanção como tal – ser juridicamente ordenada, mas apenas almejada.[69]

As posições de *Bentham* e *Hart* distinguem-se uma da outra na medida em que *Bentham* – consequente do ponto de vista da teoria dos imperativos – releva sobretudo os diferentes destinatários da norma primária de conduta e da norma secundária de sanção, enquanto *Hart* focaliza a função social da norma jurídica. Ambas fundamentações não estão, porém, em contradição, senão que se complementam.

---

65. HART, op. cit., p. 91 ss.

66. HART, op. cit., p. 97 ss.

67. HART, op. cit., p. 92; incorreto, por isso, interpretar as normas de sanção como "primary rules" em RÖHL/RÖHL (Fn. 8), p. 223.

68. HART, op. cit., p. 40 ss.

69. En passant vê-se confirmada a – supostamente ultrapassada, cf. ROXIN, op. cit., § 3 nm. 37 ss. – teoria retribucionista. A pena é sempre a inflição de um mal em resposta a um ato de culpa. Na medida em que delitos futuros devam ser impedidos pela imposição de pena, a prevenção é meramente um reflexo, pois ela só pode funcionar quando a pena possa ser entendida não como arbitrária, mas como justa compensação de culpa. Aqui mostra-se o verdadeiro significado da lei penal enquanto imperativo categórico em KANT, Metaphysik der Sitten (1797), in: *Kants gesammelte Schriften, org. pela Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Primeira Seção*, t. 6, 1907, p. 203 (331 ss.): uma lei penal que não é aplicada não será mais levada a sério por ninguém. Sobre toda essa temática, com mais detalhes HAAS, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, p. 260 ss.

IV. OBJEÇÕES COMUNS CONTRA UMA CONCEPÇÃO DUALISTA DAS NORMAS

Contra a distinção entre normas primárias de comportamento e normas de sanção, levantam-se basicamente duas objeções que se relacionam entre si. Afirma-se que não se pode diferenciar normas primárias de comportamento, enquanto normas jurídicas, da moral; caráter jurídico possuiriam exclusivamente as regras que cominam uma sanção para o caso de infração. O primeiro argumento tem um significado próprio, caso se desqualifique como irrealista a ideia de normas que se dirigem diretamente aos cidadãos.

Uma vez que os indivíduos, em regra, não tomam conhecimento das leis penais, as normas primárias não seriam capazes de cumprir sua função. O direcionamento de comportamento prestar-se-ia muito mais através dos valores da moral social reconhecidos na sociedade. De modo distinto, o ordem jurídica estatal dirige-se tão somente aos órgãos estatais.[70] De fato, pode-se discutir se é a legislação estatal ou a moral dominante que influencia os comportamentos de forma mais intensa. Já no interesse de sua eficácia, uma legislação deveria orientar-se pela concepção moral dominante em uma sociedade e não se dedicar à introdução e implementação de novos padrões de comportamento. Apesar disso, a tese de que o cidadão apenas seria destinatário de normas morais, mas não de normas jurídicas, é insustentável, pois ela não é capaz de demonstrar a diferença entre comportamentos juridicamente prescritos e moralmente obrigatórios. Ao invés disso, essa tese deságua na fatal possibilidade de que o Estado possa implementar meras noções morais, baseadas em nenhum dever jurídico, por meio do direito penal. Para, nesse contexto, abordar um outro *genius loci*: no caso do incesto entre irmãos de Leipzig, a Corte Constitucional alemã (BVerfG) fundamentou, como consideração auxiliar, a constitucionalidade do § 173 StGB dizendo que o tabu do incesto introjetado na sociedade deveria ser preservado como "uma noção social da punibilidade do incesto fundada cultural e historicamente, ainda vigente".[71] Só se pode criticar essa decisão desde um ponto de vista jurídico.

O segundo argumento questiona o caráter jurídico da norma primária de conduta, porque ela, à míngua da conexão com uma sanção, não poderia se distinguir

---

70. Cf. SCHMIDHÄUSER, op. cit., p. 10 ss.; idem., Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, p. 36 ss. com referência a *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen 50 (1903), p. 6 ss.; também assim ALWART, op. cit., p. 146 ss.; contrariamente HOERSTER, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, in: *JZ* 1989, p. 10 ss., com réplica de SCHMIDHÄUSER, Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, in: *JZ* 1989, p. 419 ss. e nova resposta de HOERSTER, Wer macht sich Illusionen?, in: *JZ* 1989, p. 425 ss.; criticamente também RÖHL/RÖHL, op. cit., p. 225 ss.

71. BVerfGE 120, S. 224 ss. com voto divergente de *Hassemer*, bem como comentários críticos de ZABEL, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, *JR* 2008, p. 453 ss. e ROXIN, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, *StV* 2009, p. 544 ss.

de normas morais. Cada norma jurídica, conforme sua estrutura, portanto, consiste na conjugação de um tipo (*Tatbestand*) com uma sanção. As normas primárias de comportamento não seriam nada mais que derivações de uma norma de sanção e, por isso, superficiais.[72] Esse argumento, porém, não faz jus plenamente ao direito positivo. É fato que, em todo caso, o direito penal secundário constantemente padroniza, de forma expressa, normas de comportamento. Fala-se, por isso, em leis penais em branco, porque o comportamento punível não se extrai da norma de sanção. Ademais, aos deveres regulados de forma detalhada conectam-se frequentemente consequências jurídicas bem distintas, que não se reduzem ao denominador sanção.

Contra uma teoria monista das normas de sanção objeta-se o seguinte: se as normas de sanção não tivessem como pressuposto respectivas normas de comportamento, não se poderia definir as sanções por elas cominadas como consequências jurídicas, ou seja, como reação à violação de deveres preexistentes. Uma sanção haveria de ser, assim, apreendida meramente como uma consequência jurídica que seria percebida pela maioria das pessoas como desagradável e que seria produzida *para* elas evitarem a prática de determinada conduta. Mas nem toda norma jurídica, cujas consequências jurídicas são percebidas pelo destinatário como desagradáveis, perseguem o fim de dissuadir os cidadãos do comportamento conectado a essa consequência jurídica. Em outras palavras: pena e imposto não mais se distinguiriam.[73] Acresce-se que, aquele que aceita o tributo também, de certa forma, compra a liberdade relativa ao comportamento correspondente. No entanto, um homicídio permanece proibido, mesmo que o autor esteja disposto a ir para a prisão por isso – porque um delito como esse nega o direito à vida da vítima. De qualquer maneira, uma teoria das normas com acento na sanção chama a atenção para o fato de que uma prevenção eficaz exige que ao comportamento indesejado oponha-se uma

72. Cf. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. ed., 1923, p. 276 ss.; idem. Reine Rechtslehre... cit., p. 51 ss., 55 ss.; BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, p. 22 ss.; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, p. 104 ss.; HOYER, op. cit., p. 42 ss.; na filosofia moral, recentemente preconizou PETER STEMMER, *Handeln zugunsten anderer*, 2000, p. 91 ss., 102 (com referência a *Kelsen*); idem., Der Begriff der moralischen Pflicht, in: LEIST (org.), *Moral als Vertrag?* 2003, p. 37, 39 ss., 64 ss. uma teoria sancionatória do dever-ser; criticamente a isso SEEBASS, Die sanktionistische Theorie des Sollens, in: LEIST, a.a.O., p. 155, 165 ss.; ROUGHLEY, Normbegriff und Normbegründung im moralphilosophischen Kontraktualismus, in: LEIST, a.a.O., p. 213, 224 ss.

73. Cf. HART, op. cit., p. 39; idem., *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 6 ss.; KOLLER, *Theorie des Rechts*, 2. ed 1997, p. 85 ss.; SEEBASS, op. cit., p. 174 ss.; *Ota Weinberger*, Rechtslogik, 1970, p. 236; idem., *Normentheorie als Grundlage von Jurisprudenz und Ethik*, 1981, p. 195; outras críticas em RENZIKOWSKI, *ARSP* 87 (2001), p. 110, 116 ss.; contra uma distinção entre pena e imposto segundo pontos de vista econômicos, como proposto por *Hoyer*, op. cit., p. 67 ss. e *Christian Schmid, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, p. 67 ss., RENZIKOWSKI, a.a.O., S. 120 ss.

desvantagem suficientemente grave para o caso de sua realização, e que faz pouco sentido estabelecer normas de comportamento, caso na hipótese de sua violação não se possa impor as sanções respectivas. Como visto, justamente *Bentham* refletia essas considerações na sua concepção dualista de normas.

Não obstante, não se pode reduzir as normas primárias de comportamento aos pressupostos para a inflição de sanções. Na verdade, elas devem promover a segurança de orientação indispensável para o convívio em uma comunidade, criando um catálogo de expectativas de comportamento.[74] Isso pode ser mostrado no exemplo do trânsito. Todo participante do trânsito deve poder confiar que os outros da mesma forma respeitem as normas de trânsito, porque senão o tráfego seria simplesmente impossível. As regras de trânsito não são seguidas apenas por medo de sanções, mas também por conta da expectativa de que os outros comportem-se da mesma maneira, e, por último, mas não menos importante, da consciência de que uma conduta ilícita também pode causar um dano para si próprio. A pena entra em ação, portanto, apenas como *ultima ratio*, para, no caso de fracasso do comando de comportamento, reforçar novamente a expectativa de conduta frustrada pelo agente.

V. DA UTILIDADE DE UMA CONCEPÇÃO DUALISTA DAS NORMAS PARA A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Por fim, será evidenciada a utilidade de uma concepção dualista das normas para a dogmática penal por meio de dois exemplos.

1. *Abordagens para uma imputação baseada na norma de comportamento*

O modo de expressão das normas primárias de comportamento possibilitam um melhor entendimento da imputação nos crimes dolosos e culposos. Partindo de uma norma de comportamento abstrata, cada destinatário da norma deve, ele próprio, concretizar o conteúdo da norma no caso concreto desde uma perspectiva *ex-ante*. Assim, pode-se derivar da norma "não matarás" a norma de comportamento situacional (*situative*), segundo a qual não se deve atirar em um pessoa com uma arma de fogo. Ao lado de uma norma de comportamento situacional como essa, que proíbe qualquer intervenção em um direito, tem-se normas de comportamento gerais, que ou ordenam a observância de determinada instância de prevenção de risco ou proíbem a criação de um – incontrolável – risco. Assim, é, por exemplo, de qualquer modo defeso portar armas desconhecidas, e todo aquele que desejar fazer uso de uma arma de fogo é obrigado a provar a garantia de um manuseio seguro de armas (cf. §§ 4 ff. WaffG). Finalmente, as normas de comportamentos situacionais

74. Cf. RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1975, p. 157 ss.; HART, op. cit., p. 40 ss.; MATTHIAS KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1996, p. 167.

e gerais são complementadas por comandos de conhecimento (*Kenntnisgebote*), que exigem do destinatário da norma analisar a situação e extrair corretamente a norma situacional de comportamento e conhecer a norma geral de comportamento. A imputação de uma conduta como infração de uma norma primária de comportamento – por exemplo, como homicídio típico – pressupõe que a pessoa não observou ao menos uma dessas normas de comportamento derivadas.[75]

O protótipo do injusto é, portanto, o dolo: quem antevê as consequências danosas de seu comportamento – por exemplo, a morte de uma outra pessoa em razão de um tiro –, tem todo o motivo para, em vista do comando da norma de comportamento, abster-se. Nos crimes culposos, vê-se em geral a violação do cuidado necessário como o desvalor da ação. Intensamente controverso é, no entanto, se e em que medida o injusto dos delitos culposos deve refletir as capacidades pessoais do agente.[76] Correta é uma concepção individualista de injusto, pois somente ela respeita a princípio segundo o qual não se pode imputar a ninguém o que não podia evitar conforme suas capacidades individuais.[77] Logo, o fato de o agente não ter construído corretamente a norma situacional de comportamento é o que caracteriza o injusto do crime culposo – exemplo: *A* atira em um barril e mata uma criança que ali se escondeu. A não sabia que uma criança escondera-se no barril, e, por isso, não anteviu que com seu tiro mataria alguém. A violação da respectiva norma de determinação ("não matarás!") pode lhe ser imputada, porque ele tem um comando de conhecimento, qual seja verificar se o barril em que ele queria atirar está vazio[78] – ou porque ele inobservou uma norma geral de comportamento, que ou proíbe a produção de um risco (por exemplo, dirigir sem habilitação) ou ordena a observância de determinadas possibilidades de prevenção de risco (por exemplo, não exceder a velocidade de 30 km/h em uma zona de tráfego intenso).

2. *O caráter acessório do direito penal*

A distinção entre normas de comportamento e normas de sanção retrata o caráter acessório do direito penal, conforme o qual o legislador orienta-se pela ordem primária prévia ao direito penal do direito civil e do direito público.[79] As

75. Sobre isso, fundamentalmente AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 44 ss., 56 ss.

76. A favor de uma concepção de injusto objetivo para os crimes culposos, por todos ROXIN, § 24 nm. 53 ss., com ulteriores referências.

77. Cf. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 23, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 239 ss.

78. Cf. sobre isso RENZIKOWSKI, op. cit., p. 224 ss.

79. Isso é, em grande medida, reconhecido, cf. apenas GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 154 ss.

normas penais secundárias de sanção ligam-se às normas primárias de comportamento do direito civil e do direito público. As normas dos ramos parciais do direito estatuem os direitos dos cidadãos e da coletividade juridicamente constituída de poder exigir algo de outrem. O direito penal, por sua vez, não implementa, já por isso, nenhum ordenamento primário, pois se nem um particular nem o Estado são legitimados a exigir de um terceiro uma abstenção, é impensável uma competência estatal de implementar uma exigência correspondente através de pena[80] – por exemplo: quando *A* falsamente se declara a *B* disposto a executar um assassinato de encomenda e foge com o pagamento já efetuado, não se tem, ao contrário da opinião da jurisprudência, um estelionato.[81] O que, segundo o § 817, segunda parte BGB,[82] não merece proteção jurídica do direito civil, porque *B* efetuou o pagamento consciente da imoralidade, e não pode ser tratado jurídico-penalmente como dano patrimonial.

Para determinar o conteúdo das normas de comportamento, porém, são necessárias considerações adicionais. Nesse ponto, a clássica teoria dos imperativos não oferece uma fundamentação jurídica idônea em um estado de direito liberal. Segundo essa teoria, todo o direito é composto de ordens de comportamento, que partem do soberano e dirigem-se aos súditos.[83] Direitos subjetivos são o outro lado do imperativo, na medida em que proíbem a lesão de bens do beneficiado.[84] Eles devem ser vistos, portanto, desde a perspectiva do Estado, que, através de seus imperativos, os constituem.

Ao lado da fundamentação formal do direito como que "de cima para baixo", para *Bentham* sua fundamentação material provém da coletividade. Máxima superior, não só da moral, mas também da legislação,[85] é o princípio da maximização de benefícios: de mais de uma alternativa, deve-se preferir aquela que traz mais benefícios.[86] O princípio da maximização de benefícios até não é incompatível com

80. V. ALTENHAIN, op. cit., p. 299; divergentemente FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, 1993, p. 82 (como nota 56); contra ele, pertinentemente, KLEINERT, op. cit., p. 100.

81. Assim, por exemplo, KG NJW 2001, p. 86 ss.; negativamente, com razão, HECKER, Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?, in: *JuS* 2001, p. 228 ss.

82. N.T: O § 817 BGB, segunda parte, estabelece que aquele que cumpriu uma obrigação que viola uma proibição legal ou os bons costumes não tem direito à contraprestação.

83. BENTHAM, Of Laws... cit., p. 1; v. também THON, op. cit., p. 1, 69 ss.

84. BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. VI.8. (p. 57 s.); THON, op. cit., p. 114 ss.

85. Ver BENTHAM, Of Laws... cit., Chap. III (p. 31 ss.); idem., Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung. Erster Band, org. por *Beneke*, 1830, p. 35 ss.

86. Ver BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, org. por J.H. Burns e H.L.A. Hart, 1982, p. 11 ss.

a ideia de direitos subjetivos. A disposição dos indivíduos sobre a esfera jurídica a ele garantida está, contudo, sob a reserva da maximização de benefícios.[87] O que é melhor para o bem comum decide o soberano.[88] Este ponto de vista corresponde não só à antiga concepção jusnaturalista do direito penal,[89] mas também ao conceito de bem jurídico que prevaleceu no final do século XIX sob a influência de *Binding* e *Liszt*.[90]

O estatismo e o coletivismo de conformação "benthâmica" e "bíndica" estão – já da perspectiva do direito positivo – superada. O enfático acento da intangibilidade da dignidade humana no art. 1, item 1, frase 1 GG (Constituição alemã), a evocação de direitos humanos invioláveis e inalienáveis no item 2, bem como a garantia da do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais, irrevogável por qualquer legislação ou intervenção, no art. 19, item 2 GG, são traços de uma fundamentação jurídica liberal-individualista, "de baixo para cima", como também sustenta a teoria pessoal do bem jurídico.[91] Por conseguinte, o Estado reconhece os direitos humanos fundamentais dos cidadãos. Seus direitos subjetivos não são resultado de atos de benevolência, com o qual a autoridade agracia seus súditos; eles não são criados originalmente pelo Estado, senão conceitualmente preexistentes e juridicamente reconhecidos. Poder-se-ia aqui reportar à posição liberal-jusnaturalista de *Feuerbach*, derivada da teoria jusfilosófica do contrato social, segundo a qual todo o delito caracteriza-se pela lesão de um direito.[92] Qual posição jurídica é lesionada, por exemplo, pelo incesto? Esse é, porém, um outro tema.

---

87. BENTHAM Anarchial Fallacies, in: WORKS, org. V. J. *Bowring*, vol. II, 1843, p. 489 (501) denomina a ideia de direitos subjetivos inalienáveis de "nonsense upon stilts". Isso não deve significar que ele, a princípio, rejeita direito subjetivos, cf. por exemplo idem, Of Laws... cit., Chap. VI.8 ss.p. 57 ss.), Chap. IX.13 (p. 84). *Bentham* até mesmo caracteriza – como posteriormente *Feuerbach* – cada crime ("offence") como lesão a direito (*Rechtsverletzung*), Chap. XVIII.1. (S. 220 f.). O problema do utilitarismo é que, no entanto, todo direito subjetivo está sob uma reserva do bem comum.

88. Ver BENTHAM, Introduction... cit., p. 11 ss.

89. Ver ALTENHAIN, op. cit., p. 13 ss. com ulteriores referências.

90. Sobre isso, mais profundamente, HAAS, op. cit., p. 58 ss., com ulteriores referências.

91. Ver, por exemplo, HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 232; idem., Strafen im Rechtsstaat, 2000, p. 160 ss.

92. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, org. por Mittermaier*, 14. ed. 1847, § 21. Essa teoria foi dominante até os anos 30 do século XIX, antes de ser suplantada por BIRNBAUM, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archiv des Criminalrechts* 15 (1834), S. 149 ff, através do conceito de lesão de bem (*Gutsverletzung*). Sobre isso, com mais detalhes, HAAS, op. cit., p. 61 ss.; criticamente GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 303 ss.

VI. CONCLUSÃO

Com isso devem ter restados claros o conteúdo e o potencial da distinção entre normas de comportamento e normas de sanção, mas também seus limites. Apenas partindo-se da correta concepção de teoria das normas ainda não se fundamenta qual comportamento deve ser punível, ou mais amplamente: onde repousam os limites do direito penal estatal.

A teoria das normas desbrava, no entanto, o direito penal *por dentro*. Sua utilidade é que ela possibilita uma análise das estruturas dogmáticas e uma crítica da fundamentação dogmática de preceitos – na melhor tradição da teoria do direito, o que, tendo em vista seu criador *Jeremy Bentham*, não surpreende. Desse modo, problemas aparentes podem ser desmascarados, por outro lado, porém, também ônus de fundamentação podem ser descobertos. Por fim, a teoria das normas oferece uma chance de entendimento no discurso jurídico-penal europeu – *Bentham* escreveu na tradição jurídica inglesa; como visto, *Hart* continuou essa tradição no século XIX.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOMEIT, Klaus/*Hähnchen*, Susanne. *Rechtstheorie für Studenten* 5. ed. 2008.

ALWART, Heiner. *Recht und Handlung*, 1987.

APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998.

AST, Stephan. *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. 5. ed. 1911. vol. I

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: *Journal of Political Economy* 76 (1968).

BENTHAM, Jeremy. *Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung*. Erster Band, organizado por *Beneke*, 1830.

_____. Anarchial Fallacies. In: WORKS (org). V. J. *Bowring*. 1843. vol. II.

_____. *Of Laws in General*, ed. por H.L.A. Hart, 1970.

_____. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, organizado por J.H. Burns e H.L.A. Hart, 1982.

BIERLING, Ernst Rudolf. *Juristische Prinzipienlehre*. 1894. t. I.

BINDER, Julius. *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. 1912.

_____. *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1927.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Normen und Strafgesetze*, 1872. t. I.

_____. *Handbuch des Strafrechts*. 1885. t. I.

_____. *Grundriß des deutschen Strafrechts*. 5. ed. 1897.

_____. *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Strafrecht*, 1915. t. I.

BIRNBAUM, J.M.F. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. In: *Archiv des Criminalrechts* 15 (1834).

COING, Helmut. Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre. In: *ARSP* 54 (1968).

DREIER, Ralf. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?* 1975.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 9. ed. 1997.

FEUERBACH, J.P.A. *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, organizado por *Mittermaier*. 14. ed. 1847.

FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*. 1993.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. 2009.

HAAS, Volker. *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002.

_____. *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*. 2008.

HART, H.L.A. Bentham's "Of Laws in General". In: *Rechtstheorie* 2 (1971).

_____. *Punishment and Responsibility*, 1968.

_____. *The Concept of Law*, 2. ed., 1994.

HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973.

_____. *Strafen im Rechtsstaat*. 2000.

HECKER, Bernd. Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes? In: *JuS*. 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. 1651

_____. *Malmesburiensis Opera quae latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*. London, 1839, De Cive. vol. II

HOYER, Andreas. *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Kaufmanns Normentheorie*. 1996.

HÖFFE, Otfried. *Politische Gerechtigkeit*. 1987.

HOERSTER, Norbert. Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral. In: *JZ* 1989.

_____. Wer macht sich Illusionen? *JZ* 1989.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. 1976.

JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 2. ed. 1886. t. II.

KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten (1797). In: *Kants gesammelte Schriften, org. pela Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Primeira Seção*, 1907. t. 6.

KAUFMANN, Matthias. *Rechtsphilosophie*. 1996.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. 1960.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. ed. 1923.

KLEINERT, Tino. *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung – Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsopfers im Strafrechtssystem*. 2007.

KOLLER, Peter. *Theorie des Rechts*. 2. ed. 1997.

LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy. *Criminal Procedure*. 3. ed. 2000.

LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg. *Schönke/Schröder, StGB*, 28. ed. 2010.

LIPPOLD, Rainer. *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*. 1989.

LÜDERSSEN, Klaus. Ökonomische Analyse des Strafrechts und Alternativen zum Strafrecht. In: OTT; SCHÄFER (orgs.). *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*. 1998.

MAYER, Max Ernst. *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Strafrechtliche Abhandlungen 50 (1903).

NAWIASKY, Hans. *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*. 2. ed. 1948.

NEUMANN, Ulfrid. In: *Nomos Kommentar zum StGB*. 3. ed. 2010, § 17.

PASCHUKANIS, Evgenij. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. 1929 (reimpressão 1966).

POSNER, Richard. Recht und Ökonomie: Eine Einführung. In: ASSMANN; KIRCHNER; SCHANZE (orgs.). *Ökonomische Analyse des Rechts*. 1993.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 1975.

RENZIKOWSKI, Joachim. Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre. In: *ARSP* 87 (2001).

_____. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. 1997.

RÖHL, Claus; RÖHL, Hans. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. ed. 2008.

ROSS, Alf. *Directives and Norms*, 1968.

ROUGHLEY, Neil. Normbegriff und Normbegründung im moralphilosophischen Kontraktualismus. In: LEIST (org.). *Moral als Vertrag?* 2003.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. ed. 2006. t. 1.

_____. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, *StV*. 2009.

SCHMID, Christian. *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen*, 1964.

_____. *Form und Gehalt der Strafgesetze*, 1988.

_____. Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht. In: *JZ*, 1989.

SEEBASS, Gottfried. Die sanktionistische Theorie des Sollens. In: LEIST (org.). *Moral als Vertrag?* 2003.

SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. 1917.

STEMMER, Peter. *Handeln zugunsten anderer*. 2000.

_____. Der Begriff der moralischen Pflicht. In: LEIST (org.). *Moral als Vertrag?* 2003.

THON, August. *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878.

LISZT, Franz. *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881.

_____. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. In: *ZStW* 6 (1886).

_____. Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. In: *ZStW* 18 (1898).

WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 1970.

_____. *Normentheorie als Grundlage von Jurisprudenz und Ethik*. 1981.

WESTPHALEN, Daniela. *Karl Binding* (1841-1920). 1989.

ZABEL, Benno. Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. *JR*. 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações sobre a relação entre liberdade jurídica e norma permissiva, de Maria Garcia - *RDCI* 12/50 (DTR\1995\572);
- Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas, de Jesús-maría Silva Sánchez - *RBCCrim* 79/134, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/687 (DTR\2009\356);
- Norma penal como norma de conduta, de Luiz Regis Prado - *RCP* 12/231, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/227 (DTR\2010\585);
- O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais, de Luiz Otavio de Oliveira Rocha - *RT* 772/463 (DTR\2000\146); e
- Teses sobre a estrutura das normas jurídicas, de Friedrich Müller - *RT* 929/193 (DTR\2013\583).

O CONCEITO DE PENA

DER BEGRIFF DER STRAFE

THE CONCEPT OF PUNISHMENT

MICHAEL KÖHLER
Professor Doutor e Emérito da Universidade de Hamburgo, Alemanha.

Traduzido por
OLIVEIROS GUANAIS
Doutorando pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona). Procurador da República no Estado da Bahia.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Com base no conceito de direito alicerçado no princípio de liberdade, o autor apresenta os fundamentos da pena, em alinhamento com a Filosofia do Direito do Idealismo alemão (Kant, Hegel). De acordo o texto, a pena estatal consiste na imposição de um prejuízo ao *status* jurídico fundamental do agente do crime em razão do delito cometido. O fundamento da pena é a necessária recomposição da relação jurídica atingida em sua validade geral pelo delito, tratando-se de uma negação/invalidação do crime em um sentido lógico. Simultaneamente, tal fundamento é a base limitadora da prevenção do crime sob a perspectiva da prevenção especial, relacionada ao agente do delito, e também da prevenção geral, referida à comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da pena – Prevenção geral – Prevenção especial – Teoria absoluta da pena – Fundamentos jurídicos da pena.

ABSTRACT: According to the concept of law based on the principle of liberty, the author presents the grounds of punishment, in conformity to the Philosophy of Law that comes from the German Idealism (Kant, Hegel). From the text's perspective, state punishment consists in the depreciation of the perpetrator's basic juridical status in response to the committed crime. The basis for punishment lies upon the necessary reestablishment of the general validity of the juridical relationship after having been harmed through the crime. It implies the crime's logic denial/cancellation and is simultaneously the basis and the limitation for both the special preventive measures, related to the perpetrator of the crime, as well as the general preventive measures, referred to the community as its whole.

KEYWORDS: Theories of punishment – General prevention – Special prevention – The absolute theory of punishment – The juridical foundations of punishment.

SUMÁRIO: 1. A exigência de fundamentação e seu alcance – 2. As teorias da pena (exposição): 2.1 As abordagens instrumental-preventivas e sua base teórica: 2.1.1 A abordagem da prevenção especial; 2.1.2 A abordagem da prevenção geral; 2.2 O princípio do restabelecimento compensatório (denominada teoria absoluta); 2.3 A denominada teoria da união – 3. Análise crítica das concepções da pena: 3.1 Crítica das abordagens instrumentais; 3.2 Necessária revogação do

delito por meio da pena; 3.3 A integração das funções preventivas (denominada união dos propósitos penalizadores) – 4. Consequências: função do direito penal, fundamentos e metodologia – 5. Epílogo (2014).

1. A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E SEU ALCANCE

A tarefa[1] de estabelecer o fundamento do direito de punir exige a determinação, de uma maneira crítica e com suficiente concretude, dos conceitos de direito penal e de pena num contexto abrangente. Em razão disso, é preciso inicialmente guardar distância da configuração fática do direito penal vigente em suas diferentes manifestações e elementos condicionados histórica e empiricamente (tais como os referentes à previsão e aplicação de penas corporais e pena de morte, pena privativa de liberdade, pena pecuniária etc.), assim como dos conceitos legais transitórios, a exemplo da distinção entre penas e medidas de segurança. É necessário, contudo, em atenção à noção de direito baseada no princípio jurídico de liberdade, determinar e reconstruir de forma crítica a realidade normativa do direito penal.

A sanção jurídico-penal (pena) é um conceito especial derivado do conceito geral de sanção, o qual abarca também a sanção moral e a religiosa, bem como as medidas educativas. No contexto de sujeitos de direito capazes, a sanção jurídico-penal se refere tão somente às relações inseridas num âmbito de liberdade. Ela se diferencia, nesse particular, dos fenômenos éticos ("expiação"), bem como das sanções aplicáveis a incapazes (educacionais). Inicialmente, a sua característica específica como reação ao injusto é que constitui uma negação do *status* jurídico fundamental do agente em razão do fato praticado, tratando-se de uma consequência do delito, o que se materializa, por exemplo, por meio de uma intervenção na propriedade ou na liberdade de ação ou de locomoção. De tal forma, a pena se distingue não apenas das medidas imediatas de prevenção ao injusto, a exemplo da ação policial coativa, mas também das providências de recomposição dos danos decorrentes do ilícito eventualmente aplicáveis.

Essa relação conceitual entre conduta e pena necessita de uma fundamentação. Correntes de pensamento que, em conexão com Hugo Grotius ("poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis"),[2] entendem a pena como um mal imposto ao agente por causa do delito são por princípio questionáveis: reduzir o delito e a pena a uma mera sequência entre lesões de ordem

1. Extraído de Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Heidelberg, 1997, p. 37-52, traduzido por Oliveiros Guanais, a quem o autor externa seu profundo agradecimento pela iniciativa para esta publicação e pela excelente tradução.
2. Hugo Grotius, *De iuri belli ac pacis*, (1625), Lib. II, Cap. XX.

empírico-sensorial ou a uma mera sequência entre perdas – que ademais guardam uma clara disparidade fática entre si – implicaria abdicar de uma fundamentação. Seria inteiramente irrazoável incrementar o mal existente no mundo por conta de outro mal ocorrido.[3]

Ao lado do antigo pensamento humano acerca da necessidade da punição pelo crime,[4] segundo o qual o agente deve responder por seu ato desvalorado, é preciso caracterizar a pena como um ato jurídico, no que se distingue de um mero exercício de violência, bem como da vingança arcaica e de uma mera medida de tratamento orientada a uma finalidade. Em um contexto de fundamentação orientado pelo princípio jurídico de liberdade, o agente do delito também deve ser admitido como um coconstituinte da ordem jurídica.

A adequada fundamentação jurídica da sanção penal abrange necessariamente também o princípio da dosimetria da pena (qualidade e quantidade): "os fundamentos da punibilidade em abstrato são simultaneamente os fundamentos da punibilidade em concreto".[5] Essa conclusão não demanda ulteriores esclarecimentos além da necessária correlação entre o fundamento e a sua medida. Consequentemente, se os parâmetros utilizados para a determinação, por exemplo, da concreta pena privativa de liberdade se distanciarem dos parâmetros de fundamentação da pena em abstrato, tal modo de proceder deverá ser rejeitado como uma contradição insustentável.

2. AS TEORIAS DA PENA (EXPOSIÇÃO)

O direito penal atual é marcado por um contraste entre diferentes concepções acerca da pena. Ao tomarmos em consideração o período da Idade Moderna, com a secularização do Estado no século XVII, assim como a evolução histórica do direito penal durante as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, percebemos que as teorias da pena se conectam a diferentes correntes jurídicas e a correspondentes aspectos da realidade social. Essa oposição conduz a uma ambivalência e a uma insegurança na legislação e na justiça penais até os dias de hoje. É preciso, portanto, dissolver tais incertezas a partir de uma justificação concreta.

---

3. Cf. a convincente crítica de HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts – Rph* § 99; para uma visão moderna e crítica cf. Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983).

4. Cf. Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung*, (1889, 1895).

5. P. J. A. Feuerbach, *Revision I* (1799), p. 196 e ss.; cf. também HEGEL, *Rph*, § 101; Wilhelm Gallas, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik*, (1931), p. 11 e ss.; Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983), p. 26 e ss.; do mesmo autor, *Der Begriff der Strafe*, (1986); uma inadequada divisão entre conceito e conteúdo da pena em Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, (1994), p. 26 e ss.

2.1 As abordagens instrumental-preventivas e sua base teórica

Segundo uma das concepções fundamentais – denominada instrumental-preventiva – a pena é definida, tanto no que diz respeito ao seu fundamento quanto à sua medida, como um meio coercitivo de asseguramento com o objetivo de evitar futuros delitos, no que se aproxima conceitualmente das medidas segurança e das ações de prevenção de perigos de natureza policial (Maßregel).

De acordo com essa corrente, que toma por base uma correlação entre meio e fim, a pena é por um lado o meio que se relaciona a um agente que é considerado portador de uma disposição perigosa, cujas ações devem ser objeto de prevenção, seja por meio de sua melhora, o que se dá com a sua reeducação ou intimidação, seja por meio de sua eliminação (prevenção especial). Por outro lado, a violência estatal exercida por meio do sistema penal, retratada na ameaça de pena contida na lei ou na sua concreta execução, se relaciona ao potencial de perigo que representa o fato para a coletividade e visa a intimidação de outras pessoas com possível inclinação delitiva (prevenção geral negativa), ou a ratificação da confiança na norma por parte de terceiros (prevenção geral positiva).

Essa concepção corresponde a uma visão de direito e de Estado baseada num conceito de arbitrariedade subjetiva de caráter empírico que persegue os seus benefícios de forma egocêntrica. Disso resulta uma relação com o mundo preferencialmente instrumental que se generaliza a partir do domínio da natureza: "a relação com o mundo desde o advento da Idade Moderna, compreendida como a essência mais pura da autoafirmação, se expressa de forma pragmática como construção e prevenção".[6] Num cenário de contradição entre estado de natureza e estado social em que se encontram sujeitos autocentrados, o direito e o Estado são definidos tão somente como um ordenamento coercitivo exterior voltado ao necessário asseguramento da paz.[7]

Tal ponto de vista é em certa medida racional, uma vez que ele não se relaciona com um ordenamento objetivo-teleológico (revelado divinamente), mas com a referida natureza empírica do homem. Essa compreensão corresponde, na realidade histórica, não apenas à experiência da dissolução da hermética ordem medieval até as guerras civis de caráter religioso, mas também à crise da sociedade como consequência das mudanças profundas que vêm se expandindo mundialmente desde a Revolução Industrial até os dias de hoje. Quanto mais violentas se tornam as relações sociais em cada época, mais brutais se convertem também as tentativas de

6. Hans Blumenberg, *Legitimität der Neuzeit*, 2. ed., 1988, p. 252.

7. Cf. Hobbes, *Leviathan* (acerca das consequências no campo teórico-penal, ver especialmente cap. 28); na válida análise de Hegel, *Rph*, § 183: o Estado exterior ou o "Estado da necessidade e da razão".

imposição da ordem estatal, inclusive no que diz respeito ao direito penal, como demonstra a análise histórica.

A partir das bases metodológicas do empirismo (Thomas Hobbes, John Locke), transposições começam a ser empreendidas tanto para a teoria do direito penal como para a prática codificada dos Estados do Bem-Estar dominados pelo absolutismo, como, por exemplo, no que se refere à pretensão especial-preventiva.[8] Após a impositiva crítica de Kant baseado no princípio jurídico de liberdade, Feuerbach tentou promover uma mudança nessa abordagem preventiva a fim de preservá-la por meio da concepção de prevenção geral, baseada em sua teoria da coação psicológica.[9]

No desfecho do século XIX, que foi marcado pelo pensamento dos estados liberais, iniciou-se o domínio das concepções de biologia criminal, antropologia criminal e sociologia criminal de caráter naturalista e materialista (Durkheim, von Liszt).[10] Tendo como pano de fundo a crise na sociedade, Franz von Liszt é mais um autor que formula um conceito de direito penal vinculado a propósitos funcionais com intenção especial-preventiva, com base nos fundamentos metodológicos do positivismo empirista (Naturalismo, Sociologismo).[11]

O princípio empirista, aproveitando-se de sua conexão com condições de caráter psíquico e social, produziu em grande medida efeitos ambíguos. Por um lado, conduziu a extremos quanto ao tratamento do objeto ("inocuização", especialmente no período nazista, com "medida preventiva de eliminação para a proteção da

8. Cf. Wolfgang Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962; Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, (1965), p. 225 e ss., 353 e ss., 394 e ss.; cf. Thomas Vormbaum (org.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, (1993), vol. I, especialmente os textos de Klein e Grolmann; acerca das concepções de jurídico-penais utilitaristas Jean-Claude Wolf, *Verhütung oder Vergeltung?* (1992).

9. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, 1799, p. 43 e ss.; II, 1800, p. 109 e ss.; sobre isso, Wolfgang Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, p. 39 e ss.; Gallas, *Kriminalpolitik und Strafrechtsystematik*, (1931), p. 23 e ss.

10. Cf. Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, (1965), p. 357 e ss.; Wolfgang Sellert/Hinrich Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung*, (1994), p. 107 e ss.

11. Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, (1905); para uma classificação histórico-filosófica, cf. Baratta, *Philosophie und Strafrecht* (1985), p. 291 e ss.; acerca da ambiguidade na atualização, Claus Roxin, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), 81, (1969), p. 612; Bockelmann, *ZStW*, 81, (1969), p. 597 e ss.; Wolfgang Naucke, *ZStW*, 94 (1982), p. 525 e ss.; Susanne Ehret, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, (1996), p. 71 e ss, 204 e ss.

comunidade").[12] Por outro lado, na recente reforma penal,[13] foi invocado com o propósito de promover melhoras por meio de medidas de ressocialização.[14] Porém, tendo em vista que os motivos da crise estão situados num extrato mais profundo, o otimismo instrumental somente pode ser proveitoso até um determinado limite.

Ao lado disso, e em outras ocasiões até mesmo em contraposição a isto,[15] sustenta-se uma determinação funcional do direito penal orientada pela prevenção geral, que compreende a pena como mecanismo de motivação direcionado à intimidação geral ou, no que consiste um giro do ponto de vista teórico-sistemático, uma corrente funcional que concebe a pena preponderantemente como instrumento de estabilização normativa junto à comunidade (prevenção-integração).[16] Esse pensamento corresponde a teorias sociológicas que, em face das contradições internas da sociedade, apelam a um fundamento comum de caráter emocional ancorado em instituições voltadas à promoção da paz e supõem que estas somente poderiam ser preservadas contra profundas quebras normativas por meio da intervenção coercitiva exteriorizada (Durkheim, Mead).[17]

Nas exposições de motivos de leis recentes e também na prática penal, como por exemplo no campo da legislação penal de entorpecentes,[18] encontram-se in-

12. Lei de Alteração do Código Penal do Império (RStGB) de 04.09.1941 (Reichsgesetzblatt, I, p. 549 e ss.); cf. Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, (1965), p. 436 e ss.

13. Nota do tradutor: O presente texto foi publicado originalmente em 1997 e a reforma penal se refere à Alemanha.

14. Cf. especialmente Peter Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, (1962); Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3. ed., 1981, em complemento, Frank Zieschang, *Das Sanktionensystem in der Reform des franzosischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht*, (1992), p. 26 e s.

15. Sobre a "mudança brusca na argumentação político-criminal", cf. "Umschwung in der kriminalpolitischen Argumentation", Winfried Hassemer, em *Hauptprobleme der Generalprävention*, (1979), p. 29, 34 e ss.

16. Cf. Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, (1976), *Direito penal, parte geral*, 1/4 e ss.; *ZstW* 107 (1995), p. 843 e ss.; crítico quanto a esta concepção, Michael Köhler, *Begriff der Strafe* (1986), *ZStW* (1995), p. 992 e ss. As variantes das concepções empírico-instrumentais são analisadas por Jürgen Baumann, em *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 1994, p. 368 e ss. Também o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*) destaca ocasionalmente "a força da norma penal para a criação da consciência jurídica" – decisão 39, p. 1 e ss. Contudo, o termo prevenção-geral também é utilizado em relação à função geral da pena justa – nesse sentido, Eberhard Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, (1963).

17. Cf. Werner Gephart, *Gesellschaftstheorie und Recht: Das Recht in soziologischen Diskurs der Moderne*, (1993), p. 45 e ss., 334.

18. Nota do tradutor: O presente texto foi publicado originalmente em 1997 e a legislação se refere à Alemanha.

fluências da teoria da prevenção geral na modalidade intimidação. O princípio, que se origina em Hobbes – a representação empírico-teleológica da arbitrariedade subjetiva, a representação do direito e do Estado como um mero ordenamento coercitivo externo –, é o mesmo por todas as partes. Ademais, sob o ponto de vista da psicologia mais profunda, que entende o direito penal como reação ao que está recalcado e ao que constitui o perigoso potencial de descarga de impulsos sempre existente, e que, na mesma linha, compreende o direito penal como o resultado de uma neurose coletiva,[19] se sustenta postura preventiva semelhante.

Nas suas conclusões conceituais, cada uma das abordagens preventivas se diferencia segundo características específicas.[20]

2.1.1 A abordagem da prevenção especial

De acordo com esta concepção, a sanção penal é a medida de segurança ou melhoramento necessária segundo o caso, aplicada contra a perigosidade do agente manifestada no fato, o que significa, na linguagem de von Liszt: intimidação do criminoso de ocasião, melhoramento daquele que é passível de melhora, e neutralização dos que não podem ser corrigidos. Ela se determina, portanto, em função da averiguação de detalhadas condições empíricas (da perigosidade) relacionadas ao agente. Com isso, o agente é colocado num plano nivelado com o estado da natureza, que assume caráter extremo na representação biológica do "criminoso nato" (Lombroso), mas que em qualquer caso é tratado apenas como um elemento, de certo modo compreendido como um ponto de transição numa rede de condições naturais e culturais.

Regras de experiência acerca da constituição do sujeito do crime em todas as suas relações, sua disposição comportamental e sua aptidão para sofrer influências são objeto de disciplinas empíricas, especialmente da criminologia empírica, que devem aportar imperativos técnicos e pragmáticos acerca do tratamento do agente. Como consequência, a "pena" e a sua medida são segregadas da sua relação com o fato delituoso (e sua gravidade). Esse fato criminoso constitui tão somente mais uma dentre outras condições para uma ampla avaliação do potencial de perigo e da reação a ser adotada na forma de uma medida de coerção preventiva. A circunstância de o fato pressupor a sanção não é, portanto, necessária:[21] o comportamento delituoso passa a ser apenas uma "oportunidade" e não a razão da "pena".

---

19. Cf. Albert Ehrenzweig, *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*, (1973), p. 169 e ss., 248 e ss.; Bernhard Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, (1976), p. 92 e ss., de forma resumida, 163 e ss.; Franz Streng, *ZStW* 92 (1980), p. 637.

20. Cf. uma análise fundamental em Wilhelm Gallas, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik*, (1931), p. 10 e ss.

21. Cf. Wolfgang Frisch, *ZStW* 102, (1990), p. 376 e ss.

Essa concepção permite, de um lado, que um fato de pouca gravidade dê ensejo a uma severa e duradoura sanção, o que ocorreria quando outras circunstâncias pudessem justificar uma correspondente avaliação positiva acerca da perigosidade do agente, como, por exemplo, no caso de um contumaz reincidente. Por outro lado, mesmo um fato da maior gravidade poderia não ser sancionado sob o ponto de vista preventivo-especial, o que poderia ocorrer quando cometido sob específicas e excepcionais razões de ordem política, e caso se chegue à conclusão, no momento da sentença, de que não há perigo de reincidência.

A pena se inclina para a indeterminação: as mais variadas prognoses quanto à perigosidade do agente e à efetividade da pena, condicionadas empiricamente segundo tipologias de agente e multifacetados métodos de avaliação,[22] precisam se amoldar aos indicativos de maior ou menor probabilidade derivados de fundamentos de apreciação diversos e de distintos conhecimentos resultantes da experiência. Isso é uma decorrência inevitável da metodologia adotada, tendo em vista que no campo do comportamento humano não se pode contar com eventos naturais que possam ser calculados de forma exata. Neste sentido, a pretensão de se obter uma racionalidade de propósito redunda no reconhecimento da indeterminação de princípios. A consequência sistemática disso se apresentou em tempos passados na exigência de von Liszt quanto a uma indeterminação da pena e das medidas de segurança e de correção.

No que diz respeito à intensidade da sanção, a relação à perigosidade do agente divaga entre as condições internas e externas do comportamento e da vida. A concepção pragmática e a moralidade do agente se tornam objetos obrigatórios de manipulação. Isso se manifestou, na forma de uma coerção de cunho moral-religioso, no trabalho forçado, na imposição de terapia (por exemplo, o que ocorre na atual lei de entorpecentes).[23] A "pena" apresenta uma tendência a se tornar a medida de disciplina total (Foucalt). Observada a partir de uma perspectiva de lógica jurídica, a regra segundo a qual "quem faz isso e aquilo é apenado desta ou daquela maneira", ou seja, a relação proporcional entre pena e fato delituoso, é abolida, tanto no que se refere ao fundamento quanto à medida da sanção. Em lugar disso, surge a regra de aplicação de medidas que se relacionam de forma aberta e indeterminada à perigosidade do agente e à sua aptidão para sofrer influências. A lei penal perde em constância e determinação e se transforma em uma lei de medidas "flexíveis".

---

22. Cf. Wolfgang Frisch, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht: zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, (1983).

23. Nota do tradutor: O presente texto foi publicado originalmente em 1997 e a legislação se refere à Alemanha.

2.1.2 A abordagem da prevenção geral

Segundo as teorias da prevenção geral, a pena que é objeto de ameaça e de aplicação ao agente é concebida como um meio de motivação coercitiva ou meio de manifestação em relação a outros (a generalidade). Na forma de intimidação geral (prevenção geral negativa), a pena deve atuar de forma contramotivadora no tocante a pessoas com propensões delitivas que poderiam tomar o fato delituoso como um exemplo, assegurando de tal maneira a vigência da norma. Para aqueles que poderiam debilitar sua consciência normativa por meio de fatos delituosos não sancionados, com a consequente perda na confiança do direito, a pena deve atuar como fator de estabilização da norma (denominada prevenção geral positiva ou prevenção-integração).

A consequência sistemática é a efetiva desconexão entre a pena e a sua medida, de um lado, e o agente e o fato delituoso, de outro. Ao se levar em consideração apenas a capacidade motivadora da pena em relação a outros, importam para a configuração do direito penal e para a sua aplicação tão somente os efeitos que o fato delituoso e o seu agente produzem em terceiros. O indivíduo é exemplarmente apenado porque a situação geral assim o exige, caso contrário muitos outros poderiam ser influenciados. A responsabilidade pessoal, refletida nos conceitos de imputação e culpabilidade, se dissolve nas necessidades preventivas: o "sujeito" é a sociedade, ao passo que o indivíduo se torna objeto.[24]

A problemática da determinação empírica da pena se amplia com os fundamentos de avaliação da perigosidade. A insegurança impera no que se refere à eficácia intimidatória ou normativo-estabilizadora da pena sobre a generalidade ou sobre específicos grupos de delitos ou grupos de agentes. Disso resulta não apenas uma produção legislativa penal que se estende ao campo prévio de possíveis perigos, retratada exemplarmente nos crimes de perigo abstrato, mas também uma correspondente tendência de ampliação desmedida das investigações policiais e dos serviços secretos.[25]

Especialmente para a fixação da pena no caso concreto vige a seguinte regra: "todas as considerações relacionadas à prevenção geral na eleição e na dosimetria

24. Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, (1976); *ZstW* 107, (1995), p. 843 e ss.

25. Cf. especialmente as análises nos seguintes trabalhos de Winfried Hassemer, *Juristische Schulung* (JuS) 1987, p. 287 e ss; *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NstZ), 1989, p. 553 e ss.; *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 1992, p. 378 e ss., com outras considerações. Cf. também Wolfgang Beck, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung: zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, – erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts*, 1992, p. 29 e ss.; de forma resumida, Wolfgang Naucke, *Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 76, (1993) p. 135 e ss.

da pena têm como pressuposto a aptidão para influenciar, em seu comportamento futuro, terceiros desconhecidos e que não tomaram parte no crime, o que se concretiza por meio do endurecimento das penas. Por sua vez, isso pressupõe que esses terceiros tomem conhecimento da severidade das penas e que essas sanções possam direcionar os respectivos comportamentos".[26] A consequência prática é uma tendência ao recrudescimento das sanções penais, o que do ponto de vista da experiência histórica extrema conduz a um direito penal da intimidação de cunho terrorista.

2.2 O princípio do restabelecimento compensatório (denominada teoria absoluta)

Em uma crítica principiológica às doutrinas instrumentais-redutoras da resposta penal, a teoria normativo-libertária (denominada absoluta) da pena a compreende como restabelecimento compensatório da validade geral do direito lesionada por meio do delito.

Numa concepção elaborada, essa fundamentação remonta à filosofia jurídica do idealismo alemão.[27] Categorizá-la como "absoluta" somente é correto na medida em que ela se posiciona de forma crítica frente às intenções sociais-pragmáticas, uma vez que estas não são capazes de legitimar a coação penal imposta ao agente. Essa terminologia está associada a uma série de mal-entendidos que se devem em parte a um inadequado entendimento da própria teoria, e em parte a uma insuficiente compreensão de um pensamento penal humano baseado na razão. Assim, existe a opinião segundo a qual a teoria absoluta da pena seria refém de uma determinada representação transcendente de justiça, defenderia uma espécie de imposição vingativa de um mal e postularia com isso uma realidade deteriorada.

Tais abordagens são inteiramente incapazes de captar o contexto de fundamentação da teoria absoluta da pena. Segundo esta concepção, o direito penal tem em realidade uma função imanente a cumprir, a restituição da relação jurídica atingida. Com isso se constrói como garantia da liberdade o fundamento e o limite de toda

---

26. Winfried Hassemer, *ZStW* 90, (1978), p. 96.

27. Cf. o que já falava Aristóteles, *Nikomachische Ethik*, V, 10 (acerca da justiça retributiva na relação entre pessoa e Estado); fundamental, Kant, *Metaphysik der Sitten, Erster Teil – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 49, *Allgemeine Anmerkung von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins E* (Ed. Preußische Akademie d. Wissenschaften – AA – VI, 351 e ss.); Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 95 e ss.; cf. também Karl Marx, *Die Todesstrafe* (1853), in: *Marx-Engels-Werke*, 8, p. 506 e ss. Cf. Ernst Amadeus Wolff, *ZStW* 97, (1985), p. 786 e ss. e *Strafrechtspolitik*, organizado por Winfried Hassemer, (1987), p. 137 e ss.; Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983), *Begriff der Strafe*, (1986) e *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – ARSP* 75, (1989), p. 265 e ss.; Zaczyk, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes* (1981); Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991).

a atuação com propósitos preventivos. Se a realidade da reação delitiva está deteriorada, isto resulta, de acordo com o momento ambivalente do espírito da nossa época, de uma dominante visão instrumental do direito e do direito penal, ou seja, resulta exatamente da ausência de imposição de uma justiça penal concreta e bem fundamentada. Como consequência sistemática se apresenta a limitação do direito penal à proteção reparadora para a reconstituição do direito (conceito de crime), a correspondente relação da pena segundo o seu fundamento e a sua medida ao fato a ser compensado (direito penal do fato), o pressuposto penal limitador da imputação do injusto baseado na livre responsabilidade do agente (princípio de culpabilidade), a limitação crítica contra medidas de prevenção (policiais) para e contra personalidades que apresentem uma constituição irracional – tudo isso na forma determinada na lei de proteção da liberdade estatal (princípio da legalidade).

2.3 A denominada teoria da união

A teoria da união[28] pretende conciliar os dois grupos fundamentais anteriormente mencionados, sem preponderância de um sobre o outro. Segundo a versão da teoria que atualmente prevalece, todos os propósitos punitivos devem ser relacionados de forma equilibrada entre si, mas o princípio da culpabilidade deve exercer uma função limitadora.[29]

Entretanto, trata-se de um pensamento deficiente: é até possível elaborar sistemas diversos sem contradições, a partir de distintos princípios punitivos, por exemplo um de prevenção geral, um de prevenção especial ou um de compensação da culpa. Porém, sob a exigência de uma consistente metodologia, está excluída a possibilidade de se determinar a identidade da pena ao mesmo tempo de formas diferentes (por exemplo, como: um mal, uma medida de tratamento, uma medida de intimidação, um prejuízo compensatório ao *status* jurídico) e empregar fundamentos de determinação da pena em sentidos absolutamente contrários.

---

28. Cf. na doutrina mais antiga Berner, *Deutsches Strafrecht*, 17. ed., 1895), p. 3 e ss.; Robert von Hippel, *Strafrecht* I, (1925), p. 473 e ss., 487 e ss., 511 e ss.; de interesse histórico cf. Ralf Seidl, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, (1974), p. 6 e ss., 132 e ss.; acerca do estado atual, cf. Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, (1994), p. 28 e ss.; com uma abordagem crítica, cf. Wilhelm Gallas, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik* (1931), p. 10 e ss.; Ernst Amadeus Wolff, *ZStW* 97, (1985), 786, 805 e ss., Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983), p. 22 e ss. e *Begriff der Strafe*, (1986), p. 4 e ss.

29. Cf. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 75 e ss.; Hans Jürgen Bruns, *Strafzumessungsrecht*, (1967), p. 217 e ss.; Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1*, 2. ed., 1994, p. 52 e ss., denominada teoria da união (com preponderância da prevenção especial); de forma semelhante a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE* – 45, 187, 253 e ss.).

Essa contradição conduz a uma completa insegurança. O somatório de princípios fundamentais de determinação da pena contrários entre si não pode resultar num princípio conciliatório.

A inconsistência da formulação geral desloca o problema básico ao plano da fixação da pena. Ali, a teoria da união assume a forma da denominada teoria do espaço de jogo, segundo a qual no "espaço de jogo da culpabilidade" os propósitos preventivos de caráter instrumental devem aportar um significado relativamente independente na determinação da pena (conforme exposição no capítulo 10 do livro).[30] A contradição metodológica (antinomia) persiste, razão pela qual essa teoria deve ser rejeitada.

3. ANÁLISE CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES DA PENA

O direito penal deve ser compreendido necessariamente segundo a razão jurídica geral, do que resulta que é vedado reduzi-lo a um mecanismo de motivação (coação intimidatória etc). Em realidade, a pena constitui uma reação ao injusto que repara a lesão da relação jurídica produzida em atenção ao futuro e que, em uma conciliação crítica, também deve conter uma intenção preventiva.

3.1 Crítica das abordagens instrumentais

As teorias da prevenção se situam na corrente da racionalidade técnica surgida a partir da Idade Moderna. A transposição desse modo de pensar às teorias jurídico-penais da prevenção inicialmente fascina, considerando sua (aparente) racionalidade de propósitos e a correlata pretensão de "luta contra o crime" (um termo comum). Contudo, elas perdem de vista, quanto aos seus fundamentos, o princípio jurídico da liberdade geral.[31] Nesse contexto, uma parte da realidade histórica e do presente do direito penal pode ser efetivamente descrita como instrumental de tratamento de um objeto ou instrumental voltado a disciplinar, o que é passível de crítica.[32]

---

30. Nota do tradutor: trata-se de capítulo do livro *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (autor Michael Köhler), do qual o presente texto foi extraído.

31. Para a crítica, Kant, *Metaphysik der Sitten, Erster Teil – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 49, *Allgemeine Anmerkung von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins E (AA VI, 351* e ss.); Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 99 e ss.; Ernst Amadeus Wolff, *ZStW* 97, (1985), p. 786 e ss. e *Strafrechtspolitik*, organizado por Winfried Hassemer (1987), p. 137 e ss.; Zaczyk, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, (1981); Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983) e *Begriff der Strafe* (1986); para um resumo, Wolfgang Naucke, *Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 1993, p. 135 e ss., 157 e ss.

32. Foucault, *Überwachen und Strafen* (1976); colocando as questões em ordem de uma forma crítica, Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, (1985), p. 338 e ss.

É certo que o objetivo jurídico do "asseguramento contra crimes" se justifica em si, tanto no que se refere à sua imediata persecução (policial), como no que se refere à forma jurídico-penal que proporciona. É certo também que a pena está conectada a uma dimensão preventiva, porque deve fomentar nas pessoas infratoras, de uma forma especial, o modelo de observância ao direito (ressocialização). Entretanto, a determinação instrumental social-utilitarista como um meio coativo de asseguramento trata o agente, de acordo com a clássica (kantiana) objeção, não como um coconstituinte da relação jurídica, mas apenas como um objeto, seja para condicioná-lo, seja para a motivação de outros. Contrariamente à sua qualidade jurídica de sujeito, o ser humano é equiparado a um potencial de perigo natural e visto como um mecanismo de impulso, "confundido com um objeto do direito das coisas" (Kant), tratado como "um cão contra o qual se levanta um bastão" (Hegel).

A desaprovação fundamental se dirige, nessa concepção punitiva, à compreensão heteronômica do direito e do Estado que lhe serve de base e aos seus correspondentes conceitos de "Política" e "Política-Criminal" como atuações de poder com caráter instrumental. Desde Hobbes, a unilateral fundamentação do Estado e do direito baseada numa visão contratual, que se sustenta sob uma perspectiva do homem como um ser impulsivo, não foi capaz de justificar a reação jurídica contra comportamentos discrepantes, havendo sido capaz apenas de explicá-la como um exercício do poder preponderante. Deste modo, direito, Estado e pena tendem a se tornar uma mera relação de poder externa, na qual os interesses de bem-estar de um contra o outro são impostos segundo meros propósitos utilitários. Isso não pode ser conciliado com uma definição de direito que se alicerça na liberdade fundamentada na autodeterminação de todos, princípio constitucional basilar (art. 1.º, 2, 20, da Constituição da Alemanha).

A crítica se dirige inicialmente à concepção de prevenção especial, que compreende a pena como meio coercitivo de asseguramento contra a futura perigosidade do agente. No entanto, um direito de coação estatal somente pode se conectar de forma racional à responsabilidade baseada numa atual decisão de atentar contra o direito. Contrariamente, caso a sanção penal seja justificada na mera possibilidade ou numa probabilidade de futura prática delitiva, cujo prognóstico deriva da disposição do agente, disso resultará uma efetiva equiparação do autor do fato delituoso a um ser irresponsável, manipulado como um processo objetivo.

As consequências analisadas – dissolução da relação entre pena e fato punível, indeterminação e totalitarismo –, que em princípio estão em contradição com o conceito preliminar da pena justa, passam a ser correlacionadas à concepção punitiva adotada. Considerações de cunho consequencialista, ainda que tenham lugar em um plano pragmático secundário (como por exemplo na execução da pena de maneira adequada), são, por força de ineludíveis razões metodológicas, demasiado

indeterminadas para poder justificar uma intervenção na liberdade pessoal.[33] No mesmo sentido, a objeção relacionada à incerteza na formulação de prognoses – a intervenção na liberdade se vincula de uma maneira indeterminada quanto aos seus princípios a uma maior ou menor probabilidade, e não à atual quebra do direito – é um resultado disso.[34]

Até mesmo o delinquente habitual, em relação ao qual o conceito de prevenção especial se refere tipicamente, não deve ser tratado desta forma. Isso porque nesse hábito o que se manifesta não é a lei da natureza, mas a subjetividade responsável, ainda que, sob a perspectiva de um processo de formação institucional intersubjetivo, isso tenha se configurado em direção a uma falta de domínio pessoal.[35] Essa é a base a que deve corresponder, de um modo compatível com o princípio de liberdade, a análise dos criminosos habituais. Por conta disto, a coerção jurídica, em seu necessário rigor, deve se relacionar e se limitar ao fato e à sua gravidade – definida também por meio do hábito – e não a uma incerta expectativa de fatos futuros. Para além da crítica principiológica, um mero tratamento coercitivo é também questionável do ponto de vista da racionalidade de propósitos. A experiência revela que isso não produz efeitos positivos, uma vez que a contenção pessoal é reduzida na mesma medida em que o sujeito deixa de ser tratado como autônomo, o que é um motivo do empiricamente comprovado ciclo de reincidência.

Essa crítica não se aplica à nova compreensão de "prevenção especial" que se refletiu na recente[36] reforma penal alemã,[37] delineada num sentido de concretizar a

33. Cf. para o estado atual das pesquisas empíricas, Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, (1994), p. 57 e ss., 72 e ss., 124 e ss.

34. Para a crítica, Wolfgang Frisch, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht: zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, (1983) e *ZStW* 102, (1990), p. 370 e ss.

35. Cf. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 142 e ss., 261, e com frequência em conexão com Aristóteles; Ernst Amadeus Wolff, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, (1964); Michael Köhler, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, (1982), p. 104 e ss., 405 e ss. e *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis: Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der Hegelschen Rechtsphilosophie*, em Lackner-Festschrift, (1987), p. 11 e ss.; Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991), p. 105 e ss. – de forma detalhada, capítulos 7 e 10.

36. Nota do tradutor: O presente texto foi publicado originalmente em 1997 e a reforma penal se refere à Alemanha.

37. Peter Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, (1962); Hellmuth Mayer, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, (1962); Arthur Kaufmann, Das *Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. ed., 1976, p. 263 e ss.; para uma ordenação, Michael Köhler, *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis: Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfadend der Hegelschen Rechtsphilosophie*, em Lackner-Festschrift, (1987), p. 11 e ss.

justiça da pena por meio da individualidade de cada agente, concepção que busca valorar devidamente as deficiências de domínio próprio do infrator condicionadas também por circunstâncias institucionais. Essa abordagem ressocializadora visa, por um lado, proporcionar atenuações equilibradas da pena (por exemplo, a maior abdicação possível da pena privativa de liberdade), ao passo que, por outro lado, tem como propósito a formação de um sistema de sanções que permita a abertura de oportunidades na maior extensão possível, especialmente no que se refere à pena privativa de liberdade.

A abordagem instrumental da prevenção geral está sujeita à mencionada crítica fundamental em duplo aspecto. Por um lado, não apenas pressupõe que todos os integrantes da comunidade jurídica são a princípio perigosos e essencialmente necessitados de motivação por meio da ameaça de um castigo, mas, sobretudo, os reduz a isso. Essa concepção de direito e Estado contraria o princípio jurídico da liberdade e a compreensão de que todos são sujeitos constitutivos do direito. Caso se admita que a "prevenção-integração" deve responder a uma crise, a decorrência é que não apenas a fundamentação da pena relacionada ao agente do delito é perdida, mas também a possível função do direito penal é consideravelmente superestimada. A instabilidade que favorece o surgimento do crime encontra normalmente suas razões em um extrato mais profundo da realidade institucional (por exemplo, num sistema econômico dirigido ao egoísmo, na crise social, na patologia familiar como motivo concorrente para os problemas com entorpecentes etc). Este cenário somente pode ser revertido por meio de uma política justa. Os delitos cometidos devem ser efetivamente punidos de forma justa, mas isso não pode, nem quanto aos seus motivos nem quanto à sua medida, se caracterizar como um meio de solução para deformações radicadas de uma maneira mais profunda. A objeção acerca da indeterminação dessa forma de punir é uma consequência decorrente do quadro exposto.

Ademais, a essa concepção não importa definir o agente como um sujeito. O pressuposto da imputação subjetiva (culpabilidade) é negado.[38] O agente é apenas objeto de um exemplar tratamento em atenção à estabilização da norma junto a outros. No entanto, razão e consequência são com isso confundidos: se o que se pretende é a restituição da validade geral da norma, então é preciso antes aplicar a pena justa nos casos concretos. Para essa finalidade, a concepção da prevenção geral, de caráter instrumental, não pode contribuir, uma vez que a informação que ela pode aportar para a medida da pena também permanece muito incerta. A indeterminada redução a um objeto em proveito de outros contraria a autocompreensão de pessoa livre no agente.

38. De forma crítica, Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, (1977), p. 21 e ss.; Michael Köhler, *Der Begriff der Strafe*, (1986), p. 62 e ss., *ZStW* 107, (1995), p. 922 e ss.

Isso vale igualmente para desacreditar o propósito fático de intimidação. Contudo, a crítica relacionada à indeterminação empírica,[39] apenar de chamativa, é secundária: até mesmo se fosse possível assegurar em certos casos que um grupo de outras pessoas se deixariam "intimidar" ou ver a sua consciência normativa se "estabilizar" por meio da sanção a um determinado agente, não haveria como fundamentar uma pena com essa finalidade. Apesar disso, não está excluída a admissibilidade de se levar em consideração na fixação da pena moderada também o significado geral do fato segundo critérios de valoração concretos da sociedade.[40]

A determinação instrumental prevencionista do direito penal se explica a partir da fragmentação crítica da moderna sociedade. É certo que o processo de diferenciação social (internacional) revela uma ambivalência fundamental entre concretização e perda de direitos.[41] Isso cria por si mesmo condições para a delinquência (habitual), seja em áreas periféricas, seja em situações críticas de exceção. O processo de transformação nos países do bloco leste são exemplos recentes disto.[42-43] No entanto, isso não lhe agrega elemento de legitimação. A divisão interna da sociedade ocidental condiciona formas sistemáticas de delinquência, a exemplo da criminalidade econômica e ambiental sob a realidade da agressiva concorrência, a delinquência juvenil assim como a relacionada a entorpecentes fruto de perversas condições sociais, a criminalidade política e até mesmo as formas de terrorismo como uma expressão de profundas contradições de ordem político-social. A criminologia fornece aqui um valioso material, a exemplo do que ocorre com carreiras criminais que se iniciam na juventude e que são condicionadas pelas circunstâncias.[44] Essa fragmentação estimula uma tendência ao emprego de métodos instrumentais, o que se manifesta nos contrastes terminológicos como direito penal do cidadão *versus* direito penal do inimigo, direito penal

39. Cf. Winfried Hassemer, *ZSTW* 90, (1978), p. 96; Michael Bock, *ZStW* 103, (1991), p. 636 e ss.

40. Fundamental, Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 218; Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983).

41. Fundamental, Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 181 e ss., 243 e ss.; Michael Köhler, *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis: Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfadend der Hegelschen Rechtsphilosophie*, em Lackner-Festschrift, (1987), p. 11 e ss.; Hans Haferkamp, *Der Wohlfahrtsstaat und seine Politik des Strafens*, (1990); Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991), p. 331 e ss.

42. Nota do tradutor: o presente texto foi extraído de livro publicado em 1997, do que resulta a referência às então recentes transformações por que passou o bloco de países do leste europeu.

43. Acerca das estatísticas criminais e sua interpretação como fenômenos de crise, cf. Kaiser, *ZStW* 106 (1994), p. 469 e ss.

44. De forma resumida, Klaus Lüderssen, *Kriminologie*, p. 97 e ss.

da culpabilidade *versus* direito penal da prevenção, das medidas de segurança ou da reeducação.

Entretanto, a crítica contra esse instrumentalismo empiricamente reducionista deve prevalecer. Isso significa, por um lado, a necessidade de se associar a autêntica tarefa de prevenção primariamente a outras formas de justiça que não a justiça penal, a exemplo da justiça distributiva nas relações jurídicas privadas e estatais. Por outro lado, as razões gerais da crise, o condicionamento de certas modalidades de delinquência, devem ser assimilados nos conceitos fundamentais de crime, culpabilidade, pena e medida da pena.[45] Tão somente por esse caminho pode a pena ser legitimada para a criminalidade habitual, tanto no seu necessário rigor quanto na sua moderação voltada à "ressocialização".

3.2 Necessária revogação do delito por meio da pena

A pena é um imperativo, na medida em que o próprio agente é responsável por sua geração ao cometer o fato delituoso. O crime não é apenas um acontecimento lesivo empírico, tampouco é um mero ilícito civil ou administrativo ou um correspondente perigo. Em realidade, com a lesão do direito "como direito" ocorre uma contradição à vigência da norma ante a generalidade que se prolonga no tempo. O agente, por um lado racional coconstituinte da realidade jurídica, a nega por outro lado em um aspecto fundamental. Embora ele afirme a sua própria condição de pessoa do direito, ao mesmo tempo nega os bens jurídicos alheios. Assim, o agente do furto se permite atacar a propriedade alheia para assumir para si a disponibilidade do bem segundo o direito de propriedade.

Essa contradição da vigência da norma se estabelece para a generalidade, inclusive para o atingido diretamente pelo fato. Ao mesmo tempo, constitui uma autocontradição do agente; mesmo o pior dos delinquentes sabe, desde que seja um ser racional, da ilicitude de seu comportamento. A contradição da vigência que representa o fato se manifesta no próprio agente. Os efeitos negativos do fato tendem a se generalizar no comportamento do agente e no de outras pessoas, uma vez que as máximas do exemplo prático implicam validade geral e estimulam uma estendida habitualidade. Isso, entretanto, teria como consequência a revogação da realidade jurídica, pois o agente nega a si mesmo como sujeito da realidade jurídica por ele coconstituída e em decorrência disto nega a própria realidade jurídica.

---

45. Cf. Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983), *Der Begriff der Strafe*, (1986) e *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis: Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfadend der Hegelschen Rechtsphilosophie*, em Lackner-Festschrift, (1987), *ZStW* 104, (1992), p. 3 e ss; Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991), p. 207 e ss, p. 331 e ss.

Essa consequência seria válida também para todos os demais. Também estes poderiam se comportar da mesma maneira que o agente e, em permanente autocontradição, revogar a peremptória validez geral do direito. Na contestação de vigência que representa o fato reside potencialmente a autodissolução da realidade jurídica. Sob determinadas condições, essa conclusão é comprovada pela experiência. De uma forma especialmente reveladora, é possível, independentemente da situação geral de crise, analisar comportamentos de pessoas que por conta de uma especial posição política ou social se julgam isentos.[46] As abordagens preventivas enxergaram de forma correta essa ameaçadora consequência, contudo se distanciam da base racional do crime e da pena.

O princípio do direito como uma ordem externa fundada na liberdade geral se dirige em um significado mais amplo contra a reiteração cuja ameaça se origina do crime e que traz o risco de abrir espaço para o estado da natureza em que reina a arbitrariedade subjetiva. Por tal motivo, a contradição à vigência da norma deve ser revogada segundo a razão jurídica geral, da qual também faz parte o agente. Evidentemente, o fato cometido não pode mais ser evitado, e isso diferencia o direito penal do campo da intervenção policial. Por isso, a contradição à vigência da norma e a fundamental desigualdade em relação à generalidade devem ser eliminadas, inicialmente comprometendo-se o agente à negação por ele mesmo estabelecida, de forma a promover o reequilíbrio com caráter generalizador: "o agente é subsumido ao seu direito".[47]

Isto não se confunde com as antigas formas de vingança ou com a lei de Talião ("olho por olho").[48] Diferentemente, se trata em princípio de restabelecer uma realidade jurídica igualitária e sem contradições como um necessário momento de recomposição. Isso converge de forma precisa com o entendimento anteriormente retratado: diante de cada grave lesão somente é possível restabelecer a realidade jurídica ressaltando-se inicialmente a própria lesão. A partir daí se fundamenta a pena como um comprometimento do agente em face da negação à vigência do direito, por meio do qual a contradição à validade da norma que decorre do fato pode ser suprimida. Com isso, a pena apresenta como negação também um momento afirmativo (positivo) no tocante à efetiva relação jurídica entre a generalidade e o agente: a sanção penal se apoia justamente no reconhecimento permanente do autor do crime como um sujeito de direitos.[49] Desta maneira, a

46. Cf. o exemplo de Hegel sobre o rico cidadão romano que passeava pelo *Forum* a distribuir bofetadas aos seus concidadãos e em seguida dava às suas vítimas somas em dinheiro (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, notas marginais ao § 99, p. 367).

47. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 199.

48. Sobre a "arqueologia" do conceito de pena de uma forma fundamental, Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991).

49. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100.

pena se diferencia conceitualmente de forma crítica de qualquer medida "útil" de eliminação ou combate.

A validade geral intersubjetiva da fundamentação da pena implica que a decisão final sobre sanção penal também seja definida e tenha validade a partir da racionalidade do agente. Nisso se baseia o princípio da culpabilidade ou a concepção de culpabilidade de vontade (conforme exposição no capítulo 7 do livro).[50] Apenas quando o agente participa em concreto da fundamentação da pena e se coloca de forma consciente em contradição com a norma (ou seja, com consciência da ilicitude) pode a pena ser uma consequência necessária também da própria decisão racional do autor do fato, ainda que ele queira ignorar essa circunstância, enganando-se a si mesmo. A pena que é fruto da culpabilidade se distingue dessa maneira de uma medida de necessidade contra irracionais.

O princípio da pena, portanto, "se baseia no fato de que o indivíduo está a todo momento ciente de que o mal que faz contra os outros se volta contra si mesmo segundo a regra de justiça".[51] A fundamentação da pena supõe, nessa linha, um momento moral (ou seja, um momento autorreflexivo relacionado ao agente). Toda a doutrina da ação e da imputação se baseiam nisso.[52] Segundo o princípio da culpabilidade, os pressupostos subjetivos devem concorrer em tal medida que seja possível concluir-se que o agente lesionou de forma imputável o direito "enquanto direito", em contradição consigo mesmo.

A legitimação da pena como revogação do crime, vinculada à relação do agente com o ofendido e com a generalidade, contém uma etapa relativamente independente de autorreflexão, não se restringindo apenas a um conflito interpessoal externo.[53] Em uma perspectiva histórica, a vingança de sangue ou a dura lei de Talião – ainda hoje de certa forma uma possibilidade no direito penal islâmico –, que pode ser afastada por meio de um contrato de expiação acordado livremente por ambas as partes, se baseia nessa mediação intersubjetiva. Por conta disto, a voluntária – e por isso mesmo

50. Nota do tradutor: o autor se refere ao livro do qual foi extraído o texto: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997.

51. Kant, *Reflektionen zur Moralphilosophie (handschriftlicher Nachlass, AA XIX*, 7289); cf. também *Kritik der praktischen Vernunft*, (AA V, p. 37 e ss.); *Metaphysik der Sitten – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 49, *Allgemeine Anmerkung von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins E* (AA VI, 335).

52. Em uma forma inicial destinada a um desenvolvimento posterior é a fundada teoria da imputação de Aristóteles em *Nikomachische Ethik, III*; cf. também Hegel, *Vorlesung über die Geschchte der Philosophie* (Werke 19, 221), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, segunda parte; complementarmente, Michael Köhler, *Die Bewusste Fahrlässigkeit*, (1982), especialmente p. 199 e ss.

53. Cf. também Diethelm Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, (1991), p. 262 e ss.

com valor moral – reparação dos efeitos do crime é também no direito penal vigente uma legítima causa de diminuição de pena. O mesmo não se pode dizer quando a pena se converte em um instrumento coativo moralizador, o que ocorre quando atividades voltadas à reparação dos efeitos causados pelo crime são impostas ao agente.

Exatamente de acordo com a compreensão geral exposta, no plano conceitual da sanção penal reside um efetivo e necessário passo que constitui o restabelecimento da realidade jurídica igualitária e que não se confunde com um mero passo simbólico ou "metafórico".[54]

3.3 A integração das funções preventivas (denominada união dos propósitos penalizadores)

Os propósitos penais relacionados tanto à influência no agente concreto (prevenção especial) quanto ao reforço da norma ante a generalidade (prevenção geral), abstraídas as suas incertas condições empíricas, se baseiam de forma mediata na fundamentação acima externada. A ameaça da justa resposta penal ao crime e a sua correspondente implementação nos casos concretos de forma adequada e sistemática produzem efeitos empíricos motivadores em certa medida. Além disso, quanto mais aparente e clara a realidade jurídica, mais destacado se torna o mecanismo da "pena e recompensa" (*poena et praemium*).

Entretanto, também esses efeitos precisam se basear nos fundamentos legítimos da pena, pois admiti-los de forma isolada é algo contrário ao direito. A pena justa é, portanto, ao mesmo tempo a base do procedimento preventivo. Isso vale especialmente para o propósito de uma prevenção especial voltada à "melhora" do agente. Para isso, a recomposição da realidade jurídica mesmo por meio das sanções mais leves constitui a base necessária. Esta recomposição conserva o seu momento negativo, a severidade do direito penal. Contudo, precisamente como uma negativa ao direito de participação do agente,[55] deve a pena guardar correspondência com os fundamentos da imputação delitiva também em suas condições habituais e institucionais. Neste sentido, a sanção penal deve possuir um lado "social" de abertura de oportunidades. Aqui reside a adequada diferença conceitual e prática entre um tratamento preventivo-especial e uma compreensão libertária da prevenção especial ("ressocialização").[56]

---

54. Cf. Michael Köhler, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – ARSP* 75 (1989), p. 265 e ss; abordagens empíricas desconhecem a importância fundamental desse passo e ignoram que sem ele a transição à persecução de fins perde sua base e seus limites; cf. Jean-Claude Wolf, *Verhütung oder Vergeltung?* (1992).

55. Nessa direção, Aristóteles, *Nikomachische Ethik*, V, 8, 10.

56. Entendem a prevenção especial dessa forma Peter Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, (1962); Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1*, 2. ed., 1994, Arthur Kaufmann,

É certo que são proibidas todas as formas de coação moral ou pragmática e toda redução do agente a um mero objeto de manipulação. Mas por meio da pena justa devem se desenvolver modificações de maneira que incentivem a conservação do comportamento conforme a direito (o hábito) como uma oferta de ação. Para os autores de delitos graves, isso é tarefa da execução da pena privativa de liberdade. A exigência de uma adequada e proporcional segurança contra a criminalidade grave se legitima assim por meio do fundamento da pena. No entanto, tal propósito de segurança não pode constituir um fundamento isolado da sanção penal.

De uma forma semelhante, integra-se também o objetivo de prevenção geral. A preservação geral da norma, seja por meio da contramotivação intimidatória, seja por meio da fidelidade normativa, se materializa de uma forma legítima tão somente por causa e nos limites da pena justa. Disso depende a força promotora da "construção da consciência". Caso se perca esta relação, a sanção penal se desnatura em injusto[57] e contribui até mesmo para um adicional embrutecimento da realidade.

Efetivamente, é preciso dar atenção ao significado geral da lesão a que se vincula o fato delituoso.[58] Contudo, essa relação não deve ser desviada a ponto de se distanciar do próprio fato ilícito. O objetivo de prevenção geral não é alcançado nem por meio de uma injusta severidade exemplar nos casos concretos, nem por meio de uma atividade simbólica direcionada a metas difusas, mas sim, no que se refere ao sistema penal, por meio de uma adequada e sistemática persecução e sanção dos fatos ocorridos segundo a sua gravidade. Nesse sentido, como salientou um antigo doutrinador penal (Kohlrausch), não é necessário que se preste muita atenção aos objetivos de prevenção geral.

Com esses fundamentos, as legítimas intenções das abordagens preventivas são preservadas, afastando-se de forma crítica as suas deformações instrumentais. O resultado final é que a teoria da justiça penal fundada na liberdade segundo a lei atinge uma verdadeira união dos propósitos penais.

Das *Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. ed., 1976); Michael Köhler, *Der Begriff der Strafe*, (1986), p. 72 e ss.; cf. a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* – BVerfGE, 35, 202, 235 e ss.; 45, 187, 253 e ss.

57. Cf. o que já dizia Montesquieu, *Esprit des lois*, Livro VI, cap. 9 e ss; essa relação é também enfatizada por Eberhard Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, (1963) e *Direito penal – parte geral*, 3/16, 2. ed., 1984); um exemplo atual da injustiça e inadequação oferece o direito penal relacionado a entorpecentes; de forma complementar, Michael Köhler, *ZStW* 104, (1992), p. 3 e ss.

58. Cf. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 218; Michael Köhler, *Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, (1983). Por exemplo, também na forma de bem fundamentados delitos de perigo abstrato.

4. CONSEQUÊNCIAS: FUNÇÃO DO DIREITO PENAL, FUNDAMENTOS E METODOLOGIA

1. O direito penal estatal, como parte do direito público, pressupõe a justa organização da sociedade segundo as formas de justiça. Por conta disto, apresenta uma função fundamentalmente secundária e subordinada.

2. A tarefa que é própria do direito penal – em contraposição às medidas de reparação do ilícito de caráter jurídico-privado e às medidas policiais de prevenção de perigos – consiste na recomposição da realidade jurídica no tocante aos bens jurídicos fundamentais relacionados à liberdade em caso de graves lesões (conceito material de crime).

3. A sanção penal não é, portanto, um "mal" empírico nem um ato moralizador ("expiação"), nem tampouco constitui um misticismo sem nenhum propósito, mas sim um prejuízo ao agente no seus *status* jurídico fundamental para a necessária compensação pelo crime, de forma a restabelecer a validade geral da realidade jurídica atingida.

4. O direito penal se baseia no princípio de culpabilidade, que significa a imputação subjetiva da infração penal objetiva tendo em vista uma decisão autodeterminada do agente.

5. A medida (qualidade e quantidade) da sanção penal – sistema de sanções, os marcos penais e a fixação da pena no caso concreto – deve resultar diretamente do princípio fundamental da pena, ou seja, deve constituir uma equilibrada compensação valorativa pelo ilícito penal culpável.

6. O direito penal como justiça penal concreta é fundamento e limite da persecução de objetivos preventivos, tanto no que se refere à motivação jurídico-racional de pessoas fiéis ao direito ou pessoas propensas à atividade delitiva (prevenção geral), como no que diz respeito ao esforço para melhorar o agente na intensa abertura de oportunidades para os criminosos habituais (prevenção especial), pelo que se trata de uma verdadeira união dos propósitos penais.

7. Um pensamento preventivo fundado na liberdade jurídica reconhece sua posição secundária frente às condições institucionais (familiares, sociais) de uma bem-sucedida construção da conservação normativa. A política criminal não pode ser reduzida a uma manipulação instrumental de poder para a consecução de uma funcional "luta contra o crime",[59] tratando-se em realidade de uma parte da política social justa.[60]

---

59. Sobre a utilização desse conceito, cf. Heinz Zipf, *Kriminalpolitik*, 2. ed., 1980), p. 3 e ss; de forma crítica, Winfried Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, (1974), p. 123 e ss.

60. Ver o exemplo da legislação de entorpecentes, Michael Köhler, *Loccumer Protokolle 8*, (1992), p. 157 e ss.; para o conceito de política criminal, Michael Köhler, *Vielfalt des Recht – Einheit der Rechtsordnung?* (1994), p. 57 e ss.

8. A justiça penal estatal deve ser determinada, de forma adequada à liberdade e em sua validade geral, por meio da vontade comum legalizada – legalidade do direito penal.

9. O direito penal constitui uma necessidade categórica,[61] devendo configurar-se como subsidiário, como decorrente do princípio de culpabilidade, estando limitado à indispensável compensação pelo crime e devendo aplicado de forma moderada, mas em seu necessário rigor, de forma a estabelecer a liberdade. É irrenunciável para a realidade jurídica, não guarda mera qualidade simbólica nem tampouco se trata de algo pragmaticamente negociável. Sob o aspecto processual, disso resulta o princípio do dever de persecução pelas autoridades (princípio da legalidade ou obrigatoriedade), o que impossibilita qualquer tipo de negociação com a "justiça" (barganha, delação premiada etc.).

10. O princípio metodológico da motivação do direito penal logicamente anterior à sua positivação deve consistir, para a renovação do direito positivo, em validar de forma crítica a justiça penal, segundo o seu fundamento e a sua medida, com vistas ao desenvolvimento do conceito jurídico-penal do fato e de suas consequências, tanto no seu necessário rigor, quanto no seu aspecto limitador e de estímulo à liberdade. A respeito das determinações normativas instrumentais preventivas em vigor, a decorrência é que ou elas se submetem a uma interpretação de acordo com um sentido concreto de justiça penal ou devem ser objeto de crítica negativa. Isso se aplica, por exemplo, ao conceito de medidas de segurança jurídico-penais (*Gefährlichkeitsmaßregeln*).

5. EPÍLOGO (2014)

O texto se origina do capítulo fundamental do livro "*Direito penal, parte geral*" (STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, 1997). Sobre a base do conceito de direito determinado pelo princípio de liberdade,[62] extraído do "espírito europeu de liberdade"

61. Kant, *Metaphysik der Sitten, Erster Teil – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 49 *Allgemeine Anmerkung von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins* E (AA VI, 331): a lei penal é um imperativo categórico; de uma forma principiológica, também correta a posição do Tribunal Constitucional Alemão (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE* 39, 1, 51 e ss.), porém sob pressupostos de fundamentação peculiares; no mesmo sentido, o Tribunal Europeu (Europäische Gerichtshof – EuGH): *Europäische Grundrechte-Zeitschrift – EuGRZ* 1985, 297.

62. Como fonte de orientação: Ernst Amadeus Wolff, *ZStW* 97, (1985), p. 786 e ss.; o mesmo autor em: Winfried Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, (1987), p. 137 e ss.; cf. também Michael Köhler, *Der Begriff der Strafe*, (1986); o mesmo autor em: *Das angeborene Recht ist nur ein einziges..., in: Karsten Schmidt (Hrsg.): Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* (1994), p. 61 e ss.; Rainer Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat* (1989), p. 128 ff.;

(Montesquieu), que teve sua influência demonstrada nas Constituições e Declarações Internacionais, os conceitos básicos de pena e de direito penal podem ser criticamente fundamentados. Trata-se de um esboço das conclusões metódicas e de conteúdo que se estendem ao conjunto do sistema penal.

A exposição é integralmente atual, sem necessidade de retificações ou retratações. Ao contrário, alguns pontos podem inclusive ser acentuados. Isso se aplica especialmente no que diz respeito à crítica fundamental contra as abordagens teleológicas (orientadas a resultados), às empírico-utilitaristas, bem como às baseadas na teoria dos sistemas. Todas elas convergem para a autoconfirmação da sociedade existente e deformam a justiça penal, na medida em que deixam escapar o princípio geral da liberdade pessoal, que incluiu também o agente como sujeito de direito.

O utilitarismo aplicado à sociedade produz seus efeitos especialmente por meio da influência do direito europeu: "intimidação" é o ponto de vista principal da "Política criminal", e a insistência na penalização das pessoas jurídicas em contrariedade ao princípio de culpabilidade é expressão exemplar do erro fundamental.[63] Isso reflete também tendências de, em nome do interesse social, negligenciar o direito individual, em particular o dos mais fracos, especialmente quanto às regras jurídicas das pesquisas médicas.[64]

A teleologia baseada na teoria dos sistemas, que concebe a sociedade como um sujeito e nega o verdadeiro sujeito na fundamentação da pena, se intensificou ao ponto de um extremo "direito penal do inimigo", excluindo o atingido do status jurídico pessoal como "não pessoa".[65] Contra isso, a fundamentação do direito penal baseado na lei de liberdade (concepção "absoluta") se mantém firme na uniforme relação jurídica categorial, em que todos, a generalidade e o agente do delito, mesmo em se tratando de delinquente habitual grave, estão incluídos. A restauração do direito depois do crime cometido é o sentido da pena, e não a exclusão do agente das garantias jurídicas estatais, nem mesmo nos casos dos delitos mais graves. Isto é reconhecido também no direito penal internacional, inclusive com relação ao "inimigo injusto" (*hostis iniustus*), que se serve de meios criminosos.

---

o mesmo autor em: *Selbstsein und Recht*, (2014); Michael Kahlo, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, (2001).

63. Substancial sobre isso, Friedrich von Freier, *Kritik der Verbandsstrafe*, (1998) e *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2009, p. 98 e ss.

64. Fundamental sobre o tema, Friedrich von Freier, *Recht und Pflicht in der medizinischen Humanforschung*, (2009).

65. Esclarecedor acerca da doutrina de Günther Jakobs, cf. Silva Sánchez, *ZStW* 118 (2006), p. 547 e ss.; de forma detalhada e crítica, Karolina Viquez Azofeifa, *Die Rezeption des "Feindstrafrechts" in Lateinamerika*, (2011).

A crítica na isolada "autoconfirmação da sociedade" é central.[66] Isso porque esta se confunde com a autoconfirmação dos "dominantes" e se distingue da "autoconfirmação jurídica". Em realidade, ela responde à crise fragmentadora das modernas relações societárias, com exclusão das pessoas definidas como perigosas ("incorrigíveis", "inimigos").

Contudo, a premissa de que a pessoa não pode ser reduzida a "mero objeto" de manipulação penal dirigida ao atendimento de propósitos racionais permanece como objeção fundamental oriunda do princípio jurídico geral de liberdade que decorre das teorias "absolutas" da pena. A palavra "absoluta" (ou seja, desvinculada) se relaciona inicialmente de forma crítica ao mecanismo empírico de motivação condicionado pelos impulsos e aporta em contraposição a isso, como sua expressão, o fundamento de liberdade da intervenção quanto ao justo e ao injusto penal e sua correspondente reação. Por outro lado, não tem de forma alguma um significado "metafísico", num sentido transcendental irracional. Entretanto, atualmente a palavra é empregada de maneira usual com esta conotação pejorativa. Compreendido corretamente, este é o seu significado: o propósito jurídico da pena é a restituição da validade da relação jurídica negada de modo fundamental pelo crime, observado o princípio da liberdade geral sob a lei do direito, que inclui o agente do delito.

A essa ideia se integram e se subordinam as finalidades relativas, especialmente o objetivo de ressocialização. Não se trata, portanto, de metafísica irracional, mas sim de uma contextualizada fundamentação racional e crítica quando Kant assegura: "Somente é possível afastar a queixa do agente do delito de que sofreu um tratamento injusto quando seu ato nocivo se volta contra ele mesmo, e sucede a ele, ainda que não de forma idêntica, mas segundo o espírito da lei penal, aquilo que ele cometeu contra o outro".[67]

Neste contexto, destaca-se especialmente o princípio de culpabilidade como um elemento integral da fundamentação da pena baseada no princípio de liberdade. Liberdade não significa indeterminismo, que poderia se desvencilhar das leis da experiência, nem tampouco uma mera e empírica liberdade de escolha entre diversas possibilidades de comportamento. Em contraste, liberdade consiste em uma forma própria de orientação do pensamento autoconsciente na reflexão baseada em princípios de comportamentos válidos que podem ser indevidamente encobertos pela

66. As seguintes formulações foram elaboradas de forma semelhante em: Michael Köhler, *Einführung zu: Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, (1882/83 Neuausgabe von Thomas Vormbaum 2002)*, V, XIII ss.; uma exata reconstrução da fundamentação e crítica kantiana se encontra em Zaczyk, *Festschrift für A. Eser*, (2005), p. 207 e ss.

67. Cf. Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Anhang (AA VI, 363); a motivação desenvolvida inclui a crítica às consequências estabelecidas pelo próprio Kant (por exemplo, acerca do formal princípio de Talião).

mera empírica determinação do comportamento. Trata-se de autodeterminação[68] e esta não pode ser colocada em dúvida por corresponder a processos neurofisiológicos descobertos pelas pesquisas neurocientíficas; pelo contrário, ela é confirmada por essa ampliação do nexo de determinação.[69]

O princípio da culpabilidade exige, segundo as compreensões fundamentais de Aristóteles e Hegel, como "direito da subjetividade" (Hegel), a imputação subjetiva.[70] Isso significa em uma acepção mais precisa que o agente se decidiu concretamente e de forma consciente contra o direito, ou seja, que o seu comportamento não apenas teve o sentido de uma concreta lesão sob a perspectiva de regras objetivas, mas também que subjetivamente será por tal censurado – culpabilidade de vontade. É necessário que se recuse de maneira crítica a aplicação de pena por meio de uma tão somente objetiva responsabilidade da pessoa pelo injusto – uma redução à imputação objetiva (ou "competência"). Especialmente no que se refere ao conceito de dolo eventual é preciso rechaçar todas as tendências de reduzir o dolo de lesão a um mero dolo de perigo, ou seja, entendê-lo de acordo com o conceito errôneo de dolo indireto. Outro ponto de discordância reside na culpa inconsciente, que não pode ser punida apenas como um fracasso da atenção (um deslize).

Igualmente atual é a exigência de reestruturar o sistema das sanções penais de acordo com os fundamentos do direito penal da culpabilidade baseado no princípio de liberdade.[71] Isso é especialmente válido para as medidas de segurança (*Gefährlichkeitsmaßregeln*) originadas do apogeu do pensamento utilitário. Em decorrência disto, a custódia de segurança ("*Sicherungsverwahrung*") aplicada aos infratores considerados perigosos, habituais, mas imputáveis, não deve ser configurada como uma medida de prevenção (Maßregel), mas como uma pena baseada na culpabilidade, cuja conformação e intensidade deverão ser estabelecidas segundo o elemento da habitualidade.

---

68. Válido sobre a dialética lo livre-arbítrio como princípio também do direito cf. G. F. W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (1821, Ausg. Brandt 2013), Einleitung, §§ 4 ss.

69. Fundamental acerca do contexto das formas de determinação Michael Kahlo, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, (2001), p. 231 e ss.; sobre a afirmação crítica do livre-arbítrio, Jürgen Rath, *Aufweis der Realität der Willensfreiheit*, (2009).

70. Cf. Michael Köhler, *Bewußte Fahrlässigkeit*, (1982); o mesmo autor em: *Festschrift für H. J. Hirsch* (1999), p. 65, 74 e s.; o mesmo autor em: Feuerbachs Zurechnungslehre, *Gröschner/Haney (Hrsg.), Die Bedeutung Feuerbachs für die Gegenwart, ARSP Beiheft 87* (2003), p. 67 e ss.; para uma complementação, Benno Zabel, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, (2007), especialmente p. 399 e ss.

71. Cf. acerca do que se segue Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (1997), p. 578 e ss.; sobre a medida da pena na delinquência habitual, ver o mesmo autor em: *Festschrift für G. Jakobs* (2007), p. 273 e ss.; ver também a crítica da recente evolução em Diethelm Klesczewski, in: *Höchtsrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 11*, (2010), p. 394 e ss.

Além da ulterior reformulação dos princípios da parte geral, é necessário desenvolver um sistema científico da parte especial. Neste âmbito devem ser considerados os fundamentos do conceito material de crime para a ordenação dos comportamentos delituosos de acordo com as específicas modalidades e tipos de injusto, bem como de acordo com a tipologia da culpabilidade. Novos e promissores trabalhos anunciam que é possível esperar que isto efetivamente ocorra.[72]

Entretanto, ainda remanesce problemática a concretização do direito penal no processo. A lei penal fundada no princípio de liberdade exige como "imperativo categórico" sua aplicação sistemática em proporcionalidade com o comportamento delituoso, seja nas formas moderadas de sanção, seja no necessário rigor – disso resulta a necessidade de um objetivo esclarecimento processual da culpabilidade e das demais questões penais como um dever do Estado, livre de privilégios e arbitrariedade pragmática.

O ponto mais preocupante, que constitui uma equivocada tendência evolutiva e, ao mesmo tempo, um fenômeno de crise, é a recente extensão das possibilidades processuais de acordo entre as partes sobre o resultado do processo – o denominado "deal".[73] Essa negociação com a justiça penal implica um perigo à sua essência. Especialmente passíveis de crítica são as regras para o sobrestamento do processo penal mesmo em casos graves sem esclarecimento da culpabilidade, ou seja, sem um juízo de culpa, mas sob condição de pagamento de prestação pecuniária, e isso sem controles efetivos, particularmente sem participação da sociedade de forma pública. Esse privilégio especialmente para os poderosos suprime o que estes mais temem: o proporcional esclarecimento da censura pelo fato. Isto representa um retrocesso que não pode ser criticado de forma dura o suficiente.

Finalmente, é preciso ordenar a progressiva internacionalização do direito penal segundo princípios de liberdade. É necessário ressaltar que particularmente o direito penal precisa vincular-se às especificidades da respectiva ordem jurídica, ou seja, sob a perspectiva jurídico-estatal, vincular-se à soberania (autodeterminação) dos Estados. Neste contexto, sujeita-se a crítica no plano europeu as intenções cen-

72. Especialmente Diethelm Klesczewski, Strafrecht, Besonderer Teil (2. Auflage 2002); podem ser citados como notáveis e fundamentais estudos: Asmus Maatsch, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß*, (1999); Katrin Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, (2005); Manuel Fumagalli, *Rechtsprobleme vorgeburtlicher Diagnoseverfahren* (2006); Brigitte Kelker, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht* (2007); Ralf Peter Anders, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, (2012).

73. Ver de forma crítica Michael Hettinger, *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart*, (1997), p. 43 e ss.; o mesmo autor em: *JuristenZeitung* (JZ), 2011, p. 292 e ss.; Diethelm Klesczewski, Strafprozeßrecht (2. Aufl. 2014), p. 125 e ss.; sobre as regras de suspensão, Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (1997), p. 608 e ss., 617 e ss.

tralizadoras de harmonização, que de certo modo pretendem situar sua validade acima do poder de decisão dos Estados.[74] O direito penal internacional em sentido estrito, na medida em que postula validade universal mesmo contra a soberania dos Estados individuais, está limitado à evidência de tipos penais universais.

Na perspectiva geral, trata-se decisivamente de, em conformidade com os princípios de liberdade, que a propósito abarcam a Justiça social, eliminar as múltiplas fragmentações do direito, expressão das modernas relações "sociais" e que se manifestam nas práticas delitivas.

Hamburgo, março de 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função da pena à luz da moderna criminologia, de Élio Morselli – *RBCCrim* 19/39, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/303 (DTR\1997\267);
- A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena, de Leonardo Isaac Yarochewsky – *RCP* 0/289 (DTR\2004\23);
- Ensaio sobre a pena (1.ª Parte), de Manoel Pedro Pimentel – *RT* 732/769 (DTR\1996\579);
- Ensaio sobre a pena (2.ª Parte), de Manoel Pedro Pimentel – *RT* 733/765 (DTR\1996\583); e

74. Sobre a estrutura constitucional do direito europeu, ver: Michael Köhler, *Festschrift für I. Puppe, (2011)*, p. 1461 e ss.; para a crítica do direito penal europeu, ver dentre em breve o escrito de habilitação (*Habilitationsschrift*) de Bettina Noltenius (Bonn). – Sobre o direito penal internacional, ver Michael Köhler, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik 11*, (2003), p. 435 e ss.; Katrin Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, (2005).

Os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos embargos infringentes interpostos na APn 470 ("Caso Mensalão")*

The criteria for sentencing in Brazilian criminal law: considerations based on the trial of the motion for reconsideration introduced in criminal action 470 (the "Mensalão case")

Salo de Carvalho

Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR em Direito. Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES) e em Direito Penal pela Universidade de Bolonha (ITA). Autor, dentre outros, do livro *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2013).

Área do Direito: Penal

Resumo: O estudo aborda os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro a partir do exame da decisão proferida nos embargos infringentes interpostos na APn 470 ("Caso Mensalão"), julgada pelo STF (abordagem metodológica: análise de caso). O trabalho objetiva demonstrar os níveis de discricionariedade e de arbitrariedade judicial na determinação das sanções no direito penal nacional e as ferramentas constitucionais e dogmáticas de tutela dos princípios da proporcionalidade e da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*).

Palavras-chave: Pena - Aplicação da pena - Pena-base - "Caso Mensalão"

Abstract: The study addresses the criteria for sentencing in the Brazilian criminal law from the analyses of the rendered decision in the Criminal Case 470 ("Mensalão Case"), judged by the Supreme Court (methodological approach: case analysis). This paper aims to demonstrate the levels of judicial discretion and arbitrariness in determining criminal sanctions in the Brazilian criminal law and constitutionals and legal science tools to protection the principles of proportionality and the prohibition of double jeopardy (*ne bis in idem*).

Keyworkds: Punishment - Sentencing - Mensalão Case

---

* Artigo redigido para a aula inaugural do Curso Extensivo Preparatório à Carreira de Defensor Público, proferido na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (Fesdep), Porto Alegre, março de 2014.

O artigo apresenta os resultados parciais da pesquisa de Pós-Doutorado realizado na Scuola di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bologna (ITA), no período acadêmico 2013-2014, sob a orientação do Prof. Massimo Pavarini, intitulada "Esecuzione delle Pene e dele Misure di Sicurezza nel Diritto Penale Brasiliano", financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).

Especial agradecimento à prof. Lilian Christine Reolon (Fadergs) pela ajuda na pesquisa jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema da "aplicação da pena" sempre foi um dos principais problemas da grade curricular da dogmática penal nas Faculdades de Direito no Brasil. O problema decorre da complexidade da estrutura normativa que contempla a matéria da determinação judicial das sanções criminais: o Código Penal (a) cria um sistema escalonado em inúmeras fases (art. 59, I, II, III e IV), (b) fundado na análise de uma infinidade de circunstâncias (art. 59, *caput*, arts. 61, 62 e 65, p. ex.) que, na sua maioria, (c) possui alta extensão semântica (tipos penais abertos (art. 59, *caput*, notadamente), sem precisar, (d) na fase de eleição da pena (art. 59, I), o impacto negativo ou positivo das circunstâncias e (e) na fase de determinação da pena (art. 59, II c/c o art. 68, *caput*), a quantidade de sanção atribuível a cada vetor.

Com o julgamento da APn 470 ("Caso Mensalão") pelo STF, notadamente em razão da ampla cobertura realizada pelos meios de comunicação social – lembremos que as sessões de julgamento foram transmitidas ao vivo pela TV Justiça, no segundo semestre de 2012 –, o tema da aplicação da pena ganhou o espaço público e os critérios de definição das sanções penais tornaram-se assunto do cotidiano. Em termos de apropriação e de exploração de matérias da dogmática jurídico-penal pelo senso comum, talvez apenas a "teoria do domínio do fato" tenha alcançado maior notoriedade e movido acalorados debates na imprensa.

Superada a fase de atribuição da responsabilidade pessoal dos envolvidos no caso pelo julgamento do mérito da APn 470, ou seja, definidos os atores que protagonizaram os ilícitos – apesar das controvérsias envolvendo a (in)correta aplicação da teoria do concurso de agentes –, e após o longo período de sessões para a definição das punições, a questão da aplicação da pena voltou ao debate em razão do julgamento dos embargos infringentes interpostos por alguns condenados.

Os problemas que envolveram o julgamento são relevantes não apenas em razão da importância política do "Caso Mensalão". No debate protagonizado sobretudo entre os Ministros Luís Roberto Barroso e Joaquim Barbosa, são evidenciados problemas comuns acerca da aplicação judicial das penas na vida forense brasileira.[1]

1. Conforme lembra Adriano Teixeira, "em resumo, pode-se dizer que a APn 470/MG, no âmbito da aplicação da pena, reproduz problemas existentes na jurisprudência e, em parte, na ciência jurídico-penal brasileira" (TEIXEIRA, 2014:41). No mesmo sentido, Stoco: "(...) o que nos pareceu de maior importância destacar foi como o processo de individualização judicial da pena – momento de crucial importância para o acusado – realizado em um caso de singular interesse público nacional, apresentou sérias impropriedades as quais, contudo, não nos são desconhecidas, tampouco destoam da prática de nossos tribunais ou da nossa tradicional doutrina jurídico-penal, que ainda caminha em passos tímidos rumo à elaboração de uma teoria da determinação da pena que possa conferir maior racionalidade a esse importante processo" (STOCO, 2014:292).

Problemas que a dogmática nacional lentamente procurou resolver desde a edição da nova parte geral do Código Penal em 1984, mas que emergiram como novidades e que, em vários momentos, constrangeram os Ministros do STF. É de se lembrar, p. ex., que os Ministros levaram mais tempo para fixar as penas do que para analisar o mérito do caso (autoria e materialidade delitivas); demoraram mais para quantificar as sanções do que para atribuir e individualizar a responsabilidade dos envolvidos nos ilícitos.

Algumas hipóteses preliminares, todas profundamente interconectadas, podem ser suscitadas a partir destas considerações iniciais: 1.ª a profunda diafonia existente entre a dogmática e a aplicação judicial do direito penal: as diretrizes apontadas pela dogmática, nos últimos 30 anos, não têm sido a referência (fonte) principal dos aplicadores da lei penal; 2.ª a jurisprudencialização da dogmática penal: em sentido oposto ao indicado pela teoria geral do direito, a doutrina penal brasileira tem sido construída a partir das diretrizes emanadas dos Tribunais Superiores, em um processo que igualmente poderia ser denominado de fetichização das decisões judiciais; e, por fim, 3.ª a falta de capacidade da doutrina e da jurisprudência de resolver conflitos normativos: em razão de a doutrina normalmente reproduzir as decisões dos tribunais e de os julgados serem, por sua natureza, contingenciais (derivados de interpretações casuísticas) e contraditórios (aplicados topicamente sem pretensões generalizadoras), a doutrina perde a sua função de sistematização, qual seja, a de oferecer critérios gerais de resolução das antinomias e de fechamento das lacunas, situação especialmente preocupante no campo da aplicação da pena em decorrência da proliferação de tipos penais abertos.

Aos problemas de natureza epistemológica que refletem esta gradual descapacitação da dogmática como ciência sistematizadora e estabilizadora do material legislativo, soma-se, no caso em análise, a falta de tradição (experiência) do STF em julgar processos criminais e, consequentemente, em aplicar sanções penais. Aliás, salutar indagar, inclusive, para além das definições constitucionais de competência, se caberia à Suprema Corte o julgamento deste tipo de demanda, mesmo nos casos em que estão envolvidos atores políticos dos primeiros escalões do Executivo e do Legislativo.

1. Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso: a aplicação da pena-base

Em razão da *divergência em relação à quantidade de pena aplicada ao crime de formação de quadrilha* (art. 288 do CP), oito réus impugnaram a decisão do Min. Joaquim Barbosa através de embargos infringentes – divergiram do relator os Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor), Rosa Weber, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. O Min. Luís Roberto Barroso, sorteado o relator dos embargos infringentes, mesmo não tendo participado da primeira fase do julgamento, enfrentou a matéria impug-

nada e apontou em seu voto "graves distorções" na definição das penas, notadamente na pena-base cominada – "considero, com todas as vênias de quem pense diferentemente, que houve uma exacerbação inconsistente das penas aplicadas pelo crime de quadrilha ou bando, com a adoção de critério inteiramente discrepante do princípio da razoabilidade-proporcionalidade. Tal critério, ademais, afastou-se dos dois outros precedentes do próprio tribunal, nos quais houve condenações por formação de quadrilha, também em casos envolvendo corrupção política. De forma ainda mais concreta, a desproporção se verifica em relação ao próprio critério que foi aplicado, nessa mesma ação penal, para a fixação da pena-base nas demais condenações impostas aos mesmos réus. E considero, sempre com o respeito devido e merecido, que a causa da discrepância foi o impulso de superar a prescrição do crime de quadrilha, com a consequência de se elevar parte das condenações e até de se modificar o regime inicial de cumprimento das penas" (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).[2]

Dentre os personagens centrais da acusação, será considerada em primeiro plano a cominação de pena aplicada a José Dirceu, mormente pela sua expressão política na época dos fatos (Ministro-Chefe da Casa Civil). É importante frisar que a lógica de definição das penas aplicada ao ex-Min. Dirceu se reproduz em praticamente todos os demais agentes políticos – notadamente aos casos de José Genuíno (ex-presidente do Partido dos Trabalhadores) e de Delúbio Soares (ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores) –, bem como ao denominado núcleo financeiro – Kátia Rabelo e José Roberto Salgado (ex-presidente e ex-vice-presidente do Banco Rural, respectivamente). Não por outra razão, Tatiana Stoco, afirma, acertadamente, que o processo de individualização da pena no "Caso Mensalão" apresentou sérias impropriedades,[3] exatamente pela reprodução de idêntico conteúdo em valorações subjetivas para distintos acusados, ofendendo a regra da incomunicabilidade prevista no art. 30 do CP.[4]

---

2. Em razão de, no momento de finalização deste artigo, ainda não ter sido publicada a decisão final, as citações foram feitas a partir da degravação dos votos proferidos oralmente pelos Ministros, extraídas dos meios de comunicação que cobriram as sessões de julgamento, notadamente da transmissão ao vivo pela TV Justiça. Igualmente foram utilizados extratos de matérias publicadas em jornais de grande circulação nacional.
3. Ao analisar os critérios de valoração da circunstância judicial *motivos*, Stoco demonstra que "o voto do relator utilizou idêntica fundamentação para apontar a motivação de cada um dos réus, mediante uma formula pré-estabelecida, replicada igualmente a todos. Exatamente por se tratarem de critérios subjetivos não podem atender uma moldura genérica prévia, a qual se fundamenta, sobretudo, na suposta violação de uma gama de valores sociais, democráticos e republicanos, reflexo de uma ética particular do julgador" (STOCO, 2014:290).
4. "Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime."

A dosimetria da pena aplicada a José Dirceu ganha, pois, contornos de paradigma para o estudo do caso, não apenas em razão de o acusado figurar como o primeiro imputado na denúncia, mas pelo fato de a sua decisão conter elementos extremamente ricos de análise expostos nos motivos que conduziram o voto do Ministro relator Joaquim Barbosa.[5] No entanto, embora concentrado na análise deste voto em particular, pela projeção e pelo impacto que a fundamentação teve em relação aos outros réus, o leitor não terá dificuldade em valorar os demais casos e verificar os evidentes excessos, alguns apontados e outros não percebidos pelo Ministro Barroso no julgamento dos infringentes.

Ao individualizar a pena de José Dirceu para o crime de formação de quadrilha, o Min. Joaquim Barbosa sustentou:

"A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, uma vez que José Dirceu, para a consecução dos seus objetivos ilícitos, valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de Ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República. Essa posição de força no plano partidário, político e administrativo foi fundamental para a outorga de "cobertura" política aos integrantes da quadrilha. Dela são expressões mais eloquentes os telefonemas que lhe eram dirigidos no curso das reuniões com os dirigentes de outros partidos, na busca do seu "de acordo" para as decisões mais importantes concernentes ao apoio político no Congresso, ou ainda a expressão "bater o martelo", que Roberto Jefferson utilizou-se, referindo a José Dirceu, como signo de "palavra final".

Não há registros de maus antecedentes contra José Dirceu, nem dados concretos acerca da sua conduta social e personalidade.

O motivo do crime, em última análise, foi o objetivo de viabilizar o esquema criminoso de desvio de recursos públicos, bem como de compra de apoio político, pagamento de dívidas eleitorais passadas e financiamento de futuras campanhas daqueles que integravam o esquema.

As circunstâncias do crime também são desfavoráveis ao réu. Com efeito, enquanto os crimes eram perpetrados por meio da ação visível, sobretudo, dos réus Delúbio Soares; Marcos Valério e José Dirceu permanecia à sombra dos acontecimentos, tentando, assim, esconder a sua intensa participação nos delitos. Não obstante ter atuado preponderantemente nos bastidores da quadrilha, José Dirceu, para assegurar o sucesso do plano criminoso, foi quem negociou, junto aos principais dirigentes do banco Rural, a simulação de empréstimos bancários que se so-

5. Conforme destacou o Min. Barroso, "*com tinturas ainda mais fortes, o mesmo quadro se repete no caso do embargante José Dirceu, condenado, como os anteriores, por corrupção ativa e quadrilha*" (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

maram às quantias desviadas dos cofres públicos, dando-se, assim, uma aparência de licitude ao dinheiro que era distribuído aos parlamentares federais. Também relevante é o fato de a quadrilha ter permanecido ativa por mais de dois anos.

As consequências do delito mostram-se igualmente desfavoráveis, uma vez que – como a quadrilha alcançou um dos seus objetivos, que era a compra de apoio político de parlamentares federais – José Dirceu colocou em risco o próprio regime democrático, a independência dos Poderes e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal. Restaram diminuídos e enxovalhados pilares importantíssimos da nossa institucionalidade.

Dada a natureza do crime, não há que se falar em comportamento da vítima."

Assim, atento ao disposto nos arts. 59, 68 e 288 do CP, fixo a pena-base de José Dirceu em dois anos e seis meses de reclusão.

Considerando o fato de José Dirceu ter desempenhado um papel proeminente na condução das atividades de todos os réus, especialmente dos integrantes do chamado "núcleo político", aumento a pena em um sexto, elevando-a para dois anos e onze meses de reclusão, tendo em vista a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do CP (CPP, art. 387, I).

À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), torno definitiva a pena de dois anos e onze meses de reclusão para José Dirceu" (STF, APn 470, j. 23.10.12, rel. Min. Joaquim Barbosa, f.).

Para determinar a pena em relação ao crime de corrupção ativa, o relator referiu:

"A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, neste caso, uma vez que José Dirceu participou ativamente do crime de corrupção ativa. Na elevada função de Ministro-chefe da Casa Civil, o réu José Dirceu manteve estreita e intensa proximidade com os acusados que se responsabilizaram pela distribuição da propina: os réus Delúbio Soares e Marcos Valério. Coube a José Dirceu selecionar quem seriam os alvos do oferecimento da propina – no caso, os Deputados Federais Valdemar Costa Neto, Bispo Rodrigues, José Janene (falecido em 2010), Pedro Corrêa, Pedro Henry, José Carlos Martinez (falecido antes do oferecimento da denúncia), Roberto Jefferson, Romeu Queiroz e José Borba. Simultaneamente, o réu José Dirceu realizou reuniões também com esses parlamentares corrompidos e, para viabilizar seu apoio, direcionou-os aos acusados Marcos Valério e Delúbio Soares, que deveriam beneficiá-los com os pagamentos milionários.

Além disso, José Dirceu também promoveu reuniões com os representantes das instituições financeiras que, no período dos encontros, injetaram milhões de reais no esquema de pagamento de propina. Essas mesmas instituições, por sua vez, beneficiaram a sua ex-esposa, no curso da prática criminosa agora em julgamento.

O acusado não apresenta antecedentes criminais.

A conduta social e a personalidade do réu José Dirceu não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base.

Os motivos que conduziram à prática dos crimes de corrupção ativa são extremamente graves. Os fatos e provas extraídos dos autos revelam que o crime foi praticado porque o Governo Federal não tinha maioria na Câmara dos Deputados. Diante dessa dificuldade, o réu José Dirceu precisava construir uma base de sustentação no Parlamento, porém o fez por meio da compra dos votos de presidentes e líderes de legendas de porte médio, em favor dos projetos do interesse do Governo. São motivos que violam abertamente os mais caros e importantes princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano Nacional, minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, o que todos nós, brasileiros, desejamos construir.

As circunstâncias dos crimes também são desfavoráveis ao réu.

No caso, o réu deveria ter executado, de modo republicano e democrático, a coordenação política do Governo no Congresso. Porém, usou indevidamente o cargo para subjugar, por meio de vantagens pecuniárias, um dos Poderes da República. Conspurcou certos símbolos do poder político, ao utilizar o gabinete da Casa Civil da Presidência da República, no Palácio do Planalto, para manter reuniões com os operadores do esquema criminoso e também com outros corréus, valendo-se, assim, da segurança de conversas reservadas e clandestinas que só vieram a público em razão das declarações do corréu Roberto Jefferson, que deu notícia da existência de mais de uma dezena de visitas de Marcos Valério à Casa Civil no período dos fatos. Além disso, José Dirceu também se utilizou da estrutura empresarial oferecida pelos réus Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino, de modo profissional, reiterado, rotineiro, duradouro, para que os pagamentos a parlamentares pudessem ser realizados de maneira camuflada e com extrema eficiência, especialmente às vésperas de importantes votações, como as reformas tributária, previdenciária e outros projetos citados ao longo deste voto.

Vê-se, assim, que José Dirceu ocupou-se intensamente da prática criminosa. As circunstâncias de sua conduta e o próprio método de execução do delito escolhido pelo acusado foram, portanto, extremamente reprováveis, o que justifica a elevação da pena.

As consequências dos crimes igualmente se mostram extremamente desfavoráveis, uma vez que o pagamento e promessa de pagamento de milhões de reais a um Deputado Federal que exerça a presidência ou liderança de Partido Político com assento na Câmara dos Deputados, de modo a comprar seu apoio e de seus correligionários, configura não simplesmente um crime de corrupção ativa comum, ou de consequências mínimas, mas sim um delito de consequências muito mais gravosas do que as naturais do tipo penal, pois dele decorrem lesões que atingem bens jurídicos outros que não apenas a AdministraçÃo Pública, mas igualmente o regime democrático, o pluripartidarismo, a separação e independência entre os poderes, todos inseridos na esfera de previsibilidade do

acusado. Com efeito, o crime de corrupção ativa, tal como praticado, tem por consequência uma lesão gravíssima à democracia, que se caracteriza precisamente pelo diálogo entre opiniões e visões distintas das dos representantes eleitos pelo povo. Foi esse diálogo e essa diversidade de opiniões que o réu quis suprimir, por meio de pagamentos de vultosas quantias em espécie a líderes a presidentes de diversas agremiações partidárias.

Não se deve esquecer que o acusado José Dirceu era detentor, senão do mais antigo, de uma das mais relevantes funções da estrutura governamental brasileira. Em poucas palavras, dele era a incumbência de dar impulso às relações harmônicas entre os poderes do Estado. Porém, conspurcando sua relevante função, o acusado utilizou-se de seu gabinete oficial na Casa Civil da Presidência da República como um dos locais onde ocorreu a prática delitiva, ali tomando decisões-chave para o sucesso do empreendimento criminoso e, concomitantemente, servindo- se do aparelho público para ocultar a prática dos delitos, o que, por si só, torna as condutas ainda mais lesivas ao bem jurídico protegido, que é a Administração Pública.

Assim, a gravidade concreta da prática delituosa instalada no seio de um dos Poderes da República foi elevadíssima e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são extremamente desfavoráveis ao acusado José Dirceu.

Em razão da continuidade delitiva, a prática do crime se estendeu, de modo que incide a pena estabelecida na Lei 10.763, de 12.11.2003, que estabelece a mínima de 2 anos e a máxima de 12 anos de reclusão para cada crime de corrupção ativa, nesta primeira fase da fixação da pena (a causa de aumento da continuidade delitiva eleva esses dois patamares). Com efeito, a prática criminosa se estendeu ao longo dos anos de 2003, 2004 e 2005, quando ocorreram as últimas promessas de pagamento, estas ao réu Roberto Jefferson, ilustrada pelo episódio da viagem dos corréus Marcos Valério, Emerson Palmieri e Rogério Tolentino a Portugal, realizada em janeiro de 2005, a atrair o disposto na Súmula 711 do STF.

Assim, atento ao disposto nos arts. 59, 68 e no art. 333 (corrupção ativa) do CP, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 135 dias-multa.

Não há atenuantes.

Aplica-se a agravante do art. 62, I, do CP, por ter o acusado promovido e organizado os crimes de corrupção ativa, a elevar a pena-base na fração de um sexto (1/6), para o total de 4 anos e 9 meses, com mais 157 dias-multa.

Não há causa especial de diminuição da pena.

Incide a causa de aumento resultante da continuidade delitiva, que varia de um sexto a dois terços.

Por ter a conduta do réu José Dirceu se dirigido a nove parlamentares, líderes e presidentes de vários partidos políticos, aumento a pena de 2/3 (dois terços), tal como ficou definido por este Plenário. Assim, a pena pela prática dos nove crimes de corrupção ativa, mediante vários pagamentos realizados ao longo de dois anos,

alcança 7 anos e 11 meses de reclusão, e multa, no total de 260 dias-multa, cada um no valor de 10 vezes o salário-mínimo vigente na época do fato, tendo em conta o disposto no art. 60 do CP, quanto aos 'Critérios especiais da pena de multa' ('o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu').

Ausentes outras causas de aumento, torno a pena definitiva.

O montante devido a título de multa 'será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária' (§ 2.º do art. 49).

Por todo o exposto, pela prática de crimes de corrupção ativa, envolvendo o apoio dos então Deputados Federais Valdemar Costa Neto, Bispo Rodrigues, Pedro CorrêA, Pedro Henry, José Janene, José Carlos Martinez, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz e José Borba, condeno o réu José Dirceu à pena de 7 anos e 11 meses de reclusão, e 260 dias-multa, no valor de 10 vezes o salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de corrupção ativa, nove vezes, em continuidade delitiva" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f.).

Em conclusão:

"Concurso material

José Dirceu foi condenado pelos seguintes crimes:

i) quadrilha, com pena de 2 anos e 11 meses de reclusão (item II); e

ii) corrupção ativa (itens VI,1, a; VI.2, a; VI.3, a; VI.4, a), com pena de 7 anos e 11 meses de reclusão, e 260 dias-multa, no valor de 10 salários-mínimos cada.

Em atenção do disposto no art. 69 do CP (concurso material), somo as penas aplicadas a José Dirceu, perfazendo um total de dez anos e dez meses de reclusão, mais duzentos e sessenta dias-multa, no valor unitário de dez salários mínimos vigentes ao tempo dos fatos.

Regime inicial

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, como decorre de lei (art. 33, *caput*, § 2.º, *a*, e § 3.º, c/c o art. 59, *caput* e inc. III, do CP) (...)" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f.).

Ao revisar o voto de mérito do Min. Joaquim Barbosa, o Min. Barroso concentrou sua análise em dois pontos que merecem ser aprofundados: 1.º as penas-base fixadas para o crime do art. 288 do CP[6] teriam sido elevadas de forma desproporcional se considerados os mesmos critérios estipulados para o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP[7]); e, consequentemente, 2.º o aumento acima do razoável

6. "Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos" (Redação dada pela Lei 12.850/2013).

7. "Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa" (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003).

teria como finalidade evitar a prescrição e, em consequência, agravar o regime de cumprimento das penas.

Para demonstrar a tese central de ofensa ao princípio da proporcionalidade, Barroso argumentou que, na definição da pena-base de José Dirceu, a sanção para o crime de corrupção ativa teria sido elevada em 21% acima do mínimo legal, enquanto para o crime de quadrilha a majoração teria sido de 75%. No caso de José Genuíno, a variação teria sido similar: 20% de aumento do mínimo legal na pena-base para o crime de corrupção ativa e 63% para o crime de quadrilha (os mesmos índices foram verificados na aplicação da pena de Delúbio Soares, Kátia Rabelo e José Roberto Salgado).[8]

Interessante perceber – fato que não foi veiculado pela grande imprensa – que similares contradições internas da decisão, no que tange à aplicação da pena, haviam sido destacadas pelo Min. Teori Zavascki no julgamento dos embargos de declaração interpostos (e providos parcialmente) por Breno Fichberg e João Cláudio Genú. O Min. Zavascki havia apontado a discrepância da pena maior aplicada ao intermediário (João Cládio Genú) do que ao mandante do delito; e da sanção mais grave imposta ao coautor (Breno Fischberg) do que ao autor principal.[9] Naquela ocasião, apenas os Ministros Barbosa e Fux mantiveram a decisão original, contrariando a conclusão de que havia uma desproporção objetiva entre os percentuais utilizados nas penas-base.

2. ANÁLISE DA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA

O art. 68, primeira parte, do CP, estabelece que "*a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59* (...)". Assim, antes de o julgador quantificar a pena-base, deve avaliar quais circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, são favoráveis e desfa-

8. De forma bastante didática Tatiana Stoco expõe a discrepância (e o consequente excesso) das penas corporais aplicadas aos réus do denominado "núcleo político", notadamente na relação dos critérios de dosimetria das sanções direcionadas aos reús José Dirceu, José Genuíno e Delúbio Soares (STOCO, 2014:281-290).

9. "O que se verifica no acórdão, na verdade, é uma discrepância de natureza objetiva na fixação da pena-base de um determinado delito em relação a outros delitos imputados ao mesmo réu: embora semelhantes as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, o avanço entre a pena mínima cominada em lei e a pena-base fixada chegou a percentuais de até setenta e cinco por cento do máximo possível para o crime de formação de quadrilha, aproximando-se do máximo da pena em abstrato, em completo descompasso com o critério adotado para os demais delitos, fixados em patamares mais ou menos semelhantes entre si, mas significativamente inferiores, que em geral não chegaram sequer a um terço daquele percentual" (STF, EI na APn 470, j. 05.09.2013 e 13.11.2013, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

voráveis ao réu. A fundamentação acerca da (des)favorabilidade das circunstâncias é, pois, pré-condição do cálculo. Isto porque a pena-base irá variar conforme indicarem as circunstâncias objetivas e subjetivas.

Para ambos os delitos (formação de quadrilha e corrupção ativa), o Min. Barbosa considerou negativas quatro das oito circunstâncias judiciais. José Dirceu (a) não possuía maus *antecedentes*, (b) não foram apontados elementos que possibilitassem valorar negativamente a sua *personalidade*, (c) não foram elencados dados detratores da sua *conduta social* e (d) a natureza dos delitos imputados não permite valorar o *comportamento da vítima* (vetor analisado apenas nos crimes interindividuais).

No entanto, ao determinar a pena do *crime de quadrilha*, o relator considerou a *culpabilidade* de José Dirceu extremamente elevada em razão da sua posição central na hierarquia do Governo e da sua influência no Partido governista: "(...) *valeu-se das suas* posições de mando e proeminência, *tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de Ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República*". Os demais elementos fáticos apresentados pelo Min. Barbosa reforçam esta "*posição de força no plano partidário, político e administrativo*" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f., grifou-se).

Ocorre que este mesmo dado empírico (posição de comando na organização do delito) que preenche o tipo aberto *culpabilidade* foi utilizado pelo Ministro relator para fundamentar a aplicação da *agravante do concurso de pessoas* prevista no art. 62, I, do CP:[10] "*considerando o fato de José Dirceu ter* desempenhado um papel proeminente na condução das atividades de todos os réus, *especialmente dos integrantes do chamado 'núcleo político', aumento a pena em um sexto, elevando-a para dois anos e onze meses de reclusão, tendo em vista a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do CP (CPP, art. 387, I)*" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f., grifou-se). Note-se, inclusive, que o termo utilizado para caracterizar o *status* de Dirceu é o mesmo nas distintas fases de determinação da pena: posição/papel proeminente.

É regra pacificada na doutrina e na jurisprudência, por força da imperatividade do *princípio ne bis in idem*, que o mesmo elemento fático não poderá ser valorado mais de uma vez, sobretudo se tal valoração resultar em prejuízo ao réu (aumento de pena).[11] No caso de conflito aparente entre circunstâncias judiciais e legais – no

10. "Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes."

11. "(...) a vedação da dupla incriminação – ou a vedação do duplo efeito sancionatório de uma mesma circunstância punitiva – é prevista no art. 61, *caput*, do CP. Ao regular a segunda fase da aplicação da pena (pena provisória), o Código Penal estabelece a possibilidade de o juiz agravar a sanção penal em razão da incidência das circunstâncias agravantes desde que não constituam ou qualifiquem o delito. Em outros termos, o Código Penal determina que as circunstâncias configuradoras do tipo penal principal (circunstâncias elemen-

problema em análise a *culpabilidade* prevista no art. 59, *caput*, e a agravante da *organização e da promoção da atividade* dos demais envolvidos, elencada no art. 62, I, ambos do CP –, deve necessariamente prevalecer a circunstância mais específica (*lex specialis derrogat lex generalis*), que, inclusive, determinará um aumento mais elevado de pena, pois as agravantes possuem um peso maior que as circunstâncias judiciais (CARVALHO, 2013:335-346).

A diretriz da proibição da dupla incriminação, bastante clara na dogmática da aplicação da pena, aponta, portanto, para um evidente equívoco na avaliação desta categoria, situação que se projetará como excesso na quantificação da sanção privativa de liberdade. A violação ao princípio do *ne bis in idem* é percebida por Adriano Teixeira, quando refere que "*outra forma de ilegítima dupla valoração consiste em conferir relevo ao mesmo fato enquanto circunstância judicial e enquanto agravante*" (2014:36), sendo injustificável sua reprodução como causa de aumento de pena.[12]

Em relação aos *motivos*, às *circunstâncias em sentido estrito* e às *consequências*, é nítido perceber alguns excessos de linguagem no voto condutor que conferem à decisão uma tonalidade marcantemente moralizadora, situação pouco adequada à secularização do direito e aos princípios que edificam um modelo de direito penal do fato – p. ex. "*restaram diminuídos e enxovalhados pilares importantíssimos da nossa institucionalidade*" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f.). Adriano Teixeira, aderindo à denominação desenvolvida em outro momento (CARVALHO, 2013:292), refere, inclusive, um *bis in idem* no plano horizontal, pois "*a mencionada 'lesão ao regime democrático' serve de base para valorar negativamente três circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime*" (TEIXEIRA, 2014:35).

---

tares) ou aquelas que compõem o tipo qualificado (circunstâncias qualificadoras) cumpram o papel de delimitação dos horizontes de incriminação, trazendo consigo, portanto, as consequências imediatas previstas no preceito secundário do tipo legal de crime. Assim, qualquer decisão penal incorreria em dupla incriminação (*bis in idem*) se a circunstância elementar ou qualificadora imputada fosse revalorada no processo de determinação judicial da pena" (CARVALHO, 2013:290).

No mesmo sentido conclui Aguiar Jr.: "as elementares servem para a classificação do crime, com a qual o juiz conclui o juízo condenatório, iniciando logo após a aplicação da pena (art. 59). Uma vez definido certo aspecto como elementar do crime, não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena em alguma de suas fases" (AGUIAR JR., 2003:37).

12. Ao analisar o voto do relator nos embargos de declaração interpostos pelo réu José Dirceu, Adriano Teixeira alerta de forma bastante precisa: "(...) é irrelevante o fato de que os correús 'também sofreram elevação da pena-base, tendo em vista a circunstância judicial da culpabilidade, e, no entanto, não tiveram suas penas agravadas com base no art. 62, I, do CP. Se os corréus, como se viu, tiveram a pena-base elevada devido à participação intensa no delito, mas sem ensejar a agravante do art. 62, I, CP nada impediria que esta agravante fosse aplicada ao réu José Dirceu, e que se deixasse de elevar a pena-base pela culpabilidade, como fez o Min. Cezar Peluso (f.), justamente para evitar *bis in idem*" (TEIXEIRA, 2014:37).

O relator realmente enuncia, em inúmeros momentos, o sentido antirrepublicano das condutas praticadas no esquema do Mensalão. Tais considerações, porém, parecem ser decorrência mais de uma espécie de estilo sensacionalista de o julgador se expressar do que efetivamente de uma análise técnica da determinação da pena. Inclusive porque correlato ao excesso de linguagem acabaram sendo apontados outros elementos fáticos extratípicos que, de forma mais ou menos relevante, influenciaram nas condutas imputadas e poderiam ser valorados negativamente como *motivação*, *circunstância* e *consequência*. Logicamente que chama atenção esta reiterada manifestação. No entanto, esta perspectiva com forte inclinação populista parece apenas caracterizar (ou caricaturizar) o estilo de julgar do Min. Barbosa.

A aplicação da pena ao *crime de corrupção ativa* segue, na maioria das circunstâncias, as mesmas diretrizes da determinação da pena do delito de quadrilha: (a) valoração de quatro circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade, motivos, circunstâncias em sentido estrito e consequências); (b) análise da função e da posição hierárquica (proeminente) do réu como elemento da culpabilidade e como agravante do concurso de agentes; (c) exposição de fatos extratípicos de relativo impacto para configuração negativa dos motivos (assegurar maioria na Câmara dos Deputados e construir a base de sustentação política do Governo no Legislativo) e das circunstâncias em sentido estrito (uso indevido do cargo para subjugar, através de vantagens ilícitas, um dos Poderes da República).

Chama atenção, porém, que na análise das *consequências do crime contra a Administração Pública* (corrupção), o Min. Barbosa realiza novamente uma valoração negativa da *função* de José Dirceu na estrutura do Governo Federal, situação valorada na culpabilidade e revalorada na condição de agravante, conforme destacado anteriormente. Para além de pontuar os valores envolvidos no esquema de compra de votos (pagamento e promessa de pagamento de milhões de reais) – elementos empíricos que seriam, por si só, suficientes para qualificar como negativa a circunstância judicial consequências do delito –, o relator agrega à sua motivação a posição estratégica do réu: "*não se deve esquecer que o acusado José Dirceu era detentor, senão do mais antigo, de uma das mais relevantes funções da estrutura governamental brasileira*" (STF, APn 470, j. 23.10.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa, f.). Logicamente que a referência aos valores envolvidos supre a necessidade de fundamentação das consequências negativas do delito. Todavia, esta reprodução constante de elementos, prévia, posterior e sobre valorados, permite diagnosticar a constante tendência do voto ao excesso (*bis in idem*).

3. ANÁLISE COMPARATIVA DA QUANTIFICAÇÃO DA PENA-BASE NOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO ATIVA

Definidas as circunstâncias judiciais negativas e positivas (a ausência de dados neutraliza a circunstância e não produz efeitos de majoração da pena, ou seja, age

como se favorável fosse), o julgador deve quantificar a pena-base, nos termos do art. 68, primeira parte, do CP.

O problema é que para além do estabelecimento do método trifásico (pena-base, pena provisória e pena definitiva), o Código Penal não fornece nenhuma diretriz quanto à fórmula de cálculo da sanção, especialmente na primeira e na segunda fases – na definição da pena definitiva, caracterizada pela incidência de causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorante), os tipos penais especiais trazem expressamente a quantidade de impacto de cada vetor na pena.

Neste sentido, em razão da omissão legislativa, a doutrina e a jurisprudência consolidaram uma série de critérios orientadores de forma a suprir as lacunas do Código e, em consequência, conferir maior garantia aos direitos individuais. A necessidade decorre de o sistema punitivo nacional adotar um modelo de penas flexíveis com variações significativas entre o mínimo e o máximo cominados no processo legislativo.

Quatro regras principais foram estabelecidas: "1.ª a pena-base deve ser estabelecida entre o mínimo legal e o termo médio, considerado como o produto da divisão pela metade do resultado da soma simples do mínimo e do máximo legais – p. ex., no crime de furto simples, cuja variação da pena é de 1 a 4 anos de reclusão, a pena-base deve variar entre o mínimo (1 ano) e o termo médio (2 anos e 6 meses); 2.ª se a totalidade ou a maioria absoluta das circunstâncias judiciais for favorável, a pena-base deve ficar no mínimo (ou próxima do mínimo, na segunda hipótese); 3.ª se a totalidade das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base deve ser estabelecida próxima do termo médio; 4.ª se houver concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, o legislador deve fixar a pena-base em uma quantidade razoável que contemple a relevância de todas as circunstâncias" (BOSCHI, 2011:181-195; CARVALHO, 2013:381-385; SHECAIRA & CORRÊA JR., 2002:277-279).

Note-se que o *termo médio*, apesar de ter referências normativas históricas,[13] é uma construção pretoriana, não previsto na atual legislação penal. Todavia desempenha uma importante função de equilíbrio do sistema de dosimetria da pena, sobretudo de garantia contra eventuais excessos – pense-se, p. ex., na falta de proporcionalidade no caso de aplicação da pena-base próxima ao máximo legal com posterior impacto de agravantes e majorantes.

A simples análise dos consolidados critérios dogmáticos de aplicação da pena permite, de imediato, perceber alguns equívocos na dosimetria da pena-base para

13. A figura do "termo médio" como índice punitivo intermediário foi prevista no Código Penal do Império: "(...) tres gráos nos crimes, com attenção ás suas circumstancias aggravantes ou attenuantes, sendo o maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; e o mínimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio, o que fica entre o maximo e o mínimo, á que se imporá a pena no termo médio entre os dous extremos dados" (art. 63) (sic).

o delito de formação de quadrilha na APn 470. Conforme demonstrado, o Ministro relator considerou como desfavoráveis quatro das oito circunstâncias judiciais – no momento sequer estão sendo levados em consideração os casos de *bis in idem*, que deveriam reduzir este número para, no máximo, três circunstâncias negativas (revaloração dos mesmos elementos fáticos na culpabilidade e na agravante do concurso de agentes).

Ocorre que mesmo considerando negativos os quatro vetores elencados pelo Min. Barbosa, a pena-base do crime previsto no art. 288 do CP foi estabelecida em 2 anos e 6 meses de reclusão, quando a variação legal prevista é de 1 a 3 anos. Em realidade, mesmo se todas as circunstâncias legais fossem consideradas negativas – situação descartada pelo próprio relator –, a pena-base somente poderia ser fixada próxima do termo médio, ou seja, 2 anos [mínimo (1 ano) mais máximo (3 anos) dividido pela metade]. A aplicação da pena-base acima do termo médio, em oposição direta às regras elementares de dosimeria, já demonstra a ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Em razão de terem sido consideradas quatro circunstâncias negativas, ou seja, de haver um equilíbrio entre as circunstâncias judiciais, a pena-base deveria ser determinada, no máximo, em um valor proporcional fixado entre o mínimo e o termo médio previstos ao delito de formação de quadrilha, o que poderia ser projetado em torno de 1 ano e 6 meses. Nunca, porém, próximo e, muito menos, além do termo médio (2 anos).

Neste aspecto, a crítica realizada pelo Min. Barroso, ao confrontar os critérios de definição da pena-base do crime de quadrilha e os do crime de corrupção ativa, é absolutamente precisa e agrega argumentos aos critérios consolidados pela dogmática da aplicação da pena. Na análise comparativa, restou evidente o quanto o Min. Barbosa ultrapassou os limites do razoável, criando critérios distintos para aplicação da pena-base nos dois delitos imputados.

"As circunstâncias judiciais desfavoráveis identificadas no acórdão condenatório, em relação a ele [José Dirceu], foram igualmente em número de 4 (quatro): culpabilidade, motivo do crime, circunstâncias do crime e consequências do delito. Sua pena-base, em relação ao crime de corrupção ativa, foi de 4 anos e 1 mês, significando uma elevação de 21% em relação ao intervalo entre a pena mínima e a pena máxima. No que diz respeito ao crime de quadrilha, a pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses, correspondendo a uma majoração de 75% em relação à diferença entre a pena mínima e a pena máxima. Neste caso, estabeleceu-se como pena-base quase o limite de pena máxima, antes mesmo de se apreciar a incidência de qualquer agravante ou causa de aumento (...).

Veja-se, então: levando em conta as mesmas circunstâncias judiciais, o percentual de aumento foi multiplicado de três a quatro vezes apenas na aplicação das penas de quadrilha a cada um dos condenados. E aqui não se pode afirmar que os fatos tomados em consideração fossem substancialmente diversos na análise de cada um

dos delitos, o que poderia explicar a desproporção. Pelo contrário, o que se extrai do acórdão é a utilização do mesmo conjunto básico de elementos para a justificação das diferentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. A desproporção e a irrazoabilidade do critério saltam à vista. Note-se que não se trata de uma comparação entre juízos formulados em processos distintos ou mesmo por julgadores distintos, mas, sim, de uma incongruência a meu ver insuperável no interior do próprio acórdão condenatório" (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

No caso da corrupção ativa, o Código Penal prevê pena de reclusão de 2 a 12 anos. Assim, a pena-base poderia ser fixada entre o mínimo (2 anos) e o termo médio (7 anos). Ao valorar quatro circunstâncias como desfavoráveis, o relator fixou a pena-base em 4 anos e 1 mês, aumentando posteriormente, de forma correta, a pena provisória na fração de 1/6 pela incidência da agravante e, ao final, ao dosar a pena definitiva, majorando em (discutíveis) 2/3 em decorrência da continuidade delitiva (art. 71 do CP).[14]

Em face da exposição da contradição na aplicação de distintos critérios para dosar as penas nas duas imputações, o Min. Joaquim Barbosa, de forma bastante irritada, questionou: "em que dispositivo do Código Penal se encontram esses parâmetros tarifários? Isso não existe. É pura discricionariedade de vossa excelência. Eu pergunto onde está no Código Penal dito que o juiz tem que, numa determinada situação, aplicar um aumento de 20%, 40% ou 60%, já que vossa excelência disse que houve um exagero, um absurdo" (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

O questionamento é relevante e altamente didático para compreensão do cálculo da pena-base. Efetivamente está certo o Min. Joaquim Barbosa ao afirmar que o sistema penal brasileiro não admite "parâmetros tarifários". Em realidade, o Ministro refere que o nosso *sistema probatório* não admite prova tarifada: a confissão não constitui uma prova plena; o julgador pode decidir contra a perícia, por exemplo. Isto porque a Constituição projeta um sistema processual acusatório que refuta dois modelos de acertamento dos casos penais: o modelo da íntima convicção (embora vigente nas decisões do conselho de sentença nos casos de júri) e o modelo de prova legal (prova tarifada). Segundo o art. 93, IX, da CF, o julgador deve fundamentar suas decisões, expondo as razões de decidir com base nos elementos probatórios produzidos pelas partes na instrução. A extensão do princípio da motivação (sistema de livre convencimento motivado) à aplicação da pena (GOMES FILHO, 2001:210-213) obstaculiza qualquer possibilidade de se criar um modelo tarifário, ou seja, um modelo em que cada circunstância tivesse um valor específico, previamente determinado (CARVALHO, 2013:384).

14. Sobre os critérios de aplicação da pena no crime continuado, conferir CARVALHO (2013:457-463) e FAYET JR. (2012:223-225).

Não por outra razão, o juiz pode aplicar a pena-base no mínimo legal mesmo se presente uma circunstância negativa; pode fixar a pena abaixo do termo médio mesmo se todas as circunstâncias forem negativas; pode conferir maior relevância a uma circunstância em detrimento de outra. Neste sentido, a assertiva do Min. Barbosa é correta. No entanto, a conclusão lógica da refutação da prova tarifada é diametralmente oposta ao argumento apresentado, pois livre convencimento não significa (ou não pode significar, desde uma perspectiva constitucionalmente conformada) arbítrio ou ampla discricionariedade. Deve, ao contrário, estar vinculado e balizado pelos parâmetros constitucionais que tornam legítima uma decisão judicial, dentre estes a fundamentação da decisão e a proporcionalidade das penas.[15]

No caso em análise, a decisão discricionária, ou seja, fora dos parâmetros legais e constitucionais, foi tomada pelo próprio Joaquim Barbosa, ao esquecer todas as diretrizes de fixação da sanção ao dosar a pena-base do crime de formação quadrilha acima do termo médio. Neste aspecto, o voto de Luís Roberto Barroso refunda a constitucionalidade do sistema de penas contra um perigoso paradigma no qual estariam desfeitos quaisquer limites à discricionariedade/arbitrariedade judicial.

Considerações finais: Decisões técnicas e decisões políticas

"A sua posição não é técnica, é política", sustentou o Min. Joaquim Barbosa ao dirigir severas críticas ao Min. Luís Roberto Barroso após ter proferido seu voto nos embargos infringentes (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

A questão da neutralidade do julgador foi largamente debatida pela teoria geral do direito, sobretudo a partir da recepção do debate empreendido pela filosofia e pelas ciências sociais acerca da (im)possibilidade de neutralidade axiológica do investigador (cientista). A teoria crítica do direito aprofundou o tema, demonstrando que toda a decisão judicial tem natureza política, pois não existe neutralidade possível na exposição de um argumento. Nenhum julgador, na qualidade de observador externo que emite um juízo de valor, por mais equidistante que esteja das partes envolvidas e/ou do conflito, consegue despir-se dos seus preconceitos, das suas convicções políticas, das suas crenças religiosas, dos seus dramas afetivos,

15. A propósito, o voto do Min. Barroso enfrenta de forma bastante precisa o problema: "note-se, igualmente, que não se trata de exigir que as penas por cada delito sejam fixadas com 'proporção exata', na linha do que sustentou o Ministério Público em contrarrazões. Estou de acordo que não deva ser assim. Mas não posso deixar de constatar que o acórdão situou-se no extremo oposto. Tratar isso com naturalidade transformaria a graduação da pena em ato de vontade livre, o que é incompatível com o Estado de direito. Nessa linha, com o devido respeito, penso que o raciocínio sustentado pelo *Parquet* não legitima a valoração efetuada quanto ao crime de quadrilha na APn 470, e sim a infirma" (STF, EI na APn 470, j. 26.02.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

ou seja, da sua historicidade. Apenas uma racionalidade paleopositivista (FERRAJOLI, 1998) poderia pressupor (ou exigir) que o julgador habite um local idílico de isenção absoluta a partir do completo abandono da sua formação intelectual e da sua carga cultural, como uma espécie de Barão de Münchhausen que, na iminência da morte, ao afundar em um pântano, com um gesto estupendo retira a si e ao seu cavalo do lodo histórico puxando os próprios cabelos, na bela imagem reproduzida por LÖWY (1994). Talvez apenas um pesquisador ingênuo, ainda embriagado pela possibilidade de edificação de uma ciência pura, caia nestas armadilhas do positivismo científico.

Reconhecer a neutralidade como um mito não significa, porém, abandonar a necessidade de que o sujeito que profere uma sentença seja imparcial e independente. Imparcialidade e neutralidade diferem em absoluto: imparcialidade é uma qualidade do sujeito que não tem vínculo com as partes e não tem interesse particular na causa; neutralidade refere a (im)possibilidade de o sujeito subtrair-se do local em que se encontra na história e na cultura. Não por outra razão a técnica jurídica resolveu relativamente o problema da quebra da imparcialidade ao estabelecer os impedimentos e as suspeições.[16]

É possível afirmar, portanto, que ambas as decisões em análise guardam uma importante e necessária dimensão política e espelham as concepções de mundo, de Justiça e de direitos fundamentais dos seus prolatores. A pergunta que parece ser relevante, portanto, é relativa à qualidade técnica (científica) de cada uma das decisões em comento, isto é, qual a decisão que se harmoniza com os parâmetros constitucionais (fundamentação adequada e suficiente, individualização da sanção e proporcionalidade das penas) que regulam a aplicação da pena. Diretrizes constitucionais que são instrumentalizadas pela técnica científica do direito penal (dogmática jurídico-penal) em suas fontes (doutrina e jurisprudência).

Ricardo Timm de Souza, em preciosa lição sobre o tema, ajuda a compreender um pouco mais a necessidade de imputar a terceiros a politicidade das decisões e de atribuir, aos seus próprios julgamentos, uma fantasiosa neutralidade: "tal como o ser humano, e exatamente como fruto do ser humano, a ciência nada tem de neutra. O mito da ciência neutra é muito conveniente àqueles que a manipulam, e que, com ela, manipulam a outros. Esta questão, que parecia nem ao menos ter lugar no cérebro de grandes pensadores e cientistas até há pouco tempo atrás, parece definitivamente diluída, do ponto de vista teórico, ao fim da famosa querela do positivismo, onde se evidencia com clareza, hoje incontestável, que não há ciência nem cientista sem interesses muito além dos meros interesses 'científicos' – interesses que, se não são claros, podem ser dissecados a ponto de exporem o seu núcleo de claridade" (SOUZA, 2010:80).

16. Art. 95 ao art. 112 do CPP; art. 134 ao art. 138 do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR Jr., Rui Rosado. *Aplicação da pena*. 4. ed. Porto Alegre: Ajuris, 2003.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

FAYET Jr., Ney. *Do crime continuado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão & Corrêa Jr., Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Ricardo Timm. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do 'núcleo político' no julgamento da APn 470 do STF. *RBCCrim* 106, 2014.

TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *RBCCrim* 106, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF, de Tatiana de Oliveira Stoco – *RBCCrim* 106/269 (DTR\2014\301);
- Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG do STF (Caso Mensalão), de Adriano Teixeira – *RBCCrim* 106/13 (DTR\2014\292);
- Moralismo e democracia no julgamento da APn 470/MG: um desafio constitucional em aberto, de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – *RT* 933/369 (DTR\2013\3802);
- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do Mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – *RT* 933/297 (DTR\2013\3785); e
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no Caso Mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 933/221 (DTR\2013\3784).

O SUJEITO ATIVO DO TRÁFICO DE INFLUÊNCIA E O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

THE OFFENDER IN CRIMES OF INFLUENCE AND THE NEW CRIMINAL CODE BILL

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (*mestrado e doutorado*) da UFBA. Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo analisa o delito de tráfico de influência, enfocando os princípios direcionadores do direito penal e da teoria do concurso de pessoas adotada pelo sistema jurídico. Discute a possibilidade da responsabilização criminal do indivíduo que entrega a vantagem indevida ao suposto detentor da influência.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de influência - Crime contra a Administração Pública - Crime impossível.

ABSTRACT: This article analyzes crime of traffic of influence, focusing on the guiding principles of criminal law and the theory of competition for people adopted by the legal system. Discusses the possibility of criminal liability who delivers the undue advantage to the supposed influence of the holder.

KEYWORDS: Traffic of Influence - Crime against public administration - Active subject.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O sujeito ativo do delito - 3. A suposta responsabilidade de quem entrega a vantagem ou utilidade: 3.1 O posicionamento divergente de Cezar Roberto Bitencourt; 3.2 A ausência de delito do "comprador" da influência sob o aspecto da tipicidade; 3.3 A inexistência de concurso de pessoas; 3.4 A perspectiva do erro - 4. A previsão no Anteprojeto do novo Código Penal: 4.1 A inconstitucionalidade do § 1.º em face do princípio da lesividade - 5. Conclusão - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O crime de tráfico de influência, previsto no art. 332 do CP, nada mais é do que a conduta de alguém que alardeia ter prestígio junto a funcionário público, para, com isso, obter vantagem, a pretexto de interferir em ato a ser praticado pelo referido funcionário. Em outras palavras, o sujeito ativo desse delito, à semelhança do que Manuel Bandeira alegara no seu célebre poema *Vou-me embora pra Pasárgada*,[1]

1. BANDEIRA, Manuel. *Poesia completa e prosa.* Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

diz-se "amigo do rei" de tal modo que solicita, exige, cobra ou obtém para si ou para outrem vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de interferir no ato desse funcionário.

A história o tráfico de influência é curiosa. Com frequência, a partir de Carrara[2] ou de Muratori,[3] cita-se o episódio ocorrido em Roma, no século III, quando Vetrônio Turino teria dito ser um dos favoritos e preferidos do Imperador Alexandre Severo. O imperador, então, teria determinado que Vetrônio Turino morresse sufocado pela fumaça de uma fogueira de palha úmida e lenha verde, em praça pública, sob a proclamação dos dizeres: "*fumo punitur qui vendidit fumum*" ("é punido com fumaça, o vendedor de fumaça").

Na Idade Média, o crime teria sido colocado em um meio termo entre a *injúria* e a *corruptio*, como uma particular ofensa ao prestígio e à reputação dos juízes. Hungria[4] cita que o primeiro diploma legislativo a contemplar o delito como tipo penal *sui generis* foi o Código das Duas Sicílias (1819), denominado de *militanto credito*. A partir de então, passou a ser previsto pelos Códigos Sardo (art. 313) e Toscano (art. 200), passando, posteriormente ao Código Zanardelli (Código Penal Italiano que entrou em vigor em 1890), no seu art. 224, seguido pelo Código Rocco (Código Penal Italiano de 1930).

No direito brasileiro, não havia previsão expressa no Código Criminal do Império de 1830, havendo, todavia, um modo embrionário de exploração de prestígio, conceituado como uma forma equiparada de prevaricação, no art. 209, n. 3, nos seguintes termos "*Art. 209.* Ficarão compreendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados pela mesma forma de processo que os funcionários públicos, o advogado ou procurador judicial: (...) 3.º Que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, intérpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade."

No Código de 1940, como visto, o legislador cuidou originariamente do delito com o título de *Exploração de Prestígio* em duas oportunidades: uma, genérica, que configura crime contra a Administração Pública, praticado por particular, no art. 332; e outra, no art. 357, definida como crime contra a Administração da Justiça. Isso até o art. 332 receber, pela Lei 9.127/1995, a denominação de *Tráfico de Influência*, o que não ocorreu com o art. 357. No entanto, as discussões sobre o sujeito ativo do delito de tráfico de influência são inteiramente aplicáveis ao tipo especial previsto no art. 357.

---

2. CARRARA, Francesco. *Programma, Parte speciali, Esposizionedei delitti in specie*. Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1868. vol. V, p. 157.

3. MURATORI, Ludovico Antonio. *Annali D'Italia ed altre opere varie*. Milano: Tipografia de Fratelli Ubicini, 1836. vol. 1.

4. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX.

Há, contudo, uma gravíssima violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no que se refere às penas cominadas para os delitos previstos nos arts. 332 e 357. Como visto, são crimes quase idênticos, havendo duas distinções básicas: (1) o art. 332 possui mais núcleos, pois, como visto, prevê as condutas de *exigir* e *cobrar*, não previstas no art. 357; (2) enquanto no tráfico de influência o sujeito declara influência em relação a ato de funcionário público em geral, na exploração de prestígio as pessoas junto às quais o sujeito ativo diz que utilizará sua influência ou prestígio para interferir em seus atos são vinculadas à Administração da Justiça (juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha).

No entanto, a Lei 9.127/1995 alterou a pena do crime de tráfico de influência (art. 332) para dois a cinco anos de reclusão, enquanto o crime de exploração de prestígio (art. 357), ignorado pelo legislador de 1995, foi mantido com a pena de um a cinco anos de reclusão.

Não há sentido em se punir de maneira mais branda quem solicita ou recebe vantagem para interferir em ato de um juiz, por exemplo, do que quem pratica a mesma ação para interferir em ato de um auditor fiscal. Ao ignorar o tipo específico do art. 357, a Lei 9.127/1995 tornou inconstitucional a pena mínima do crime de *Tráfico de Influência*. Com efeito, para situações de idêntica gravidade – sendo até possível dizer que, em face da natureza da atividade jurisdicional, o art. 357 é mais grave –, o legislador pune a regra geral do *Tráfico de Influência* com uma medida mais severa do que a norma especial de *Exploração de Prestígio*, que passou a ser, pela pena aplicada, uma forma privilegiada de realização do crime.

Como não é possível a utilização de analogia *in malam partem*, a pena do art. 357 permanece intacta, devendo-se questionar a interpretação que deve ser dada à pena mínima do crime previsto no art. 332. No entanto, parece ilógico e desproporcional admitir a suspensão condicional do processo (para crimes cuja pena mínima não excede a um ano) para a exploração de prestígio, e não admitir a mesma medida para o tráfico de influência.

2. O SUJEITO ATIVO DO DELITO

Durante muito tempo não havia muita controvérsia no que se refere ao sujeito ativo em relação aos delitos de tráfico de influência e exploração de prestígio. Trata-se de crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Magalhães Noronha[5] e Nelson Hungria,[6] no que tange especificamente ao delito de exploração

5. NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 24. ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 4. p. 435.

6. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 530.

de prestígio, ponderam ser mais frequente a prática de tais delitos por advogados e procuradores judiciais que se locupletam à custa dos próprios clientes, captando-lhes dinheiro com o falso pretexto de corromper pessoas que vão atuar na respectiva causa.

No entanto, nada impede que uma pessoa sem qualquer condição especial pratique tal crime, alegando toda sorte de proximidade com o funcionário supostamente influenciado. Pode ser um parente, um amigo (ou alguém que diz sê-lo), um vizinho, um sócio, um conhecido de infância, ou até mesmo alguém que invente ser próximo de um funcionário público inexistente. Em outras palavras, os delitos de tráfico de influência e exploração de prestígio podem ser praticados por qualquer pessoa que tenha ou não relação com o integrante da Administração Pública, cujo ato de ofício propagandeia ter influxo.

Até mesmo um funcionário público pode cometer tráfico de influência, alardeando poder intervir sobre ato de outro funcionário público no exercício da função. No entanto, é preciso que a solicitação ou recebimento da vantagem não se dê em razão do cargo que ocupa, mas sim de uma suposta relação de amizade, influência ou prestígio que ele tem com outro funcionário, o qual pretensamente será influenciado pelo sujeito ativo.

Como se trata de *venda de fumaça,* é imprescindível que o funcionário público – cujo ato de ofício se negocia – não tenha conhecimento de que há a exploração de prestígio pelo particular. Em outras palavras, só haverá exploração de prestígio se o funcionário público supostamente influenciado for inocente em relação à solicitação, exigência, cobrança ou recebimento da vantagem.

Se o particular atua com conhecimento e consentimento do funcionário público, não há mais tráfico de influência, mas sim corrupção passiva, praticada em concurso de agentes, pois o particular que solicita ou obtém a vantagem nada mais é do que um intermediário do funcionário público.

Haverá corrupção passiva ainda que a vantagem não seja para o integrante da Administração Pública, se este anuir com a conduta do sujeito ativo. Nesse caso, o particular que promete ou oferece a vantagem cometeria corrupção ativa.

Assim, percebe-se, no tráfico de influência, a presença de três pessoas: (1) o sujeito ativo do delito, isto é, aquele que obtém, solicita, exige ou cobra a vantagem ou promessa de vantagem; (2) a pessoa de quem dita vantagem é obtida, cobrada, exigida ou solicitada; (3) o funcionário público, supostamente competente para a prática do ato de ofício que interessa à negociação.

No crime em questão, há uma espécie de estelionato, em que um sujeito negocia uma influência que não tem, pois o funcionário público nada sabe da história e por nada deve responder, a princípio.

A vantagem ou promessa de vantagem negociada tem como objeto uma suposta interferência do traficante de influência no ato de funcionário público. Esse pre-

texto tem um duplo significado: o primeiro, contraprestacional, no sentido que o dinheiro ou a utilidade solicitada ou recebida pelo sujeito ativo funcionam, na verdade, como pagamento pela influência que o sujeito ativo supostamente exerce sobre o agente público.

Por outro lado, o pretexto significa a fraude, o engodo, isto é, a influência ao integrante da Administração Pública é fictícia, aparente, que dissimula o real objetivo do agente,[7] que é obter uma vantagem junto ao particular, jactando-se de prestígio inexistente e garantindo êxito em um ato de ofício de terceiro, fora de seu alcance. Essa é a elementar que justifica a tipificação do delito em separado do estelionato: o fato do agente mentir, vangloriando-se de ter de trânsito e influxo junto a funcionário da Administração da Justiça, e, em virtude desse falso poder, solicitar ou receber vantagem. A conduta tanto pode ocorrer quando o agente induz enganosamente existir tal influência, como pode apenas não desmentir igual suposição. A influência pretextada pode ser praticada por intermédio de interposta pessoa que influiria no ato a ser praticado pelo funcionário.

Como é fictícia a influência que o sujeito inculca no particular a quem solicita ou de quem recebe a vantagem, não é preciso que o funcionário exista de fato, sendo possível que se trate de uma pessoa puramente imaginária.[8]

3. A SUPOSTA RESPONSABILIDADE DE QUEM ENTREGA A VANTAGEM OU UTILIDADE

No crime de tráfico de influência, é evidente que aquele que solicita, exige, cobra ou obtém a vantagem do particular é o sujeito ativo do delito. Na mesma linha, não resta dúvida de que o funcionário público cujo ato é negociado não tem nenhuma participação no fato delituoso, sob pena de configurar-se o delito de corrupção passiva. A controvérsia mais recentemente instaurada diz respeito à posição daquele que "compra" do traficante de influência o suposto ato de ofício do funcionário público.

Durante muito tempo era absolutamente pacífico o entendimento de que o particular que entrega o dinheiro ou outra utilidade ao explorador de prestígio não comete delito nenhum, pois está, na verdade, sendo vítima de um engodo, um ardil, sendo, na pior das hipóteses, um crime impossível de corrupção ativa.[9]

---

7. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte Especial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, vol. 3. p. 708.

8. HC 92.194/CE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.08.2010, *DJE* 06.09.2010.

9. Isso apenas para quem considera corrupção ativa a conduta de *entregar* vantagem ao funcionário público mediante solicitação deste, fato não previsto expressamente como típico na redação do art. 333 do Código Penal, que define o delito de corrupção ativa.

Bento de Faria assevera que "o comprador de prestígio não é concorrente do delito, porque o descrédito da Administração Pública não é causado por ele, desde que se trata da ação individual do agente em relação a terceiro".[10]

Galdino Siqueira, fazendo referência ao pensamento de Manzini, considera que o comprador do prestígio, embora se imagine concorrendo para um delito de corrupção, comete apenas um delito putativo, haja vista faltar a identidade de vontade necessária para caracterizar a coparticipação delituosa.[11]

Nelson Hungria, seguindo entendimento semelhante, considera que não pode ser partícipe da conduta de obter vantagem precisamente aquele que dá ou promete a vantagem, pois, nesse caso, o que se poderia imputar ao agente é uma suposta participação numa imaginária corrupção ativa.[12]

Magalhães Noronha, não obstante reconheça a ilicitude na conduta do comprador de influência, faz duas ponderações: (1) o comprador de influência crê-se agente de um crime de corrupção em concurso com o vendedor de prestígio, mas se trata de crime putativo; e (2) por mais que o comprador concorra para o descrédito administrativo, "não pode ser copartícipe da obtenção da vantagem quem a dá ou dela se despoja".[13]

A doutrina contemporânea, de forma majoritária, segue, com fundamentos semelhantes, o mesmo entendimento. Luiz Régis Prado entende que o comprador do prestígio não deverá ser punido, por tratar-se de delito putativo,[14] mesmo posição defendido por André Estefam;[15] Rogério Sanches Cunha acompanha o pensamento de Magalhães Noronha, no sentido de que o sujeito que se despoja da vantagem não pode ser partícipe do delito de obtenção desta.[16]

Há entendimento jurisprudencial também nesse sentido, como se percebe em julgado do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região:

"O denominado 'comprador de influência', a saber, o enganado pela oferta de influência realizada pelo sujeito ativo, é considerado vítima (sujeito passivo secundário), porquanto, por mais que seu comportamento seja reprovável, já que aspira

10. FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, vol. V. p. 564.
11. SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, t. 4. p. 645.
12. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 428.
13. NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, cit., p. 326.
14. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*..., cit., p. 522.
15. ESTEFAM, André. *Direito penal*: parte especial. São Paulo, Saraiva, 2011, v. IV. p. 306
16. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*: parte especial. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 416.

se aproveitar do ato indevidamente influenciado, não há como dizer que realiza qualquer das ações núcleo do tipo".[17]

Percebe-se, portanto, que o entendimento prevalente considera não haver crime por parte daquele que supostamente compra a influência.

3.1 O posicionamento divergente de Cezar Roberto Bitencourt

Cezar Roberto Bitencourt[18] adota posicionamento divergente no que se refere ao sujeito ativo do delito de tráfico de influência. Para o referido autor, o suposto beneficiário (que entrega a vantagem para comprar a influência junto ao funcionário) seria, na verdade, um corruptor, que busca sua vantagem por um meio não ortodoxo, e, por essa razão, responderia pelo delito previsto no art. 332. Assim, revisitando assuntos, como a teoria monista no concurso de pessoas, o erro no direito penal e o conceito de crime putativo, procura o referido autor justificar a suposta responsabilidade do comprador da influência.

A tese de Bitencourt no sentido da punibilidade do particular que entrega a vantagem ou a quem a vantagem é solicitada tem alicerce nos seguintes pontos:

1) a existência de má-fé do sujeito que "compra" a suposta influência, que contribui para a lesão ao prestígio da Administração da Justiça. Haveria, no mínimo, fraude bilateral, pois "não há inocentes nesse meio";

2) que a teoria monista impõe que todos aqueles que concorrem para o crime deverão incidir nas penas cominadas, na medida de sua culpabilidade;

3) a suposta existência de concurso necessário no delito;

4) a inescusabilidade do erro em que incide o sujeito que paga a influência.[19]

Argumenta o penalista gaúcho, inicialmente, que o crime em questão não se resume a mera obtenção de vantagem ou promessa de vantagem, pois esta consiste em um meio de se interferir em um determinado ato de ofício, para o qual o "comprador" da influência concorre diretamente, havendo, na hipótese, uma espécie de fraude bilateral.

Dessa maneira, em face da teoria monista adotada no concurso de pessoas, deve haver a responsabilização do suposto "beneficiário-vítima" que entrega a vantagem ao traficante de influência, porque seria ele um verdadeiro "parceiro na empreitada de 'beneficiar-se' da suposta venalidade do funcionário público",[20] e que, por essa razão, seria, na essência, um corruptor.

---

17. RSE 0014436-59.2011.4.01.3800/MG, rel. Des. Hilton Queiroz, 4.ª T., j. 12.06.2012, *DJE* 20.06.2012.
18. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 5, p. 229.
19. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 232 e ss.
20. Idem, p. 233.

O mesmo autor refuta, também, a tese de que não há previsão legal para quem oferece ou promete tal vantagem, à semelhança do que ocorre com a corrupção ativa, com o argumento de que a regra do concurso de pessoas é a teoria monista, de modo que não se poderia transformar a exceção (teoria pluralista) em regra.

Mais adiante, Bitencourt rechaça a ideia da existência de crime putativo, sustentando que a hipótese em análise configura erro de subsunção, pois não configuraria crime putativo, mas sim um erro no que se refere ao enquadramento legal da conduta, que, por certo, será inescusável, e, por tal razão, defende a punibilidade do "pagador" da influência.

3.2 A ausência de delito do "comprador" da influência sob o aspecto da tipicidade

Não obstante os argumentos desenvolvidos para responsabilizar o dito "comprador" do prestígio, a tese da não incriminação daquele que paga ao explorador de prestígio sustenta-se em argumentos mais sólidos. Inicialmente, cumpre salientar que o delito possui quatro núcleos: *solicitar, exigir, cobrar ou obter.*

As três primeiras modalidades típicas (*solicitar, exigir, cobrar*) são próprias de crimes formais, isto é, são delitos que se consumam com a mera solicitação, exigência ou cobrança da vantagem pelo sujeito ativo, independentemente de sua obtenção. Do mesmo modo, trata-se de crime instantâneo.

Nessa ótica de raciocínio, no momento em que o particular toma conhecimento da solicitação, exigência ou cobrança, o delito já está consumado. Dessa maneira, se a vantagem for entregue pelo particular, esse fato consistirá em um mero exaurimento da infração precedente, já consumada pelo traficante de influência. Em outras palavras, nas três primeiras modalidades típicas, o pagamento encontra-se na fase de exaurimento, posterior à consumação do delito, não integrando mais o *iter criminis*, nem tendo qualquer relevância causal, uma vez que é posterior à consumação do delito, que, repita-se, é formal e instantâneo.

Dessa forma, analisando-se a questão apenas a partir do aspecto da tipicidade formal – limite intransponível em um Estado Democrático de Direito –, não é possível que alguém seja considerado coautor ou partícipe de um delito se sua contribuição ocorreu exclusivamente após a consumação do delito.

Como não se trata de delito permanente – pois o momento consumativo não se prolonga no tempo pela vontade do sujeito ativo –, não se pode atribuir àquele a quem a vantagem foi solicitada, exigida ou cobrada qualquer relação de causalidade para a consumação do delito previsto no art. 332 nas suas três primeiras modalidades. Mesmo que o sujeito, concordando com a iniciativa do traficante de influência, entregue a vantagem objeto da negociação, nesse momento o delito já estará consumado, crime para o qual o sujeito ativo não terá dado causa.

No entanto, esse argumento, por si só, é insuficiente para descaracterizar como crime a conduta do sujeito que obtém a vantagem, a pretexto de interferir em ato

de funcionário público. O último dos verbos previstos no núcleo do tipo é *obter*, que configura crime material.[21] Nessa hipótese, a consumação se dá com a obtenção da vantagem, situação na qual a conduta do particular que entrega a vantagem ao sujeito ativo é imediatamente anterior ao seu recebimento. Por essa razão, o argumento de que há mero exaurimento não se sustenta. Ainda assim, não há crime por parte da conduta do particular, não procedendo, como se verá, os argumentos em sentido contrário.

3.3 A inexistência de concurso de pessoas

Outro argumento pelo qual é possível refutar a tese de concurso de pessoas entre o traficante de influência e aquele que entrega a vantagem está na inexistência dos requisitos que caracterizam o concurso de pessoas.

Com efeito, não há dúvida que o "comprador" do prestígio contribui para o fato delituoso ao entregar a vantagem ao traficante de influência, quando o delito é praticado na modalidade *obter*.

Contudo, a mera contribuição causal não transforma a vítima em coautor ou partícipe do delito. Amiúde a vítima concorre para o crime, contribuindo com seu comportamento reprovável para a prática do fato delituoso.

No entanto, o fato de a vítima manifestar um comportamento antissocial ou infiel à ordem jurídica não a transforma em coautora ou partícipe do crime contra si praticado. Com efeito, a estrutura típica do delito, ainda que haja má-fé bilateral, não preenche os requisitos necessários para a configuração do concurso de pessoas, segundo a teoria monista, adotada pelo Código Penal e alardeada por Bitencourt como necessária para a configuração do delito em referência.

Como ponto de partida, percebe-se que a conduta de oferecer, prometer ou entregar vantagem a alguém, a pretexto de interferir em ato de funcionário público, não se compatibiliza com o tipo previsto no art. 332 do Código Penal. Portanto, não se ajusta à teoria objetivo-formal de autoria que é o ponto de partida e limite obrigatório de toda elaboração dogmática do conceito de autoria.[22] O particular que entrega a vantagem ocuparia uma dessas posições: coautor pela teoria do domínio do fato, ou então partícipe de referido delito.

Cumpre, assim, tecer algumas considerações sobre concurso de pessoas, para demonstrar que não há responsabilidade daquele que paga a influência. Nilo Batista[23]

21. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 1.108.

22. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, t. I, p. 759.

23. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

pondera, com acerto, que não se pode resumir a autoria numa mera relação de nexo causal: "Concorrer não é sinônimo perfeito de 'concausar'". É preciso mais do que isso para que haja concurso de pessoas, pois, para além da pluralidade de agentes e de condutas e do nexo causal, é preciso que haja liame subjetivo entre os concorrentes, e, também, identidade de infração.

Para que alguém seja considerado coautor não basta que tenha contribuído causalmente para o evento: é preciso, ainda na lição de Nilo Batista, que exista uma comum resolução para o fato, isto é, um acordo recíproco de vontades, expresso ou tácito. São necessárias a consciência e a vontade de integrar-se em um empreendimento criminoso comum.[24]

No caso do tráfico de influência, não há um ajuste comum de vontades entre aquele que "vende" a influência e quem a "compra". Isso porque o sujeito ativo vende o que não tem, isto é, ele afirma ter influxo perante um funcionário da Administração da Justiça, e procura obter vantagens por intermédio dessa mentira. O propósito criminoso é obter vantagens do particular, utilizando-se de um falso prestígio. Aquele que "compra" a influência, por sua vez, quer praticar o crime de corrupção ativa, não tendo propósito ou objetivo comum com o agente que se coloca como intermediário.

A situação se assemelha muito ao estelionato. Sem uma vítima (que pode até agir com ganância ou má-fé), o crime não existiria. Ainda que a vítima esteja atuando de modo moralmente reprovável, planejando a prática de um fim ilícito, ou até mesmo criminoso, ela não atua com unidade de elemento subjetivo com o sujeito que obtém a vantagem. Não há, portanto, concurso de pessoas entre quem recebe e quem entrega a vantagem, se o ato de ofício for inexistente.

Isso porque falta entre eles o liame subjetivo, uma comum resolução para um fato criminoso comum. Nesse aspecto, a lição de Jescheck e Weigend sobre coautoria em face da teoria do domínio do fato (que á adotada pelo próprio Bitencourt):

"Também a coautoria se fundamenta através do domínio do fato, mas, como no seu exercício concorrem vários, o domínio do fato deve ser conjunto. Cada coautor domina o sucesso global em colaboração com outro ou com outros. Por conseguinte, a coautoria consiste em uma 'divisão de trabalho' que faz possível o delito, o facilita ou diminui substancialmente seu risco. Do lado subjetivo, exige que os intervenientes estejam vinculados reciprocamente por meio de uma resolução conjunta, com o que, no marco do acontecimento global, cada um deles deve assumir uma função parcial de caráter essencial que lhes faça aparecer como coportadores da responsabilidade pela execução do conjunto do fato. A resolução delitiva comum é o elo que conecta as peças individuais do todo."[25]

---

24. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes...*, cit., p. 102-3.

25. No original: "También la coautoría se fundamenta a través del domínio del hecho pero, como en su ejercicio concurren vários, el *dominio del hecho* debe ser conjunto (vid. *supra* §

Não existe, portanto, liame subjetivo que venha a conectar duas condutas voltadas a propósitos absolutamente díspares. Não há, nesse caso, resolução comum entre os sujeitos, o que fulmina a ideia de que haja concurso de pessoas. Se houver essa resolução, isto é, se ambos estiverem imbuídos no propósito de efetivamente influenciar o ato de ofício de uma das pessoas mencionadas no art. 332, existirá, nesse caso, corrupção ativa, e não mais tráfico de influência. Rui Stoco pondera que ocorre no tráfico de influência situação semelhante à fraude bilateral, pois, embora a conduta seja imoral, ele acredita ser agente de um crime de corrupção ativa em coautoria com o vendedor de prestígio, só que tal delito não existe.[26]

3.4 A perspectiva do erro

Por fim, refuta-se a tese sustentada por Bitencourt no que se refere à natureza do erro em que incide o suposto adquirente da influência. De início, cumpre fazer um reparo em relação à hipótese de que se trata de delito putativo. O delito putativo, como assinala Mir Puig, consiste na realização de um fato não previsto pela lei como delito, crendo equivocadamente seu autor que tal fato está tipificado pela ordem jurídica. Não se trata de um erro sobre um elemento do tipo, mas sim sobre a proibição penal do fato, como um erro de proibição ao revés.[27]

Nesse particular, a conduta do sujeito que entrega a vantagem para adquirir o suposto ato do funcionário público não se enquadra no conceito de delito putativo. Isso porque, na verdade, o "comprador" da influência pensa estar praticando um delito previsto no ordenamento jurídico-penal, qual seja, o delito de corrupção ativa.

Na verdade, não há dúvida de que o sujeito que paga a influência está incidindo em erro, pois pensa estar cometendo uma corrupção passiva, mas na verdade está pagando a uma espécie de estelionatário. Sobre essa questão não há controvérsia. Resta claro, também, que a conduta que o sujeito pensa estar praticando – cor-

---

61V3b). Cada coautor domina el suceso global en colaboración con otro o con otros. Por conseguiente, la coatoría consiste en una 'división del trabajo' que hace posible el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho. Del lado subjetivo exige que los intervinientes estén vinculados recíprocamente por medio de una resolucíon conjunta, con lo que, en el marco del acontecimiento global, cada uno de ellos debe asumir una función parcial de carácter esencial que les haga aparecer como coportadores del la responsabilidad por por la ejecución del conjunto del hecho. La resolución delictiva común es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo" (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares Editorial, 2002, p. 726).

26. FRANCO, Alberto da Silva; STOCO, Rui (coord.), *Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, vol. 2, p. 4.016.

27. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – parte general. 7. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 356.

rupção ativa – está prevista e tipificada no Código Penal, o que é suficiente para descaracterizar em tese a figura do delito putativo.

Ocorre que a solução encontrada para legitimar a criminalização da conduta do "comprador" da influência – a existência de erro de subsunção – também não se aplica ao caso em referência. O erro de subsunção, na lição de Jescheck/Weigend, ocorre quando: "conhecendo o autor o conteúdo fático de um elemento do tipo, mas se equivocando em torno de sua caracterização jurídico-penal (por exemplo, não considera a placa identificadora do veículo como um documento ou um líquido como uma coisa), então estaremos na presença de um erro de subsunção, que, como tal, é irrelevante pelo fato de que, para a afirmação, o dolo não pode ser exigido mais do que um conhecimento do significado das coisas no sentido da 'valoração paralela na esfera do profano[28]'."

Ocorre que na situação posta em referência, o comprador da influência não possui o pleno conhecimento dos elementos fáticos que caracterizam a situação: com efeito, para que houvesse o crime de corrupção ativa, seria imprescindível que o sujeito ativo que obtém, solicita, cobra ou exige a vantagem atuasse em concurso com o funcionário público cujo ato se negocia.

Essa situação de fato imaginada pelo sujeito ativo não existe como realidade, isto é, o "comprador" da influência não possui a plena convicção da situação de fato, pois a relação, a influência junto ao funcionário público não existe.

Com efeito, se um sujeito vende a outrem farinha de trigo como se fosse cocaína, o adquirente não responderá por tráfico nem por uso caso adquira o produto pensando que se trata de droga; quem adquire um produto acreditando ser objeto de furto, não comete receptação se ele for de origem lícita; e, no famoso e conhecido *conto da guitarra*, quem adquire uma máquina pensando que ela fabrica dinheiro não é coautor nem partícipe do estelionato contra si praticado.

Pela mesma linha de raciocínio, por mais imoral que seja a conduta de quem acredita estar corrompendo, quando a referida corrupção não existe, não se pode qualificar esse fato como erro de subsunção em que o sujeito termina respondendo por tráfico de influência, pois o "comprador" não tem a ciência de que o traficante de influência atua sem conhecimento ou consentimento do funcionário público.

---

28. No original: "conociendo el autor el contenido fáctico de un elemento del tipo, pero equivocándose en torno de su caracterización jurídico-penal (por ejemplo, no considera la placa identificativa del vehículo como un documento o a un líquido como una cosa), entonces estaremos en presencia de un error de subsunción que, como tal, es irrelevante por el hecho de que para la afirmación de dolo no puede ser exigido más que un conocimiento del significado de las cosas en el sentido de la 'valoración paralela en la esfera del profano'" (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 338).

A doutrina se refere a essa situação como *delito putativo*, embora seja o caso de crime impossível, pela absoluta impropriedade do objeto. Conquanto concorra para o descrédito administrativo, como pondera Bitencourt, seria um contrassenso lógico alguém ser concorrente do crime cujo núcleo é obter vantagem, quando este alguém é a pessoa que dá a vantagem, isto é, aquele que sofre a lesão patrimonial.

4. A PREVISÃO NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Não obstante as críticas aqui formuladas, o Anteprojeto do novo Código Penal amplia o espectro dos possíveis sujeitos ativos do delito em questão. Com efeito, a proposta do art. 288 estabelece algumas mudanças no tratamento jurídico do tráfico de influência.[29] Inicialmente, modifica-se a nomenclatura, voltando o crime a ter sua denominação original de exploração de prestígio, procedendo-se, como consta no relatório da própria comissão, "a unificação dos dois tipos ontologicamente idênticos, do tráfico de influência e da exploração de prestígio, que se distinguiam apenas por quem seria o destinatário da influência pretextada – se qualquer funcionário ou juiz, jurado, promotor e funcionários da justiça –, embora, desproporcionalmente, as penas para este último caso fossem menores".

A unificação dos tipos e das penas parece adequada, pois não se vislumbra qualquer diferença essencial entre os tipos de tráfico de influência e de exploração de prestígio capaz de justificar tratamento em tipo especial para o delito contra a Administração da Justiça, sobretudo quando a disposição específica, prevista atualmente no art. 357, tem uma pena menor do que a norma geral prevista no art. 332.

No entanto, a mais relevante modificação está no § 1.º do art. 288 do Anteprojeto, ao consignar, expressamente, que "nas mesmas penas incorre o particular que atender à solicitação ou cobrança, ou entregar ou aceitar a promessa de vantagem". Dessa maneira, o Anteprojeto passa a criminalizar, com as mesmas penas do *caput* do novo delito de exploração de prestígio, o particular que de alguma forma aquiescer com a conduta do traficante de influência.

Desse modo, caso um sujeito, por conta própria e sem qualquer participação de funcionário público, obtenha, exija, solicite ou cobre do particular o pagamento de uma determinada vantagem, a pretexto de interferir em ato de funcionário público, estará cometendo exploração de prestígio. E o particular, que for enredado nesse

29. Exploração de prestígio: "Art. 288. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por servidor público no exercício da função: Pena – prisão, de um a cinco anos. § 1.º Nas mesmas penas incorre o particular que atender à solicitação ou cobrança, ou entregar ou aceitar a promessa de vantagem. § 2.º A pena é aumentada de um sexto até a metade se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao servidor público."

ardil, estará sujeito às mesmas penas cominadas para aquele que pratica a *venditio fumi*, desde que manifeste sua aquiescência com a solicitação ou com a cobrança.

Pela forma posta no Anteprojeto, a boa ou a má-fé do particular vão ser determinantes para caracterizá-lo como ofendido ou como autor de crime equivalente, à semelhança do que ocorre nos crimes de corrupção ativa e passiva.

Não obstante, a criminalização do particular que entrega a vantagem, ou mesmo atende à solicitação ou à cobrança do explorador de prestígio (pois não se previu como figura típica o atendimento à exigência), caso venha a se confirmar no texto do novo Código Penal, trará consigo uma série de problemas dogmáticos e político-criminais difícil de solucionar.

O primeiro problema diz respeito à eficácia político-criminal da medida, pois, com a criminalização do particular, perde-se a principal, e amiúde, única testemunha capaz de comprovar a atuação ilícita do traficante de influência.

Isso ocorrerá porque o particular, ao praticar quaisquer das condutas referidas no § 1.º do art. 288 do Anteprojeto, tornar-se-á tão criminoso quanto o sujeito que fez a falsa oferta de influência. Desse modo, caso o sujeito seja vítima dessa modalidade de engodo, não poderá reclamar o prejuízo às autoridades competentes, pois, neste caso, incidirá nas mesmas penas daquele que o enganou.

Em outras palavras, o novo tipo penal estimula o sujeito ativo da exploração de prestígio com a provável impunidade em caso de aceitação da proposta pelo particular, pois, nessa hipótese, ambos serão igualmente criminosos, sujeitos às mesmas penas, desestimulando-o totalmente a denunciar a prática de tais condutas ilícitas.

Os autores do Anteprojeto criaram uma maneira de inibir a vítima a denunciar o golpe, de modo que, com a obtenção da vantagem pretendida ou mesmo com a aceitação pelo particular da proposta feita pelo sujeito ativo, ela será igualmente criminosa e terá todo o interesse em silenciar sobre o prejuízo que lhe fora causado pelo traficante de influência.

Com a modificação, o único sujeito passivo do delito seria, no caso, o Estado, desprestigiado pela negociação fraudulenta de um ato de ofício – sem qualquer conhecimento ou consentimento pelo funcionário público.

Seria possível argumentar que, à semelhança do que ocorre nos crimes de corrupção passiva e corrupção ativa, ambos os sujeitos contribuem para o desprestígio da Administração Pública. Contudo, ali há uma negociação efetiva de um ato de ofício, com a contribuição do funcionário público. O mesmo não se pode dizer do particular que, confrontado com uma situação de falso prestígio, pretende corromper quem não pode ser corrompido. Nesse caso, ele, ao negociar com o comprador, não contribui para qualquer descrédito adicional ao prestígio da Administração Pública.

Na nova modalidade proposta de exploração de prestígio, pune-se aquele que tenta corromper quem não pode ser corrompido, em uma situação absolutamente

ajustável à tentativa inidônea, haja vista que o ato jurídico que o particular pretende praticar não pode se consumar, em face da absoluta impropriedade do objeto.

Com efeito, imagine-se a situação em que um sujeito, que não é funcionário público, mas se fazendo passar por tal, solicite, receba ou aceite promessa de vantagem indevida de um particular, sendo que esta vantagem guarda conexão teleológica com a função supostamente exercida. Nesse caso, não há dúvida de que se trata de estelionato.

O particular, todavia, que oferece ou promete a vantagem a outrem, acreditando tratar-se de funcionário público, para determiná-lo a omitir, retardar ou praticar ato de ofício, não cometerá crime nenhum se restar provado que a pessoa a quem se ofereceu ou prometeu a vantagem não é funcionário público. Trata-se de uma manifesta hipótese de tentativa inidônea, ou crime impossível.

Nada justifica, sob a mesma perspectiva, criminalizar a conduta do particular que entrega dinheiro ou qualquer outra utilidade a outro particular, imaginando que existe uma conexão entre o particular e o funcionário público, quando esta conexão, na verdade, não existe.

O paradoxo é evidente: se o particular entregar uma vantagem a quem finge ser funcionário público em razão do suposto cargo, emprego ou função pública, a conduta é atípica. Todavia, se entrega a mesma vantagem a quem diz ser amigo de um funcionário público, a pretexto de interferir num ato de ofício, ele estará sujeito às mesmas penas daquele que negocia o ato de ofício inexistente. Pergunta-se, então, se a tipificação do delito depende do tipo de mentira e do engodo em que o particular se vê enredado.

4.1 A inconstitucionalidade do § 1.º em face do princípio da lesividade

Analisando-se a questão a partir do princípio da lesividade, conclui-se inexoravelmente pela inconstitucionalidade do dispositivo previsto no parágrafo único, bem como sua incompatibilidade com outros dispositivos do mesmo Anteprojeto. De fato, a norma geral prevista no art. 14 do Anteprojeto, dispõe que "a realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico".

Em outras palavras, é preciso a ofensa, potencial ou efetiva, a um determinado bem jurídico. Isso significa que "(...) nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo".[30]

30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 226.

Ferrajoli sustenta o princípio da lesividade na necessidade das penas, que também desemboca na dignidade humana, ao afirmar que o princípio axiológico de separação entre direito e moral impõe, para a maior tutela da liberdade pessoal de consciência, de autonomia e de relatividade moral, a tolerância jurídica de toda conduta não lesiva a terceiros.[31] Prieto Sanchis assevera que a separação entre pecado e delito implica que o Estado somente deve intervir quando se lesionam bens sociais, não podendo interferir em questões de fé e moral.[32]

Filangieri, na linha de que o direito penal deveria representar uma reação extrema a uma ofensa a direito alheio, chegou a propor um sem-número de delitos que não deveriam ser tipificados, como o suicídio, a usura, a adivinhação, a interpretação de sonhos, o jogo ilegal, e, sobretudo, os delitos de magia, sortilégio e feitiçaria. Segundo o referido autor,

"Estes nomes seriam sempre famosos na história das desgraças, dos erros, e da superstição dos povos: estes nomes, que depois de haver banhado de sangue a Europa, deveriam ter desaparecido de seus códigos: mas que conservam ainda seu lugar para ignomínia dos nossos legisladores; e que não deixam de causar mais ou menos estragos apesar das luzes e da cultura, e apesar da decadência do fanatismo e da superstição."[33]

Por essas razões, nos arts. 4 e 5 da Declaração de Direitos de 1789, pode-se encontrar uma ideia muito próxima do princípio da lesividade, como atualmente é conhecido:

"IV – A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei.[34]

---

31. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 374.

32. PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la ilustración. In: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales – Siglo XVIII – La filosofía de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 127-243, t. II, vol. II, p. 144.

33. "Estos nombres serían siempre famosos en la historia de las desgracias, de los errores, y de la superstición de los pueblos: estos nombres, que después de haber bañado de sangre la Europa, debieran haber desaparecido de sus códigos; pero que conservan aún su lugar para ignominia de nuestros legisladores; y que no dejan de causar más o menos estragos a pesar de las luces y de la cultura, y a pesar de la decadencia del fanatismo y de la superstición" (FILANGIERI, Gaetano. *La ciencia de la legislación apud* PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*, cit., p. 135).

34. No original: "*Art. 4*. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui as-

V – A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é negado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordenar."[35]

Percebe-se, sem muita dificuldade, que a proposta prevista no § 1.º do Anteprojeto pretende estabelecer um critério de lisura moral do cidadão em relação à Administração Pública, de modo que, caso uma vantagem seja solicitada, exigida ou cobrada a pretexto de interferir em ato de funcionário público, se cria um dever jurídico de não aceitar tal solicitação ou exigência – ainda que a partir de uma influência inexistente –, pois, se o sujeito a aceitar, estaria contribuindo para o "desprestígio da Administração".

Na verdade, o sujeito, seria punido por um desvio moral de conduta, pois ele revela uma intenção criminosa de corromper membros da Administração Pública, ainda que essa manifestação imoral não tenha o condão de interferir em qualquer atuação da Administração Pública.

Desde Manzini[36] se entende que o bem jurídico tutelado é o interesse público relativo ao normal funcionamento e ao prestígio da Administração Pública. Em outras palavras, quando o legislador elenca um delito como crime contra a Administração Pública, entende que tal conduta ofende a "normalidade funcional, a probidade, o prestígio e o decoro da Administração Pública, entendida em sentido amplo".[37]

Não há dúvida de que há uma ofensa à probidade, ao prestígio e ao decoro da Administração quando alguém solicita, exige, cobra ou obtém vantagem, utilizando-se, como pretexto para sua obtenção, de uma suposta proximidade ou ingerência sobre ato de funcionário público.

No entanto, é absolutamente incerta a lesão ao bem jurídico daquele que aquiesce com uma negociação sem que haja qualquer participação do funcionário público. Dizer que tal conduta contribui para o desprestígio da Administração e ofende o bem jurídico tutelado pela norma corresponde a um argumento meramente retórico do que significa lesão ou prejuízo. Já é conhecido o pensamento de Roxin, para quem "o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos".[38]

---

surent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi."

35. No original: "*Art.* 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas."

36. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: Utet, 1986, vol. 5.

37. PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

38. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1998, p. 29.

Se há imoralidade na conduta do comprador da influência, ela não representa nenhum acréscimo à lesão ao bem jurídico já ocorrida. Sua conduta não tem qualquer possibilidade de interferir no regular funcionamento da atividade administrativa, tampouco contribui para que ocorra a alardeada ofensa ao prestígio e à imagem da Administração, até porque a única pessoa que necessariamente tomará conhecimento do fato será o explorador de prestígio.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, nesse aspecto, parecer mais acertada a doutrina dominante, que considera aquele que dá ou promete a vantagem como ofendido, e não como coautor, ainda que agindo de má-fé, pois, em um Estado Democrático de Direito, o crime não pode ser visto como uma censura moral por uma manifestação de "maldade" interna. O sujeito passivo é o Estado; sendo o agente quem paga a influência, e, como visto, também considerado ofendido.

Não se pode dizer que o "comprador" da influência contribui para o descrédito da Administração, ofendendo um bem jurídico penalmente relevante, se ela não se reveste de tipicidade autônoma, nem caracteriza o liame subjetivo necessário para a configuração do concurso de pessoas. Na mesma linha, descarta-se a hipótese de erro de subsunção, haja vista que o comprador da influência não possui o pleno conhecimento dos elementos fáticos que caracterizam a situação.

Desse modo, o art. 288 do Anteprojeto do novo Código Penal, ao pretender tipificar tal conduta, punindo o suposto comprador da influência, ofende princípios fundamentais do direito penal, sobretudo o da lesividade.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Manuel. *Poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 5.

CARRARA, Francesco. *Programma, Parte speciali, Esposizionedei delitti in specie*. Lucca: Tipografia di B. Canovetti, 1868. vol. V.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Ed. RT; 2007. t. I.

DWORKIN, R. Temos direito à pornografia? *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte especial. São Paulo, Saraiva, 2011, v. IV.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943. vol. V.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Ed. RT, 2002.

FRANCO, Alberto da Silva; STOCO, Rui (coord.). *Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 2.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares Editorial, 2002.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed., Torino: Utet, 1986. vol. 5.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – parte general. 7. ed. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

MURATORI, Ludovico Antonio. *Annali D'Italia ed altre opere varie*. Milano: Tipografia de Fratelli Ubicini, 1836. vol. 1.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 24. ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*: Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 3.

PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la ilustración. In: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales* – Siglo XVIII – La filosofía de los derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2001. t. II, vol. II.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1998.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. 4.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*: Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional, de Luiz Régis Prado – *RT* 803/441, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/697 (DTR\2002\640);
- Beneficiário do tráfico de influência, de Alexis Couto de Brito – *RT* 919/553 (DTR\2012\44813); e
- Os novos delitos de corrupção e tráfico de influência internacional no direito brasileiro, de Luiz Régis Prado – *RT* 815/429, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/361 (DTR\2003\701).

Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras

The receipt of illegal attorneys' fees and crimes of money laundering and receipt of stolen goods: an analysis under the perspective of neutral actions

Fernando Gardinali Caetano Dias

Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (Faculdade de Coimbra). Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisa-se, no presente trabalho, a problemática do recebimento de honorários maculados, isto é, do recebimento, pelo advogado, de valores ilícitos (porquanto oriundos de crime) a título de pagamento de serviços jurídicos regulares por ele prestados.

Após a exposição dos principais critérios desenvolvidos pela doutrina para a análise dessa conduta, opta-se pela utilização do critério da ação neutra para a construção do próprio ponto de vista do autor. Assim, com base em tal critério, analisa-se a conduta do advogado pela perspectiva de dois possíveis crimes: a lavagem de dinheiro e a receptação. Em ambos os casos, chega-se à conclusão de que a conduta do causídico é neutra, pois não gera qualquer risco aos escopos de proibição das normas.

Palavras-chave: Advogado - Honorários maculados - Lavagem de dinheiro - Receptação - Ação neutra.

Abstract: In this paper, it is analyzed the problem involving the receipt of illegal attorneys' fees, in other words, the receipt, by the lawyer, of illegal values (as product of a crime) as payment of legal and regular services rendered by him.

After the explanation of the main criteria developed by the doctrine to analyze this action, it is chosen the neutral action criterion to develop the author's point of view. Therefore, based on this criterion, the attorney's action is analyzed by two possible crimes: the money laundering and the receipt of stolen goods. In both cases, the conclusion is that the lawyer's action is neutral, because it does not generate any risk to the prohibiting purposes of these crimes.

Keywords: Attorney - Illegal attorneys' fees - Money laundering - Receipt of stolen goods - Neutral action.

Sumário: 1. Considerações iniciais: exposição da problemática: 1.1 Introdução ao tema à luz de um caso concreto: a representação contra o advogado Márcio Thomaz Bastos; 1.2 Delimitação do tema: recebimento de honorários maculados e os delitos de lavagem de dinheiro e de receptação; 1.3 A (necessária) premissa da regularidade da prestação: serviço efetivamente realizado e emissão de nota ou recibo; 1.4 Critério utilizado para a análise do tema: as ações neutras - 2. Principais critérios propostos para a resolução da problemática: 2.1 Critério da justificação; 2.2

Critérios relativos ao tipo subjetivo; 2.3 Critérios relativos ao tipo objetivo: 2.3.1 Redução teleológica do tipo; 2.3.2 Interpretação conforme à Constituição: direito de defesa; 2.3.3 Critérios da adequação social e da adequação profissional; 2.3.4 Critério das ações neutras - 3. Recebimento de honorários maculados sob a perspectiva das ações neutras: 3.1 Lavagem de dinheiro: 3.1.1 Escopo da norma incriminadora: a consolidação da capacidade econômica do agente; 3.1.2 Recebimento de honorários maculados e sua impossibilidade de consolidar a capacidade econômica obtida com o crime antecedente: ação neutra; 3.2 Receptação; 3.2.1 Escopo da norma incriminadora: (novamente) a consolidação da capacidade econômica do agente; 3.2.2 Recebimento de honorários maculados e sua impossibilidade de consolidar a capacidade econômica do agente e dificultar o rastreamento do objeto e sua recuperação pela vítima: ação neutra - 4. Problemas residuais do recebimento de honorários maculados: possíveis ilícitos civil e administrativo: 4.1 Ilícito civil: dano causado ao *dominus* (vítima) se possível a identificação do bem e se demonstrada a atuação de má-fé do advogado; 4.2 Ilícito administrativo: possível infração disciplinar nos marcos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil - 5. Aspectos conclusivos: licitude da conduta - 6. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: EXPOSIÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Para melhor compreensão do tema a ser analisado, parte o trabalho de um caso concreto, de grande repercussão nacional. Com a sucinta exposição de tal caso, far-se-á a delimitação do tema, problematizando-se, na perspectiva penal, o recebimento de honorários maculados pelo advogado, para, então, introduzir-se o critério que será utilizado nesse trabalho para a sua análise.

1.1 Introdução ao tema à luz de um caso concreto: a representação contra o advogado Márcio Thomaz Bastos

Em março de 2012, após uma operação deflagrada pela Polícia Federal, Carlos Augusto de Almeida Ramos (também conhecido sob a alcunha de Carlinhos Cachoeira) foi denunciado pela suposta prática dos crimes de quadrilha, corrupção ativa, peculato, entre outros, por, em apertada síntese, supostamente coordenar uma organização de jogos ilegais de azar (exploração de máquinas caça-níqueis e de jogo do bicho), tendo, para tanto, hipoteticamente cooptado diversos agentes públicos e com eles cometido outros crimes.[1]

Tão logo foi acusado, Carlinhos Cachoeira constitui, para sua defesa, o advogado Márcio Thomaz Bastos, causídico de grande respeito e renome nacional.

Foi nesse contexto que, em 28.05.2012, o Procurador da República Manoel Pastana subscreveu uma representação, endereçada ao órgão do Ministério Público Federal responsável pela condução de tal caso, contra o advogado Márcio Thomaz

1. Tais fatos são objeto da APn 0009272-09.2012.4.01.3500 (11.ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás).

Bastos,[2] noticiando suposto cometimento de crime pelo causídico na percepção dos honorários relativos à defesa de Carlinhos Cachoeira.

A par das (descabidas, sob nosso ponto de vista) considerações a respeito do citado advogado feitas pelo subscritor da peça[3] e da ausência de suporte probatório mínimo para o início de uma investigação (também sob nosso ponto de vista),[4] o referido Procurador da República afirma, com base nas acusações formuladas, que Carlinhos Cachoeira não possuiria renda lícita, bem como que os seus bens e recursos estariam bloqueados por medida judicial.

Partindo desse pressuposto, o representante ministerial indica que Márcio Thomaz Bastos estaria sendo remunerado com recursos provenientes de crimes (supostamente praticados por Carlinhos Cachoeira), de maneira que essa conduta (qual seja, o recebimento de honorários hipoteticamente maculados) subsumir-se-ia ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1.º, § 1.º, II, da Lei 9.613/1998)[5] ou ao de receptação culposa (art. 180, § 3.º, do CP).[6]

Não obstante a representação falhe pelas premissas fáticas adotadas e pela (repita-se) falta de elementos de informação concretos que pudessem dar ensejo à instauração de um inquérito policial – sempre sob o nosso ponto de vista –,[7] o

2. Íntegra da representação disponível em [www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art2012 0531-04.pdf], acesso em: 20.04.2014.
3. Sem razão, ao nosso ver, o Procurador da República opina não ser "(...) ético nem moral alguém com potencial e alcance criminal desse jaez ser assistido por defensor que teve, pelo menos em tese, a missão de, como Ministro da Justiça, defender o Estado brasileiro da ação deletéria de infratores perniciosos para a Democracia" (f. 02 da peça). Além de tal consideração em nada influir (e tampouco agregar) para a discussão jurídica do caso exposto, choca-se com o fato de que o direito à defesa é uma garantia constitucional (art. 5.º, LV, da Carta Magna) de todos os cidadãos, sem qualquer distinção.
4. Além do fato de que o único documento que instrui a peça é uma reportagem sobre o suposto valor de honorários para a defesa de Carlinhos Cachoeira, tampouco se apontou qualquer outro elemento de informação que pudesse indicar a suposta prática de um ilícito (e, assim, dar ensejo a uma investigação).
5. A despeito da representação estar embasada na redação do delito anterior à reforma promovida pela Lei 12.683/2012, pode-se utilizar, aqui, a sua atual redação, que mantém a mesma estrutura dos verbos típicos (que interessam para o presente estudo): "Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...) § 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (...) II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere".
6. "Art. 180. (...) § 3.º. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso".
7. Ver nota 3 supra.

raciocínio teórico desenvolvido pelo Procurador da República pode ser adotado como relevante ponto de partida para a análise da problemática do recebimento de honorários maculados, isto é, do recebimento, a título de remuneração de serviços advocatícios prestados, de valores oriundos de crime.

1.2 Delimitação do tema: recebimento de honorários maculados e os delitos de lavagem de dinheiro e de receptação

A exposição do caso acima aludido torna mais fácil a visualização do problema teórico aqui exposto e sua classificação jurídico-penal.

Frise-se, inicialmente, que a conduta sob análise restringe-se ao recebimento de honorários por serviços advocatícios prestados – quaisquer que sejam eles. Assim, a análise da licitude do serviço advocatício não será objeto desse trabalho.

Em outras palavras, não importa, para o raciocínio a ser construído nesse trabalho, se a atuação do advogado consistiu na defesa em um processo criminal[8] ou na elaboração de um planejamento tributário ou societário.[9] Tampouco interessa, para a análise aqui desenvolvida, se o advogado deixou de fazer a comunicação devida ao órgão competente, à luz do disposto nos arts. 9.º e 11, II, da Lei 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei 12.683/2012.[10] O foco da análise, repita-se, é tão

8. À toda evidência, a conduta de defender os interesses de um indivíduo em uma persecução penal é, sem maiores elucubrações, manifestamente lícita, à luz da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, da Carta Magna). Nesse sentido: "Ao defender seu cliente, pois, naturalmente o advogado estará justificando o delito, ou negando-o, como costuma ocorrer, por falta de provas, ou impugnando provas ilícitas que teme sejam consideradas como prova incriminatória. Por isso, o advogado não se faz nem partícipe nem coautor solidário com seu cliente, mas sim está à margem de perigos retorcidíssimos, defendendo o seu cliente ante a lei, embora, naturalmente, dentro da lei" (COBO DEL ROSAL; ZABALA LOPÉZ-GOMÉZ, 2005, p. 58 – tradução livre do trecho: "Al defender su cliente, pues, naturalmente, el Abogado estará justificando el delito, o negándolo como suele ser habitual por falta de pruebas, o impugnando pruebas ilícitas que teme sean tenidas como prueba de cargo. Por eso, el Abogado no se hace ni encobridor ni coautor solidário com su cliente, sino que está al margen de peligros retorcidísimos defendendo a su cliente ante la Ley, aunque, naturalmente, dentro de la Ley").

9. Nesse aspecto, a conduta do advogado deverá ser analisada no caso concreto, pois, a depender das circunstâncias, a sua atuação pode, em tese, ser ilícita se, por exemplo, contribuir para a lavagem de dinheiro com a constituição de empresas *off-shore*, sabendo que a estrutura por ele montada seria utilizada para o branqueamento de capitais. A esse respeito, entre outros: BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 139-140; CÓRDOBA RODA, 2006, p. 77-81.

10. A doutrina parece ser pacífica em afirmar que o descumprimento de uma norma de cunho administrativo não implica, por si só, a participação punível em eventual delito de lavagem: BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 133-134; BLANCO CORDERO, 2012, p. 588-91.

somente a conduta de receber honorários maculados, não importando qual tenha sido o trabalho jurídico que a justificou.

Delimitada essa premissa, percebe-se que o recebimento, pelo advogado, de valores oriundos de crimes, a título de pagamento de seus honorários, pode, *a princípio* (ou seja, como ponto de partida para o trabalho), configurar o crime de lavagem de dinheiro ou de receptação.

Nesse ponto, o raciocínio do Procurador da República Manoel Pastana, em seu aspecto teórico (isto é, a par de qualquer consideração sobre as circunstâncias concretas daquele caso), deve, a nosso sentir, ser corrigido em dois pontos.

O primeiro deles é que se o advogado receber valores branqueados, isto é, oriundos de um processo (no sentido causal, e não procedimental, do termo) de lavagem, essa conduta pode subsumir-se não só ao crime previsto no art. 1.°, § 1.°, II, da Lei 9.613/1998, como também àquele disposto no art. 1.°, § 2.°, I, desse Diploma Legal.[11]

Ao receber essa quantia, será possível dizer, *em uma primeira e abstrata análise*, que tal conduta pode configurar uma das duas figuras delitivas previstas no art. 1.° da Lei 9.613/1998: § 1.°, II e § 2.°, I;[12] qual delas (ou se nenhuma delas) será analisado no item 3 *infra*.

O segundo ponto diz respeito ao delito de receptação. Conjecture-se, aqui, a hipótese de pagamentos de honorários com valores diretamente provenientes de um crime – por exemplo, o dinheiro obtido com o resgate de um sequestro ou com o roubo a uma agência bancária. Ao receber esses valores, o advogado pode, *a princípio* (repita-se), cometer ou o delito de receptação em sua modalidade culposa (art. 180, § 3.°, do CP) ou mesmo em sua forma dolosa (art. 180, *caput*, do *Codex*[13]).

Em resumo, como ponto de partida para o trabalho, a licitude do recebimento de honorários maculados deve ser analisada pela perspectiva de dois *possíveis* crimes: o de lavagem de dinheiro (art. 1.° da Lei de Lavagem, em duas modalidades: § 1.°, II ou § 2.°, I) e o de receptação (art. 180 do CP, em sua forma dolosa ou culposa: *caput* ou § 3.°, respectivamente).

---

11. "§ 2.° Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal."

12. Não nos parece possível dizer, mesmo nessa primeira análise, que a conduta amoldar-se-ia ao disposto no *caput* do art. 1.° da Lei, uma vez que, dentro da hipótese aqui fixada para análise, o *recebimento* de honorários, antes de uma *ocultação* ou *dissimulação*, implica ou um *recebimento* (§ 1.°, II) ou uma *utilização na atividade econômica ou financeira* (§ 2.°, I).

13. "Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte."

1.3 A (necessária) premissa da regularidade da prestação: serviço efetivamente realizado e emissão de nota ou recibo

Deve-se tomar uma premissa muito importante para o desenvolvimento desse trabalho: a regularidade da prestação dos serviços advocatícios.

Com isso quer-se dizer que, na análise ora empreendida, parte-se da premissa de que o advogado recebe honorários maculados a partir de um serviço *efetivamente prestado* (seja ele qual for), documentando, outrossim, o pagamento recebido, por meio de *emissão de nota e/ou de recibo*.

Em outras palavras: examina-se, aqui, a conduta do advogado que recebe valores oriundos de crime, como contraprestação a um serviço de fato prestado ao seu cliente, em uma operação (no que diz respeito ao pagamento, e não ao objeto da prestação) documentada – não só por intermédio da assinatura de um contrato, mas também, e principalmente, da emissão de recibo e/ou nota.

Com isso, excluem-se, desde já, as hipóteses em que o advogado é utilizado como mero interposto de uma operação fraudulenta para lavagem de capitais (isto é, como *laranja*), por meio de um contrato de honorários fictício ou mesmo estipulado em um valor maior do que, efetivamente, o causídico irá receber.

Nesses casos, o advogado poderá atuar em um processo de branqueamento de valores e, assim, ser punido pelo crime de lavagem de capitais.

1.4 Critério utilizado para a análise do tema: as ações neutras

A análise da problemática aqui estabelecida pode ser feita, basicamente, a partir de duas perspectivas: pelo prisma subjetivo ou objetivo da conduta.

Pelo primeiro, avalia-se o *animus* do advogado no recebimento de honorários, isto é, a sua *vontade* na hipótese aqui tratada, concluindo-se pela ilicitude da conduta caso tenha ele agido com dolo[14] ou, para a hipótese de receptação culposa (art. 180, § 3.º, do CP), com culpa.

Pelo segundo, a intenção do agente (*rectius*, advogado) é deixada em um segundo plano, analisando-se, antes disso, o tipo objetivo do delito, a fim de se verificar se os seus elementos estão presentes na hipótese analisada. Somente a partir disso, isto é, se preenchido o tipo objetivo, é que se partiria para a análise subjetiva do tipo penal.

Por certo, a análise pela ótica objetiva do tipo é mais segura que pela subjetiva, na medida em que trabalha com o fato, e não com a vontade do agente. Em outras palavras, ao se examinar o viés objetivo da conduta, deixam-se de lado as incertezas

14. Sublinhe-se, que, a respeito do crime de lavagem de dinheiro, há quem admita o *dolo eventual* para a sua configuração: MORO, 2010, p. 61-70; MAIA, 1999, p. 87-88. Em sentido contrário: BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 94-1999; PITOMBO, 2003, p. 135-137; BARROS, 2007, p. 58-59.

que cercam a análise da vontade do agente, para serem utilizados, como substrato, os dados fáticos concretos.

É nesse contexto que se opta, no presente trabalho, em se analisar a problemática aqui exposta pelo prisma objetivo e, dentro dos vários critérios existentes nesse panorama, por aquele das ações neutras.

Trata-se de uma perspectiva muito discutida na Alemanha e na Espanha, mas ainda pouco debatida no cenário acadêmico brasileiro.[15] Seu objeto de estudo está ligado, sobretudo, às ações cotidianas, aparentemente inofensivas, mas que, a depender do contexto em que se inserem, podem fazer surgir a dúvida sobre sua licitude. É, assim, um critério de extrema relevância para o moderno contexto das relações sociais, cada vez mais imbricadas e padronizadas, isto é, cotidianizadas.

A opção por essa perspectiva no estudo em tela justifica-se, desse modo, não apenas por se mostrar mais segura na análise das condutas, porquanto relacionada ao tipo objetivo, mas também por ser conforme à dinâmica das modernas relações sociais.

No item seguinte, serão apresentados os principais critérios ventilados pela doutrina para a análise da problemática aqui exposta e, em seguida, serão traçadas algumas breves linhas acerca das ações neutras, fixando-se os seus principais contornos para, então, no item 3 infra, iniciar-se a análise do recebimento de honorários maculados a partir desse prisma.

2. Principais critérios propostos para a resolução da problemática

Nesse tópico, pretende-se elaborar um breve panorama sobre os principais critérios construídos pela doutrina (principalmente alemã e espanhola) para a análise do recebimento de honorários maculados pelo advogado.

Longe de se exaurir a análise dessas perspectivas, objetiva-se, com isso, traçar os contornos mais relevantes de cada uma delas, bem como suas respectivas críticas, para, ao final, chegar-se nas ações neutras, que servirão de base para o raciocínio a ser desenvolvido no item 3 infra.

2.1 Critério da justificação

A solução de justificação, como o próprio nome denota, busca uma saída para essa problemática dentro das causas de justificação.[16] Fundamentalmente, são três os raciocínios que, nessa linha, podem ser destacados.

---

15. Destacam-se, na discussão nacional, os estudos de Greco (2004) e Rassi (2012).

16. Sánchez Rios, 2010, p. 229-237; Ambos, 2007, p. 81-83, 92-1994 e 109-110 (este último excerto refere-se aos comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva); Ambos, 2004, p. 74-75 e 83-85; Blanco Cordero, 2012, p. 610-612.

Em primeiro lugar, sustenta-se que o recebimento de honorários maculados estaria amparado pela causa de justificação relacionada ao legítimo exercício de um direito, ofício ou cargo. Assim, ao prestar seus serviços, o advogado teria um legítimo direito de ser remunerado por tanto, de maneira, assim, a não ser alcançado por qualquer tipo penal.[17]

Por outra perspectiva, a justificação estaria intimamente relacionada a uma preponderância de interesses, dando-se prevalência ao direito de defesa do cliente. Aqui, vale-se do princípio da presunção de inocência, que deve nortear a conduta do advogado para aceitar a representação dos interesses de seu assistido.[18]

Por fim, tem-se o raciocínio desenvolvido por Kai Ambos, que propõe uma leitura da justificação por um prisma subjetivo.[19] Segundo esse autor, o advogado, pautando-se pela boa-fé e pelo princípio da presunção de inocência, deve estar convencido da inocência de seu cliente. Todavia, caso tome conhecimento da ilicitude dos bens que serão utilizados como pagamento de seus honorários (seja por meio de uma confissão, seja a partir das circunstâncias concretas do caso, seja a partir dos próprios argumentos acusatórios que pesam contra o cliente), restaria afastada tal presunção, devendo, então, o causídico não aceitar a representação dos interesses.

Em outras palavras, não se aplicaria a causa de justificação aos advogados que atuassem de má-fé, sabendo da ilicitude dos bens que lhe serão transmitidos a título de pagamento de honorários.

Não obstante a solução da justificação pareça oferecer critérios seguros para o exame da problemática aqui proposta, deve ser objeto de algumas sucintas críticas.

A primeira perspectiva exposta falha, a nosso sentir, não só por depender de uma elaboração legislativa expressa nesse sentido (isto é, uma causa excludente de ilicitude nos crimes aqui tratados: lavagem de dinheiro e receptação), mas também por consubstanciar, em última análise, um tratamento privilegiado a uma determinada categoria de indivíduos ou profissionais, em detrimento de outras. Assim, sempre se dependeria de uma normatização expressa sobre o preenchimento do conteúdo de tal norma justificadora para se delimitar quem estaria por ela abarcado.

A segunda corrente parece, na verdade, configurar mais uma interpretação do tipo penal conforme a Constituição (item 2.3.2 *infra*) do que, propriamente, uma

17. SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 229, indica a correlação desse raciocínio com o disposto no art. 23, III, do CP.

18. SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 231-232; BLANCO CORDERO, p. 611.

19. AMBOS, 2004, p. 85-92; AMBOS, 2007, p. 94-102. Comentando o posicionamento de tal autor: BLANCO CORDERO, 2012, p. 611-612; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 234-237, para quem "a tese de Ambos se aproxima de uma causa de justificação *sui generis*, dependente do dolo, de forma que esta solução estaria próxima daquela oferecida pelo elemento subjetivo do tipo" (p. 236).

causa de justificação. Além disso, ela estaria restrita às hipóteses em que o advogado atuasse na defesa de um cliente em um processo administrativo ou judicial ou prestasse assessoria voltada a evitar um processo, ficando excluída, assim, a atuação do causídico em outros tipos de assessoria ou mesmo na elaboração de um planejamento tributário ou societário.

Por último, o raciocínio desenvolvido por Kai Ambos pode ser criticado por depender em demasia de circunstâncias concretas do caso, principalmente no que diz respeito ao tipo subjetivo – isto é, ao conhecimento do advogado a respeito da ilicitude dos bens. Como frisado anteriormente, deve-se dar prevalência às análises objetivas do tipo, que são mais seguras, por estarem relacionadas à análise do fato – e não da vontade do agente.

2.2 Critérios relativos ao tipo subjetivo

Pelo viés do tipo subjetivo, pretende-se resolver a questão pela análise da vontade do advogado, configurando-se eventual crime apenas nas hipóteses em que o advogado saiba, com segurança, da origem ilícita dos valores recebidos a título de honorários. Isto é, o causídico somente poderia ser responsabilizado pela prática de um crime se agisse com dolo (ou, a depender do delito, culpa), recebendo os valores que sabe serem provenientes de um delito.[20]

A partir desse raciocínio, há uma vertente doutrinária que sustenta a imunidade de investigação contra o advogado, enquanto patrocinar os interesses do cliente de quem supostamente recebeu os valores ilícitos. Em suma, defende-se que não haja qualquer medida de investigação ou mesmo qualquer persecução penal contra o advogado, pelo suposto crime cometido com o recebimento dos honorários, enquanto estiver defendendo seu cliente. O causídico, assim, somente poderia ser

20. Sánchez Rios, 2010, p. 222-229; Silveira; Schorscher, 2005, p. 157-158; Ambos, 2004, p. 72-73; Ambos, 2007, p. 78-81; Robles Planas, 2003, p. 21-25; Blanco Cordero, 2012, p. 608-610. A análise subjetiva foi utilizada pelo Tribunal ("*Landgericht*") de Hamburgo para, inicialmente, afastar a imputação de lavagem de dinheiro contra um advogado, em um caso citado pela doutrina como paradigmático na jurisprudência alemã. Nesse sentido: Sánchez Rios, 2010, p. 248; Blanco Cordero, 2012, p. 612. Em outra decisão de destaque na jurisprudência alemã, proferida por seu Tribunal Constitucional ("*Bundesverfassungsgericht*"), em 30.03.2004, adotou-se, também, a perspectiva subjetiva (dentre outras ventiladas naquele julgamento) para absolver um advogado acusado de lavagem de dinheiro, uma vez que não estaria demonstrado que ele tinha conhecimento seguro da proveniência ilícita dos honorários. A esse respeito: Sánchez Rios, 2010, p. 265-274; Ambos, 2007, p. 79-81; Blanco Cordero, 2012, p. 622; Bussenius, 2004, p. 1048. Gómez-Jara Díez (2009, p. 220-224) oferece uma solução à problemática aqui exposta pela perspectiva subjetiva, ao sustentar que será atípica a conduta do advogado quando receber os honorários de *boa-fé*.

investigado ou, de qualquer modo, processado quando renunciasse à defesa de seu cliente ou quando se encerrasse o processo em que atua.[21]

Frise-se, como primeira crítica, que, conforme mencionado acima, deve-se dar preferência a uma análise objetiva do tipo, que é mais segura que a subjetiva. O exame da vontade do agente, além de depender das circunstâncias do caso concreto, é mais complicado do que a análise *a priori* da conduta pelo viés objetivo do tipo.[22]

Além dessa crítica, tem-se que o exame subjetivo da conduta não impede a instauração de um inquérito policial contra o advogado – e, assim, a sua submissão a uma investigação. Isso porque, para se chegar ao tipo subjetivo, geralmente se passa, antes, pelo tipo objetivo da conduta – que, pelo raciocínio ora exposto, já estaria configurado.

Dessa maneira, com base em tais elementos objetivos, seria possível iniciar uma investigação contra o advogado, a fim de se apurar, então, se ele agiu ou não com dolo. E isso, certamente, é uma grave falha de tal raciocínio, por deixar aberta a possibilidade de o advogado ser objeto de uma investigação.[23]

---

21. BLANCO CORDERO, 2012, p. 609-610; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 227-229; AMBOS, 2004, p. 73; AMBOS, 2007, p. 79.

22. A esse respeito, preciso é o comentário de RAGUÉS I VALLÈS: "O grande inconveniente dessa perspectiva é que com ela a solução dos casos acaba por depender dos desejos do sujeito ativo (...). Uma solução dificilmente aceitável em um direito penal que presume castigar unicamente fatos, e não simples atitudes internas" (2003, p. 145 – tradução livre do seguinte excerto: "El gran inconveniente de esta perspectiva es que con ella la solución de los casos acaba por depender de los deseos del sujeto activo (...). Una solución dificilmente aceptable en un Derecho penal que presume de castigar unicamente hechos y no simples actitudes internas"). Na mesma esteira, ROBLES PLANAS, 2003, p. 37-43, para quem "a intenção ou o desejo não podem ser castigados enquanto não se traduzirem em uma configuração externa objetivamente desaprovada por si mesma. O contrário conduz a um 'direito penal da vontade'" (p. 38 – tradução livre do trecho: "La intención o el deseo no pueden castigarse en tanto que no se traduzcan en una configuración externa objetivamente desaprobada por sí misma. Lo contrario conduce al 'Derecho penal de la voluntad'").

23. BLANCO CORDERO, 2012, p. 609, sintetiza muito bem esse problema: "Esta postura relativa ao tipo subjetivo reduz, em certa medida, o risco de sanção do advogado pelo delito de lavagem de dinheiro, mas não evita que se adotem medidas processuais, *diligências de investigação*, contra o advogado por razão da existência de uma suspeita de que cometeu um delito de lavagem. E é que a solução baseada no tipo subjetivo pressupõe que se tenha realizado o tipo objetivo, o que já é um indício de criminalidade e justifica que se executem atos de investigação" (destaque do original; tradução livre do excerto: "Esta postura relativa al tipo subjetivo reduce en cierta medida el riesgo de sanción del abogado por el delito de blanqueo de capitales, pero no evita que se adopten medidas procesales, *diligencias de investigación*, contra el abogado por razón de la existencia de una sospecha de que ha cometido un delito de blanqueo. Y es que la solución basada en el tipo subjetivo presupone que se ha realizado el tipo objetivo, lo que es ya un indicio de criminalidad y

2.3 Critérios relativos ao tipo objetivo

Alguns critérios baseiam-se no marco objetivo do tipo, sem levar em consideração se o agente agiu ou não com dolo ou culpa, de maneira, assim, a deixar em segundo plano a análise subjetiva da conduta.[24]

2.3.1 Redução teleológica do tipo

Esse raciocínio está relacionado com o bem jurídico tutelado pela norma penal de lavagem de dinheiro.

Assim, assumindo-se o pressuposto de que o referido delito visa proteger a administração da Justiça, afirma-se que o recebimento de honorários não pode ser considerado uma conduta ilícita, pois, se assim fosse, estar-se-ia atingindo o próprio bem jurídico tutelado, na medida em que dificultar-se-ia o trabalho do advogado e, principalmente, o direito à defesa.[25]

É dizer, a conduta do advogado seria lícita uma vez que sua atuação é fundamental para o regular funcionamento da administração da Justiça, de modo que qualquer restrição ao seu mister – e, consequentemente, ao acesso à defesa – atentaria contra o próprio bem jurídico protegido pela norma incriminadora de lavagem.

As críticas a esse posicionamento giram basicamente em torno da vagueza (e, consequentemente, da indefinição) do bem jurídico tutelado pelo delito em comento, uma vez que são várias as interpretações doutrinárias a esse respeito.[26]

Também o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão proferida em 30.03.2004, que gerou grande repercussão no meio acadêmico, refutou uma interpretação teleológica do tipo, pois, segundo a Corte, a intenção do legislador foi de provocar o isolamento econômico do agente por meio do combate à lavagem de dinheiro, sem que se fizesse qualquer exceção a determinadas atividades ou mesmo categorias de pessoas (como, aqui, os advogados).[27]

---

justifica que se ejecuten actos de investigación"). Ainda nesse sentido: Sánchez Rios, 2010, p. 225; Ambos, 2004, p. 73; Ambos, 2007, p. 78.

24. Interessante é a crítica de Robles Planas (2003, p. 25), ao advertir que a separação entre teorias objetivas e subjetivas sofre de certa "imprecisão", na medida em que os critérios muitas vezes se confundem, de modo que um raciocínio qualificado como objetivo acaba utilizando critérios subjetivos do tipo.

25. A esse respeito: Sánchez Rios, 2010, p. 212-218; Blanco Cordero, 2012, p. 604-607.

26. Sobre os posicionamentos acerca do bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, ver: Badaró; Bottini, 2012, p. 47-62; Pitombo, 2003, p. 72-98; Maia, 1999, p. 54; Barros, 2007, p. 53-56.

27. Blanco Cordero, 2012, p. 626-627; Ambos, 2004, p. 68; Ambos, 2007, p. 72-73; Sánchez Rios, 2010, p. 280.

Ademais, tal como supraexposto (item 2.1 supra), tal raciocínio acaba por englobar apenas os advogados que estejam direta ou indiretamente vinculados a uma atuação contenciosa, deixando de lado aqueles que prestem serviços relacionados à assessoria jurídica (como, por exemplo, um planejamento fiscal ou societário, dissociado de qualquer procedimento judicial ou administrativo).

2.3.2 Interpretação conforme à Constituição: direito de defesa

O ponto de partida, aqui, é a própria Constituição e, especificamente, o direito à defesa por ela garantido (art. 5.º, LV, LXIII e LXXIV, da Carta Magna).

Nessa ótica, o delito de lavagem de capitais deve ser interpretado à luz dessa garantia constitucional, de maneira a não atingir o advogado que recebe honorários maculados pelos serviços prestados na defesa de seu cliente.

Se a conduta do causídico fosse considerada ilícita, estar-se-ia a limitar o próprio direito de defesa, porquanto a atuação do advogado estaria restrita às hipóteses em que fosse remunerado com bens de origem lícita.[28] Assim, por uma leitura constitucional, a punição do advogado não seria uma medida proporcional, uma vez que sufocaria sobremaneira o direito de defesa.

Esse posicionamento foi sustentado em duas oportunidades no marco jurisprudencial alemão, em decisões muito debatidas pela doutrina: a proferida pelo Tribunal de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) em 06.01.2000[29] e a proferida pelo Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) em 30.03.2004.[30]

Não obstante essa teoria pareça conferir um parâmetro seguro para a resolução do problema,[31] ela, a nosso sentir, pode ser criticada por dois aspectos.

O primeiro deles está relacionado à eficácia judicial dessa interpretação, uma vez que, a despeito de ser possível ao juiz, no caso concreto, deixar de aplicar a norma incriminadora, seu estabelecimento seguro em todo o cenário jurídico nacional dependeria de uma decisão expressa do STF, em controle concentrado e abstrato

---

28. Sobre esse ponto, preciso é o comentário de BLANCO CORDERO (2012, p. 641-643), ao pontuar que a punição do advogado nessa hipótese faria com que ele não pudesse atuar de maneira livre e independente, de modo a abalar, inclusive, a relação de confiança entre ele e seu cliente.

29. GRANDIS, 2011, p. 132; AMBOS, 2004, p. 66; AMBOS, 2007, p. 70-71; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 249-257. Esse último autor ressalta que "na normativa pátria no tocante 'a livre escolha do advogado', afirme-se que esse direito é corolário do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/1988)" (2010, p. 255, nota de rodapé 410).

30. SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 266-267, 270-271 e 280; BLANCO CORDERO, 2012, p. 626-627, que destaca, inclusive, a interpretação dada à luz do livre exercício da profissão de advogado.

31. A opinião de BLANCO CORDERO para a resolução dessa problemática está baseada nesse raciocínio (2012, p. 641-644).

de constitucionalidade.[32] Em outras palavras, para que a eficácia desse critério não ficasse relegada ao alvedrio de cada juiz, seria necessária uma decisão específica da Corte Suprema, para que, assim, todas as instâncias do Judiciário ficassem vinculadas a essa interpretação.

A segunda crítica diz respeito à abrangência dessa solução dentro do leque de serviços advocatícios. Isso porque o substrato constitucional do direito à defesa revela uma correlação com um procedimento administrativo ou judicial (em curso ou que possa ser instaurado), excluindo-se, assim, a atuação do advogado em serviços de consultoria (como, repita-se o exemplo, em planejamento tributário ou societário, desvinculado de qualquer procedimento). Essa hipótese de atuação do causídico não estaria abarcada pelo raciocínio ora exposto e, desse modo, sujeitá-lo-ia, eventualmente, a uma responsabilização criminal.

2.3.3 Critérios da adequação social e da adequação profissional

Pela perspectiva da *adequação social*, elaborada por Hans Welzel, seriam atípicas todas as ações cotidianas que estivessem inseridas em um parâmetro de normalidade e de regularidade, isto é, "todos aqueles comportamentos funcionalmente integrados no dia a dia de determinada comunidade, mesmo nos casos em que eles formalmente se enquadrassem em um tipo de delito" (GRECO, 2004, p. 21).[33]

Assim, é socialmente adequada a conduta que esteja "dentro da ordem social, histórica, 'normal', da vida, de modo que não será uma ação típica de lesão, ainda que, como consequência dela, se produza a lesão de um bem jurídico" (WELZEL, 1964, p. 54).[34]

Com base nisso, Winfried Hassemer desenvolveu o critério da *adequação profissional*, que adota como espectro referencial não a sociedade como um todo (como ocorre com a adequação social), mas sim uma categoria profissional específica (GRECO, 2004, p. 52). Em outras palavras, por esse raciocínio sustenta-se que uma conduta deve ser analisada dentro de um setor social específico, regulado por de-

32. Diz-se "estabelecimento seguro" porque uma decisão proferida pela Corte Suprema em controle concentrado de constitucionalidade teria eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, a teor do disposto no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999. Para maiores considerações sobre esse tema, MARTINS; MENDES, 2005, p. 518-522 e 527-538.

33. Explicando o critério da adequação social, têm-se as lições de: GRECO, 2007, p. 78-79; CAMARGO, 2001, p. 101-103; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 202-206; SILVEIRA, 2010, p. 24-30; ROBLES PLANAS, 2003, p. 26-27; Blanco Cordero, 1997, p. 264-267; BLANCO CORDERO, 2012, p. 603-604; ROXIN, 2006, p. 292-297.

34. Tradução livre do seguinte excerto: "(...) dentro del orden social, histórico, 'normal', de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico".

terminadas normas (positivadas ou não) que definem, ou melhor, pautam os limites de uma conduta normal, usual, cotidiana – ou, em resumo, profissional.

A partir disso, analisa-se em que medida essas normas (de regulação de um setor ou de uma categoria profissional) se conformam, é dizer, se compatibilizam com as normas jurídico-penais (GRECO, 2004, p. 51). A conclusão desse exame é que as profissões, porquanto portadoras de uma função social, não entram em colisão com o direito penal; pelo contrário, complementam-no, na medida em que gozam da presunção de que as suas respectivas normas profissionais não guardam uma relação de conflito com ele.[35]

Nesse panorama, o recebimento de honorários maculados deveria ser enxergado como uma conduta atípica, porquanto social ou profissionalmente adequada ao seu meio (ou à sua categoria profissional) e, assim, conforme ao direito.

Uma primeira crítica em torno desses critérios diz respeito à sua natureza dogmática: se traduzem uma causa de exclusão do tipo ou da antijuridicidade ou se, na verdade, configuram um método de interpretação. Não obstante as seguidas mudanças de posição de Hans Welzel, assentou-se, na doutrina, que se trata de um método de interpretação.[36]

Uma segunda crítica gira em torno da vagueza do conceito de *adequação social* ou *profissional*, isto é, da dificuldade em se preencher os contornos delimitadores a respeito do que é *social* ou *profissionalmente adequado*. Não se alcançaram critérios seguros para a delimitação do sentido típico de uma ação, de maneira que a tese permaneceu demasiado abstrata para ser aplicada, com propriedade, ao plano concreto.[37]

---

35. Um elucidativo panorama da teoria da adequação profissional é traçado por ROBLES PLANAS, 2003, p. 28-30.

36. GRECO, 2004, p. 22-23; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 206 e 209; SILVEIRA; SCHORSCHER, 2005, p. 159 (nota de rodapé 49).

37. ROBLES PLANAS (2003, p. 45) sintetiza essa crítica: "(...) o que se discute não é que uma conduta tenha que ser socialmente inadequada para ser punível – isso é essencialmente correto –, mas sim sob que condições se pode afirmar que uma ação se move dentro das valorações sociais positivas. Nesse sentido, a adequação social pode ser entendida como o *ponto de partida* de toda teoria da imputação, mas sua capacidade de rendimento como método é muito mais escassa" (destaque no original; tradução livre do excerto: "(...) lo que se discute no es que una conduta tenga que ser socialmente inadecuada para ser punible – esto es essencialmente correcto –, sino bajo qué condiciones puede afirmarse que una acción se mueve dentro de las valoraciones sociales positivas. En este sentido, la adecuación social puede entenderse como el *punto de partida* de toda teoria de la imputación, pero su capacidad de rendimiento como método es más bien escasa"). Esse mesmo autor traça importantes críticas acerca da adequação profissional (ROBLES PLANAS, 2003, p. 46-50), no que é acompanhado por PÉREZ MANZANO (2003, p. 174-181), que aponta que "(...) as regras da profissão estão pensadas e definidas de forma genérica, imaginando contextos neutros em que se insere a atividade ou o fato concreto. De modo que um contexto específico em

2.3.4 *Critério das ações neutras*

A despeito de haver na doutrina algumas nuances a respeito das *ações neutras*, pode-se afirmar que a maior parte das definições gira em torno do aspecto cotidiano de tais ações, realizadas dentro de certos parâmetros sociais definidos e conformes ao direito, de maneira a caracterizá-las como lícitas.[38]

Para Robles Planas (2003, p. 18), as ações neutras, traduzidas como condutas *standard*, estereotipadas ou executadas conforme a um rol social, são marcadas por duas características fundamentais: em primeiro lugar, são em si mesmas consideradas lícitas ou inócuas; em segundo lugar, são condutas que se inserem em contextos altamente regulados ou estandardizados.

Em definição semelhante, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008, p. 26) afirma que "um comportamento cotidiano não é punível (...) quando se encontra plenamente coberto pelo rol social lícito em que se interatua, é dizer, em que se supõe um simples ato neutro, ínsito ao referido rol".[39]

No cenário acadêmico nacional, Rassi (2012, p. 27) sustenta que "conduta neutra pode ser entendida como uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que seja utilizada para a prática de infração penal alheia".

Nesse panorama – e delimitando o enfoque desse critério ao raciocínio que se pretende construir nesse trabalho –, Pérez Manzano (2003, p. 173-174) faz uma importante observação: não existem condutas *per se* neutras, porquanto podem adquirir sentido penalmente relevante dentro de determinadas circunstâncias – dentre elas, a inserção da conduta em um contexto delitivo.

---

que se adiciona uma circunstância não imaginada para definir a regra de conduta adequada converte em inoperante a regra; ou, dito de forma mais precisa, constitui um contexto não regulado, uma situação para a qual os deveres de cuidado não estão definidos" (p. 177 – tradução livre do trecho: "(...) las reglas de la profesión están pensadas y definidas de forma genérica imaginando contextos neutrales en los que se inserta la actividad o el hecho concreto. De modo que un contexto específico en el que se añade una circunstancia no imaginada para definir la regla de conduta adecuada, convierte en inoperante la regla; o dicho de forma más precisa, constituye un contexto no regulado, una situación para la que los deberes de cuidado no están definidos"). Em sua análise a respeito dessa teoria, a autora ressalta a necessidade de se atentar para a "configuração de relação de sentido delitivo" da conduta examinada (Pérez Manzano, 2003, p. 180). Ainda sobre esse tema: Ambos, 2004, p. 69; Ambos, 2007, p. 73-74; Blanco Cordero, 2012, p. 604; Sánchez Rios, 2010, p. 206-212; Silveira; Schorscher, 2005, p. 160-161; Silveira, 2010, p. 348-349.

38. Por isso, Greco conceitua que "ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis" (2004, p. 110).

39. Tradução livre do excerto: "un comportamiento cotidiano no es punible (...) cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol".

Assim sendo, a premissa de que as ações neutras são revestidas de licitude somente será desconstituída se, além da conexão entre a conduta neutra e realização de um delito por um terceiro, houver "circunstâncias que permitam concluir a existência de forma clara e unívoca de uma especial relação de sentido delitivo entre a conduta inicialmente neutra e o delito" (PÉREZ MANZANO, 2003, p. 174).

Todos esses conceitos em torno das ações neutras podem ser utilizados para se concluir pela licitude do recebimento de honorários maculados pelo advogado, uma vez que tal conduta, além de ser estandardizada (porquanto inserida dentro das atividades cotidianas desse profissional), não guarda relação de sentido delitivo com o crime de lavagem praticado pelo cliente que lhe paga.[40] Além disso, mesmo na hipótese de receptação, em que não há coautoria ou participação (pois o advogado, em tese, praticaria esse crime sozinho), os critérios da conduta neutra podem ser utilizados para a análise do problema.

3. RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS SOB A PERSPECTIVA DAS AÇÕES NEUTRAS

Analise-se, agora, cada um dos crimes expostos no item 1.2 supra, tomando como base teórica para tanto o conceito de ações neutras.

3.1 Lavagem de dinheiro

O raciocínio desenvolvido em relação a esse crime leva em conta, primeiramente, o escopo dessa norma incriminadora, isto é, o objetivo existente com a criminalização da conduta de branqueamento.

Posto isso, verificar-se-á que o recebimento de honorários maculados, independente da análise do tipo subjetivo (ou seja, independente de o advogado saber ou não da procedência ilícita dos bens que lhe foram dados como pagamento), não se coaduna com o escopo de proteção da norma e, assim, não guarda com ela uma relação de sentido delitivo, sendo, desse modo, uma conduta neutra.

3.1.1 Escopo da norma incriminadora: a consolidação da capacidade econômica do agente

O indivíduo que comete um crime e, com isso, aufere uma vantagem econômica ilícita depara-se com o problema de como conferir aparência de licitude a tal van-

40. Essa é a conclusão esposada por Sánchez Rios, que também se vale dos conceitos (correlatos) referentes às condutas *standard* (2010, p. 151-172 e 328-330). Posicionando-se contra esse raciocínio, SILVEIRA; SCHORSCHER (2005, p. 163-165), pois "os meandros que envolvem a definição da atipicidade das condutas neutras acabam por adotar revestimento pouco científico, ou, ao menos, muito vago" (p. 164).

tagem. Por certo, de nada adianta ao agente o produto de um crime se ele não pode utilizá-lo depois no meio – ou, melhor dizendo, no mercado, por se tratar, aqui, de um benefício econômico.

É justamente nesse contexto que se insere a lavagem de capitais: por meio desse processo (comumente dividido em três etapas: ocultação, dissimulação e integração[41]), confere-se aparência legítima a um bem que, inicialmente, era ilegítimo (*rectius*, ilícito), porquanto oriundo de um crime.[42]

A criminalização da conduta de branqueamento de capitais, dessa maneira, tem como objetivo primordial o isolamento econômico do agente, de modo a impedi-lo de desfrutar ou, de qualquer modo, utilizar no mercado o proveito econômico oriundo do ilícito praticado.

Com isso, busca-se "privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime" (Moro, 2010, p. 16), de maneira que "não possa auferir vantagens de seus crimes" (Maia, 1999, p. 61).

Fica claro, portanto, que a finalidade da norma penal em comento é criminalizar o que Ragués I Vallès, de maneira muito precisa, denomina *condutas pós-consumativas de asseguramento dos benefícios* (2003, p. 151). Tais condutas, segundo esse autor, traduzem as atividades de transformação e ocultação do objeto proveniente do delito, permitindo ao agente consolidar as vantagens econômicas conseguidas e, assim, alcançar a efetiva *capacidade de disposição sobre o objeto do delito*.

Em outras palavras, a lavagem de dinheiro atinge diretamente as *condutas que contribuem para a consolidação da capacidade econômica* conseguida pelo agente com o ilícito anterior, na medida em que desvincula (pela ocultação, dissimulação e integração) os bens ilícitos de sua origem delitiva (Ragués I Vallès, 2003, p. 154-155).[43]

---

41. Entre outros, ver: Pitombo, 2003, p. 36-37; Badaró; Bottini, 2012, p. 23-25; Cobo Del Rosal; Zabala López-Gómez, 2005, p. 88.

42. Cobo Del Rosal; Zabala López-Gómez (2005, p. 91) sintetizam que "o que se pretende mediante o branqueamento é dar uma aparência de legalidade para o seu [do crime] posterior desfrute" (tradução livre do excerto: "lo que se intenta mediante el blanqueo es dar una aparencia de legalidad para su posterior disfrute"). No mesmo sentido, Barros (2007, p. 47) afirma: "partindo do raciocínio de que a 'lavagem' de capitais passa necessariamente por um processo que busca cortar a relação existente entre um delito e os bens produzidos por essa conduta proibida, torna-se necessário esclarecer que este processo de distanciamento dos bens de sua origem ilícita apresenta uma série de atos nem sempre uniformes".

43. "Só está justificado que uma conduta seja punida como configuradora de branqueamento se, para um potencial infrator, a possibilidade de contar com ela *ex post* pode ser valorada como um incentivo para realizar o delito prévio que diminua de forma relevante a capacidade dissuasória da pena prevista para tal delito" (Ragués I Vallès, 2003, p. 154 – tradução livre do trecho: "sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella *ex post* puede va-

É à luz dessa finalidade normativa que se deve, agora, analisar o recebimento de honorários maculados.

3.1.2 Recebimento de honorários maculados e sua impossibilidade de consolidar a capacidade econômica obtida com o crime antecedente: ação neutra

O indivíduo que se vale de bens ilícitos para pagar um advogado (seja qual for o serviço por ele prestado) não consegue, com isso, *efetivar a capacidade de disposição do objeto do delito*.

Pela perspectiva do advogado, a conduta de *receber* honorários maculados (sabendo ou não de sua origem ilícita, pois, diante da análise objetiva do tipo que aqui se propõe, o seu conhecimento é irrelevante), emitindo nota e/ou recibo dessa transação, não consubstancia qualquer ato de *consolidação da capacidade econômica* do agente (*rectius*, de seu cliente), visto que o *recebimento* não implica, a toda evidência, qualquer conduta de *ocultação* ou *dissimulação* de bens.

Trata-se, assim, de uma *ação neutra*: está inserida no bojo das atividades cotidianas do advogado (o pagamento por sua prestação de serviços) e não guarda relação de sentido delitivo com o crime de lavagem, na medida em que não se mostra idônea a sedimentar a capacidade econômica auferida pelo agente com o delito antecedente. Isto é, tal conduta não gera qualquer risco ao escopo de proteção da norma.

Utilizando-se do critério da *idoneidade da proibição*, desenvolvido por Greco (2004, p. 135-146) para a análise das condutas neutras nas hipóteses de cumplicidade, pode-se chegar à mesma conclusão. Isso porque a não prática da ação ora analisada (o recebimento de honorários) não representa uma melhora do bem jurídico concreto,[44] uma vez que com ou sem ela não se observa qualquer incremento na consolidação da capacidade econômica do agente: ele não conseguiria, nesse contexto, tornar lícito o seu patrimônio ilícito (*rectius*, o objeto do crime antecedente).

Em uma visão correlata, trata-se de um *negócio standard*, que carece de aptidão para incrementar ou consolidar as vantagens econômicas obtidas com o crime anterior (RAGUÉS I VALLÈS, 2003, p. 157) – ou, novamente, não gera qualquer risco nesse sentido.

---

lorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito"). Como se pode notar, o autor entende que o bem jurídico protegido pela lavagem é o mesmo do delito antecedente (p. 150).

44. Segundo GRECO (2004, p. 142-143), "a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto". Somente nessa hipótese é que a ação neutra pode ser considerada ilícita.

É por isso, aliás, que seria descabido dizer que o *recebimento* traduziria, dentro das etapas do branqueamento, uma *integração* dos valores, pois, ainda que com tal conduta os bens trazidos ao mercado (isto é, ao pagamento dos honorários) adquiram aparência lícita, isso não auxilia a consolidação da capacidade econômica do agente: o pagamento de honorários tem como contrapartida uma prestação de serviços, que nada agrega economicamente ao patrimônio do sujeito (*rectius*, cliente).

Isto é, com o pagamento dos honorários o indivíduo não consegue alcançar a efetiva capacidade de disposição sobre o objeto do delito; muito pelo contrário, aliás: o sujeito perde tal capacidade, pois simplesmente gasta uma parte ilícita de seu patrimônio, sem que ela retorne ao patrimônio sob a aparência lícita (isto é, *lavado* ou *branqueado*), de maneira que pudesse utilizado regularmente no mercado.[45]

Mais que isso, o fato de essa transação estar documentada (pois se está diante da hipótese de pagamento com a pronta emissão de nota e/ou recibo) torna impossível a atribuição de qualquer sentido delitivo à conduta, na medida em que esse registro dificulta (se não impossibilita) o processo de transformação do bem ilícito em lícito – é dizer, a sua *lavagem* ou *branqueamento*.[46]

Esse raciocínio, a nosso sentir, é o mais adequado por três razões.

---

45. "Em princípio, o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitiva ao advogado implica um ato de transformação do dinheiro nos serviços profissionais do advogado que não gera, por si mesmo, ocultação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica de quem faz a entrega" (PÉREZ MANZANO, 2009, p. 185 – tradução livre do trecho: "En principio, el pago de honorários con dinero de origen delictivo al abogado implica un acto de transformación del dinero en los servicios profesionales del abogado que no genera por sí mismo ocultación de su origen ni consolidación de la capacidad económica de quien hace la entrega"). No mesmo sentido: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2008, p. 30-31; CÓRDOBA RODA, 2006, p. 62; CHOCLÁN MONTALVO, 2008, p. 45. No cenário nacional, partilham do mesmo entendimento BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 141, apesar de analisarem também o tipo subjetivo, pela ausência de vontade do advogado em contribuir para o crime.

46. Em última análise, o raciocínio aqui exposto aplica-se a todos os *negócios standard*, isto é, a todas as atividades cotidianas de venda de bens e prestação de serviços: "tal é o caso, por exemplo, de quem vende automóveis de luxo, pois a simples transformação de dinheiro em um carro não ajuda a ocultar a origem da riqueza" (RAGUÉS I VALLÈS, 2003, p. 157 – tradução livre do excerto: "tal es el caso, por ejemplo, de quien vende automóviles de lujo, pues la simple transformación de dinero en un coche no ayuda a ocultar el origen de la riqueza"). Não concordamos, nesse ponto, com o raciocínio de que a conduta seria atípica porque, diante da recusa da prestação de serviços ou da venda de um bem, mediante contraprestação maculada, o agente buscaria outro profissional (RAGUÉS I VALLÈS, 2003, p. 156; SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 169). A tese aqui exposta prescinde dessa ideia e, principalmente, não nos parece adequado esse caráter de fungibilidade dos serviços advocatícios: na maior parte das vezes, o indivíduo procura os serviços de um determinado causídico, especializado em uma certa matéria, cujo préstimo não pode ser facilmente substituído pelo de outro advogado.

A uma porque, como já dito, analisa a problemática sob o prisma objetivo do tipo, sem que seja necessária qualquer valoração a respeito da vontade do advogado.

A duas porque se aplica a qualquer hipótese de atuação do advogado – consultiva ou contenciosa. Como já enfatizado, o objeto do serviço advocatício pode, eventualmente, adquirir sentido delitivo no contexto da lavagem de dinheiro, mas, por certo, isso absolutamente não se confunde com a conduta aqui tratada – o recebimento de honorários maculados.[47]

A três porque abrange, no cenário nacional, o tipo penal de lavagem de dinheiro por inteiro. É dizer, pode ser utilizado na análise das duas modalidades aqui apontadas do art. 1.º da Lei 9.613/1998: § 1.º, II e § 2.º, I.

Nesse sentido, sublinhe-se que nem mesmo o recente projeto de lei elaborado com vistas a criminalizar o recebimento de honorários maculados (PL 4.341/2012[48]) poderia alterar o raciocínio aqui esposado. Isso porque, ao contrário do que pretende o legislador, não há como penalizar-se o recebimento – por meio da inserção de tal conduta no § 2.º – desconsiderando-se a finalidade do branqueamento: a ocultação e a dissimulação dos bens.

Isto é, mesmo que, no § 2.º, se preveja a punição apenas com o recebimento (pois não há, na redação dessa modalidade, qualquer menção aos verbos típicos *ocultar* ou *dissimular*), não há como se analisar tal conduta dissociada dos demais verbos típicos do crime.

3.2 Receptação

Na doutrina nacional, os poucos autores que se debruçaram sobre o recebimento de honorários maculados como possível conduta configuradora do crime de receptação fizeram uma análise pela perspectiva subjetiva do tipo, buscando uma solução pela valoração da vontade do advogado.[49]

---

47. PÉREZ MANZANO, 2009, p. 205.

48. Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Chico Alencar, que pretende inserir o seguinte inciso ao § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "III – receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado".

49. HUNGRIA (1955, p. 314) situa-se contra a tipificação do crime nessa questão, "pois, sob pena de se criar sério embaraço ao patrocínio do réu, o advogado não está adstrito a averiguar a procedência do que lhe é entregue a título de honorários". NORONHA (1998, p. 497-498), sem adotar uma posição clara a respeito, ressalta que "o dolo merece toda a consideração" (p. 498) nessa hipótese. Em outro extremo, PIERANGELI (2005, p. 609 e 624) admite que o advogado possa ser sujeito ativo do crime (p. 609), com base em um raciocínio que merece ser refutado por duas razões: pela ofensa à presunção de inocência ("se do advogado, que mantém contato direto com o *meliante*, e conhece quase sempre

Para que se possa analisar a problemática pela perspectiva defendida nesse trabalho, far-se-á, em primeiro lugar, uma breve incursão no escopo da norma incriminadora da receptação, para, a partir daí, seguir-se com a análise de tal conduta pelo viés da ação neutra.

3.2.1 Escopo da norma incriminadora: (novamente) a consolidação da capacidade econômica do agente

A finalidade almejada com a tipificação da receptação está intimamente ligada com aquela da lavagem de dinheiro, declinada acima (item 3.1.1 *supra*).[50]

Como leciona HUNGRIA (1955, p. 296), "a receptação pode ser definida como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem".[51]

A essa característica da receptação deve ser acrescentada outra, que lhe é bastante peculiar: o distanciamento do objeto em relação ao crime (e, portanto, à sua vítima) e, por consequência, a dificuldade em se rastrear os bens ilícitos.

Em outras palavras, "a receptação (real) apresenta-se, pois, como *manutenção* e na maior parte dos casos ainda como segurança e aggravação de uma *situação patrimonial contrária ao direito* (...) e colloca a cousa subtrahida ainda mais longe do poder de dispor por parte do dono" (LISZT, 2006, p. 336; destaque do original).[52]

---

pormenores da atuação do cliente, não se exige cautela, como exigi-la de qualquer um do povo? Ademais, *se o cliente pratica, v.g., um delito patrimonial, um peculato apropriação, um contrabando ou um descaminho, como deixar de exigir-lhe o cuidado que de todos se reclama?*" – p. 624, destacamos) e por sua desvinculação com a realidade forense ("seria razoável requerer do médico que presta assistência ao ladrão ferido, e que recebe em pagamento de sua honorária dólares, produto de um delito, e essa exigência não ser feita do *advogado que, longe das preocupações com a saúde ou com a vida do cliente, pode friamente avaliar a censurabilidade de sua conduta?*" – p. 624, destacamos).

50. A esse respeito, MAIA (1999, p. 22) afirma que "em uma perspectiva histórico-evolutiva, a receptação é o primeiro delito cuja objetividade jurídica se aproxima do que atualmente constitui o escopo jurídico da incriminação de 'lavagem' de dinheiro, qual seja, a utilização de produtos de crime".

51. No mesmo sentido: BITENCOURT, 2008, p. 308.

52. Nessa linha é o escólio de HUNGRIA (1955, p. 297): "o que a lei penal visa é a coibir a maior dificuldade na recuperação da coisa pelo dominus, ou na recomposição do *status quo ante* (...)". PRADO (2006, p. 638) indica que "um dos motivos, destarte, da incriminação da receptação é a intenção de inutilizar, nas mãos do culpado pelo delito anterior, o produto do crime, ademais de se buscar tornar menos difícil a recuperação da coisa subtraída". Em uma perspectiva correlata, NORONHA (1998, p. 496) e PIERANGELI (2005, p. 608) apontam que, de maneira mediata, objetiva-se proteger a administração da Justiça, interessada no rastreamento e na localização do bem.

É sob essa dupla perspectiva do escopo de proibição da norma (consolidação da capacidade econômica do agente e dificuldade na localização e recuperação do bem) que se deve, então, analisar a problemática aqui aduzida, no que tange à receptação.

3.2.2 Recebimento de honorários maculados e sua impossibilidade de consolidar a capacidade econômica do agente e dificultar o rastreamento do objeto e sua recuperação pela vítima: ação neutra

Com base no supraexposto, verifica-se que a conduta do advogado não se amolda ao delito de receptação, pois, ainda que distancie o bem (produto do crime) de seu *dominus* (isto é, da vítima), não se presta a consolidar a capacidade econômica do agente e tampouco a dificultar o rastreamento e a recuperação de tal bem.

A impossibilidade de servir à sedimentação econômica do agente é muito semelhante ao raciocínio traçado quanto à lavagem de dinheiro (item 3.1.2 supra). O ato de *receber* bens ilícitos como pagamento de serviços em nada efetiva a capacidade de disposição do objeto do crime, isto é, de consolidação das vantagens econômicas obtidas com a prática do delito anterior.

É dizer, ao *receber* bens ilícitos (porquanto produtos de crime) em contraprestação aos serviços prestados, o advogado em nada auxilia o agente (*rectius*, cliente) a sedimentar a sua capacidade econômica, pois esse valor simplesmente saiu do patrimônio do indivíduo e não retornou a ele sob a forma de incremento econômico.

Os bens utilizados para o pagamento se desincorporaram do patrimônio do sujeito e a ele não retornaram sob qualquer outra forma, impossibilitando, com isso, a perpetuação da situação patrimonial anormal (HUNGRIA, 1955, p. 296). Esse valor simplesmente implicou um decréscimo patrimonial ao agente, sem que, em contrapartida, ele auferisse qualquer vantagem econômica (sob aparência lícita).

Por sua vez, a percepção de que, nessa hipótese, o advogado não dificulta o rastreamento do bem e tampouco a sua recuperação pela vítima está umbilicalmente ligada à regularidade do serviço prestado, com a emissão de nota e/ou recibo. De fato, a positivação (*rectius*, documentação) de toda a prestação de serviços advocatícios, inclusive (e principalmente) de seu pagamento, impede que se gere qualquer empecilho à localização do proveito do crime e à "recomposição do *status quo ante*" (HUNGRIA, 1955, p. 297).

Assim, ainda que, de fato, tal conduta ocasione um distanciamento do bem em relação ao seu *dominus* (isto é, à vítima), não se tem o outro elemento fundamental para a tipificação do crime: a dificuldade no rastreamento e na recuperação do bem. Como a transação foi devidamente documentada, não se gera qualquer dificuldade na localização do objeto do crime pelos agentes públicos envolvidos em eventual persecução penal.

O distanciamento do bem em relação à vítima, por si só, não gera uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. Para que isso ocorra, é necessário – à luz do escopo de proibição da norma – que esse distanciamento gere uma dificuldade no rastreamento e na recuperação do bem (de maneira, inclusive, a permitir que o agente possa efetivamente agravar a situação patrimonial contrária ao direito,[53] isto é, consolidar a sua capacidade econômica obtida com o ilícito anterior), o que não ocorre no caso de uma transação documentada (tal como o recebimento de honorários).

Dessa maneira, o recebimento de honorários maculados traduz uma ação neutra, porquanto inserida em uma atividade profissional cotidiana e dissociada do escopo de proibição da norma – na medida em que, inclusive, sua prática não gera qualquer risco a essa finalidade proibitiva.

Aliás, também aqui seria possível utilizar o critério da idoneidade da proibição, construído por GRECO (2004, p. 142-143): a não prática da conduta não representaria uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto, pois o recebimento de honorários não contribuiria para a consolidação da capacidade econômica do agente (ou melhor, cliente) e não dificultaria o rastreamento do bem.

Como se conclui pela atipicidade da conduta pelo prisma objetivo do tipo, não se afigura necessária qualquer incursão na vontade do advogado e, portanto, qualquer distinção entre a receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CP) e a culposa (§ 3.º de tal artigo).

4. PROBLEMAS RESIDUAIS DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS: POSSÍVEIS ILÍCITOS CIVIL E ADMINISTRATIVO

Não obstante a conduta do advogado seja penalmente atípica, parece-nos que, a depender das circunstâncias concretas de cada caso, poderá configurar um ilícito civil e, também, administrativo (dentro dos marcos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil).

Com efeito, por se tratar de âmbitos alheios ao foco desse trabalho – e que demandam análises diversas da que foi aqui exposta –, não se pretende aprofundar a discussão de cada um desses ilícitos. Pelo contrário, o intuito, neste item, é tão somente indicar possíveis outros desdobramentos da problemática ora tratada.

4.1 Ilícito civil: dano causado ao dominus *(vítima) se possível a identificação do bem e se demonstrada a atuação de má-fé do advogado*

A configuração de um ilícito civil (arts. 186 e 187 do CC) pelo advogado dependerá, fundamentalmente, de dois fatores: (i) a possibilidade de se identificar,

53. LISZT, 2006, p. 336.

no pagamento auferido pelo advogado, o bem de propriedade da vítima; e (ii) a atuação de má-fé (no sentido que tal expressão possui na seara civil) do advogado.

Imagine-se a seguinte hipótese: um indivíduo furta de um banco uma determinada quantia em notas com números de série sequenciais, sendo que tal sequência estava registrada no banco. Se um advogado é remunerado com parte dessa quantia (isto é, com parte dessas notas sequenciais), *sabendo de sua origem ilícita*, será possível dizer que: (i) é possível identificar, no pagamento do causídico, o bem de propriedade da vítima (repita-se: as notas sequenciais); e (ii) o advogado agiu de má-fé. Com isso, parece-nos que o causídico terá praticado um ato civilmente ilícito, tendo como vítima o banco, que poderá pleitear dele o ressarcimento de seu dano.

De todo modo, frise-se, por oportuno, que a configuração de tal ilícito dependerá das circunstâncias concretas e, por se tratar de seara diferente da penal, comportará outros critérios (que não o da *ação neutra*) para a sua análise – sobre os quais não se tratará nesse trabalho, por não constituir seu foco.

4.2 *Ilícito administrativo: possível infração disciplinar nos marcos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil*

Também nesse ponto é de grande importância a demonstração da má-fé do advogado, consubstanciada no seu pleno e seguro conhecimento acerca da origem ilícita dos bens que lhe foram dados em pagamento.

Mais uma vez, ressalta-se: por se tratar de outro ramo jurídico, diferente do penal, os critérios a serem considerados para a análise da licitude da conduta também serão diferentes –mostrando-se, aqui, ao que nos parece, a necessidade de se incursionar na perspectiva subjetiva da conduta.

A depender das circunstâncias concretas, será possível dizer que o causídico comete uma infração disciplinar por "manter conduta incompatível com a advocacia" (art. 34, XXV, do Estatuto da OAB – Lei 8.906/1994), tendo em vista que possui como deveres "atuar com dignidade e boa-fé" e "abster-se de emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana" (art. 2.º, parágrafo único, II e VIII, *d*, respectivamente, do Código de Ética e Disciplina da OAB).[54]

5. ASPECTOS CONCLUSIVOS: LICITUDE DA CONDUTA

Ao fim da exposição, principalmente à luz dos argumentos expostos ao longo do item 3 supra, é possível afirmar que o recebimento de honorários maculados

54. A Ordem dos Advogados do Brasil já se deparou com um caso semelhante à hipótese aqui tratada, como se depreende da seguinte ementa: "Recebimento de produto de crime a título de honorário. Comportamento inidôneo para o exercício da advocacia" (Processo 001.746/1996/SCA-CE, j. 17.03.1997, rel. Guaracy da Silva Freitas, *DJ* 15.05.1997, p. 19.833).

representa uma conduta atípica, independente do conhecimento do advogado (isto é, sabendo ou não ele da origem ilícita dos bens que lhe são oferecidos a título de pagamento).

Existem diversos critérios para se analisar a problemática aqui tratada, tanto pelo aspecto subjetivo quanto pelo aspecto objetivo da conduta. Preferiu-se, aqui, uma análise pelo segundo aspecto, especificamente pelo critério da ação neutra, mais seguro por situar sua análise no nível do fato – e não da vontade – e por ser aplicável a qualquer hipótese de atuação profissional do advogado (seja na seara contenciosa, seja na consultiva), desde que, obviamente, verificadas as premissas de regularidade da prestação do serviço e de emissão de nota e/ou recibo do pagamento.

Assim, com base no critério da ação neutra, conclui-se que o advogado não comete o crime de lavagem de dinheiro, em nenhuma das duas modalidades que, em uma primeira análise, pareceriam possíveis (§ 1.º, II e § 2.º, I, ambos do art. 1.º da Lei 9.613/1998). À luz do escopo de proibição dessa norma, verifica-se que o recebimento de honorários maculados não tem o condão de consolidar a capacidade econômica do agente (*rectius*, cliente), pois não implica *ocultação* ou *dissimulação* de bens. É dizer, ao pagar honorários, o indivíduo não consegue dar aparência lícita àqueles bens que são ilícitos (porquanto oriundos de um crime antecedente); na verdade, os perde, pois, ao invés de retornarem ao patrimônio do sujeito, sob (repita-se) aparência lícita, são integrados ao patrimônio do advogado.

Raciocínio semelhante se dá com o crime de receptação: a conduta do causídico não gera qualquer risco aos fins de proibição da norma: a consolidação da capacidade econômica do agente e a dificuldade no rastreamento e na recuperação do bem pela vítima. Pelo primeiro aspecto, o recebimento, pelo advogado, de bens provenientes de crime em nada auxilia o agente (*rectius*, cliente) a conferir aspecto lícito a tais bens (ilícitos): ele perde parte de seu patrimônio sem que, em contrapartida, aufira qualquer vantagem econômica (lícita) e, assim, consiga consolidar a capacidade econômica que fora alcançada com a prática do crime antecedente. Já pelo segundo aspecto, como o pagamento/recebimento de honorários é devidamente documentado, com a emissão de nota e/ou recibo, não há criação de qualquer risco à localização e, por consequência, à recuperação do bem pela vítima. Ainda que haja um distanciamento do bem de seu *dominus* (a vítima), isso, por si só, não é suficiente para a tipificação do crime, que, nesse prisma, deve ser analisado sob o enfoque do rastreamento e da recuperação do bem.

Nesse contexto, verifica-se que a representação mencionada no item 1 supra carece de razão, pois, a par das circunstâncias concretas do caso (e mesmo do *animus* do advogado), pela análise objetiva dos tipos ali mencionados, alcança-se a conclusão de que o recebimento de honorários maculados é atípico e, portanto, lícito.

A despeito da regularidade da conduta no âmbito penal, ela pode configurar um ilícito civil (em prejuízo do *dominus* do bem recebido como pagamento de honorá-

rios) e, mesmo, administrativo (infração disciplinar no marco normativo da OAB), a depender das circunstâncias concretas do caso.

6. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿lavado de dinero? Intentos de restricción del tipo de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.). *El penalista liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 55-1994.

_____. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad., notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, t. L, p. 263-291.

_____. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of The Federal Constitutional Court. *German Law Journal*, vol. 5, n. 9, 2004, p. 1045/1055.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorários com cargo al patrimonio presuntamente criminal. La ley penal. *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 53, ano V, out. 2008, p. 43-50.

COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LOPÉZ-GOMÉZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*: abogados, procuradores y notários, inversores, bancários y empresários (Repercusión em las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), 2005.

CÓRDOBA RODA, Juan. Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales. *Cuadernos de Crítica Jurídica*, n. 1-2006. Madrid: Marcial Pons, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductorio. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de "lavagem" de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. VII.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de ativos (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. *Dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio*. 29. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 2.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y latipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina (ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de capitales y negócios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes enlaactividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención e nel delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes enlaactividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006. t. I.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série GVlaw).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Blanqueo de capitales y abogacía. Um necesario análisis crítico desde la teoria de la imputación objetiva. *InDret – Revista para el análisis del derecho* n. 1. Barcelona, jan. 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais* 2/143-167. São Paulo, jan.-jun. 2005 .

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. *Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Versión castellana y notas por José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- 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);
- Honorários advocatícios: considerações sobre aspectos básicos, de Elias Farah – *RIASP* 19/56 (DTR\2007\143);
- O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 108/349 (DTR\2014\9538); e
- Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro, de Arthur Pinto de Lemos Júnior – *RT* 864/446 (DTR\2007\917).

Doutrina do "direito e desenvolvimento" e a expansão do direito penal econômico no Brasil: reflexões a partir do crime de evasão de divisas

The "Law and Development" doctrine and the expansion of economic criminal law in Brazil: reflections based on the crime of tax evasion

Raquel Lima Scalcon

Doutoranda em Direito Penal pela UFRGS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduada pela Faculdade de Direito da UFRGS, onde foi Professora Substituta de Direito Penal e Criminologia de março de 2012 a julho de 2013. Membro do IBCCRIM. Advogada.

Área do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: Por meio do presente artigo, pretende-se investigar as possíveis relações entre o *primeiro* e o *segundo momento* da doutrina do "Direito e Desenvolvimento" e o surgimento e a expansão do direito penal econômico no Brasil. Inicialmente, se propõe uma definição estipulativa à expressão "Doutrina do Direito e Desenvolvimento", para, a seguir, caracterizar os seus dois grandes momentos históricos. Após, busca-se delimitar o sentido e o objeto do direito penal econômico, bem como identificar os períodos de produção legislativa intensa nessa seara no Brasil, observando se há eventual vinculação entre tais períodos e os grandes momentos da doutrina em questão. Constatada a presença de importante influência, o estudo passa a questionar os efeitos concretos dessa relação, a partir do crime de evasão de divisas. Na conclusão, propõe-se que a mudança na política econômica do país pode afetar até mesmo a constitucionalidade de crimes vinculados à proteção de políticas econômicas superadas.

Palavras-chave: Doutrina do "direito e desenvolvimento" – Direito penal secundário – Direito penal econômico – Política econômica – Evasão de divisas – Inconstitucionalidade – Readequação hermenêutica – Descriminalização.

Abstract: This paper aims at investigating the possible relationship between the first and second moment of the "Law and Development" doctrine and the emergence and expansion of Economic Criminal Law in Brazil. For such purpose, a stipulative definition of the "Law and Development Doctrine" concept is initially proposed, followed by an enquire about its two major historic moments. Upon completion of such investigation, the establishment of the meaning and the object of Economic Criminal Law is aimed, in order to clarify the periods of intense legislative production in this field in Brazil, looking for possible relationships between such periods and the great moments of that doctrine. In the event of affirmative answer, this paper questions which are the practical effects of this relationship, using illustratively the case of tax evasion crime. Finally, it is proposed that changes in the Economic Policy of a country can affect even the constitutionality of crimes related with the protection of outdated economic policies.

Keywords: "Law and development" doctrine – Secondary criminal law – Economic criminal law – Economic policy – Tax evasion – Unconstitutionality – Hermeneutics correction – Decriminalization.

Sumário: Introdução – 1. Doutrina do "direito e desenvolvimento" (*law and development doctrine*): 1.1 Definição conceitual; 1.2 Momentos da doutrina: 1.2.1 Primeiro momento ou "direito

e desenvolvimento estatal": período histórico, políticas de desenvolvimento e papel do direito; 1.2.2 Segundo momento ou "direito e mercado neoliberal": período histórico, políticas de desenvolvimento e papel do direito – 2. Surgimento e expansão do direito penal econômico no Brasil: 2.1 Definição conceitual; 2.2 Comparação entre as ideias do primeiro e do segundo momento da doutrina do "direito e desenvolvimento" e as leis penais econômicas brasileiras: algumas importantes constatações: 2.2.1 Política econômica do Brasil e correspondente momento da doutrina do "direito e desenvolvimento"; 2.2.2 Política Econômica do Brasil e correspondente direito penal; 2.2.3 Momentos da doutrina do "direito e desenvolvimento" e correspondente direito penal econômico no Brasil – 3. Consequências da relação verificada: o caso do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986): 3.1 O contexto econômico da criminalização da evasão de divisas no Brasil; 3.2 Novas políticas econômicas *versus* velhos delitos econômicos: reposicionamento do delito de evasão de divisas no atual contexto econômico brasileiro; 3.3 Permanência ou ruptura? Entre a readequação hermenêutica e a descriminalização – Considerações finais – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo origina-se de uma clara inquietação: haveria, entre a doutrina do "Direito e Desenvolvimento" (*Law and Development*) e o direito penal alguma relação? Ou, ainda, exerceria o direito penal um papel relevante para o desenvolvimento econômico e humano[1] de um país? Em um primeiro momento, a única relação que pareceu plausível era a de ver, na aplicação da lei penal (*criminalização secundária*), um excelente termômetro para constatar o nível de (não) desenvolvimento de um país, a partir, sobretudo, do grau de seletividade *qualitativa* que ela apresenta.[2] Quanto *mais* seletivo o sistema, *menos* desenvolvido o país, sendo a execução penal, especialmente, um retrato fidedigno das suas desigualdades e mazelas.

Todavia, tal abordagem, embora fundamental, seria pouco inovadora, já estando adequadamente explorada pela criminologia crítica desde longa data. Dessa forma, optou-se pelo caminho inverso: indagar se as propostas da doutrina do "Direito e Desenvolvimento" tiveram influência na escolha das condutas a serem criminalizadas no Brasil (*criminalização primária*) ou, noutros termos, se o direito penal

1. O conceito de *desenvolvimento* que orienta o presente trabalho é aquele elaborado por Amartya Sen, tratando-se, pois, de um "processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas (...), integrando considerações econômicas, sociais e políticas" (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. p. 23).

2. Conforme Baratta, "a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos (...). As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da 'população criminosa' criminosa aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais)" (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 162 e 165).

brasileiro foi chamado a dar vigência jurídica – e a "tutelar" – tais ideias e os correspondentes bens jurídicos.

Nesse contexto, partindo da premissa de que, se houve tal utilização do direito penal, isso provavelmente teve maior – ou até mesmo único – reflexo no âmbito do direito penal secundário, então se optou por realizar um recorte no objeto sob exame, restando ele reduzido à averiguação de possíveis relações entre a doutrina do "Direito e Desenvolvimento" e o direito penal econômico no Brasil. Logo, o problema que orientou a presente investigação pode ser assim definido: o primeiro e o segundo momento da doutrina do "Direito e Desenvolvimento" desempenharam algum papel relevante no surgimento e na expansão do direito penal econômico no Brasil?

O presente ensaio visa, naturalmente, a responder a problemática em questão, mas também a: (i) verificar a recepção das ideias do primeiro e do segundo momento na política econômica do Brasil; (ii) realizar levantamento das principais normas que compõem o direito penal econômico, comparando-as com as ideias então defendidas pela doutrina do "Direito e Desenvolvimento" e, por fim, (iii) questionar as consequências práticas que podem advir de uma eventual resposta positiva ao problema de pesquisa.

Para tais desideratos, dividir-se-á o trabalho em três partes: na primeira serão identificadas e analisadas as propostas principais da doutrina do "Direito e Desenvolvimento"; na segunda, será verificada a eventual recepção de tais ideias na política econômica do Brasil, bem como da sua hipotética repercussão no âmbito do direito penal econômico brasileiro. Já a terceira e última parte do trabalho será dedicada a examinar as possíveis consequências problemáticas dessa relação, utilizando-se como *caso-paradigma* o delito de evasão de divisas.

1. DOUTRINA DO "DIREITO E DESENVOLVIMENTO" (*LAW AND DEVELOPMENT DOCTRINE*)

1.1 Definição conceitual

A doutrina do "Direito e Desenvolvimento" pode ser definida, conforme Trubek e Santos, como um conjunto de ideais acerca do papel e da importância do direito para a promoção do desenvolvimento econômico de um país, as quais, além de serem objeto de amplo debate acadêmico, servem sobretudo de orientação aos técnicos responsáveis pela alocação de fundos e pelas escolhas de projetos de desenvolvimento (ex.: Banco Mundial).[3]

3. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development*. A critical appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1.

Em que pese se trate, inegavelmente, de uma doutrina *dinâmica*, é possível observar, ao longo da sua elaboração, períodos de certa *cristalização de ideias*, ou seja, de relativo consenso doutrinário acerca de quais devem ser as políticas de desenvolvimento e qual deve ser o papel do direito nesse processo.[4] Dessa forma, pode-se falar em dois grandes *momentos* da referida teoria, os quais serão examinados a seguir.

1.2 Momentos da doutrina

1.2.1 Primeiro momento ou "direito e desenvolvimento estatal": período histórico, políticas de desenvolvimento e papel do direito

O estudo das possíveis relações entre direito e desenvolvimento econômico não é algo exatamente novo, remontando, no mínimo, ao final do século XIX, tendo em conta os importantes estudos de Max Weber[5] e Karl Marx.[6] Todavia, é apenas a partir do final da Segunda Guerra Mundial que esforços sistemáticos e organizados, orientados à reforma de sistemas jurídicos com o intuito de potencializar o desenvolvimento econômico de países, tornaram-se comuns no dia a dia das grandes agências internacionais de fomento.[7]

Assim, pode-se afirmar que o primeiro momento da doutrina do *Law and Economic Development* surge a partir da década de 1950 do século XX, estendendo-se até o final da década de 1970 do referido século. Época, portanto, de grande vigor do ideário do *Welfare State*, cujos reflexos seriam intensos na concepção das políticas de desenvolvimento (*economia Keynesiana*). Nesse contexto, nada mais natural do que a verificação de um forte intervencionismo estatal na economia, caracterizado pelo planejamento e amplo controle público das "variáveis econômicas".[8] Ao Estado cabia, pois, quase que a total gestão da economia.[9]

Ademais, havia claramente uma racionalidade *substantiva* ("goal-oriented"[10]) a orientar essa atuação estatal, no sentido da busca de objetivos econômicos claros

4. Idem, p. 2.
5. Especialmente em WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Fundamentos de sociologia compreensiva. Reimp. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2009. p. 209 e ss.
6. MARX, Karl. *O capital*. Crítica da economia política. 23. ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 109 e ss.
7. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development*... cit., p. 1.
8. SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Estado de direito e desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130.
9. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development*... cit., p. 2.
10. SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento... cit., p. 130.

(*economia planificada*). Em tal conjuntura, o papel conferido ao direito na promoção do desenvolvimento de determinado país ainda era diminuto, resumindo-se à condição de mero instrumento de proteção e controle das políticas macroeconômicas eleitas. A relação estabelecida entre Direito e Desenvolvimento estava, pois, limitada à esfera do direito público, o qual era *funcionalizado* às necessidades momentâneas dos planos econômicos. Noutros termos: o direito público era *um meio para fins*, podendo, como uma garrafa vazia, ser *preenchido, manipulado* e *utilizado* para os mais variados objetivos estatais.[11]

Sinteticamente, o *primeiro momento* pode ser assim esquematizado:

PERÍODO HISTÓRICO	POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO	PAPEL DO DIREITO
Décadas de 1950 a 1970 do séc. XX	- Intervencionismo estatal; - Economia planificada; - Racionalidade substantiva: alcance de objetivos concretos.	- Predomínio do direito público; - Instrumento de controle econômico e de intervenção estatal.

1.2.2 *Segundo momento ou "direito e mercado neoliberal": período histórico, políticas de desenvolvimento e papel do direito*

O *segundo momento* da doutrina do "direito e desenvolvimento" tomou forma no começo da década de 1980 do século XX, perdurando até o final da década de 1990 do mesmo século. Não se tendo obtido o resultado aguardado com as medidas teorizadas e implementadas no período anterior, a doutrina orientou-se para a direção diametralmente oposta: propostas de políticas de desenvolvimento *neoliberais*.

Nessa nova conjuntura, defendeu-se a transformação de economias *planificadas e fechadas* de países em desenvolvimento em economias de *mercado*,[12] a partir, dentre outros mecanismos, do *transplante* de sistemas jurídicos de países desenvolvidos, de privatizações e de disciplina fiscal.[13] A ideia era simples: "mercado são mercados";[14] logo, são necessários os mesmos fundamentos jurídicos para bem operá-los em qualquer lugar do mundo. E, assim, o direito e o seu papel na promoção do desenvolvimento de um país foram reposicionados, passando da periferia (*primeiro momento*) para o centro (*segundo momento*).[15]

---

11. Um exame crítico dos problemas decorrentes da *instrumentalização* do direito pode ser encontrado em TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End.* Threat to the Rule of Law. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1.
12. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development...* cit., p. 5.
13. Ibidem.
14. Ibidem.
15. Idem, p. 2.

Inúmeras reformas jurídicas e programas de qualificação institucionais foram realizados em países em desenvolvimento: desde mudanças no Poder Judiciário (maior independência e segurança), até incorporação de novas leis e, ainda, de novas regulamentações e práticas de governança corporativa.[16] Conforme Shapiro, desde a década de 1990 do século XX, o Banco Mundial teria investido mais de 3 bilhões de dólares em 330 programas de reformas institucionais.[17]

O papel do direito seria, fundamentalmente, o de regulamentar e fomentar a concorrência econômica em áreas de anterior monopólio, bem como o de garantir segurança, "previsibilidade e calculabilidade nas transações privadas",[18] protegendo contratos e propriedade privada. Como se pode observar, a relação estabelecida entre Direito e Desenvolvimento estava, claramente, bastante reduzida à esfera do direito privado, a partir da preocupação em tutelar, quase que exclusivamente, liberdades negativas (abstenções do Estado).

Sinteticamente, o *segundo momento* pode ser assim esquematizado:

PERÍODO HISTÓRICO	POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO	PAPEL DO DIREITO
A partir da década de 1980 do séc. XX	– Desestatização; – Economia de mercado; – Racionalidade reflexiva: ideia de autorregulação.	– Predomínio do direito privado; – Reformar as instituições jurídicas; – Garantir segurança nas trocas e desenvolvimento do mercado.

2. SURGIMENTO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO NO BRASIL

2.1 Definição conceitual

Questão que fomenta inúmeras discussões é aquela concernente ao conceito de *crime econômico*.[19] Considerando que o problema da presente investigação é justamente verificar a eventual existência de relações entre a doutrina do "Direito e Desenvolvimento" e o surgimento e a expansão do direito penal econômico no Brasil, imprescindível é esclarecer o sentido conferido à expressão "delito econômico" nos limites deste estudo.

16. SHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento... cit., p. 121.
17. Idem, p. 124.
18. Idem, p. 127.
19. Conforme Rodrigo Sánchez Rios, isso decorre dos diferentes critérios utilizados para conceituá-lo, dentre os quais cabe destacar "o bem jurídico tutelado, o *modus operandi*, os efeitos produzidos ou o sujeito da conduta" (RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação [Recurso eletrônico – RT Online]. *Revista dos Tribunais*, vol. 775, maio 2000, p. 5).

Ressalta-se que o sentido atribuído a tal expressão será *descritivo (ser)*, e não *normativo (dever ser)*. Logo, a proposta não é a de apontar, dentre os conceitos possíveis, o mais *conforme* à Constituição brasileira, mas sim a de indicar a definição que melhor reproduz e sintetiza os fatores que têm orientado os processos de criminalização de condutas pelo legislador no âmbito do direito penal econômico.

Sendo assim, entende-se mais adequado trabalhar com uma definição restritiva, tal qual sugerida por Manoel Pedro Pimentel, para quem são *crimes econômicos* aquelas "condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de promover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado".[20] Logo, o direito penal econômico seria, por sua vez, o conjunto de normas penais que visa a tutelar a política econômica de um Estado.[21]

No mesmo sentido parece manifestar-se Fabio Konder Comparato, ao afirmar que o *direito econômico* nada mais é do que o "conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica".[22] Ora, disso decorre que direito *penal* econômico seria apenas *uma*, dentre muitas, das técnicas usadas para conferir *vigência jurídica* à política econômica. Todavia, trata-se, sem dúvida, da mais intensa e da mais restritiva técnica possível dentro da concepção de Estado Moderno.

Sobre o ponto, naturalmente não se ignora a advertência de Raúl Cervini, para quem uma concepção tão restritiva como a aqui proposta teria como consequência a ideia de um "direito penal de emergência, utilizado para reforçar políticas estatais, cuja origem pode ser encontrada nos estados totalitários".[23] Ocorre que talvez a questão seja justamente esta: observar o quanto o direito penal *foi* e *tem* sido usado na vã esperança de conferir eficácia às mais voláteis políticas econômicas, transformando-as, para tanto, em *direito penal* econômico.

Em que pese isso, inegavelmente há autores que, assim como Cervini, preferem uma definição ampla de direito penal econômico. Heleno Fragoso, por exemplo, defende que a "objetividade jurídica do delito econômico reside na ordem econômica, ou seja, em um bem-interesse-supraindividual, que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consu-

20. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 25.

21. Idem, p. 21.

22. COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 353, ano 54, p. 14-26, mar. 1965, p. 22.

23. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (orgs.). *Direito penal econômico*. Análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

mo de riquezas".[24] Por conseguinte, seriam delitos econômicos todos aqueles que *pretendessem* tutelar determinada ordem econômica instituída.[25] Contudo, uma definição dessa amplitude traria grandes dificuldades à verificação de possíveis influências, nas tipificações penais, da doutrina do "Direito e Desenvolvimento". Também por essa razão se opta, nos limites deste artigo, pela conceituação restritiva, tal como anteriormente exposta.

De tudo o que foi dito, talvez o mais fundamental para precisar o conceito de direito penal econômico seja situá-lo dentro do grande conjunto chamado *direito penal secundário*. Este surgiu como um grupo de normas penais acessórias e extravagantes ao *direito penal clássico*, que sempre esteve concentrado nos grandes Códigos Penais. Muito mais do que uma diferença de *lugar*, há, entre tais conjuntos, uma grande diferença de *sentido*: enquanto o *direito penal clássico* surgiu orientado à tutela de direitos subjetivos individuais (tradição jusnaturalista), o *direito penal secundário* teve origem na hipertrofia da Administração Pública após as Grandes Guerras Mundiais, a qual passou a desempenhar mais e mais funções, valendo-se do direito penal numa tentativa de conferir maior eficácia às suas normas administrativas.[26]

Noutras palavras, se durante um longo período o direito administrativo foi uma linha avançada do direito penal clássico, antecipando-se e sancionando condutas que não apresentavam, ao menos ainda, ofensividade *penal* (ex.: normas de trânsito), agora o direito penal é que é chamado a tutelar normas administrativas, sancionando penalmente o seu descumprimento (ex.: sonegação fiscal). Daí se exigir, para a configuração de muitos dos ilícitos penais integrantes do *direito penal secundário*, um prévio ilícito administrativo.[27] Sem este, nem sempre é possível falar em ilicitude penal.

---

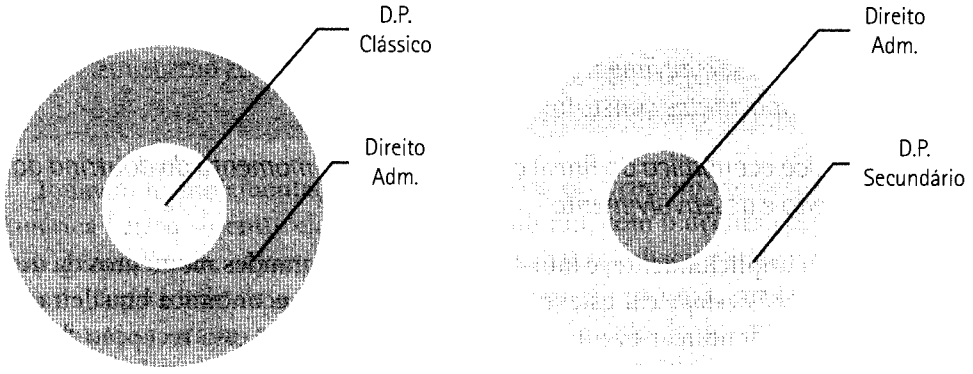
24. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*, 1982, p. 1-2. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11344-11344-1-PB.pdf]. Acesso em: 24.05.2013.

25. Sobre uma definição constitucionalmente vinculada de *ordem econômica*, ver SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico* – Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 55 e ss.

26. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 139. Já para uma posição crítica frente à própria *legitimidade* do direito penal secundário, ver PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentário? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 428 e ss.

27. Conforme Helena Regina Lobo da Costa, o entendimento de que as instâncias penal e administrativa poderiam ser independentes ou desconectadas foi claramente superado,

A diversidade da relação entre direito penal clássico, direito penal secundário e direito administrativo pode ser assim representada:



Nesse contexto, conforme bem refere criticamente Figueiredo Dias, "o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda a parte, pela ideia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social".[28] Com essa citação, retorna-se ao ponto de partida, reafirmando a ideia de que *delitos econômicos* podem ser compreendidos como condutas atentatórias à política econômica de determinado Estado, as quais são sancionadas penalmente (e, como regra, também *administrativamente*[29]). Portanto, ainda que por raciocínio inverso, chegou-se à mesma definição *restritiva* anteriormente apresentada, verificando-se, assim, razoável adequação e propriedade do conceito inicialmente proposto para descrever a realidade observada nos processos de criminalização de condutas nesse específico âmbito do direito penal.

Isso esclarecido, passa-se a tentar identificar possíveis relações entre o direito penal econômico e a doutrina do "direito e desenvolvimento". Para tanto, necessário é, em primeiro lugar, verificar *se* e *quando* houve a recepção, na política eco-

---

ao menos no âmbito tributário, desde o julgamento do HC 81.611 pelo Plenário do STF (COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro Dias (orgs.). *Direito penal econômico.* Análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 204-205).

28. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal...* cit., p. 140.

29. Para uma tentativa de diferenciação *qualitativa* entre ilicitude penal e ilicitude administrativa, ver FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal.* Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 465 e ss. e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal.* Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 87 e ss.

nômica brasileira, das ideias propaladas pela referida doutrina do *Law and Development*. É o que se passa a realizar.

2.2 Comparação entre as ideias do primeiro e do segundo momento da doutrina do "direito e desenvolvimento" e as leis penais econômicas brasileiras: algumas importantes constatações

2.2.1 Política econômica do Brasil e correspondente momento da doutrina do "direito e desenvolvimento"

Expressa ou implicitamente, é fato que o ideário dos grandes momentos da doutrina do *Law and Development* esteve presente na política econômica brasileira nas últimas décadas. Identificar eventos concretos que apontem essa recepção e que a situem ao longo da história do país é a tarefa que se passa a empreender.

Conforme referem estudiosos, o Brasil vivenciou, desde a década de 1930 até a de 1980 do século XX, um longo projeto *desenvolvimentista*.[30] Mediante políticas *ativas*, o Estado "dirigiu, fomentou e planejou"[31] o processo de industrialização do país, deixando para trás um passado de colônia rural.[32] Verificaram-se, ao longo do tempo, medidas como: (i) substituição de importações, privilegiando-se o mercado interno; (ii) fomento do crescimento a partir de empresas estatais ou com financiamento público (BNDES); (iii) planificação da economia[33] e (iv) controle rígido dos preços (taxação). Todas elas claramente encontram correspondência com as prescrições do *primeiro momento* da doutrina do *Law and Development*, assim como descritas no início deste artigo.

Esquematicamente, eis as características fundamentais do período *desenvolvimentista* no Brasil (ou da recepção do *primeiro* momento da doutrina do *Law and Development* no Brasil) (*TABELA A1*):

---

30. TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R; SCHAPIRO, Mario G. *Toward a New Law and Development*. New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions, 2013, p. 282. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/trubekupdates/final_trubek_coutinho_schapiro_3rdpass_1_.pdf]. Acesso em: 28.05.2013.

31. SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. *Direito e desenvolvimento*. Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

32. Idem, p. 33.

33. Destacam-se o Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transporte e Educação, de 1950), o Plano de Metas (1956-1961), o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1963-1965), o Programa de Ação Econômica do Governo (Paeg, de 1964-1966), o I Plano Nacional de Desenvolvimento (1971-1974), o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979), o III Plano Nacional de Desenvolvimento (1980-1985), o Plano Cruzado (1985-1987), o Plano Bresser (1987), o Plano Verão (1989) e o Plano de Controle Macroeconômico (1987-1991).

POLÍTICA ECONÔMICA	PERÍODO HISTÓRICO	CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS	MOMENTO
DESENVOLVIMENTO ESTATAL	Décadas de 1930 até década de 1980 do séc. XX	- Substituição de importações; - Crescimento via empresas estatais; - Planificação da economia; - Controle rígido de preços; - Incentivos tributários.	PRIMEIRO

Todavia, a implementação das prescrições do *primeiro momento* em países da América Latina – dentre eles, o Brasil – conduziu, com o decurso do tempo, a uma crise generalizada, cujos reflexos foram altas taxas inflacionárias e redução sucessiva da capacidade de o Estado promover, por via própria, o desenvolvimento.[34] Constatou-se, assim, a fadiga e o esgotamento do modelo desenvolvimentista, que não mais era capaz de cumprir suas promessas. Nesse contexto, o Brasil vivenciou, durante toda a década de 1980 e o começo da de 1990 do séc. XX, um longo período de estagnação e de instabilidade econômica.[35]

Embora as ideias *neoliberais* já fossem defendidas desde o começo da década de 1980 do séc. XX, pode-se afirmar que as suas prescrições somente começaram a ser implementadas no Brasil a partir de 1989, com o Presidente da República Fernando Collor de Mello. A fim de superar a grave crise econômica vivenciada, iniciou-se um profundo programa de reformas, o qual estava orientado, conforme Schapiro, "à promoção do ambiente de mercado, semelhante ao que já havia sido realizado no Chile".[36]

Dentre as medidas de liberalização da economia para atração de investimento externo verificadas, destacam-se: (i) Emendas Constitucionais que modificaram o papel do Estado na economia (ex.: EC 5, 8 e 9);[37] (ii) reduções tributárias; (iii) intenso programa de "desestatização" (*privatizações*);[38] (iv) criação de *marcos reguladores* para o setor privado (Lei do Petróleo, Lei das Comunicações etc.); (v) ampliação de proteção jurídica a investidores (Bovespa e a *governança corporativa* – Novo Mercado, Níveis 1 e 2 e Bovespa Mais).[39]

---

34. SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento... cit., p. 131.
35. SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. *Direito e desenvolvimento*... cit.
36. SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento... cit., p. 131.
37. Ibidem.
38. Dentre as privatizações realizadas, destacam-se: (i) em 1991: Usiminas, Usimec, Celma, Cosinor; (ii) 1992: Copesul, Alcanorte, Fosfértil; (iii) em 1993: CSN, Ultrafértil, Cosipa, Açominas; (iv) em 1994: EAC, EAI, Embraer; (v) em 1997: Vale do Rio Doce e Meridional e (vi) em 1998: Telebrás (TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. *Toward a New Law and Development*... cit., p. 286).
39. SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento... cit., p. 131.

Estava-se diante da recepção, pelo Brasil, das prescrições de uma nova concepção acerca das medidas necessárias para o desenvolvimento: o modelo *neoliberal*, amparado no protagonismo do mercado. Tratou-se, é bem verdade, de uma adoção marcadamente *acrítica* das propostas defendidas no *Consenso de Washington*, cujos efeitos perversos seriam, em breve, duramente vivenciados. De todo modo, observa-se que o Brasil aderiu passivamente às exigências dos grandes órgãos internacionais de desenvolvimento (como o Banco Mundial), conformando-se às novas prescrições de lá emanadas.

Esquematicamente, eis as características fundamentais do período *neoliberal* no Brasil (ou da recepção do *segundo momento* da doutrina do *Law and Development* no Brasil) (*TABELA A2*):

POLÍTICA ECONÔMICA	PERÍODO HISTÓRICO	CARACTERÍSITCAS FUNDAMENTAIS	MOMENTO
NEOLIBERAL	A partir da década de 1990 do séc. XX	- Desestatização; - Promoção do ambiente de mercado; - Redução do déficit fiscal; - Legislações protetivas de investidores; - Marcos reguladores para o setor privado.	SEGUNDO

2.2.2 Política Econômica do Brasil e correspondente direito penal

A presente seção do artigo será bastante objetiva, concentrando-se na tentativa de identificação das leis penais econômicas emanadas nos diferentes períodos da política econômica do Brasil anteriormente analisados (período desenvolvimentista e período neoliberal). A intenção é justamente constatar durante qual desses modelos a produção legislativa em tal seara foi mais intensa.

Em relação ao período caracterizado por uma política econômica *desenvolvimentista* (década de 1930 até o final da década de 1980 do séc. XX), entraram em vigor as seguintes leis penais econômicas:[40] Lei 1.521/1951,[41] Lei 4.595/1964,[42] Lei 4.729/1965,[43]

40. As leis penais elencadas são aquelas que correspondem ao conceito de *delito econômico* utilizado no presente artigo. Desse modo, caso se opte por outra definição, possivelmente as leis apontadas também sofreriam alteração.

41. Lei dos crimes contra a economia popular.

42. Esta lei criou o Conselho Monetário Nacional e criminalizou atos de dirigentes de instituição financeira.

43. Definição de crimes de sonegação fiscal.

Lei 6.385/1976[44] e Lei 7.492/1986.[45] Já durante a política *neoliberal*, foram editadas as seguintes leis penais econômicas: Lei 8.137/1991;[46] Lei 8.176/1991;[47] Lei 8.666/1993;[48] Lei 8.884/1994;[49] Lei 9.279/1996;[50] Lei 9.605/1998;[51] Lei 9.613/1998;[52] LC 105/2001;[53] Lei 10.303/2001[54] e Lei 11.101/2005.[55]

Verifica-se, assim, que, mesmo em intervalo muito inferior de tempo, a produção de leis penais econômicas durante o período *neoliberal* foi muitíssimo superior àquela observada no momento precedente. Logo, a conclusão, como se pode observar, é no sentido de que houve claramente uma maior expansão do *direito penal econômico* quando da implantação de uma política econômica *neoliberal* no Brasil (*TABELA B*):

POLÍTICA ECONÔMICA BRASILEIRA	NORMAS PENAIS	POLÍTICA ECONÔMICA BRASILEIRA	NORMAS PENAIS
DESENVOLVIMENTO ESTATAL	1951 - Lei 1.521	NEOLIBERAL	1991 - Lei 8.137
	1964 - Lei 4.595		1991 - Lei 8.176
	1965 - Lei 4.729		1993 - Lei 8.666
	1976 - Lei 6.385		1994 - Lei 8.884
	1986 - Lei 7.492		1996 - Lei 9.279
			1998 - Lei 9.605
			1998 - Lei 9.613
			2001 - LC 105
			2001 - Lei 10.303
			2005 - Lei 11.101

44. Esta lei criou a Comissão de Valores Monetários e criminalizou condutas contra o Mercado de Capitais.
45. Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.
46. Lei dos crimes contra a Ordem Tributária.
47. Lei dos crimes contra a Ordem Econômica.
48. Tipificou crime em licitações.
49. Esta lei transformou o CADE em autarquia e tipificou novos crimes contra a ordem econômica, a qual foi recentemente modificada pela Lei 12.529/2011.
50. Regulamentação da propriedade industrial e criminalização de condutas a ela atentatórias.
51. Lei dos crimes ambientais.
52. Lei dos crimes de lavagem de dinheiro.
53. Esta lei criminalizou a quebra de sigilo de instituições financeiras fora das hipóteses legais (art. 10).
54. Lei dos crimes contra o Mercado de Capitais.
55. Lei de falências, a qual tipificou crimes falimentares.

2.2.3 Momentos da doutrina do "direito e desenvolvimento" e correspondente direito penal econômico no Brasil

Como antes explicitado, o presente artigo está orientado a investigar *se* os momentos da doutrina do *Law and Development* desempenharam algum papel relevante para o surgimento e a expansão do direito penal econômico no Brasil. Sendo assim, deve-se agora não mais realizar apenas uma comparação entre *política econômica* e *normas penais*, mas sim também entre *momentos da doutrina do Law and Development* e *normas penais*, o que é possível em razão de, anteriormente, já se ter verificado a correspondência entre política econômica do Brasil e momentos da doutrina (ver *TABELAS A1 e A2*).

Assim, substituindo-se na planilha o item "política econômica do Brasil" pelo correlato "momento da doutrina", obtém-se o seguinte quadro comparativo (*TABELA A1+A2+B*):

MOMENTO	NORMAS PENAIS	MOMENTO	NORMAS PENAIS
PRIMEIRO	1951 – Lei 1.521	SEGUNDO	1991 – Lei 8.137
	1964 – Lei 4.595		1991 – Lei 8.176
	1965 – Lei 4.729		1993 – Lei 8.666
	1976 – Lei 6.385		1994 – Lei 8.884
	1986 – Lei 7.492		1996 – Lei 9.279
			1998 – Lei 9.605
			1998 – Lei 9.613
			2001 – LC 105
			2001 – Lei 10.303
			2005 – Lei 11.101

Portanto, pode-se concluir que o *primeiro momento* da doutrina em questão foi importante para o surgimento do direito penal econômico no Brasil, ao passo que o *segundo* foi fundamental para a sua expansão e consequente hipertrofia. Dessa forma, a resposta ao problema proposto é positiva, no sentido de que houve, sim, importante relação entre tais elementos. Entretanto, uma nova e fundamental pergunta emerge a partir disso: quais seriam, afinal, os efeitos dessa influência no âmbito da configuração da ilicitude penal?

Noutras palavras: considerando-se que *políticas econômicas* passam, mas que, em regra, *delitos econômicos* ficam, será que mudanças na política econômica não podem acabar afetando o sentido, a aplicabilidade e até mesmo a constitucionalidade de crimes vinculados à tutela de políticas econômicas superadas? Se, como aqui é defendido, deve o direito penal, enquanto saber científico, ser construído e compreendido tendo como horizonte de sentido a restrição, mais hermética pos-

sível, ao mais intenso poder Estatal[56] – o punitivo (*potestas puniendi*) –, então a problemática levantada merece total atenção.[57]

A terceira parte deste artigo vai, pois, dedicada justamente ao exame desse questionamento, e utilizará, como *caso-paradigma*, o delito de evasão de divisas.

3. CONSEQUÊNCIAS DA RELAÇÃO VERIFICADA: O CASO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986)

3.1 O contexto econômico da criminalização da evasão de divisas no Brasil

De início, adverte-se que se trabalhará apenas com o delito previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeira Nacional, ou seja, com *evasão de divisas* somente em sua modalidade *remessa*.[58] Para os fins da presente análise, o exame do seu tipo objetivo, embora não fundamental, é importante para compreender o contexto da criminalização da conduta em questão. Nesse sentido, para que seja consumada a evasão nessa modalidade, é necessária a *efetiva* saída ilícita de divisas[59] do país, o que pode ocorrer tanto por remessa eletrônica, quanto por meio físico.[60]

---

56. Compartilha desse entendimento Zaffaroni, para quem o direito penal deve ser compreendido como um "contrapoder jurídico reductor o contentor" do *potestas puniendi* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista Anthropos*. Huellas del conocimiento. Barcelona, n. 204, p. 136-51, 2004, p. 136). No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 5.

57. Segundo Daniel Pastor, o valor precípuo do direito penal é a contenção do poder repressivo, pois "as exigências da cultura jurídica universal para estabelecer limites (...) prevalecem sobre as necessidades sociais de controlar o crime, de proibi-lo e de reprimi-lo" (PASTOR, Daniel. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio*: perspectivas e tendências [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011. p. 168).

58. Art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986: "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".

59. Conforme Baltazar Junior, a jurisprudência inclui no conceito de *divisas*, além de créditos *no exterior* ("letras de câmbio, ordens de pagamento, (...) valores mobiliários" etc.), ou seja, créditos *em moeda estrangeira*, também: (i) cheques; (ii) ouro e (iii) papel-moeda estrangeiro (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 406-407).

60. A Lei 9.069/1995, que instituiu o Plano Real, determina, em seu art. 65, que o ingresso e a saída do país de valores superiores a R$ 10.000,00 somente poderão ocorrer mediante transferência bancária autorizada ou escudada em Declaração de Porte de Valores

Pois bem, qual foi a razão da criminalização, em 1986, apenas da *saída*? Por que motivo também o *ingresso* não foi objeto de criminalização? Mais ainda: por que *ambas* as condutas não apresentavam igual desvalor à época? A explicação pode ser encontrada em seção anterior do presente artigo: em razão da *política econômica* brasileira experienciada naquele momento. Ora, como já foi defendido, um *delito econômico* nada mais é do que a atribuição de *tutela penal* à política econômica do Estado. Logo, para compreender a razão da criminalização somente da *evasão* (ingresso) de divisas, é necessário antes situá-la no contexto econômico de 1986, ano da edição da Lei 7.482.

Vivia-se ainda um modelo *desenvolvimentista* de Estado, com ampla intervenção na economia, a qual era, então, essencialmente fechada. A preocupação fundamental do Governo era com a proteção do mercado *interno*, mediante substituição de importações.[61] O câmbio, por sua vez, era artificialmente controlado, havendo uma cotação *oficial* e outra *paralela*, com assombrosa disparidade.[62] A política econômica e cambial brasileira revelava-se, assim, extremamente refratária a investimentos externos, especialmente em razão das grandes restrições administrativas existentes à saída de divisas do país.[63]

Nessa conjuntura, por que uma empresa estrangeira investiria no Brasil, se seu objetivo principal – o lucro – quase não poderia daqui sair?[64] Não por acaso essa foi justamente a consequência perversa das medidas econômicas adotadas no período: uma intensa *escassez* de moeda estrangeira, não pela sua excessiva saída, mas sim pelo seu insignificante ingresso.[65] O Brasil, de um lado, praticamente não possuía reservas de divisas; de outro, era devedor de enormes quantias perante organismos internacionais, como o FMI.

(DPV) quando se tratar de saída física (a Resolução 2.524/1998 do Conselho Monetário Nacional disciplinou o referido artigo. Atualmente, a Instrução Normativa RFB 1.059/2010 – alterada pelas IN RFB 1.217/2011 e 1.240/2012 – regula a apresentação de DPV pelo viajante).

61. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86 [Recurso eletrônico]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 217, dez. 2010, p. 1.

62. Conforme pergunta Andrei Zenkner Schmidt, "quem não se recorda de os telejornais anunciarem, diariamente, três cotações para o dólar: paralelo, oficial e turismo?" (SCHMIDT, Andrei Zenkner. É hora de descriminalizarmos a evasão de divisas. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2012, p. 1. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/andrei-schmidt-hora-descriminalizarmos-evasao-divisas]. Acesso em: 25.05.2013).

63. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Os ativos declaráveis perante o Banco Central... cit., p. 1.

64. SCHMIDT, Andrei Zenkner. É hora de descriminalizarmos a evasão de divisas... cit., p. 1.

65. Ibidem.

Natural que, em um contexto de quase insolvência, o país passasse a impor todas as restrições possíveis à saída de divisas.[66] Ora, já que o ingresso era tão diminuto, a questão era manter, em "solo brasileiro", as poucas divisas ainda existentes. Compreensível, pois, que nesse contexto fosse criminalizada apenas a sua *saída* ou a sua *remessa* ao exterior, jamais o seu *ingresso*, o qual era, inclusive, muito desejado. O desvalor necessário para justificar a criminalização estava então presente apenas *naquela* conduta, não *nesta*.

A questão a saber é: ainda persiste tal ilicitude material? É o que se passa a examinar.

3.2 *Novas políticas econômicas* versus *velhos delitos econômicos: reposicionamento do delito de evasão de divisas no atual contexto econômico brasileiro*

O delito de evasão de divisas em sua modalidade *remessa* continua sendo plenamente aplicado nos tribunais do país. Não seria arriscado cogitar, inclusive, que o número de pessoas condenadas pela realização de tal conduta seja hoje superior, tanto em números relativos, quanto em números absolutos, ao dos primeiros anos de vigência da Lei 7.492/1986.[67] Todavia, é inegável que o contexto econômico atual não encontra *nenhuma* correspondência com aquele que justificou a criminalização da conduta.

Vejamos: se antes estávamos diante de uma economia planificada e fechada, hoje é consenso que o Brasil se transformou em uma franca economia de mercado. Se à época a preocupação era tutelar o mercado interno, atualmente não só há um fomento do mercado externo, como também a busca da competitividade no plano internacional é irrecusável em uma economia globalizada.

Além disso, medidas cambiais protetivas, como a de taxação artificial do câmbio, não mais se fazem presentes hoje, sendo substituídas (ex.: câmbio flutuante). Finalmente, se à época da criminalização da evasão de divisas o Brasil encontrava-se tecnicamente "falido", uma vez que praticamente sem qualquer reserva de divisas e com enorme dívida externa, hoje o país possui uma mais do

66. É claro que a remessa de divisas para o exterior não era ilícita em todos os casos, mas apenas quando desrespeitasse a legislação administrativa. O problema residia justamente nisso: o excesso de requisitos exigidos pela legislação infralegal.

67. Conforme Andrei Schmidt e Luciano Feldens, casos de evasão de divisas eram menos frequentes até o início da década de 1990, por ser a economia brasileira essencialmente fechada (SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Manutenção de depósitos no exterior e necessidade de sua declaração (considerações acerca do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86) [Recurso eletrônico]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 159, fev. 2006, p. 2).

que razoável reserva, a qual alcançou patamar superior a 374 bilhões de dólares em maio de 2013.[68]

Em síntese, nesses quase 30 anos (1986-2013), a realidade econômica brasileira foi profundamente alterada, mudanças de rumo, essas, provocadas por novas medidas político-econômicas. Tamanha volatilidade, inerente tanto à economia, quanto à política, não consegue ser acompanhada pela legislação penal, necessariamente vagarosa.[69] Como consequência, muitos delitos econômicos, criados à luz de políticas *superadas*, são herdados e permanecem *vagando* pela (des)ordem jurídica, mesmo sem qualquer correspondência com a atual realidade econômica. É o caso do delito de evasão de divisas: a ele falta, hoje, uma base "real" e "concreta" que justifique a sua existência. A realidade que lhe dava sentido ficou no passado. O crime, todavia, *teimam* em manter no presente.

3.3 Permanência ou ruptura? Entre a readequação hermenêutica e a descriminalização

Como se verificou, parece não mais subsistir, no crime de evasão de divisas, uma ilicitude material, em razão das profundas mudanças verificadas na realidade econômica do país.[70] Noutras palavras, a conduta tipificada por tal texto penal deixou de representar – partindo-se do pressuposto de que já representou – uma ofensa de dano ou de perigo a bem jurídico.[71]

Essa constatação é demasiadamente problemática, na medida em que a *ofensividade*, como se vem defendendo,[72] é requisito constitucional de validade da própria

---

68. Tal informação, apresentada pelo Banco Central do Brasil, esta disponível em: [www.bcb.gov.br/pec/sdds/port/templ1p.shtm]. Acesso em: 27.06.2013.

69. Conforme Faria Costa, as valorações inerentes à ciência penal demandam um "tempo longo", não sendo compatíveis, pois, com o "tempo breve da cultura dominante", consubstanciado na "glorificação do instante" (FARIA COSTA, José Francisco de. *Direito penal e globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 15 e 7).

70. No mesmo sentido, ver SCHMIDT, Andrei Zenkner. É hora de descriminalizarmos a evasão de divisas... cit., p. 2.

71. Para um conceito de ofensa a bem jurídico, ver FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*... cit., p. 567-79 e D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 94-97.

72. Defende-se que a ofensividade representa a densificação e a transposição, para o campo jurídico-penal, da inviolabilidade do núcleo essencial ou do âmbito de garantia efetiva (*proibição de excesso*) do direito fundamental à liberdade (o argumento pode ser integralmente verificado em SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 135).

norma criminalizadora: trata-se de uma *regra*[73] sobre produção jurídica.[74] Logo, não apenas é dever do legislador selecionar condutas que apresentem ofensividade, como também se exige do aplicador que, dentre as múltiplas interpretações possíveis, sempre extraia do *texto* legislativo apenas *normas*[75] proibitivas (*crimes comissivos*) ou mandamentais (*crimes omissivos próprios* e *impróprios*) cuja violação consubstancie uma ofensa a bens jurídicos.

No caso da evasão de divisas, o legislador, quando da feitura da lei, elegeu conduta que à época apresentava, em princípio, ofensividade. Diverso o contexto, tal qualidade foi sendo aos poucos perdida, cabendo ao aplicador tentar resgatá-la a partir de uma reconstrução hermenêutica. Todavia, essa reformulação somente pode ser feita em observância à regra constitucional da estrita legalidade.[76]

Logo, novos sentidos serão válidos apenas se não configurarem uma analogia criminalizadora (legalidade como *lei estrita*). Isso porque, em âmbitos jurídicos restritivos de direitos fundamentais, não é qualquer técnica interpretativa que pode ser utilizada pelo aplicador. No caso do direito penal, a interpretação, salvo se a favor do réu, somente é válida quando *declarativa* ou *literal*, isto é, quando respeitar os limites semânticos máximos (*sentidos possíveis*) de cada palavra que compõe o texto legal, não podendo rompê-los, uma vez que "os textos normativos incorporam um significado extrínseco pré-constituído à interpretação".[77]

Pois bem, considerando a redação do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, não parece possível dele obter, mesmo com grande esforço hermenêutico, norma

---

73. Também conferem tal natureza normativa à ofensividade FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal* – a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67 e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*... cit., p. 73.

74. Normas sobre produção jurídicas ou normas de segundo grau (*normas sobre normas*) são aquelas que "regulam a criação e a aplicação do próprio direito por parte dos órgãos do Estado" (GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 319). Ver ainda, do mesmo autor, *La sintassi del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2011. p. 109 e ss.

75. Consoante adverte Humberto Ávila, não há que se confundir *texto* e *norma*: "*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30).

76. Também a exigência de legalidade no âmbito penal deve ser entendida como uma *norma sobre produção jurídica*, mais especificamente como uma regra que "reserva uma determinada matéria a uma dada fonte, de modo que nenhuma outra fonte está autorizada a regular aquela matéria" (GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*... cit., p. 328).

77. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011. p. 98. Já em sentido contrário, isto é, em defesa de um amplo leque de possibilidades interpretativas, bem como de uma relativização da proibição de analogia, ver RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal*. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley. Barcelona: Atelier, 2010. p. 323 e ss.

cuja violação ofenda, no contexto atual, bem jurídico. Ausente tal qualidade à conduta, sua criminalização é inconstitucional, por violação à proibição de excesso,[78] gerando uma restrição excessiva ao direito de liberdade previsto no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.[79] As proibições administrativas já existentes e suas correlatas sanções parecem mais do que suficientes para disciplinar a saída de divisas do país na atual conjuntura econômica.[80]

Portanto, deve o aplicador reconhecer tal invalidade, advertindo o legislador de que é necessária *ou* a reformulação do texto do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, buscando-se reencontrar a ofensividade perdida, *ou*, se assim inviável, a própria descriminalização da conduta. É isso, ao menos, o que se espera de um aplicador e de um legislador constitucionalmente comprometidos (e vinculados). Infelizmente, seguimos aguardando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o caminho percorrido ao longo do presente ensaio, entende-se que podem ser sustentadas as seguintes conclusões:

I. O *primeiro momento* da doutrina do "direito e desenvolvimento" desempenhou papel fundamental para o *surgimento* do direito penal econômico no Brasil, então orientado à tutela de uma *política econômica intervencionista*;

II. O *segundo momento* da doutrina do "direito e desenvolvimento" desempenhou papel fundamental para a *expansão* e o *fortalecimento* do direito penal econômico, então orientado à tutela de uma *política econômica neoliberal*;

III. *Delitos econômicos* podem ser conceituados como a atribuição de sanções penais a condutas atentatórias à política econômica de um determinado Estado;

IV. Mudanças na política econômica podem afetar o sentido, a aplicabilidade e até mesmo a constitucionalidade de crimes vinculados à proteção de políticas econômicas superadas;

V. O delito de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986) é um bom exemplo de crime econômico cuja ilicitude material foi *aos poucos* sendo perdida em razão de profundas mudanças na realidade econômica do Brasil;

---

78. Utiliza-se o conceito de proibição de excesso formulado por Ávila, o qual a define como uma vedação à "restrição excessiva de qualquer direito fundamental" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*... cit., p. 145).

79. Ver nota 71.

80. Ademais, delitos de lavagem de capitais e de sonegação fiscal, por exemplo, muitas vezes realizados mediante evasão, continuariam a existir e a tutelar seus correspondentes bens jurídicos, em nada sendo afetados pela descriminalização da evasão de divisas na modalidade *remessa*.

VI. Tal como legalmente descrita e jurisprudencialmente aplicada hoje, a figura da evasão de divisas revela-se inconstitucional, eis que ausente requisito de validade da norma criminalizadora, qual seja, a *ofensividade* da conduta proibida;

VII. Ao aplicador/intérprete exige-se um esforço de readequação hermenêutica do *delito econômico* frente ao novo *contexto econômico*, de modo a (tentar) resgatar a ilicitude material perdida;

VIII. Se inviável a readaptação, necessária é a reformulação legislativa ou, em último caso, a descriminalização da conduta, como na hipótese do delito de evasão de divisas.

Referências bibliográficas

Ávila, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Baltazar Junior, José Paulo. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Banco Central do Brasil. *Quadro sinóptico das reservas internacionais*. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pec/sdds/port/templ1p.shtm]. Acesso em: 27.06.2013.

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Cervini, Raúl. Derecho penal económico democrático. In: Vilardi, Celso Sanchez; Pereira, Flávia Rahal Bresser; Dias Neto, Theodomiro (orgs.). *Direito penal econômico*. Análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

Comparato, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 353, ano 54, mar. 1965, p. 14-26.

Costa, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: Vilardi, Celso Sanchez; Pereira, Flávia Rahal Bresser; Dias Neto, Theodomiro (orgs.). *Direito penal econômico*. Análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Faria Costa, José Francisco de. *Direito penal e globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

_____. *O perigo em direito penal. Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. 1. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

Feldens, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal – A constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Figueiredo Dias, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. 1982. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11344-11344-1-PB.pdf]. Acesso em: 24.05.2013.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.

_____. *La sintassi del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2011.

MARX, Karl. *O capital. Crítica da economia política*. 23. ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

PASTOR, Daniel. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências [recurso eletrônico]*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentário? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona: Atelier, 2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação [Recurso eletrônico – RT Online]. *Revista dos Tribunais*, vol. 775, maio 2000.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Estado de direito e desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; TRUBEK, David M. *Direito e desenvolvimento. Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. É hora de descriminalizarmos a evasão de divisas. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2012, p. 1. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/andrei-schmidt-hora-descriminalizarmos-evasao-divisas]. Acesso em: 25.05.2013.

_____; FELDENS, Luciano. Manutenção de depósitos no exterior e necessidade de sua declaração (considerações acerca do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86) [Recurso eletrônico]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 159, fev. 2006.

_____; _____. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 217, dez. 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – Fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development. A critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

_____; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. *Toward a New Law and Development. New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions*, 2013. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/trubekupdates/final_trubek_coutinho_schapiro_3rdpass_1_.pdf]. Acesso em 28.05.2013.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos de sociologia compreensiva*. Reimp. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista Anthropos*. Huellas del conocimiento. Barcelona, n. 204, 2004, p. 136-51.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas, de Douglas Bonaldi Maranhão – *RCP* 14/229, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/641 (DTR\2011\1825);
- Evasão de divisas?, de Ricardo Pieri Nunes – *RBCCrim* 62/134, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/565 (DTR\2006\553);
- Gestão temerária, evasão de divisas e aporias, de Flavio Antonio da Cruz – *RBCCrim* 86/99, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/679 (DTR\2010\722);
- O crime de evasão de divisas, de Roberto Garcia Lopes Pagliuso – *RIASP* 21/241 (DTR\2008\110); e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125 (DTR\2013\2666).

Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470/MG do STF)

Some considerations on the crimes of active and passive bribery regarding the judgment given in "Mensalão" (Criminal Case 470/MG)

Gustavo de Oliveira Quandt
Defensor Público Federal.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa os aspectos mais relevantes do julgamento da APn 470/MG no STF (mensalão), relativos aos crimes de corrupção ativa e passiva.

Palavras-chave: APn 470/MG - "Mensalão" - Corrupção ativa - Corrupção passiva - Funcionário público - Ato de ofício.

Abstract: The article analyzes the most relevant aspects concerning the crimes of active and passive bribery in the judgment given in Criminal Case 470/MG (mensalão) by the Brazilian Supreme Federal Court.

Keywords: Criminal Case 470/MG - "Mensalão" - Active bribery - Passive bribery - Public official - Official act.

Sumário: 1. Introdução - 2. Os atos de corrupção discutidos na APn 470/MG - 3. A vantagem indevida - 4. O conceito de funcionário público "para os efeitos penais" - 5. Corrupção e ato de ofício: 5.1 Corrupção passiva e ato de ofício potencial; 5.2 Conceito de ato de ofício; 5.3 Determinação do ato de ofício potencial - 6. Considerações finais - 7. Bibliografia.

1. Introdução

O STF julgou, ao longo dos anos de 2012 e 2013, um processo penal de notoriedade sem precedentes em sua história – a APn 470/MG,[1] mais conhecida como

1. O acórdão da APn 470/MG é citado na versão disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494]. Acesso em: 02.07.2013. Os acórdãos de que tomamos conhecimento por repositórios e manuais são citados com indicação dessa fonte; os demais foram localizados com as ferramentas de pesquisa das páginas dos respectivos tribunais na Internet.

"processo do 'mensalão'".[2] Nele eram imputadas, a algumas dezenas de pessoas, dentre as quais políticos de grande projeção e influência – aos quais se deve justamente a repercussão do caso – sete figuras delituosas: corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha. Todo o esquema criminoso descrito no acórdão certamente caberia num conceito amplo de corrupção,[3] e foi aos crimes denominados de corrupção pelo Código Penal que o processo foi mais imediatamente associado, devendo-lhes o próprio epíteto que recebeu: o "mensalão"[4] seria o pagamento de vantagem indevida para que deputados votassem segundo os interesses do grupo patrocinador da propina, isto é, o pagamento da verba com que os corruptores teriam comprado os votos dos deputados corrompidos – o pagamento ou a própria verba.[5] Assim, nada mais justo que dedicar algumas linhas aos aspectos centrais dos crimes de corrupção ativa e passiva, em especial aqueles que tiveram algum destaque no julgamento da APn 470/MG.

2. OS ATOS DE CORRUPÇÃO DISCUTIDOS NA APN 470/MG

A denúncia e o acórdão do "mensalão" descrevem três situações distintas de corrupção: a entrega de dinheiro ao então presidente da Câmara dos Deputados para

2. Embora o título de "maior escândalo de corrupção da história do Brasil" seja discutível, o caso decerto não tem rivais em termos de divulgação. A conhecida revista semanal *Veja* dedicou nada menos que 12 capas ao processo nos anos de 2012 e 2013 (edição 2.265, de 18.04.2012; 2.272, de 06.06.2012; 2.280, de 01.08.2012; 2.285, de 05.09.2012; 2.287, de 19.09.2012; 2.290, de 10.10.2012; 2.291, de 17.10.2012; 2.319, de 01.05.2013; 2.339, de 18.09.2013; 2.340, de 25.09.2013; 2.348, de 20.11.2013; 2.349, de 27.11.2013).
3. Como aquele utilizado no subtítulo da *RBCCrim* 89 (mar.-abr. 2011): "edição especial – corrupção", que incluía, por exemplo, um estudo de Fabián Caparrós sobre lavagem imprudente de dinheiro (p. 131).
4. Não encontramos essa curiosa palavra em nenhum dicionário tradicional, e o Caudas Aulete Digital (http://aulete.uol.com.br/mensalão, acesso em 03.12.2013) parece tê-la assimilado justamente em razão dos fatos julgados na APn 470/MG. O uso dela para denominar o pagamento regular de propina aos deputados é creditado, no acórdão, ao réu Roberto Jefferson (p. 2471), mas o próprio a atribuiu ao ex-Ministro das Comunicações Miro Teixeira (p. 2007), que igualmente negou a paternidade do neologismo (p. 4938). O termo foi traduzido como "grande pagamento mensal" em alguns jornais estrangeiros (*grösse Monatslohn* no *Frankfurt Allgemeiner* [www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptions-skandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html], acesso em: 03.12.2013 e *big monthly allowance* no *New York Times* [www.nytimes.com/2013/04/07/world/americas/brazil-opens-inquiry-into-vote-buying-claims.html], acesso em: 03.12.2013), mas a imprensa de língua espanhola preferiu manter o nome original [http://elpais.com/tag/caso_mensalao/a/], acesso em: 03.12.2013; [www.lanacion.com.ar/1495409-brasil-en-vilo-por-el-juicio-del-siglo], acesso em: 03.12.2013).
5. Embora haja, no processo, outras acusações de corrupção ativa e passiva sem relação direta com a compra de votos, cf. item 2 abaixo.

que favorecesse o grupo publicitário que venceria a licitação realizada por aquele órgão e, posteriormente, auferiria vantagens indevidas na vigência do contrato;[6] a entrega de dinheiro ao então diretor de *marketing* do Banco do Brasil S.A., o qual transigiria com a apropriação indevida de valores do banco pelo mesmo grupo publicitário[7]; e, por fim, o emprego de parte das vantagens indevidas obtidas nos crimes anteriores para a compra de votos de parlamentares – o "mensalão".[8] Todas essas situações foram julgadas pelo STF como configuradoras dos crimes de corrupção ativa e passiva (ainda que alguns imputados tenham sido absolvidos por ausência de provas).

Os comentários a seguir se concentram nos três grandes eixos dos crimes de corrupção ativa e passiva: a vantagem indevida, a figura do funcionário público e o ato de ofício relativo à função pública ao qual se deveria o pagamento.

3. A VANTAGEM INDEVIDA

Nas três situações de corrupção discutidas no acórdão da APn 470/MG, a vantagem indevida consistia em dinheiro em espécie e transferências bancárias. Dessa forma, uma das discussões pertinentes ao conceito de vantagem indevida – se deve ser patrimonial ou se pode ter outra natureza – não teve lugar no julgamento.[9] No entanto, o caráter necessariamente indevido da vantagem, ou sua correlação com a função dos corrompidos[10] foi discutido em termos um pouco turvos.

Alguns réus alegaram que as vantagens por si pagas ou recebidas se deviam a acertos de contas relativos a despesas eleitorais – ou, mais abreviadamente, "caixa dois de campanha eleitoral". Segundo pensamos, a tese corresponde a dizer que os pagamentos não correspondiam a vantagem indevida, nem se relacionavam à função pública exercida por seus receptores. Ao cuidar dessa alegação, o acórdão insiste em vários pontos[11] que a destinação da propina recebida é irrelevante para a caracterização dos crimes de corrupção passiva e ativa. Cremos que essa forma de refutação é defeituosa, pois corresponde a retorquir à afirmação de que

6. Essa imputação foi descrita no item III.1 da denúncia e por esse número é identificada ao longo do acórdão. As vantagens indevidas em questão foram tratadas como peculato pelo STF.
7. Imputação descrita no item III.3 da denúncia. Também a apropriação desses valores consistiria, segundo o acórdão, peculato; vide, no entanto, os comentários de Augusto Assis neste volume.
8. Item VI da denúncia.
9. Sobre o tema: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 2, n. 1088, p. 418.
10. V. item 5 adiante.
11. A começar pela ementa (p. 11-12).

o pagamento *não era propina*, que a destinação *da propina* era irrelevante, incorrendo em petição de princípio e transformando equivocadamente um problema probatório[12] num problema material: descremos que algum réu tenha afirmado que a propina muda de natureza (ou seja, que deixa de ser propina) em razão da destinação que lhe é dada. De toda forma, o acórdão, em seus vários votos, fundamentou extensamente a conclusão de que os pagamentos se deviam, sim, à qualidade de funcionário público dos destinatários e aos atos de ofício que compunham seu plexo de atribuições – ou seja, que eles constituíram propina. Assim, embora a imperfeição do acórdão da APn 470/MG neste ponto não chegue a lhe custar a validade, não escondemos o receio de que esse tipo de raciocínio viciado, se alastre na jurisprudência dos demais tribunais – sob o argumento de que foi utilizado pelo próprio STF no julgamento do "mensalão" – com efeitos profundamente nocivos.[13] Imagine-se o caso em que um funcionário público é acusado de receber dinheiro em razão da função, e alega em sua defesa que a vantagem percebida era o pagamento por um bem que ele havia vendido a outrem, sem relação alguma com sua qualidade de funcionário público ou os atos de ofício de seu mister: é evidente que a simples afirmação da irrelevância da destinação da propina não seria um fundamento hábil para afastar a tese de defesa, uma vez que, como dito anteriormente, a tese consiste exatamente em dizer que o dinheiro recebido *não era propina*.

Feitas essas considerações, passemos um assunto referido apenas de passagem no acórdão da APn 470/MG, mas merecedor de atenção mais detida do que em geral vem recebendo: o conceito de funcionário público.

4. O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO "PARA OS EFEITOS PENAIS"

Por questões práticas, o Código Penal prevê separadamente a corrupção ativa e a passiva.[14] De toda forma, é certo que ambas as infrações – corrupção ativa e

12. A valoração probatória realizada no acórdão não merecerá maior consideração aqui, exceto quanto ao fato de que a palavra *álibi* ("em outro lugar" em latim) foi empregada 81 vezes – em todas elas como sinônimo de "tese de defesa", e em nenhuma delas no sentido próprio do termo, que é o de alegação de negativa de autoria baseada no fato de que o acusado estaria *em outro lugar* no momento dos fatos.

13. Esse temor foi demonstrado pelo Min. Mendes a propósito do tema discutido no item 5.1 *infra*: "Penso que é muito importante assentar as bases teóricas deste julgamento, inclusive pela repercussão dos precedentes da Corte nas demais esferas do Poder Judiciário" (p. 4361).

14. Tal cisão é político-criminalmente necessária para que se possam punir não apenas a corrupção bilateral (ou seja, aquela em que tanto o particular como o funcionário estão implicados), como também a oferta e a solicitação de vantagem recusadas, respectivamente, pelo funcionário e pelo *extraneus*; tal resultado dificilmente se atingiria com a incrimi-

passiva – exigem, cada uma à sua maneira, a figura do *funcionário público*: naquela, como destinatário da oferta ou promessa de vantagem; nesta, como solicitante ou receptor dessa mesma vantagem ou aceitante de promessa dela.

Na realidade, o funcionário público é figura central do Título XI da Parte Especial do Código Penal (*Dos crimes contra a Administração Pública*), pois, além de ser o sujeito ativo de virtualmente todas as infrações do seu Capítulo I (*Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral*), é referido ainda em delitos de outros capítulos, como resistência, desobediência, desacato, tráfico de influência e corrupção ativa (arts. 329 a 333 do CP). Também em outros setores o Código Penal lhe faz referência (art. 141, II: aumento de pena dos crimes contra a honra praticados contra funcionário público, em razão de suas funções). Em razão disso, o Código Penal conceitua expressamente em seu art. 327 o funcionário público, para os efeitos penais.

No julgamento da APn 470/MG, o STF deu de barato a condição de funcionário público para os efeitos penais das pessoas que receberam vantagem indevida. E o fez corretamente, pois não existe dúvida alguma de que os membros do Poder Legislativo são funcionários públicos para os efeitos penais;[15] quanto ao diretor de *marketing* do Banco do Brasil, sociedade de economia mista instituída pelo Poder Público Federal,[16] aplica-se diretamente o § 2.º do art. 327, o qual dispõe que "a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo [Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral] forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de *direção* ou assessoramento de órgão da administração direta, *sociedade de economia mista*, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público". No entanto, um exame da jurisprudência e da doutrina sugere que não é apenas nos casos evidentes que a condição de funcionário público é afirmada sem maiores reflexões.

É pacífico que a noção de funcionário público, no Direito Penal, não se vincula aos conceitos mais próximos do Direito Administrativo e Constitucional, como os

---

nação simultânea da corrupção ativa e passiva em uma fórmula unitária. Nesse sentido, SMANIO, Gianpaolo Poggio. Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 195. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, com referências. V., sobre a questão, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5, p. 84, com referências.

15. Vigorosamente nesse sentido, já HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX, n. 156, p. 402, nota 53.

16. Segundo divulgado na página do Banco do Brasil na internet, a União detinha, em junho de 2013, 58,3% das ações do banco [www.bb.com.br/portalbb/page3,136,3595,0,0,1,8.bb?codigoMenu=204&codigoNoticia=11380&codigoRet=1251&bread=5]. Acesso em: 31.10.2013.

de servidor público ou empregado público, sendo mais abrangente do que eles[17] ou mesmo que sua reunião. Do ponto de vista da clareza e precisão conceitual, cremos que o Direito Penal acabou se beneficiando com o progressivo abandono, naqueles outros ramos do Direito, da expressão funcionário público,[18] que hoje é utilizada apenas no Código Penal: a ressalva "para os efeitos penais", contida no art. 327, tornou-se ociosa,[19] pois atualmente a qualidade de funcionário público (com essa denominação) é sempre *para os efeitos penais*.[20] Contudo, essa definição meramente negativa de funcionário público – segundo a qual o conceito *não se confunde*, com o de servidor ou agente público – ou mesmo a proclamação de que a noção de funcionário público é *mais ampla* do que a de servidor público, constituem apenas uma aproximação carente de detalhamento: as afirmações de que a área ocupada pela Amazônia não corresponde exatamente ao (ou *não se confunde* com o) território do Estado do Amazonas, ou de que o gênero *música erudita* é *mais amplo* que a espécie *ópera*, não valem como definições de Amazônia ou de música erudita. Em particular, a premissa de que o conceito de funcionário público é mais extenso do que o de servidor público, por exemplo, proporciona apenas um núcleo mínimo de abrangência do conceito, mas não lhe fornece quaisquer limites exteriores.

Assim, a fixação do conceito de funcionário público deve partir necessariamente da exegese do art. 327 do CP, o qual não segue um sistema uniforme, cada uma de suas partes adotando distinto critério: o *caput* e o início do § 1.º procuram apreender em poucas palavras o universo de pessoas que intervêm na Administração Pú-

17. Ilustrativos dessa afirmação, extremamente frequente na doutrina, HUNGRIA, Nélson. Op. cit. na nota 15, vol. IX, n. 156, p. 401; BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal (comentado)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. vol. 7, n. 262, p. 125; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. n. 48.1, p. 798.

18. Comparem-se o título que precede o art. 156 da Constituição de 1937 (Dos funcionários públicos) e a denominação da Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição vigente (Dos servidores públicos civis, rebatizada para "Dos servidores públicos" pela EC 19/1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa ou "emendão"). Vejam-se ainda as observações de PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 3, p. 653.

19. Razão pela qual será, no mais das vezes, omitida no texto a partir deste ponto.

20. Essa nossa opinião provavelmente não conta com muitos adeptos. Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco tacham a terminologia do "vetusto e desatualizado" Código Penal de "antiga e incorreta" (em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1467, art. 317). O projeto de Código Penal em tramitação no Senado Federal (PLS 236/2012) não apenas substitui a expressão "funcionário público" por "servidor público" como ainda suprime a ressalva de que a definição contida no Projeto (art. 282) é específica do Direito Penal. Já a vigente Lei de Licitações praticamente repete o art. 327 do CP, mas para definir o "servidor público" (art. 84). No entanto, seguimos crendo que utilizar denominações distintas para conceitos diversos não é vetusto, desatualizado e muito menos incorreto.

blica, e a doutrina usualmente apresenta definições de cargo, emprego e função,[21] cuja reunião forneceria a noção de funcionário público. A segunda parte do § 1.º, incluída pela Lei 9.983/2000, volta-se a alcançar certas hipóteses de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, valendo-se da expressão "atividade típica da Administração Pública". Por fim, o § 2.º, acrescentado pela Lei 6.799/1980, institui uma causa de aumento de pena em que se indicam de forma mais casuística do que no *caput* as pessoas que a merecerão.[22]

A interpretação desse art. 327 é mais difícil do que parece.[23] O STF, como dito, concluiu tranquila e acertadamente que o diretor de *marketing* do Banco do Brasil é funcionário público. Contudo, a atribuição dessa mesma qualidade a um empregado comum de empresa estatal[24] demanda algum esforço.[25] Diz o *caput* do art. 327 do CP: "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, *emprego* ou função pública".

21. V., por exemplo, PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 653; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 1203, art. 327, nota 209; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4, p. 118; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 152; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 928, art. 327; COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1124.

22. Este último dispositivo contém grave imperfeição, que é omitir os dirigentes de *autarquias* (PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 660; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Crimes contra a Administração – Atualização e reforma penal – Por uma atualização forma e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública*. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 301. São Paulo: Ed. RT, 2010, publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 32. p. 55. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).

23. Contra a imagem tranquila oferecida por alguns manuais e Códigos comentados, valem ainda hoje as considerações de Heleno Cláudio Fragoso: "O conceito de funcionário público para os efeitos penais oferece dificuldades que a doutrina e a jurisprudência, entre nós, não têm enfrentado como seria necessário, havendo comumente interpretação superficial, incorreta e apressada de nossa lei". (*Jurisprudência criminal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1979. vol. 2, n. 250, p. 537). Veja-se, porém, a nota 73 adiante. Feliciano, por sua vez, crê que o art. 327 do CP, em lugar de "coibir a polêmica judicial, acabou por fomentá-la" (op. cit. na nota 22, p. 292). Por fim, Casolato advertiu que "a expressão 'funcionário público' não é, decididamente, daquelas cuja conceituação venha despida de divergências" (A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 416. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 89. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998).

24. Designação genérica das espécies *empresa pública* e *sociedade de economia mista* (v. nota 26 abaixo).

25. E foi vigorosamente impugnada por FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. na nota 23, n. 250, p. 537, entre outros.

Poder-se-ia supor que todo o empregado de empresa estatal ocupa "emprego público". Sucede que essa expressão tanto se pode interpretar extensivamente, como qualquer vínculo empregatício com a *Administração Pública* direta e indireta, que compreende as empresas estatais, as quais são pessoas jurídicas de direito privado,[26] como de forma mais restrita, significando apenas o vínculo com uma pessoa jurídica de *Direito Público* (os entes políticos – União, Estado, Município e Distrito Federal – suas autarquias, fundações públicas e agências). Assim, considerando-se apenas os termos *cargo* e *emprego*, é questionável se o empregado do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Petrobrás, Casa da Moeda e outras empresas estatais são funcionários públicos. É certo que a Constituição da República alude a empregos públicos (art. 37, I, da CF/1988) e parecia proscrever o regime de emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público,[27] previsões das quais se poderia extrair, por eliminação, que emprego público é o emprego em pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, como as empresas estatais. No entanto, a vedação do regime de emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público não existia em Constituições anteriores – a de 1946 aludia expressamente a "emprego em entidade autárquica" em seu art. 141, § 31 – e os antigos empregados das pessoas jurídicas de Direito Público não foram automaticamente desvinculados com o advento da atual Constituição Federal.[28] Assim, não nos parece que a terminologia da Constituição Federal vigente auxilie na interpretação da locução "emprego público", a qual permanece dúbia.[29]

Destarte, ainda que os principais problemas apareçam na interpretação do conceito de função pública, as noções de cargo e emprego também podem oferecer suas dificuldades,[30] que as definições oferecidas pela doutrina[31] não são capazes de arrostar completamente. Quanto à função pública,[32] é pacífico o reconhecimento

26. Cf. art. 5.º, II e III, do Dec.-lei 200/1967.

27. Art. 39 da CF/1988. Esse dispositivo foi alterado pela EC 19/1998, mas o STF suspendeu cautelarmente a modificação (ADIn 2.135/DF, ainda em tramitação).

28. Não apenas não foram desvinculados como obtiveram, nas hipóteses do art. 19 do ADCT, estabilidade no serviço público.

29. Sobre o problema do âmbito de aplicação do regime de emprego na Administração Pública, veja-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 263, item VI/18.

30. Em sentido contrário, reconhecendo-as apenas quanto à função pública, o acórdão proferido pelo STJ no RHC 1.208 (6.ª T., j. 18.06.1991, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

31. V. referências na nota 21.

32. Concordamos com Nélson Hungria (op. cit. na nota 15, n. 156, p. 400), Heleno Cláudio Fragoso (op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 385,), Luiz Regis Prado (op. cit. na nota 18, p. 653), Paulo José Costa Jr. e Fernando José da Costa (op. cit. na nota 21, p. 1123), e José Henrique Pierangeli (op. cit. na nota 17, n. 48.1, p. 1000), entre outros, na avaliação de que o conceito central do art. 327 do CP é a *função pública*; em nossa opinião, o cargo

da existência de algumas delas que não se compreendem nos conceitos de cargo ou emprego, como as de jurado (art. 436 ss. do CPP), mesário (art. 120 e ss. do Código Eleitoral) e tabelião (art. 236 da CF/1988; art. 3.º da Lei 8.935/1994).[33] No entanto, o desafio é extrair, desse núcleo de consenso,[34] algum critério que permita dirimir as dúvidas relativas a outras posições, tendo-se em vista a imensa variedade de formas de colaboração dos indivíduos com a Administração Pública.[35]

Voltemos ao exemplo dos empregados das empresas públicas. Um setor da jurisprudência os trata como funcionários públicos em razão da equiparação instituída no § 1.º do art. 327 do CP, que alude a "entidade paraestatal": "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública". Assim decidiu o STJ em relação a um empregado do Banco do Brasil no julgamento do RHC 11.691;[36] idêntica orientação fora adotada pelo STF no HC 79.823 em relação a empregado da empresa pública Petrobrás,[37] oportunidade em que se registrou o grande desencontro no uso da expressão "entidade paraestatal" no Direito Administrativo e a necessidade de interpretá-la de acordo com as finalidades do art. 327 do CP.[38] Da

---

e o emprego são simplesmente considerados, *ex vi legis*, postos de exercício de uma tal função. Em outras palavras, cremos que a melhor interpretação do Código Penal é de que todo aquele que ocupa cargo ou emprego público necessariamente exerce função pública (dispensada ou mesmo vedada qualquer avaliação das exatas atribuições do cargo ou emprego), sem prejuízo da existência das funções públicas que não correspondem a cargo ou emprego. Em sentido próximo, Fragoso, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 23, n. 250, p. 538.

33. Entre vários outros, vejam-se Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 153, e Pierangeli, José Henrique. Op. cit. na nota 17, p. 800.

34. Consenso, aliás, que mais se aproxima da simples repetição do rol oferecido há mais de meio século por Nélson Hungria (cf. nota 85 adiante), com um ou outro acréscimo: comparem-se Mirabete, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. n. 327.1, p. 1846, e Nucci, Guilherme de Souza. Op. cit. na nota 21, art. 327, p. 1203, nota 210, os quais coincidem inclusive na menção de figuras inusitadas, como o inspetor de quarteirão.

35. Variedade esta talvez se tenha acentuado com o fenômeno das "parcerias", pelas quais os particulares e entidades privadas colaboram com o Poder Público em regime de franquia, convênio, terceirização de mão-de-obra etc. Vejam-se adiante as observações sobre o § 1.º do art. 327 do CP. Sobre o tema em geral, é muito proveitosa a obra de Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

36. 6.ª T., j. 21.02.2002, rel. Min. Vicente Leal.

37. HC 79.823, 1.ª T., j. 28.03.2000, rel. Min. Moreira Alves. Esse acórdão é citado no voto da Min. Cármen Lúcia na APn 470/MG (p. 1823).

38. Sobre a diversidade de sentidos com que a expressão "entidade paraestatal" vem sendo empregada, consulte-se Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São

mesma forma, ao julgar o RHC 1.469, o STJ considerou funcionário público o chefe da divisão financeira de uma autarquia estatal, em razão do disposto no § 1.º do art. 327 do CP em sua redação original;[39] já no voto-vista do RHC 1.371, são invocados tanto o § 1.º como o § 2.º[40] do art. 327 do CP para se considerar funcionário público o delegado regional do Banco Central do Brasil.[41] Por fim, há decisões que parecem considerar suficiente o *caput* do art. 327 para tratar como funcionários públicos os empregados de empresa estatal.[42]

Infelizmente, esse cuidado de indicar qual trecho do art. 327 do CP faz de alguém um funcionário público nem sempre é observado pela jurisprudência: na prática, parece prevalecer a tendência de supor que o art. 327 do CP é autoexplicativo, de insistir que o conceito de funcionário público "do Direito Penal" é diverso dos conceitos análogos do Direito Administrativo e mais abrangente que esses[43] – como se tal afirmação fornecesse, por si só, os contornos do primeiro – e

---

Paulo: Atlas, 2013. n. 11.1, p. 551. Especificamente em relação ao art. 327, § 1.º, do CP, CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. Op. cit. na nota 23, p. 421. Negando aos empregados das empresas estatais a qualidade de funcionário público, os acórdãos publicados na *RT* 591/321 e *RJTJSP* 76/299 (cf. FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, CD-ROM de jurisprudência, art. 327, item 15.06) – o que importa dizer que tais precedentes tomaram a expressão "entidade paraestatal" em sentido mais estrito e excludente das figuras típicas da Administração Pública indireta (art. 4.º do Dec.-lei 200/1967).

39. 6.ª T., j. 16.10.1991, rel. Min. Carlos Thibau.

40. O argumento que se baseia no § 2.º do art. 327 do CP para demonstrar que todo empregado de empresa estatal, é funcionário público (v., por exemplo, MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, , n. 327.2, p. 1848), consideramo-lo inconclusivo. Embora pareça plausível, à primeira vista, que a previsão de um aumento de pena para o diretor da empresa estatal implique que o empregado comum dessa mesma empresa seja funcionário público (de modo que o empregado comum incorre nas penas normais do crime que cometer, e o diretor incorre na pena ampliada), o fato é que a afirmação da qualidade de funcionário público do diretor e a negação dessa mesma qualidade ao empregado comum não é incompatível com a existência da dita causa de aumento. A suposição em contrário de NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. na nota 21, art. 327, p. 1204, nota 212, desconsidera que outros dispositivos da legislação penal preveem causas de aumento ou de diminuição que suprimem elementos da forma simples do crime. Um exemplo notável é a denunciação caluniosa privilegiada (art. 337, § 2.º, do CP), que, diferentemente da forma simples do delito, não exige que o fato falsamente imputado seja criminoso (mas apenas contravencional). Assim, a resposta do problema do empregado da empresa estatal deve ser buscada no *caput* e no § 1.º do art. 327, e não no § 2.º.

41. 6.ª T., j. 26.05.1992, rel. Min. Carlos Thibau. O voto-vista era do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que repete a argumentação no HC 1.294, 6.ª T., j. 23.06.1992, e no HC 1.351, 6.ª T., j. 04.08.1992, todos de sua relatoria.

42. STJ, HC 22.611, 6.ª T., j. 16.12.2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido.

43. Na doutrina, a ênfase na abrangência do conceito legal de funcionário público encontrou sua expressão máxima em Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco: "deve-se buscar o conceito e

de concluir, sem maiores delongas, que tal ou qual pessoa é funcionário público.[44] Assim, no CComp 2.806, o STJ simplesmente pontuou que os empregados da Caixa Econômica Federal são funcionários públicos, aludindo genericamente ao art. 327 do CP.[45]

Como dito,[46] o conceito central do art. 327 do CP é o de função pública, a qual seria exercida, segundo o STJ pelo empregado de empresa privada prestadora de serviços à polícia federal (recepcionista terceirizado).[47] Contudo, o Dec. 2.271/1997, que "dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências", estabelece que "no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as *atividades materiais acessórias, instrumentais* ou *complementares* aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade", e que "as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, *recepção*, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta" (art. 1.º, *caput* e § 1.º). Isso porque, como se sabe, um dos requisitos da terceirização de mão de obra na Administração Pública é que se trate de uma função periférica, de mero apoio às atividades finalísticas do órgão.[48]

---

o alcance de servidor público no art. 327 do CP, *que é o mais amplo possível*" (em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, p. 1467, art. 317, sem grifos no original; v. também os comentários ao art. 327 do CP, p. 1524). Abstraído o problema da inviabilidade lógica de um conceito "o mais amplo possível", percebe-se que a proclamação é puramente retórica e não ajuda nada: dizer que se adota *o conceito mais amplo possível de música erudita* não esclarece, em absoluto, se ele abrange, por exemplo, os musicais da Broadway ou os tangos de Ernesto Nazareth.

44. Veja-se o otimismo da fundamentação do REsp 466.357 (5.ª T., j. 28.09.2004,rel. Min. Gilson Dipp) e do CComp 26.424 (3.ª Seção, j. 22.05.2002, rel. Min. Gilson Dipp), ou na ementa do REsp 762.249: "a simples leitura do conceito de funcionário público adotado antes mesmo da complementação realizada pela Lei 9.983/2000, revela que todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, estão incluídos no conceito de funcionário público para fins penais" (5.ª T., j. 02.02.2006, rel. Min. Gilson Dipp). Tal afirmação é indiscutível em face da lei; o grande problema, que o acórdão parece reputar inexistente, é justamente determinar o que são "cargo", "emprego" e "função pública".

45. 3.ª Seção, j. 19.03.1992, rel. Min. Cernicchiaro.

46. Nota 32.

47. RHC 9.602, 6.ª T., j. 23.05.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido. Esse acórdão, de fundamentação bastante breve e consistente praticamente de transcrições, é um exemplo acabado de suposição de que o problema dos limites exteriores do art. 327 do CP simplesmente não existe.

48. Detalhadamente sobre a questão, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. na nota 35, p. 215 e ss., cap. 10.

Todavia, aceita essa premissa e admitida a regularidade de determinada hipótese de terceirização, a afirmação de que o empregado terceirizado exercia *função pública* se torna bastante discutível e praticamente deduz a função pública do *local de trabalho*: é funcionário público todo aquele que trabalha em repartição pública, ainda que suas atribuições se limitem a preparar e servir o indefectível *cafezinho*. A máxima segundo a qual "estagiário de repartição ou empresa pública é funcionário público", geralmente enunciada sem qualquer atenção às exatas atividades desempenhadas pelo estagiário,[49] talvez se deva a essa noção quase *espacial* de funcionário público.

A dificuldade de se definir *função pública* não é resolvida pela invocação do velho lugar-comum,[50] segundo o qual *função pública* não se confunde com *múnus público*. Essa distinção é mais aparente do que real e apenas permite que se legitime qualquer decisão intuitiva: para afastar a incidência do art. 327 do CP, diz-se que se tratava de mero *múnus*, e para aplicá-lo, declara-se haver autêntica *função* pública. No RHC 1.208 do STJ,[51] o paciente era acusado de calúnia por um perito judicial, e se discutia a legitimação ativa para a ação penal em questão.[52] Nesse julgamento, manteve-se a orientação do STF de considerar-se funcionário público o perito oficial, porque ele atua *no interesse da Justiça*. No entanto, o STJ negou ao advogado dativo atuante em processo criminal a qualidade de funcionário público,[53] embora tal profissional desempenhe (ao menos nos casos de réu pobre), uma atividade expressamente cometida ao Estado pela Constituição da República,[54] e sem a qual

49. STF, RHC 54.197, 2.ª T., j. 09.03.1976, rel. Min. Moreira Alves, (*RTJ* 77/791); STJ, HC 52.989, 5.ª T., j. 23.05.2006, rel. Min. Felix Fischer, (o qual alude ao acórdão do STF); em *obiter dictum*, o REsp 1.303.748, 6.ª T., j. 25.06.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, citado por GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 950, art. 312.

50. Utilizado já por HUNGRIA, Nélson. Op. cit. na nota 15, n. 156, p. 402, , e encontradiço em toda parte (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 327.1, p. 1846; GRECO, Rogério. Op. cit. na nota 49, p. 1000, art. 327; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. na nota 17, n. 48.1, p. 800; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 385; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 153; PRADO, Luiz Regis. Op. cit. na nota 18, p. 655; CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. Op. cit. na nota 23, p. 419).

51. V. nota 30.

52. Tema subjacente ao verbete n. 714 da jurisprudência do STF: "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do Exercício de suas funções". Sobre esse enunciado, vejam-se as interessantes considerações de OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 5.6.4, p. 138.

53. RHC 3.900, 6.ª T., j. 12.09.1994, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Registre-se a divergência do Min. Adhemar Maciel, que considerava funcionário público o advogado dativo.

54. Art. 5.º, LXXIV, da CF/1988.

o processo penal entraria em crise sempre que o réu permanecesse revel,[55] razões pelas quais essa atividade nos parece de evidente *interesse da Justiça*.[56] Nesse último julgamento, o STJ baseou-se em alguma medida na distinção entre função pública e múnus público; no entanto, no RHC 1.208 supracitado, relatado pelo mesmo ministro, a distinção havia sido reputada irrelevante para o Direito Penal. O antigo síndico do processo de falência[57] também atuava no interesse da Justiça, e predominava o entendimento de que ele não era funcionário público;[58] o síndico era justamente um dos exemplos de Hungria do tal múnus público.[59] Em outro julgamento, no qual havia convênio entre o poder público e o advogado privado que, remunerado pelo Estado, atuava em favor dos necessitados, o STJ reconheceu a este a qualidade de funcionário público,[60] afirmando que o convênio transformava o advogado *dativo*, executante de um *múnus*, em advogado *público*, titular de uma *função*. É difícil dizer se, para aquele tribunal, a existência de convênio realmente era decisiva, ou se a superação do entendimento anteriormente adotado no julgamento do RHC 1.208 foi simplesmente disfarçada de *distinguishing*. Nota-se

55. Em razão da impossibilidade de se julgar alguém sem que lhe seja assegurada defesa técnica: art. 263 do CPP; art. 8.°, 2, *e*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), (integrado ao Direito brasileiro pelo Dec. 678/1992).

56. Observe-se que esse interesse se deduz, no caso concreto, da necessidade da presença de um advogado para que o processo possa prosseguir legitimamente e não seja unilateralmente paralisado pelo réu, e não da afirmação geral de que "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133 da CF/1988). O texto não pretende sugerir que todo advogado é funcionário público, mas apenas que o advogado dativo no processo criminal age "no interesse da justiça". Por outro lado, é evidente que a atuação do perito oficial se distingue da do advogado dativo na o primeiro não vincula a nenhuma das partes, ao passo que último, uma vez nomeado pelo juiz, assume um compromisso com a parte que defende. No entanto, duvidamos que essa diferença seja relevante para a aplicação do art. 327 do CP. Em tom questionador do "interesse público" da atuação do perito judicial – ao menos quando comparado com outros agentes que, no entanto, não vem sendo considerados funcionários públicos – FELICIANO, Guilherme Guimarães. Op. cit. na nota 22, p. 295.

57. A Lei de Falências vigente (Lei. 11.101/2005) substituiu o *síndico* da falência e o *comissário* da concordata (hoje, recuperação judicial) da lei anterior pelo *administrador judicial*.

58. Ao que nos consta, a única voz contrária era a do comercialista Rubens Requião (*Curso de direito falimentar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. n. 194, p. 214). O STJ, julgando o HC 2.904 (6.ª T., j. 29.11.1994, rel. Min. Adhemar Maciel), nada disse sobre a imputação de corrupção passiva ao comissário de concordata (v. nota 57); ainda que esse não fosse o mote da impetração, cremos que o STJ deveria ter concedido ordem de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2.°, do CPP) caso entendesse que o comissário não é funcionário público.

59. Op. cit. na nota 15, n. 156, p. 403.

60. RHC 8.954, 6.ª T., j. 07.11.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido. Em sentido semelhante, mas com menos ênfase no convênio, STJ, RHC 17.321, 5.ª T., j. 28.06.2005, rel. Min. Felix Fischer.

ainda que o próprio acórdão da APn 470/MG, em numerosas passagens, denomina *múnus* a função pública dos funcionários condenados.[61] Por fim, uma visão de conjunto das conclusões alcançadas na doutrina e jurisprudência com a aplicação da dicotomia "função *versus* múnus" prontamente revela seu pouco valor: segundo ela, o recepcionista e o estagiário exercem função pública, mas o administrador da falência, não.[62]

Como dito anteriormente, a 2.ª parte do § 1.º do art. 327 do CP segue estrutura diversa da do *caput*; inclui algumas hipóteses bastante razoáveis, como a de empresa privada responsável pela fiscalização do trânsito: não há dúvida de que o empregado de tal empresa que solicitar dinheiro para destruir a fotografia comprobatória da travessia do sinal vermelho comete corrupção passiva.[63] No entanto, da mesma forma como "atividade paraestatal", a expressão "atividade típica da Administração Pública" é ambígua. Tal como ocorre com o conceito de função pública, aqui o perigo é se considerar funcionário público todo empregado terceirizado, o que oneraria o servente que varre o chão da repartição com um discutível dever de fidelidade à Administração Pública, sem qualquer contrapartida. O principal âmbito de aplicação do dispositivo é a relevante questão prática dos médicos de clínicas e hospitais privados conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que indevidamente exigem dinheiro dos pacientes: o STJ havia decidido, antes da modificação do § 1.º do art. 327 do CP, que os médicos do SUS não eram funcionários públicos,[64] mas também havia decisões em sentido contrário, baseadas naquela suposta noção autoexplicativa de funcionário público, "que não é a mesma do Direito Administrativo" e por isso parece ser capaz de abranger qualquer coisa.[65] Após a alteração do § 1.º, algumas decisões se basearam expressamente nele.[66] As decisões

61. V., entre outras passagens: "múnus público" nos votos dos Min. Fux (p. 1523 e 1530) e Cármen Lúcia (p. 1822, citando Rui Stoco); "múnus constitucional" no voto do Min. Barbosa (p. 3687); "múnus parlamentar" no voto do Min. Gilmar Mendes (p. 8196).

62. A jurisprudência fornece outros exemplos bastante discutíveis de pessoas que exerceriam função pública, como o vigilante noturno privado – sob o fragilíssimo pretexto de que a atividade "é supervisionada e diretamente controlada pela Polícia do Estado" (*RT* 370/188, citada em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 327.1, p. 1847).

63. Em precedente anterior à mudança de redação do § 1.º do art. 327 pela Lei 9.983/2000, o STJ decidiu que o empregado de agência franqueada dos Correios não era funcionário público (CComp 27.074, 3.ª Seção, j. 14.06.2000, rel. Min. Felix Fischer).

64. RHC 8.267, 6.ª T., j. 27.04.1999, rel. Min. Vicente Leal.

65. RHC 8.174, 5.ª T., j. 18.02.1999, rel. Min. Edson Vidigal; RHC 7.966 e 8.271, 5.ª T., j. 18.05.1999, rel. Min. Gilson Dipp. Posteriores à mudança legal, mas relativas a casos anteriores: REsp 466.357 (5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.09.2004) e 714.236 (5.ª T., j. 19.05.2005, rel. Min. Felix Fischer).

66. REsp 331.055, 6.ª T., j. 26.06.2003, rel. Min. Paulo Medida.

anteriores à modificação do § 1.º do art. 327 do CP se pautavam no fato de que a prestação da saúde é uma função do Estado. Mas esse argumento torna praticamente ociosa a modificação operada pela Lei 9.983/2000 (que incluiu entre os funcionários públicos aqueles que trabalham para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública)[67] e implica considerar funcionário público o motorista de ônibus da empresa concessionária do serviço público essencial de transporte coletivo (art. 30, V, da CF/1988). Tal extensão pode conduzir a resultados insatisfatórios em relação ao desacato, à desobediência ou à causa de aumento de pena dos crimes contra a honra (art. 141, II, do CP).

A aplicação do § 1.º do art. 327 do CP aos crimes em espécie também é capaz de gerar dúvidas. Se o empregado da empresa conveniada para fiscalização do trânsito se apropria do computador portátil da empresa, ele comete apropriação de bem particular no exercício de sua função, o que constituiria peculato (art. 312 do CP).[68] No entanto, o prejuízo daí decorrente sequer afeta a Administração Pública, pois obviamente não integra o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre a administração e a prestadora de serviços nem atinge a confiança da população na máquina estatal; de outra parte, o dever de fidelidade violado foi aquele, de cunho privado, existente entre empregador e empregado, e não um dever especial do agente em relação à Administração Pública.

A noção de prejuízo à Administração Pública também é usada, às vezes, como critério de delimitação do conceito de funcionário público: em processo no qual atuamos, o presidente de uma associação de pais e mestres foi condenado em primeira instância por peculato, sob o argumento de que era funcionário público por-

67. Em sentido próximo ao texto, o STF reconheceu que, antes da modificação do § 1.º do art. 327 do CP, o médico conveniado ao SUS não era funcionário público: "a equiparação a servidor público de quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública somente ocorreu com a vigência da Lei 9.983/2000, sendo descabido entender-se implícita a abrangência do preceito, considerada a redação primitiva, no que alcançados os servidores públicos e os exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal" (HC 83.830, 1.ª T., j. 09.03.2004, rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido, o HC 87.227, 2.ª T., j. 21.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie. Na doutrina, veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 154. No entanto, o TRF-2.ª Reg. decidiu expressamente que as modificações introduzidas no art. 327 do CP pela Lei 9.983/2000 eram "meramente interpretativas" e de eficácia *ex tunc* (RSE 199951107591163, j. 26.10.2005, publicado na *JSTJ* 197/464 e citado em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, item 327.2, p. 1850). Outros precedentes são indicados em GRECO, Rogério. Op. cit. na nota 49, p. 1002.

68. Apreciando o problema da competência para processar e julgar o feito, o STJ considerou funcionários públicos federais os fiscais ambientais credenciados pelo Ibama (HC 47.364, 6.ª T., j. 04.04.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

que administrava verbas públicas.[69] No entanto, a ideia de prejuízo poderia servir unicamente como limitação ao art. 327 do CP, e não como critério decisivo de sua interpretação. Do ponto de vista literal, é certo que uma associação, tal como definida na lei civil (art. 53 e ss. do CC/2002), não constitui "empresa prestadora de serviço" (art. 327, § 1.º, 2.ª parte, do CP), pois associação e empresa são noções mutuamente exclusivas: esta tem fim lucrativo, e a primeira, não.[70] De toda forma, o critério do manuseio de dinheiro público origina um raciocínio circular no crime de peculato: o sujeito é considerado funcionário público porque gere dinheiro público, e comete peculato porque se apropria do dinheiro público que geria na qualidade de funcionário. Com isso, toda a apropriação indébita de dinheiro público se converte automaticamente em peculato.

A fim de contornar as dificuldades expostas, poder-se-ia buscar, entre os crimes que têm como elementar a figura do funcionário público, algum que funcionasse como teste, ou prova dos noves, desse conceito. Uma hipótese interessante seria o desacato: funcionário público seria o sujeito suscetível de figurar como sujeito passivo desse delito. No entanto, notáveis vozes defendem que o § 1.º do art. 327 do CP não se aplica aos crimes em que o funcionário público é o ofendido.[71] Muito embora o STF já tenha repelido tal interpretação,[72] o fato é que ela demonstra, em certa medida, que um critério unitário tenderia a obscurecer as especificidades e a *ratio legis* de cada infração que pressupõe de alguma forma um funcionário público.

Assim, em que pese o otimismo de algum autor,[73] os conceitos de cargo, emprego, função, entidade paraestatal e atividade típica da Administração Pública permanecem obscuros, daí decorrendo a falta de contornos seguros para o conceito de funcionário público. Cremos que se impõe a urgente revisão do tema pela doutrina e jurisprudência, com particular atenção a alguns cuidados. Em primeiro lugar, é

---

69. Deixamos de fornecer maiores detalhes do caso porque a apelação nele interposta ainda não foi julgada.

70. Naturalmente, pode-se discutir se o Código Penal, ao falar de *empresa*, tem em vista apenas as sociedades empresárias, tal como conceituadas na lei civil (art. 981 e ss. do CC/2002), ou abrange outras figuras, como as associações e fundações em geral, definidas no Código Civil, ou as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), regidas pelas Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, respectivamente.

71. V., por exemplo, DELMANTO, Celso et al. Op. cit. na nota 21, p. 931, art. 327. Em sentido contrário, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 386.

72. No HC 79.823, já referido no texto. Anteriormente, no RE 107.813 (2.ª T., j. 14.03.1986, rel. Min. Francisco Rezek), o STF havia considerado "quando menos razoável" a orientação diferenciadora.

73. Heleno Cláudio Fragoso (que escreveu, conceda-se, antes da alteração do § 1.º do art. 327 pela Lei 9.983/2000) supunha que "o Código Penal, afastando as controvérsias, determinou com segurança o que se deve entender, para os fins do direito penal, por funcionário público" (op. cit. na nota 9, n. 1051, p. 384). Veja-se, porém, a nota 23.

preciso reconhecer que o art. 327 do CP não é autoexplicativo, e que, com algumas poucas exceções (como a dos membros dos poderes da República, como parlamentares e chefes do Poder Executivo), a noção de função pública é tudo menos óbvia, o mesmo tanto se podendo dizer da "atividade típica da Administração Pública". Um problema cuja existência não se reconhece dificilmente recebe boa solução.[74] Um excelente começo seria deixar de fingir que a afirmação de que "função pública não se confunde com múnus público" resolve alguma coisa e rever criticamente as conclusões atualmente fundamentadas nessa distinção.[75] Outra boa iniciativa seria apurar, em cada caso, quais as efetivas atribuições do empregado terceirizado e do estagiário, antes de se afirmar sem mais que são funcionários públicos.

Em segundo lugar, a grande variedade de situações em que se discute a aplicação do art. 327 do CP sugere a necessidade de se distinguirem algumas questões, sob pena de se sobrecarregar o conceito de funcionário público. Normalmente, interessa ao réu restringir esse conceito, para arguir a atipicidade do fato ou afastar uma causa de aumento de pena; às vezes, porém, convém-lhe ampliá-lo, como no caso da imputação do crime de desobediência, o qual, segundo a jurisprudência dominante, não se verifica quando a ordem desatendida era inerente às funções do funcionário público.[76] Do ponto de vista processual, o réu pode invocar para si a qualidade de funcionário público para exigir a aplicação do art. 514 do CPP, e discutir a condição de funcionário público da vítima em razão do já referido problema da legitimidade ativa para a propositura da ação penal.[77] Por fim, a qualidade de funcionário público federal pode ser determinante da competência da Justiça Federal.[78]

---

74. "A maior das astúcias do Diabo é persuadir-vos de que não existe" (BAUDELAIRE, Charles. *Pequenos poemas em prosa: XXIX – O jogador generoso*. Trad. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em *Charles Baudelaire: poesia e prosa*, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. p. 315).

75. De toda forma, a revisão desse rol de pessoas que exercem múnus público, fornecido por Nélson Hungria (v. nota 85 adiante), é dificultada em razão do previsto no art. 168, § 1.º, II, do CP. Esse dispositivo manda aumentar as penas da apropriação indébita cometida pelo tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial, o que sugere fortemente que esses sujeitos não cometem peculato – certamente o crime mais relevante a lhes ser imputado como funcionários públicos, e que recebe tratamento muito mais severo do que a apropriação indébita agravada. A escolha entre (1) considerar todos esses sujeitos (ou a alguns deles) funcionários públicos com tratamento privilegiado no peculato, (2) excluí-los da própria noção de funcionário público, deixando-os à margem da punição da corrupção passiva, ou (3) buscar-se alguma outra solução – tal escolha escapa ao modesto âmbito deste trabalho.

76. STF, RHC 64.142, 2.ª T., j. 02.09.1986, rel. Min. Célio Borja.

77. Cf. nota 52.

78. Cf. verbete n. 254 da súmula de jurisprudência dominante do extinto TFR: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados".

Como dito, convém separar os problemas. Essa última questão – da competência – talvez pudesse ser resolvida sem necessidade de qualificação do agente como funcionário público. No HC 47.364, julgado pelo STJ e já referido acima,[79] é duvidoso que a afirmação da qualidade de funcionário público do agente fosse indispensável para o reconhecimento de que o crime imputado foi cometido, em tese, "em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (art. 109, IV, da CF/1988), uma vez que o verbete n. 254 da súmula de jurisprudência do TRF punha uma condição suficiente, mas não necessária, para a determinação da competência da Justiça Federal, e que os crimes imputados não eram funcionais.

Curiosamente, em um tema em que a separação dos problemas é mais discutível, a jurisprudência tem-na feito sem peias, ao criar exceções à aplicação do art. 514 do CPP. Assim, a notificação do denunciado para responder antes do recebimento da denúncia à acusação por crime funcional, prevista naquele artigo, seria dispensável quando a denúncia fosse precedida de inquérito policial,[80] ou quando houvesse a imputação conjunta de crimes comuns[81] (isto é, não funcionais).

Mas também no campo material é possível separarem-se aspectos diversos da questão. A maior parte dos crimes que de alguma forma referem a funcionário público – como sujeito ativo (exemplo: peculato), passivo (exemplo: desacato) ou em outra posição (exemplo: corrupção ativa) – exige uma relação entre o fato e as funções do funcionário público; do contrário, toda apropriação indébita cometida por funcionário público seria peculato, e toda injúria a funcionário público seria qualificada (art. 140 c/c art. 141, II, do CP). Pois bem: essa indagação sobre o exercício de função pública pelo sujeito, voltada a determinar se ele é funcionário público, deve ser feita separadamente, e segundo critérios geralmente diversos, da indagação concernente à relação entre o fato e as funções do agente. Além disso, essa última investigação teria de seguir diretrizes próprias para cada tipo de delito. Cremos que tal separação tenderia a proporcionar soluções mais satisfatórias para alguns dos exemplos expostos ao longo do texto:

(1) o empregado da empresa que celebrou convênio com os órgãos de trânsito para manter os radares fixos de controle de velocidade ("pardais"), é funcionário público, por força do art. 327, § 1.º, segunda parte, do CP mas a subtração de um bem dessa mesma empresa não ocorre "valendo-se de facilidade que lhe proporcio-

79. Nota 68.

80. Verbete n. 330 da súmula de jurisprudência do STJ: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do CPP, na ação penal instruída por inquérito policial". Deve-se observar que o STF desautorizou tal entendimento ao julgar o HC 85.779 (j. 28.02.2007, rel. Min. Cármen Lúcia).

81. STF, HC 95.542, 1.ª T., j. 09.12.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC 164.643, 5.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Laurita Vaz, ambos com indicações de precedentes.

na a qualidade de *funcionário* [público]", razão pela qual não deve ser considerada peculato: a qualidade de que o sujeito abusa é de empregado da empresa, e não de *longa manus* da Administração Pública. Já a solicitação por esse mesmo funcionário de alguma vantagem para eliminar uma fotografia comprobatória do excesso de velocidade de um motorista constituiria corrupção ativa.

(2) o empregado da Caixa Econômica Federal é sempre funcionário público, e quando desvia dinheiro no exercício da função, comete peculato. No entanto, se um cliente do banco o insulta em razão de sua recusa em receber o pagamento de dívida vencida estampada em boleto de outro banco,[82] tal injúria não é praticada "contra funcionário público, em razão de suas funções", uma vez que a qualidade de *empregado de banco oficial* é irrelevante no caso. Com isso se evita que o empregado da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil ou de outro banco estatal recebam proteção penal mais intensa do que os bancários em geral. Tal solução parece-nos mais convincente do que a aplicação do § 1.º do art. 327 do CP apenas para o sujeito ativo, aplicação esta que cria problemas quanto ao crime de corrupção ativa (em que o funcionário público não é agente, mas simples destinatário da oferta ilícita).

Essa desvinculação da interpretação do art. 327 do CP e dos tipos penais que de alguma forma aludem a funcionário público já vem sendo feita para alguns dispositivos incriminadores que mencionam unicamente o *cargo*, como é o caso dos arts. 312, *caput* (peculato), 323 (abandono de função) e 325 (violação de sigilo funcional), todos do CP. De fato, se a palavra cargo fosse interpretada nesses dispositivos da mesma forma como o é na exegese do art. 327 do CP,[83] seria forçoso concluir que o empregado público, ou aquele que exerce função sem ocupar cargo (no sentido do art. 327 do CP), não comete violação de sigilo funcional nem peculato; no entanto, não têm faltado condenações por peculato de empregados de empresas públicas.[84] Isso somente é possível porque o termo cargo, no art. 312, vem sendo interpretado diversamente da mesma palavra no art. 327do CP.[85]

---

82. É notório que, após o vencimento, esses boletos geralmente não podem ser pagos em qualquer banco, mas apenas naquele que o emitiu.

83. V. nota 21 acima.

84. Referências em MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit. na nota 34, n. 312.1, p. 1769 e 1770.

85. Alguns (poucos) autores alertam para o fato de que os crimes citados referem apenas a cargo, mas acabam interpretando o termo em sentido ampliativo, abrangente de todas as formas de ocupação de função pública. Guilherme Guimarães Feliciano, por exemplo, considera que "seria impensável, por exemplo, imaginar-se que o agente público exercente de função, mas sem cargo, não pudesse cometer o delito de peculato" (op. cit. na nota 22, p. 302). Para uma análise do problema em relação ao art. 325 do CP, vejam-se Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco, em FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit. na nota 20, p. 1504-1505, art. 323; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. na nota 14, p. 132. O tema também é

Sem dúvida, conservam-se várias dificuldades, como definir se o recepcionista da Polícia Federal é funcionário público, e, em caso positivo, se ele pode ser vítima de desacato. De toda forma, cremos que a compreensão desses problemas aumenta se eles forem desvinculados e enfrentados cada um a seu tempo e modo.

5. CORRUPÇÃO E ATO DE OFÍCIO

Dos aspectos centrais dos crimes de corrupção ativa e passiva, o que mais exigiu a atenção do STF no julgamento da APn 470/MG foi a relação entre a vantagem indevida e o ato de ofício, à qual se dedica o presente tópico.

5.1 Corrupção passiva e ato de ofício potencial

Como já observado,[86] a lei brasileira divide a corrupção em ativa e passiva, ainda que cominando as ambas a mesma pena.[87] Em todo o resto, porém, o STF parece tratar as duas figuras delituosas como verso e reverso da mesma moeda; em especial, transporta para o crime de corrupção passiva, que não a prevê, a exigência legal contida no art. 333 do CP de que a vantagem indevida guarde relação com algum ato de ofício do funcionário público corrompido.[88] Tal orientação, que aproxima os arts. 317 e 333 do CP ao exigir para os dois – e não apenas para o segundo, tal como sugere o texto legal – que a vantagem indevida prometida, solicitada etc. se relacione a algum ato de ofício do funcionário público, foi firmada no julgamento da APn 307/DF (caso Collor),[89] reiteradamente mencionado no acórdão da APn 470/MG, e constitui um dos pontos mais obscuros este último.

---

mencionado por Nélson Hungria (op. cit. na nota 15, n. 135, p. 340), mas o tratamento dispensado ao problema é decepcionante: após salientar que a lei alude a cargo e não ao exercício de função pública, lembra que cargo não se confunde com múnus e exclui do conceito de cargo aquelas mesmas pessoas identificadas como exercentes de simples múnus: tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro, depositário (algumas delas são repetidas nos comentários ao art. 327 – v. nota 50 adiante). No entanto, se o múnus é exterior ao conceito amplo de funcionário público, obviamente o será também à específica modalidade "ocupante de cargo". Com isso, a questão, tão logo denunciada, é varrida para debaixo do tapete.

86. Nota 14.

87. A identidade já existia na redação original do Código e foi mantida pela Lei 10.763/2003, que ampliou as penas desses crimes.

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

89. STF, APn 307/DF, 2.ª T., j. 13.12.1994, rel. Min. Ilmar Galvão. Vigorosamente nesse sentido, já FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 23, vol. 1, n. 114, p. 285. Na APn 470/MG, cita-se frequentemente o parecer de Julio Fabbrini Mirabete apresentado na APn 307/DF, que acreditamos ser aquele publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 4.

Tal obscuridade é denotada pelos desencontros dos ministros em relação aos votos uns dos outros. O relator, e vários outros ministros, enfaticamente se propuseram a manter a orientação firmada no julgamento da APn 307/DF, e exigiram, para o reconhecimento do crime de corrupção passiva, que a vantagem solicitada ou recebida se relacionasse com a possível prática ou omissão de algum ato de ofício pelo funcionário corrupto ou corrompido. No entanto, não exigiam que o ato de ofício efetivamente fosse omitido ou praticado, conforme o caso, bastando-se com a perspectiva dessa prática ou omissão de ato de ofício.[90] Boas sínteses dessa orientação foram oferecidas pelo Min. Mendes e pelo Min. Fux, respectivamente: "é indispensável *ato de ofício em potencial* para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto";[91] "o ato de ofício funciona como elemento atrativo ou justificador da vantagem indevida, mas jamais pressuposto para a configuração da conduta típica de corrupção".[92]

Os Ministros Lewandowski e Toffoli, no entanto, supuseram – ao nosso ver, erradamente[93] – que seus colegas, afastando-se da orientação precedentemente firmada na APn 307/DF, dispensavam essa referência ao ato de ofício em potencial.[94]

---

p. 94. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993, reproduzido na *Revista dos Tribunais*. vol. 834. p. 741. São Paulo: Ed. RT, abr. 2005, e compilado em FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 335. São Paulo: Ed. RT, 2010. .

90. Os Ministros Fux e Mendes falaram em "ato de ofício em estado potencial" (p. 1522) e "ato de ofício em potencial" (p. 4631). O Min. Lewandowski, embora interpretando os votos dos colegas de forma diversa da do texto, e por nós criticada, também se valeu dessa eloquente expressão "ato potencial" (p. 3730).

91. Cf. p. 4361, sem grifos no original. O trecho, naturalmente, tinha em vista a solicitação ou recebimento de vantagem para a *prática* de um ato, e exigiria pequena adaptação para as hipóteses de corrupção para *omissão* ou *retardamento* desse ato.

92. Cf. p. 1522.

93. Os Ministros supracitados decerto conquistaram a adesão de Gianpaolo Poggio Smanio (op. cit. na nota 14), que igualmente parece ter interpretado os votos vencedores como indiferentes a qualquer relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício, ainda que potencial. No entanto, o texto do autor é ambíguo a respeito, ora parecendo exigir o ato de ofício em potencial (item 3, último parágrafo), ora o dispensando (item 6 c). Assim como sucedeu no acórdão da APn 470/MG, cremos que lhe faltou justamente distinguir a exigência de um ato de ofício (ainda que potencial) da *determinação* desse ato de ofício. Sobre essa questão, v. adiante o texto, especialmente o item 5.3.

94. Extrai-se do voto de Lewandowski (p. 3729 e 3730): "O Plenário desta Corte, todavia, por sua douta maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta APn 470/MG, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do CP o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a precisa identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional. Basta, pois, segundo entende a Corte,

Os demais ministros, por sua vez, repeliram a afirmação de que se distanciavam da orientação firmada na APn 307/DF, insistindo que exigiam, sim, o ato de ofício em potencial.[95]

Essa aparente divergência tem duas causas visíveis. A primeira é a imprecisão com que a exigência do ato de ofício potencial foi expressa ao longo dos votos. A advertência, em si correta, de que a efetiva prática do ato de ofício que motivava a solicitação ou recebimento da vantagem[96] era desnecessária,[97] foi feita em algumas passagens de forma ambígua, permitindo a interpretação de que nem sequer o ato de ofício potencial seria necessário para a corrupção passiva.[98] Assim, a frase da min. Weber "a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva",[99] frase esta que tanto pode se referir à literalidade do art. 317 do CP – que efetivamen-

---

para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público". O Min. Toffoli, por sua vez, declarou (p. 4225): "Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despicienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido." O trecho é repetido quase literalmente nas p. 4285 e 4350.

95. Vejam-se os debates orais nas p. 4008 e 4963 e os votos do Min. Celso de Mello, p. 4476, e do Min. Mendes, p. 4361, cit.: "Insisto nesta reafirmação, Sr. Presidente, mormente em face da observação do eminente Ministro Revisor de que a Corte reviu seu posicionamento e abandonou a exigência do ato de ofício. Não é esta minha compreensão. Penso que é muito importante assentar as bases teóricas deste julgamento, inclusive pela repercussão dos precedentes da Corte nas demais esferas do Poder Judiciário. A Jurisprudência firmada na APn 307/DF permanece, portanto, inalterada: é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto".

96. Ou, acrescentamos uma vez mais, a efetiva omissão do ato cuja abstenção motivava a solicitação ou recebimento da vantagem.

97. No acórdão, mencionou-se reiteradamente que a efetiva omissão, retardamento ou prática irregular do ato de ofício é causa de aumento de pena (p. 1126, 1290, 1952, 4080, 4516 etc.), de modo que não integra o tipo básico. O argumento aparece com muita clareza no voto do min. Marco Aurélio (p. 2416).

98. O tipo da corrupção ativa, como já dito no texto, alude expressamente ao ato de ofício potencial (art. 333 do CP).

99. Cf. p. 1099. Outra passagem do voto da ministra que contribui para a ideia de abandono do entendimento firmado na APn 307/DF é aquela em que se afirma que "O precedente desta Suprema Corte consubstanciado no julgamento da APn 307/DF (...) não é aplicável ao presente caso" (p. 1125). No entanto, o que a ministra quis dizer foi apenas que a conclusão adotada naquele julgamento *não aproveitava aos réus*. O trecho é citado por

te não alude ao ato de ofício, o que é feito unicamente no art. 333 do CP, conforme destacado no princípio deste tópico – como à efetiva prática ou omissão do ato de ofício; igualmente dúbios são alguns trechos do voto do Min. Fux: "como já exaustivamente demonstrado, a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito. Basta que a causa da vantagem seja *a titularidade de função pública*";[100] "conclui-se, assim, que o 15.º denunciado (...) recebeu vantagem indevida em razão *das funções exercidas* na Presidência da Câmara dos Deputados".[101] O próprio Min. Lewandowski, em passagem de seu voto, pareceu exigir a efetiva prática do ato de ofício visado pela corrupção para que o crime ocorra:[102] "uma questão recorrente que surge no debate desse tema é se a corrupção passiva exige ou não, para a sua caracterização, a prática de um ato de ofício pelo funcionário público, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada ou recebida. A doutrina mais abalizada, contudo, ressalta que é preciso que o agente pratique, retarde ou omita um ato de ofício relacionado com a vantagem indevida".

Confrontados os diversos votos, e as passagens conflitantes dentro de um mesmo voto, é possível concluir que todos os ministros mantiveram-se na mesma posição intermediária de exigir a relação entre a propina e um ato de ofício, mas dispensar a efetiva realização desse ato.[103] Todavia, como visto, alguns dos votos são bastante confusos a respeito.

A segunda causa dessa polêmica, em que votos convergentes foram tidos como conflitantes por alguns ministros, é o problema da *determinação* do ato de ofício mercadejado. Em outras palavras: o quão certo e delimitado precisa ser o ato de ofício cogitado pelo corruptor ou pelo corrompido (ou por ambos) para que se reconheçam os crimes dos arts. 317 ou 333 do CP? De certa forma, cremos que esse foi o verdadeiro ponto de divergência entre os ministros, e que acabou obscurecido pela falta de precisão dos votos. Tal assunto – a determinação do ato de ofício – será abordado no item 5.3 Antes, porém, é conveniente investigar-se o conceito mesmo de ato de ofício.

5.2 *Conceito de ato de ofício*

Uma vez que os crimes dos arts. 333 e 317 do CP – aquele por expressa dicção legal, e este pela interpretação do STF firmada no julgamento da APn 307/DF e

---

Gianpaolo Poggio Smanio, cuja interpretação do acórdão, como já dito (nota 93), não nos parece acertada (Smanio, Gianpaolo Poggio. Op. cit. na nota 14, item 3).

100. Cf. p. 1529 e 4053, sem grifos no original.

101. Cf. p. 1527, sem grifos no original.

102. Cf. p. 951.

103. Ou sua omissão, se a propina se voltava justamente a impedir que um ato fosse praticado.

mantido no da APn 470/MG – se relacionam a um ato de ofício, a exegese desses dispositivos passa pela fixação do conceito deste.

Em relação a esse conceito, a questão mais relevante no julgamento da APn 470/MG era se a mercancia, pelos congressistas, de seus votos em relação a projetos de lei e de emenda constitucional, e, mais especialmente, se a venda de apoio aos projetos de interesse do governo constituía corrupção passiva.[104]

Neste ponto, o acórdão da APn 470/MG reúne considerações de ordens e qualidades bastante díspares. O min. Mendes, em mais de um ponto, transcreve a lição de Paulo José da Costa Júnior, em trecho que principia com a frase "a expressão ato funcional não é empregada no sentido técnico de ato administrativo".[105] Tal afirmação talvez seja correta, mas diz muito pouco sobre o que é ato de ofício;[106] o mesmo sucede com o esclarecimento do Min. Britto de que ato de ofício, para os crimes de corrupção, não é apenas o ato que o agente público pode praticar *de ofício*, isto é, sem provocação.[107] Uma vez mais, advertimos para a insuficiência de definições mínimas e negativas (que dizem que A é mais amplo que B, ou que A não é idêntico a B). Mas a consideração verdadeiramente problemática veio do relator, Min. Barbosa, o qual, baseando-se em excerto de Cirino dos Santos,[108] afirmou: "assim, como elemento normativo do tipo, o 'ato de ofício' deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico".[109] Sucede que o trecho transcrito da obra de Cirino dos Santos se refere ao problema do *objeto do dolo* (ou seja, para o problema do grau de conhecimento e compreensão que *o agente* deve possuir para que se possa dizer que ele praticou, omitiu, comercializou etc. ato de ofício) e não à interpretação dos elementos normativos. A tradicional fórmula de Mezger, segundo a qual a compreensão exigida do agente para que se possa afirmar o dolo em relação aos elementos normativos do

104. De acordo com o relatório que principia o acórdão, alguns réus arguiram que o voto parlamentar e o compromisso de apoio não constituem atos de ofício dos deputados federais (p. 254; 269).

105. Cf. p. 2316, 2411, 4360.

106. Deixemos claro, porém, que nem o Min. Mendes nem o autor por ele citado se bastaram com essa afirmação. A referência fornecida é "Paulo José da Costa Junior, Direito Penal Objetivo, Forense, p. 573" (o mesmo trecho aparece em COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. Op. cit. na nota 21, p. 1159, art. 317).

107. Cf. p. 4445. Aqui também ressalvamos que o min. Britto não limitou suas considerações a essa distinção.

108. Referência na p. 3703: "SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal - parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 154". O trecho aparece praticamente idêntico já na 1.ª ed. (*Direito penal: Parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 134), que foi a por nós consultada.

109. Cf., p. 3680.

tipo, é apenas aquela "valoração paralela na esfera do profano",[110] e a advertência de Beling de que a exigência da compreensão exata, por parte do agente, desses elementos normativos, faria com que apenas juristas pudessem cometer crimes,[111] nada dizem sobre o modo como *o juiz* deve interpretar os elementos normativos do tipo penal. Pelo contrário: a pesquisa de critérios específicos para a afirmação do dolo frente aos elementos normativos do tipo pressupõe justamente que o juiz possa (ou deva) interpretá-los de forma diversa do leigo, pois se todo elemento normativo devesse ser compreendido no sentido comum das palavras, como parece supor o Ministro Relator, *o problema da determinação do dolo em relação a tais elementos sequer existiria*: a fixação do tipo objetivo automaticamente delimitaria o tipo subjetivo em todas suas nuanças. Felizmente, essa afirmação equivocada sobre os elementos normativos do tipo permanece isolada nas oito mil e tantas páginas que compõem o acórdão e, com um pouco de sorte, não fará escola.

Além dessas definições mínimas e negativas, segundo as quais o ato de ofício não é algo, ou não se confunde com algo, e do mau uso das considerações de Cirino dos Santos, o acórdão contém algumas indicações do que seria ato de ofício, para efeitos dos arts. 317 e 333 do CP. Na mesma linha da interpretação pelo sentido vulgar da linguagem, o min. Britto propõe que "à expressão legal 'ato de ofício' deve corresponder o sentido coloquial de 'ato do ofício' a cargo do agente público corrompido",[112] muito embora seja discutível que no plano coloquial da comunicação sequer exista a expressão "ato de ofício". A maior parte das definições propostas associa o ato de ofício à esfera de atribuições do funcionário: assim, para o Min. Celso de Mello, o ato de ofício "deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas [do funcionário] atribuições funcionais"[113] ou estar "inscrito em sua esfera de atribuições funcionais".[114-115]

---

110. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal* (*Strafrecht, ein Lehrbuch*², 1933). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949. t. II (a versão alemã é em um volume), § 44, I, p. 134.

111. Idem, que cita a obra de Beling *Die Lehre vom Verbrechen* (*A doutrina do crime*), de 1906. Veja-se ainda BELING, Ernst Ludwig Von. *Esquema de derecho penal* (*Grundzüge des Strafrechts*¹¹, 1930), lançada em castelhano juntamente com *La doctrina del delito-tipo* (*Die Lehre von Tatbestand*, 1930). 2. ed. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 111; 117.

112. Cf., p. 4505.

113. Cf., p. 2443.

114. Cf., p. 2446 – a expressão "esfera de suas atribuições funcionais" é repetida na p. 4477.

115. O Min. Mendes, por sua vez, invocou a lição de Hungria, segundo a qual "o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração" (p. 2316, 4361). A referência fornecida é HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, p. 369"; na edição por nós consultada (op. cit. na nota 15), o trecho fica na p. 371, n. 143.

Essas definições têm o duplo defeito de supor esperadamente que, para cada cargo, emprego ou função pública, o feixe de atos a eles inerentes seja bem delimitado, e de deixar impunes as aceitações e promessas de vantagens voltadas à prática de atos materiais ao alcance do sujeito, mas que não compõem exatamente suas atribuições. Pense-se no serventuário da justiça lotado no cartório da vara que aceita propina para alterar a ordem de armazenamento dos autos dos processos conclusos para sentença no gabinete do juiz, sabendo que essa ordem corresponde à ordem em que os processos serão julgados.[116] Uma vez que essa ordenação não é atribuição do funcionário corrupto, esse fato haveria de permanecer impune.

Mas o mesmo acórdão da APn 470/MG contém outras definições que parecem contentar-se com a simples *proximidade* entre o ato de ofício praticado (ou omitido) e as funções do agente. Assim, a definição de Rui Stoco, transcrita pelo Min. Celso de Mello: "o ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício (...). Deve, todavia, o ato ser da competência do agente *ou estar relacionado com o exercício de sua função*".[117] Já o rel. Min. Joaquim Barbosa, citando o voto do Min. Ilmar Galvão na APn 307/DF, considerou que basta que o "ato subornado caiba no âmbito dos *poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente*"; um pouco adiante, transcreve excerto do voto do Min. Celso de Mello na mesma APn 307/DF de difícil classificação: "constitui elemento indispensável [para o crime de corrupção passiva] (...) a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público".[118] Confessamos nossa dificuldade em discernir se o circunlóquio "ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público" efetivamente exige que o ato componha o feixe de atribuições do agente ou não; essa mesma perplexidade se apresenta diante da frase "ato relacionado àqueles que compõem o pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo"[119] formulada pelo Min. Celso de Mello no acórdão da APn 470/MG. De toda forma, o mesmo Min. Britto, em outra parte de seu voto, endossa a opinião de Cezar Roberto Bitencourt, segundo a qual, "para a configuração do crime de corrupção

116. Mais claramente: o funcionário aceita propina para "pôr em cima da pilha" os autos de um processo de interesse do corruptor, ou para "pôr embaixo da pilha" os autos de um processo cujo julgamento é receado por este.

117. Cf., p. 2446. As referências bibliográficas fornecidas são: "'*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 1647". Na edição por nós consultada (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (orgs.). Op. cit., nota 20), a passagem aparece, ligeiramente modificada, nos comentários ao art. 317, p. 1469.

118. Cf., p. 3681.

119. Cf., p. 4477.

ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado".[120]

Como se vê, as definições fornecidas não são muito alentadoras, e os Min. Britto e Celso de Mello não conseguem deixar claro se o ato de ofício tem de estar compreendido nas atribuições do funcionário público ou se basta um vínculo mais tênue. Em particular, seguimos sem saber como o STF, em sua composição atual, enfrentaria o caso do serventuário que ordena e acomoda os autos judiciais conforme os lances dos litigantes. De toda forma, no caso específico do mensalão, deve-se ao min. Britto uma solução admiravelmente engenhosa para relacionar o "apoio parlamentar" dos deputados corrompidos ao elemento do tipo "ato de ofício": oferecer dinheiro em troca do apoio dos deputados da oposição, os corruptores procuravam garantir a *omissão de quaisquer atos de impugnação* dos projetos de lei de interesse do governo.[121]

Por fim, não há dúvida alguma de que o voto de projetos de lei e de emendas à Constituição Federal, bem como o debate desses projetos, constitui ato de ofício do parlamentar; no dizer do Min. Celso de Mello, "o exercício do voto, pelos membros do Congresso Nacional, talvez represente o mais expressivo dos momentos em que se desenvolve a prática do ofício parlamentar";[122] "a votação parlamentar traduz, de modo expressivo, exemplo conspícuo e clássico de ato de ofício por excelência".[123]

5.3 Determinação do ato de ofício potencial

Conforme visto nos tópicos anteriores, a corrupção ativa e a passiva, segundo a interpretação do STF, exigem a relação entre a vantagem indevida solicitada, prometida etc. e algum ato de ofício; além disso, o voto e apoio do parlamentar aos projetos de interesse do governo constituem atos ou omissão de atos de ofício. Falta precisar, contudo, qual o *grau de determinação* que o ato de ofício a praticar ou omitir deve possuir no momento de sua mercantilização.

Como adiantado, deve-se em parte a esse tema a divergência dos ministros acerca da compatibilidade do decidido na APn 470/MG com aquele entendimento firmado na APn 307/DF (segundo o qual o crime de corrupção passiva também exigia relação com algum ato de ofício); talvez seja mesmo possível dizer que essa foi a verdadeira divergência entre os Ministros Lewandowski e Toffoli e os demais. Isso porque imputar-se a alguém a oferta de dinheiro a um parlamentar para que este genericamente "apoie

120. Cf., p. 4510. A referência indicada é "Cezar Roberto Bittencourt [*sic*]. *Código Penal comentado*. 6. edição, 2012. p. 248". O trecho também aparece, idêntico, no *Tratado de direito penal* (op. cit. na nota 14), p. 212.

121. Cf., p. 4447, 4557 e 5213. Essa forma de ver o apoio político também foi sugerida, com um pouco menos de clareza, pela Min. Carmén Lúcia (p. 1953).

122. Cf., p. 4445.

123. Cf., p. 4482.

os projetos de interesse do governo" é bem diferente de imputar-se a oferta de dinheiro para que o parlamentar vote em determinado sentido em uma certa votação.[124]

Também aqui alguns votos não primaram pela exatidão. O Min. Fux, abordando diretamente a questão em análise, estatuiu que "não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, *certo*, *preciso* e *determinado*",[125] mas adiante considerou que "é indispensável, para caracterizar a corrupção passiva, que o agente público, ao receber a vantagem indevida, saiba para que ele está recebendo (para praticar *certo* e *específico* ato de ofício)".[126] O Min. Britto foi mais consistente, transcrevendo trecho de Regis Prado segundo o qual "não é necessário que no momento em que o funcionário solicita ou recebe a vantagem o ato próprio de suas funções esteja individualizado em todas as suas características. Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida – isto é, a natureza do ato objeto da corrupção".[127]

Essa mesma passagem de Regis Prado foi transcrita pelo Min. Toffoli como portadora do mesmo sentido da exposição de Nucci.[128] No entanto, verifica-se que este último autor é muito mais flexível em relação à exigência da relação da vantagem indevida com um ato de ofício, conforme os excertos transcritos no voto do próprio Min. Toffoli: "a pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar preparando o funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite, algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo. (...). [Uma oferta nessas condições constitui] corrupção passiva do mesmo modo, pois fere a moralidade administrativa".[129-130]

---

124. Enquanto o problema de exigir-se ou não, para a ocorrência dos crimes de corrupção ativa e passiva, a relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício (ainda que potencial) é qualitativo e comporta apenas duas respostas possíveis, o problema da determinação do ato de ofício relacionado à vantagem indevida (caso ele seja exigido, obviamente) é quantitativo e admite graduações. No entanto, se afrouxada em excesso a exigência de determinação do ato de ofício, ela praticamente se dissolve, retornando-se à posição segundo a qual a própria relação entre propina e ato de ofício é dispensável. Vejam-se adiante no texto as observações sobre a exposição de Guilherme de Souza Nucci. Ainda assim, julgamos possível e necessário distinguir as duas questões.

125. Cf., p. 1522, sem grifos no original.

126. Cf., p. 1524, sem grifos no original.

127. Cf., p. 2475. A referência fornecida é "PRADO, Luiz Régis [*sic*] Prado [*sic*]. Curso de direito penal brasileiro. vol. 3, 2012, p. 579". Na 9. ed., por nós consultada (op. cit. na nota 18), o trecho está na p. 591.

128. Cf., p. 4230.

129. Cf., p. 4230. A referência fornecida é "*Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1111". Na 13. edição, por nós consultada (op. cit. na nota 21), o trecho aparece na nota 94 ao art. 317, p. 1182.

130. A outra passagem do acórdão que nos sugere a relação entre aquela controvérsia, descrita no item 5.1, e o problema da determinação do ato de ofício mercantilizado, pertence ao

Assim, bem vistas as coisas, a divergência entre os ministros não se devia tanto à questão necessidade de que a vantagem se relacionasse a um futuro ato (ou omissão de ato) de ofício, mas sim ao problema da delimitação desse ato no momento da prática do crime (ou seja, da oferta ou aceitação da propina).[131] A orientação de Guilherme de Souza Nucci praticamente anula a exigência de vinculação da vantagem indevida ao ato de ofício potencial, uma vez que se contenta com um ato meramente eventual e absolutamente indeterminado, que talvez jamais tenha o ensejo de ocorrer; no fundo, retorna à dicção literal do art. 317 do CP, que exige que a vantagem se deva apenas à *função pública* do servidor corrupto, sem referência explícita a algum *ato de ofício*. Já Luiz Regis Prado, cuja opinião foi erroneamente identificada pelo Min. Toffoli com a de Guilherme de Souza Nucci, consente com certa indeterminação do ato de ofício potencial motivador da vantagem, mas não o dispensa por completo.

Assim, embora o Min. Toffoli (juntamente com o Min. Lewandowski), atribua aos demais ministros o abandono da orientação firmada pelo STF na APn 307/DF – qual seja, de exigir que a vantagem indevida se relacione a um ato de ofício potencial – o fato é que foi ele próprio quem, ao invocar a referida opinião de Guilherme de Souza Nucci, mais se distanciou daquela orientação.

Cremos que a completa (ou quase completa) dispensa da vinculação da vantagem a um ato de ofício tende a criar atritos entre os arts. 333 e 317 do CP. Com efeito, tem-se entendido que o pagamento de vantagem indevida, pelo particular, constitui participação no crime de corrupção passiva, e só não é punido a tal título porque conta com incriminação específica.[132] Mas se isso for correto, então a referência

---

voto do outro Ministro para quem o STF, no julgamento da APn 470/MG, abandonava as premissas firmadas no julgamento da APn 307/DF, ou seja, o Min. Lewandowski (p. 3729): "O Plenário desta Corte, todavia, por sua douta maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta APn 470/MG, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do CP o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a *precisa* identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de *determinado* ato funcional" (sem grifos no original).

131. O Min. Mendes insinuou essa mesma interpretação na p. 4361, mas em seguida vinculou a controvérsia a problema diverso – o da efetiva realização (ou abstenção) do ato: "Debate-se, é certo, quanto à exigência de um determinado ato. Penso que a defesa labora em equívoco conceitual. A exigência de determinação do ato funcional está relacionada à imprescindível conexão entre o ato e a função pública e não, propriamente, ao ato materializado, pois é indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não. Não estou a defender, por óbvio, que a imputação possa ser genérica, abstrata, despida de conteúdo descritivo mínimo, mas que a relevância penal é a mercancia da função púbica e não o ato em si (inclusive porque pode ser lícito)".

132. Contra, ponderando que dar vantagem indevida (possibilidade não prevista no art. 333 do CP) não constitui participação no recebimento dessa vantagem (esta, sim, incriminada pelo art. 317 do CP), FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. na nota 9, n. 1154, p. 472.

a ato de ofício no art. 333 do CP se torna inócua nos casos de corrupção bilateral, pois ela não aparece expressa no art. 317 do CP. Em outras palavras: por mais que o Código Penal exija, na corrupção ativa (art. 333 do CP), a relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício, o particular que sucumbisse à solicitação feita pelo funcionário público em razão de sua função, mas sem qualquer referência, implícita ou explícita, a algum ato de ofício, acabaria incorrendo em participação no crime de corrupção passiva, sofrendo as mesmas penas. Assim, julgamos que a tendência do STF de identificar os requisitos típicos dos arts. 317 e 333 do CP é correta, e a única forma de fazê-lo é acrescentar ao art. 317 do CP as exigências adicionais do art. 333 do CP, pois o caminho contrário – supressão das exigências abundantes do art. 333 do CP – obviamente violaria o princípio da legalidade.

De toda forma, alguma vaguidade quanto ao ato de ofício potencial, no momento da ação típica de corrupção – seja ela ativa, passiva ou bilateral – é inevitável, e a exigência de uma precisão absoluta do ato de ofício posto à venda implicaria ou a inutilidade da previsão legal, ou (o que consideramos mais provável) a infestação de presunções e ficções na jurisprudência. Se um empresário ajusta com um juiz trabalhista de sua cidade o pagamento mensal de propina para que este "alivie" no julgamento das inúmeras ações trabalhistas por ele sofridas, é impossível associar cada pagamento a certo ato de ofício: no exemplo dado, se o empresário deixa a critério do juiz corrupto a seleção dos casos que permitam o favorecimento – uma vez que o êxito do empresário em todas as reclamatórias trabalhistas julgadas pelo mesmo magistrado inevitavelmente despertaria suspeitas – nem ele próprio será capaz de dizer quais foram as sentenças que comprou, e quais foram as sentenças favoráveis que apenas exprimiram o sincero entendimento do juiz. Assim, se se exigisse, para o reconhecimento do crime de corrupção, uma correlação estreita entre cada pagamento e cada ato de ofício comercializado, justamente os casos mais graves de simbiose entre o público e o privado não seriam puníveis como corrupção. Como os tribunais dificilmente consentiriam com esse resultado, a consequência previsível de tal entendimento seria o fingimento de que as provas do processo permitiriam associar as vantagens a certos e específicos atos de ofício, perfeitamente identificados já no momento da oferta ou promessa delas.

Por tais razões, é preciso transigir com alguma indeterminação do ato de ofício mercanciado, com o cuidado de não aniquilar a própria exigência desse elemento dos tipos de corrupção ativa e passiva. Cremos que a "compra de votos e de apoio parlamentar para os projetos de interesse do governo" tem um grau aceitável de determinação para a incidência dos arts. 317 e 333 do CP.[133]

133. Alamiro Velludo Salvador Netto, em seus comentários ao tratamento dos crimes de corrupção no julgamento da APn 470/MG (*Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG*, RT 933. p. 47. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, itens 3 e 4), chegou perto do problema da determinação do ato de ofício, mas não soube

6. Considerações finais

A interpretação feita pelo STF dos arts. 317 e 333 do CP no julgamento da APn 470/MG levou a resultados corretos. No entanto, se a qualificação dos agentes considerados corruptos como funcionários públicos foi simples e imediata, tal facilidade não deve iludir os problemas por trás do art. 327 do CP. Da mesma maneira, a conclusão inobjetável de que os votos e o "apoio parlamentar" constituem atos de ofício razoavelmente determinados não deve obscurecer as incertezas do conceito desses atos. Por fim, e mais importante, concluímos que o STF não se afastou da orientação firmada na APn 307/DF, de se exigir, para os crimes de corrupção ativa e passiva, a relação da vantagem indevida a um ato de ofício potencial, e que as divergências se referem ao grau de concretização que esse ato deve possuir quando de sua comercialização. Quanto a esse ponto, embora seja necessário transigir com alguma indeterminação, ela não pode ser tão intensa a ponto de anular esse requisito do tipo.

7. Bibliografia

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Baudelaire, Charles. *Pequenos poemas em prosa: XXIX – O jogador generoso*. Trad. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira em *Charles Baudelaire: poesia e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

Beling, Ernst Ludwig von. Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo (Grundzüge des Strafrechts[11], 1930; Die Lehre von Tatbestand, 1930). 2. ed. Buenos Aires: El Foro, 2002.

Bento de Faria, Antonio. *Código Penal (comentado)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. vol. 7.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.

distingui-lo suficientemente da questão acerca da necessidade de que o ato venha a ser praticado (ou omitido ou retardado). Em particular, algumas passagens do trabalho parecem sugerir que a consumação do crime de corrupção depende da efetiva prática do ato de ofício comercializado (por exemplo: "nesse ponto não se está mais a debater a natureza do ato de ofício, se lícito ou ilícito, mas sim a imprescindibilidade, ou não, de sua própria *existência*", ou "os julgadores de certa forma deixaram de lado maiores preocupações em declinar as efetivas provas, por exemplo, acerca de quais votações *tiveram parlamentares expressando seu posicionamento em razão de um interesse maculado pelas dádivas recebidas*" – as duas passagens sem grifos no original), o que não tem fundamento algum (v. nota 97 acima). De toda forma, merece registro a sugestão do autor de que a exigência da relação entre a vantagem indevida e o ato de ofício possa variar de acordo com a natureza das funções públicas exercidas pelo funcionário (item 4, *in fine*).

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 89. p. 131. São Paulo: Ed. RT, mar. 2011.

Casolato, Roberto Wagner Battochio. A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal. In: Franco, Alberto Silva; Nucci, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 415. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 22. p. 89. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998).

COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Crimes contra a Administração – Atualização e reforma penal – Por uma atualização forma e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 287. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 32. p. 55. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1979. vol. 2.

_____. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 2.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 4.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal (Strafrecht, ein Lehrbuch*², 1933). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949. t. II (a versão alemã é em um volume).

MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal*. vol. 6. p. 335. São Paulo: Ed. RT, 2010 (publicado originalmente na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 4. p. 94. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993 e reproduzido na *Revista dos Tribunais*. vol. 834. p. 741. São Paulo: Ed. RT, abr. 2005).

_____; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 47. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 195. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

Acórdãos proferidos pelo STF, disponíveis em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. STF. APn 307, 2.ª T., j. 13.12.1994, rel. Min. Ilmar Galvão.

_____. APn 470, j. 17.12.2012, rel. Min. Joaquim Barbosa.

_____. RE 107.813, 2.ª T., j. 14.03.1986, rel. Min. Francisco Rezek.

_____. RHC 79.823, 1.ª T., j. 28.03.2000, rel. Min. Moreira Alves.

_____. RHC 54.197, 2.ª T., j. 09.03.1976, rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 77/791).

_____. RHC 83.830, 1.ª T., j. 09.03.2004, rel. Min. Marco Aurélio.

_____. RHC 87.227, 2.ª T., j. 21.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie.

_____. RHC 64.142, 2.ª T., j. 02.09.1986, rel. Min. Célio Borja.

_____. RHC 85.779, j. 28.02.2007, rel. Min. Cármen Lúcia.

_____. RHC 95.542, 1.ª T., j. 09.12.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Acórdãos proferidos pelo STJ, disponíveis em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. STJ. CComp 26.424, 3.ª Sessão, j. 22.05.2002, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. CComp 27.074, 3.ª Sessão, j. 14.06.2000, rel. Min. Felix Fischer.

_____. CComp 2.806, 3.ª Seção, j. 19.03.1992, rel. Min. Cernicchiaro.

_____. REsp 1.303.748, 6.ª T., j. 25.06.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

_____. REsp 331.055, 6.ª T., j. 26.06.2003, rel. Min. Paulo Medida.

_____. REsp 466.357, 5.ª T., j. 28.09.2004, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. REsp 466.357, 5.ª T., j. 28.09.2004, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. REsp 714.236, 5.ª T., j. 19.05.2005, rel. Min. Felix Fischer.

_____. REsp 762.249, 5.ª T., j. 02.02.2006, rel. Min. Gilson Dipp.

_____. RHC 1.208, 6.ª T., j. 18.06.1991, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

_____. RHC 11.691, 6.ª T., j. 21.02.2002, rel. Min. Vicente Leal.

_____. RHC 1.469, 6.ª T., j. 16.10.1991, rel. Min. Carlos Thibau.

_____. RHC 1.371, 6.ª T., j. 26.05.1992, rel. Min. Carlos Thibau.

_____. RHC 1.294, 6.ª T., j. 23.06.1992, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
_____. RHC 1.351, 6.ª T., j. 04.08.1992, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
_____. RHC 22.611, 6.ª T., j. 16.12.2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
_____. RHC 9.602, 6.ª T., j. 23.05.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
_____. RHC 52.989, 5.ª T., j. 23.05.2006, rel. Min. Felix Fischer.
_____. RHC 3.900, 6.ª T., j. 12.09.1994, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.
_____. RHC 2.904, 6.ª T., j. 29.11.1994, rel. Min. Adhemar Maciel.
_____. RHC 8.954, 6.ª T., j. 07.11.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido.
_____. RHC 17.321, 5.ª T., j. 28.06.2005, rel. Min. Felix Fischer.
_____. RHC 8.267, 6.ª T., j. 27.04.1999, rel. Min. Vicente Leal.
_____. RHC 8.174, 5.ª T., j. 18.02.1999, rel. Min. Edson Vidigal.
_____. RHC 7.966 e 8.271, 5.ª T., j. 18.05.1999, rel. Min. Gilson Dipp.
_____. RHC 47.364, 6.ª T., j. 04.04.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.
_____. RHC 164.643, 5.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Laurita Vaz.

Acórdão proferido pelo TRF-2.ª Reg., disponível em: [www.trf2.jus.br]. Acesso em: 31.10.2013:

BRASIL. TRF-2.ª REG. RSE 199951107591163, 1.ª T. Especializada, j. 26.102005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440 (DTR\2004\144);
- Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal, de Gianpaolo Poggio Smanio – *RT* 933/195 (DTR\2013\3782);
- O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo, de Lenio Luiz Streck – *RT* 933/297 (DTR\2013\3785);
- Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública, de Antonio do Passo Cabral – *RT* 933/131 (DTR\2013\3779); e
- Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RT* 933/47 (DTR\2013\3795).

66796

Direito à autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais

Right to self-defense and technical defense at the Inter-American Court of Human Rights: a case analyzes and comparisons with the national rules

Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mestre e Doutoranda em Direito Penal pela USP. Especialista em Ciências Criminais pelas Universidades de Barcelona e Pompeu Fabra.

Debora Mota Cardoso

Mestre e Doutora em Direito Penal pela USP. Advogada.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa analisar as técnicas processuais que integram o direito de defesa em modalidades pouco destacadas, mas igualmente importantes, como o direito de escolha e entrevista com o defensor, direito de defender-se pessoalmente, direito à assistência consular e à presença em audiência, enquanto manifestações da autodefesa. Procede-se então ao estudo da defesa técnica. Esse estudo é empreendido com base na legislação nacional após a reforma do Código de Processo Penal, e baseia-se também nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante ao direito de defesa. As decisões da Corte são apresentadas com o intuito de se investigar sua influência na formatação das garantias processuais da defesa do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Direito de defesa - Defesa técnica - Autodefesa - Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: The present paper intends to analyze procedural techniques which integrate the right to defense in such seldom discussed - though equally important - modalities as the right to choosing and interviewing the defender, the right to self-defense in court, the right to diplomatic assistance and to be present at the hearing, all of them different forms of self-defense. We then proceed to the study of technical defense. This study is undertaken based on national legislation after the reform of the Code of Criminal Law Procedures as well as on the rulings of the Inter-American Court of Human Rights with regard to the right of self-defense. The rulings of the Court are presented with the purpose of clarifying their influence in the formatting of procedural guarantees in defense under Brazilian criminal law procedures.

Keywords: Right to defense - Technical defense - self-defense - Inter-American Court of Human Rights.

Sumário: I - Notas introdutórias - II - Conceito e natureza jurídica - III - Direito de defesa no direito internacional e interno - IV - Autodefesa: a) Direito a defender-se pessoalmente; b) Direito à presença na audiência - V - Defesa técnica: a) Direito à defesa técnica; b) Obrigatoriedade da

defesa: acusado e defensor; c) Direito à defesa gratuita; d) Direito de entrevista; e) Direito de escolha do defensor; f) Tempo e meios de preparação da defesa; g) Direito à assistência consular – VI – Conclusão – VII – Bibliografia.

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito à autodefesa e à defesa técnica – exercida por defensor – no âmbito do direito processual penal sob a perspectiva dos direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da análise de casos julgados pela Corte Interamericana e, subsidiariamente, da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com especial referência a algumas demandas concretas submetidas à CIDH.[1]

O direito à defesa no processo penal – conjuntamente ao direito a um julgamento justo e às garantias do juízo (juiz natural, imparcial, competente e legitimamente constituído) – constitui uma das garantias fundamentais previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como na maioria das constituições dos Estados-parte, visto que representa um veículo para a efetivação de outros direitos fundamentais.

Conforme ressaltam Maria Thereza R. A. Moura e Cleunice A. V. Bastos, as garantias só existem se houver meios destinados a fazer valer o direito. As garantias processuais "são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo dos direitos".[2] O processo, levado a cabo sem a participação efetiva da defesa, não tem o condão de assegurar o direito pleiteado como mérito no processo, como teremos oportunidade de verificar em alguns julgados da Corte Interamericana.

Depois da apresentação do conceito e da natureza jurídica do direito de defesa e da autodefesa, abordaremos em seguida o direito de todo acusado a defender-se pessoalmente e estar presente nos atos processuais, para então, sob vários ângulos, analisarmos o direito à defesa técnica.

II – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Conforme ensinam Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho,[3] a defesa processual tem dois aspectos: a defesa técnica e a autodefesa. Ensinam os autores que a defesa técnica é condição da paridade de armas e instrumento im-

1. Castillo Petruzzi vs. Peru; Hilaire, Constantine, Benjamim e outros vs. Trinidad e Tobago; Tibi vs. Equador; Goddi vs. Itália; e Poitrimol vs. França.
2. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 4, vol. 1, 1993. p. 110-125. A citação encontra-se à p. 111.
3. *As nulidades do processo penal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 79.

prescindível para a garantia do contraditório e da imparcialidade do juiz. Na opinião de Ada Grinover,[4] a defesa técnica é uma garantia constitucional irrenunciável pelo acusado.

Temos assim que o princípio da ampla defesa é composto por duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa,[5] que, por sua vez, se divide no direito à audiência e no direito de presença, no âmbito nacional, composto ainda pelo direito de defender-se por si próprio, conforme previsto nas Convenções Interamericana e Europeia de Direitos Humanos.[6]

O direito de defesa pode ser conceituado como o direito conferido ao acusado de pleitear a "tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade",[7] de ter acesso aos meios efetivos de participação equitativa no processo com o fim de preservar sua liberdade. Representa, desse modo, a oposição à acusação e tem natureza jurídica de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.

Interpreta-se que o direito de defesa é um direito abstrato, pois não está vinculado ao mérito da ação penal, à inocência ou à culpa do acusado; diferentemente disso, sua existência se dá em virtude de uma acusação contra qualquer pessoa. Ele se manifesta na pura proteção do direito de liberdade, que, por sua vez, é integrado por outros diversos direitos instrumentais, tais como o direito à utilização dos meios de prova pertinentes, direito ao silêncio e à assistência por advogado.[8]

A defesa pode referir-se tanto ao direito subjetivo que o acusado tem de apresentar suas razões e ser defendido por um advogado, quanto ao direito objetivo de poder reunir provas ou participar da produção de provas (chamada pela doutrina de defesa em sentido estrito, materializada nas defesas e exceções propriamente ditas).[9]

No caso do conjunto de atividades desempenhadas pessoalmente pelo acusado durante o processo, o que caracteriza a autodefesa (no interrogatório, por exem-

4. Defesa contraditória, igualdade, *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, p. 8.

5. BADARÓ, Gustavo H. R. *Direito Processual Penal*, Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 13.

6. HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Vv. Aa. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Göttingen: Fundação Konrad Adenauer, 2010, p. 360.

7. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia, cit., p. 114.

8. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 258.

9. MONTOLIU, Ana Beltrán. *El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UJI/AVAILABLE/TDX-0212109-112447//beltran2.pdf>, p. 81.

plo), a doutrina a define como defesa genérica, que será complementar à defesa técnica, exercida por profissional de qualificação equivalente à do acusador (no processo penal brasileiro, com a mesma formação dos membros do Ministério Público). Na atuação da defesa há, portanto, uma integração complementar entre as ações do acusado, no exercício da autodefesa, com a atuação técnica do defensor.[10]

Entre as garantias previstas pelas mencionadas Convenções de Direitos Humanos, o direito de defesa é essencial e tem definição bastante semelhante. Trata-se do direito fundamental atribuído às partes, que consiste basicamente na necessidade de que estas sejam ouvidas, que possam alegar e demonstrar argumentos para influenciar a decisão judicial e que conheçam e possam debater sobre os elementos de fato e de direito que também sejam relevantes para a resolução judicial.[11]

Em síntese, podemos descrever o direito de defesa como oposição à acusação, com natureza jurídica de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.[12] É o direito do acusado de defender sua liberdade da maneira mais ampla, podendo ser exercido por meio da defesa técnica ou da autodefesa. De acordo com as Convenções, não é permitida qualquer restrição desses direitos, mesmo em casos de estado de exceção, como asseverou a Corte Interamericana na Opinião Consultiva 9/1987, requisitada pelo Uruguai.

No direito penal internacional, o direito à ampla defesa é um instrumento, o principal meio em que se efetivam as garantias judiciais de acesso à justiça e efetividade do processo.[13] A Corte Interamericana, na Opinião Consultiva 8/1987,[14] interpretou as garantias processuais como "garantias que servem para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito".

III – DIREITO DE DEFESA NO DIREITO INTERNACIONAL E INTERNO

A consolidação do direito de defesa, especialmente no cenário internacional, acompanha a trajetória do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especial-

10. V. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia, cit., p. 115.

11. AROCA, J. Montero et alli, Derecho jurisdicional I *apud* MONTOLIU, Ana Beltrán. *El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*... cit., p. 78.

12. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal*..., cit, p. 253 e ss.

13. V. BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção europeia dos direitos do homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 151: "Todo o indivíduo deve ter a possibilidade de apresentar a sua causa perante um tribunal, com livre acesso e o domínio dos meios materiais e humanos necessários. E perante um tribunal com plena jurisdição."

14. OC 8/1987, § 25. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>.

mente aqueles consolidados a partir da Segunda Guerra Mundial.[15] O estabelecimento do direito de defesa enquanto direito humano fundamental foi intensamente debatido durante a preparação para a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1947. Entretanto, como não se chegou a um acordo sobre se o direito de defesa deveria aplicar-se aos procedimentos civis e criminais, ou em ambos, o parágrafo sobre o direito de defesa foi excluído do texto final.[16] É no Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, que o direito de defesa é definitivamente reconhecido. Assim, a instrumentalização política dos direitos humanos e o culturalismo,[17] que marca os limites de aplicação nos diferentes territórios, paulatinamente perdem espaço para um enfoque universalista desses direitos.

É importante atentarmos para a indivisibilidade dos direitos humanos nas previsões de direito nacional ou internacional, de modo que não é possível selecionar quais serão os direitos tutelados pela norma jurídica. A indivisibilidade dos direitos humanos significa também que o próprio direito tutelado é indivisível *per se*. No tocante ao direito de defesa, André de Carvalho Ramos afirma que "o reconhecimento do direito à ampla defesa no processo crime, implica em assegurar, pelo caráter incindível do direito exposto, o direito ao recurso de apelação a todos", da mesma forma que "não há o direito a um recurso perante o Poder Judiciário para a proteção de direitos sem que se garanta também o direito à assistência jurídica gratuita".[18]

Atualmente, identificamos duas previsões de direitos humanos mais amplas no cenário internacional, que encontram guarida nos ordenamentos internos. São elas: a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais, promulgada pelo Conselho Europeu em 1950, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 1969, em San Jose, na Costa Rica. Essas Convenções dão amplo destaque às possibilidades de defesa do acusado

15. "O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse" (BUERGENTHAL, Thomas. International Human Rights *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

16. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 242.

17. Sob a relativização dos direitos humanos por motivos culturais, afirma André de Carvalho Ramos que este motivo "só pode ser aceito como cláusula de salvaguarda àqueles que assim desejarem exercer seus direitos de escolha, mas nunca para coagir outros a se submeterem a determinados comportamentos apenas por se tratar de 'prática tradicional'" (*Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 194).

18. *Teoria geral dos direitos humanos*... cit., p. 200.

como instrumento relevante para a garantia de direitos humanos, tais como o direito ao *habeas corpus*, à defesa técnica, à competência e preexistência do juízo, à assistência gratuita etc.

Ao tratar dos direitos do acusado no processo, a Convenção Europeia dispõe, no art. 6.3, que:

"Art. 6.3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo."

A Convenção Americana, por sua vez, tem um enfoque mais amplo, direcionado à (re)formulação das políticas nacionais, o que se evidencia em seu preâmbulo: "reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais."[19] A Convenção regula o direito de defesa no art. 8.2, no qual prevê:

"Art. 8.2. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a 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;

19. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 489.

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 obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior."

Outras convenções internacionais também se ocuparam em assegurar o direito de defesa, tais como: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,[20] a Convenção sobre os direitos da Criança[21] e a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares.[22]

Conforme assentado pelas Convenções citadas, os direitos de defesa e autodefesa compõem o conjunto de direitos mínimos, ou as mínimas garantias para o acusado.[23] Apenas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê expressamente o direito de estar presente na audiência, ainda que esse direito seja implicitamente conferido em todas as outras Convenções.[24] O direito do acusado

20. "Parte III, art. 14.3: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (a) a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; (b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; (c) a ser julgada sem dilações indevidas; (d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; (e)a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; (f) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; (g) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; (h) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada."

21. "Art. 37, *c*: d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, e a uma rápida decisão a respeito de tal ação."

22. "Art. 36, 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo".

23. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 243.

24. Idem, ibidem.

de consultar-se em privado com o defensor é previsto expressamente apenas na Convenção Interamericana, que também reconhece o direito à assistência gratuita, previsto pelo Estado, sempre que o acusado não dispuser de meios para patrocinar sua própria defesa.

No cerne do direito de defesa previsto pela Convenção Europeia está o direito de autodefesa de eleger o defensor e de contar com assistência gratuita.[25]

A extrema relevância conferida ao direito de defesa pelas convenções internacionais foi consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 9/1987, requisitada pelo Uruguai. O país solicitou à Corte a interpretação do art. 27[26] da Convenção Interamericana para que fosse definida a amplitude da expressão "garantias judiciais indispensáveis", além dos direitos previstos no próprio art. 27.2. A consulta foi motivada pela redução de várias garantias processuais, em virtude do estado de exceção pelo qual passava o país à época da consulta.

O art. 8.º da Convenção (sobre o direito de defesa) foi considerado pela Corte o principal instrumento para assegurar os direitos nela previstos e, por isso, apesar de não incluído no rol do art. 27 (de direitos não passíveis de limitação em situações de exceção), não poderia ser exercido parcialmente, tampouco restringido pelo país, especialmente durante o estado de exceção. Assim, decidiu a Corte que os princípios de devido processo legal não podem ser suspensos sequer nas situações de exceção, visto que constituem condições necessárias para que os instrumentos processuais, regulados pela Convenção, possam ser considerados garantias judiciais.[27]

Essas normas e orientações internacionais incluem-se no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, na previsão do art. 5.º, LV: "aos

---

25. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 244.

26. "27.º Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõem o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3.º (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4.º (Direito à vida); 5.º (Direito à integridade pessoal); 6.º (Proibição da escravidão e servidão); 9.º (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12.º (Liberdade de consciência e de religião); 17.º (Proteção da família); 18.º (Direito ao nome); 19.º (Direitos da criança); 20.º (Direito à nacionalidade); e 23.º (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos".

27. OC 9/1987, § 30. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>.

litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Algumas das modificações trazidas ao processo penal brasileiro ampliaram, na prática, a previsão constitucional, ao incluir a indispensabilidade da presença do defensor no interrogatório do acusado (Lei 10.792/2003), bem como a necessidade de manifestação fundamentada do defensor público, nas fases em que houver discussão acerca de questões de fato e de direito (art. 261 do CPP).

Essa exigência visa assegurar a defesa *efetiva* do acusado, de forma que, quando o juiz considerar que a defesa realizada pelo defensor é insuficiente, poderá determinar a sua substituição. Nesse sentido caminha também o entendimento dos tribunais. A Súmula 523 do STF impõe a declaração de nulidade absoluta quando a falta de defesa constituir prejuízo para o réu.[28]

No Brasil, em particular, o rol de direitos relativos à ampla defesa é mais extenso do que a previsão da Convenção Interamericana (p. exemplo, no tocante à obrigatoriedade do defensor técnico). Sendo assim, a solução, no caso de conflito de normas, deve ser sempre assegurada pelo princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. De acordo com esse princípio, como reforça André de Carvalho Ramos, "nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para *limitar*, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional".[29]

IV – AUTODEFESA

Relembrando o que dissemos a princípio, a ampla defesa é composta pela defesa técnica e pela autodefesa. A autodefesa, por sua vez, divide-se no direito de presença e no direito de audiência.

O direito de o acusado exercer a própria defesa não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do direito à audiência; contudo, é fonte de interessantes controvérsias no plano internacional, especialmente no tocante aos seus limites.[30]

O direito à audiência, em breve síntese, traduz-se pelo direito do acusado de influenciar no convencimento do juiz durante o interrogatório; enquanto o direito de presença aos atos processuais manifesta-se pela oportunidade conferida ao acusado de tomar posição perante as alegações e provas produzidas, participando em conjunto com seu advogado da realização dos atos processuais.

28. OLIVEIRA, Edson Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 399.

29. *Teoria geral dos direitos humanos*, cit., p. 106.

30. DEU, Teresa Armenta. *Estudios sobre el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 91.

a) Direito a defender-se pessoalmente

O direito a defender-se pessoalmente não é permitido na legislação nacional, pois a defesa técnica no processo penal brasileiro é obrigatória. Esse direito é garantido, contudo, em diversos tratados internacionais, tais como o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional; o Tribunal de Rwanda; e para a ex-Iugoslávia, esta com experiências recentes de autodefesa no julgamento de Slobodan Milosevic.[31] No direito norte-americano, a Sexta Emenda também autoriza a realização da autodefesa perante a Suprema Corte.

Nesses casos, o direito à autodefesa sem a presença de um advogado refere-se à capacidade de defender-se sem a assistência técnica do defensor e não se confunde com a capacidade de estar em juízo (*fit to stand on trial*), ou de ser julgado por uma corte.[32]

A possibilidade de defender-se pessoalmente deve ser minuciosamente analisada pelo juiz que presidir o processo, acerca das condições reais de defesa pelo acusado e da sua capacitação técnica, de forma a garantir o efetivo contraditório e o resultado justo do processo. Isso, pois, ao defender-se pessoalmente, o acusado abre mão de inúmeros argumentos técnicos e exceções que poderiam ser levantados a seu favor, motivo pelo qual as cortes penais internacionais são rígidas ao observar as condições em que a defesa pessoal irá se realizar, com o fim preservar a paridade de armas.[33]

É possível também que esse direito seja limitado, ou até mesmo cerceado, caso o acusado deliberadamente perturbe o desenvolvimento do processo, quer pelo seu comportamento, quer por manobras protelatórias no desenrolar da ação. Nesse particular, ressaltem-se os julgamentos de Slobodan Milosevic (que acabou falecendo antes da sentença) e do ex-ministro de Estado Radovan Karadzic, no Tribunal

---

31. SCHARF, Michael. *Self-representation* versus *assignment of defence counsel before international criminal tribunals*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=833405>.

32. ZUBCOWSKI, Ludwik. O problema da defesa por si mesmo ou por advogado. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Fabris Editor, ano 6, v. 6, n. 2, 1993, p. 136.

33. "No existe ninguna duda en que, al elegir defenderse a uno mismo, el acusado está en desventaja respecto de los recursos que un buen equipo defensor la proporcionaría. Un acusado que decide representarse a sí mismo renuncia a muchos de los beneficios asociados con la defensa técnica. Cuando un acusado decide ejercer su derecho a la autodefensa, por supuesto se acentúa la preocupación por el derecho a un proceso debido y la sala debe estar especialmente atenta en su deber de garantizar que el juicio sea justo" (ICTY. Decision on the interlocutory appeal by the *amici curiae* against the trial chamber order concerning the presentation and preparation of the defense case *apud* MONTOLIU, Ana Beltrán. *El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional* cit., p. 93).

para a ex-Iugoslávia, cujas escusas para o prosseguimento das audiências atrasaram em mais de um ano o veredicto final.[34]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou sua posição acerca do direito à defender-se pessoalmente na Opinião Consultiva 11/1990, ao analisar a extensão do art. 8.º da Convenção. Nessa oportunidade, a Corte afirmou que esse direito somente é garantido ao acusado quando a legislação nacional o permitir, ou se esta for realmente a vontade do acusado nos países que o preveem, não sendo permitida a autodefesa por carência de recursos para custear um defensor, hipótese que violaria o art. 8.º, mencionado.[35] A Corte realça que se trata de garantias mínimas, que devem ser complementadas para o exercício do devido processo legal. Ressaltam alguns autores, entretanto, que, quando houver conflito entre a vontade do acusado e do advogado, deve prevalecer o primeiro, ou seja: quando o acusado preferir de-

34. "In the case of Slobodan Milošević, for example, the tactic of self-representation enabled the former Serb leader to: (i) generate the illusion that he was a solitary individual pitted against an army of foreign lawyers and investigators, when in fact he had a squadron of legal counsel assisting him from behind the scenes; (ii) make unfettered caustic speeches throughout the trial which were not restricted by the rules of relevance or subject to cross-examination by the prosecution; (iii) repeatedly challenge the legitimacy of the proceedings and treat the witnesses, prosecutors, and judges in a manner that would earn ordinary defence counsel expulsion from the courtroom" (SCHARF, Michael. *Self-representation* versus *assignment of defence counsel*..., cit., p. 4).

35. OC 11/1990. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf>. Dispõe no § 25: "Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente. 26. Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá arguir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado. 27. Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo."

fender-se por si próprio, abrindo mão da defesa técnica, sua vontade deve ser respeitada.[36] Essa, ressalte-se, não é uma opção válida dentro do ordenamento brasileiro.

Alguns países da tradição da *common law* também permitem ao acusado defender-se pessoalmente. No caso Whitfield e outros *vs.* Reino Unido, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o país por haver negado o direito à defesa técnica a presos que, em um processo disciplinar no curso da execução penal, foram obrigados a defender-se pessoalmente perante o juízo das execuções por falta de recursos para custear um advogado.[37]

Cumpre observar ao final, com relação ao direito interno, curioso *habeas corpus* (HC 100.810-PB) originário do Tribunal de Justiça da Paraíba, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em suma, submeteu-se à apreciação da Corte Superior a alegação de ofensa ao Pacto de San Jose da Costa Rica diante da ilegalidade praticada pelo Juízo de Campina Grande, que vedou a possibilidade de o acusado patrocinar pessoalmente a sua defesa, apesar de não ser bacharel em direito e tampouco ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. A ministra Laurita Vaz, que denegou o *writ*, asseverou em seu voto que os preceitos constitucionais pátrios tornam o direito à defesa um direito indisponível. Assim, não se pode falar, na espécie, em ofensa à Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante ao réu a possibilidade de exercer pessoalmente sua defesa, na medida em que tal prerrogativa lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio em todos os atos do processo, mas que somente pode ser exercida de forma complementar à defesa técnica, e não, salvo hipóteses excepcionais, como impetração do próprio *habeas corpus*, de forma exclusiva.

b) Direito à presença na audiência

Da autodefesa extrai-se também o direito à presença na audiência, cujo exercício permite ao acusado assumir uma postura ativa diante das alegações e provas produzidas em juízo, participando em conjunto com seu advogado da realização de todos os atos processuais.

Ilustra perfeitamente a negação de tais direitos o caso Castillo Petruzzi, que se originou da representação feita contra o Peru junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1994, e resultou na condenação peruana por diversas violações à Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive à ampla defesa, visto não ter sido dado às vítimas o direito de escolha de um advogado, ou mesmo de comunicar-se livremente com ele.[38]

---

36. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 252.
37. Caso Whitfield e outros *vs.* The United Kingdom (Applications 46.387/1999; 48.906/1999; 57.410/2000 e 57419/00), julgado em 12.07.2005.
38. HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 368.

Quatro foram as vítimas nesse caso, mas a alusão a uma delas, Castillo Petruzzi,[39] basta para representar as importantes violações ao direito de defesa no processo penal: o acusado foi mantido vendado e algemado durante seu próprio interrogatório judicial, e sua primeira entrevista a sós com o advogado ocorreu somente *uma semana* após a prolação da sentença que o condenou à prisão perpétua por crime de traição à pátria.[40]

Temos, então, diante dessa rudimentar hipótese, o claro desrespeito aos direitos à presença em audiência e ao exercício da autodefesa, uma vez que Castillo Petruzzi, na condição de acusado, esteve presente figurativamente na audiência, não assistindo ou intervindo nos atos processuais, visto que a ele sequer foi permitido comunicar-se com seu advogado.

Sob outro aspecto do direito à presença na audiência, ocorre exatamente o contrário em decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Poitrimol *vs.* França. Nesse caso, o acusado recusava-se a comparecer à audiência. Processado na França, mas residente na Turquia, o acusado recusou-se a voltar ao país para participar da audiência de julgamento, enviando seu defensor constituído. Apesar disso, foi julgado à revelia, pois a lei francesa determina que o não comparecimento, sem justificativa razoável, implica o julgamento à revelia do acusado, por entender que a presença do réu na audiência não é somente um direito de defesa, mas também uma garantia do juízo de que a prisão será efetuada em caso de condenação. A Corte Europeia condenou a França pela realização do julgamento sem que o acusado tivesse possibilidade de defesa efetiva, por não ter aceitado a presença do advogado desacompanhado do acusado.[41]

Na jurisprudência nacional, em decisão datada de 02.06.2009, a 2.ª Turma do STF, no julgamento do HC 93.503-6, determinou a anulação do processo de primeiro grau desde a audiência de instrução, em razão de o acusado não ter se apresentado à audiência em que foi colhida a prova acusatória. O Supremo Tribunal Federal, em consonância com as normas de direito internacional e interno, posicionou-se no sentido de que a presença do acusado no ato processual de oitiva de testemunhas é expressão da garantia constitucional da ampla defesa e do con-

39. Caso Castillo Petruzzi e outros *vs.* Peru, julgado em 30.04.1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_ing.pdf>.

40. No Peru do final dos anos 1990, época em que enfrentava a ação terrorista de movimentos guerrilheiros como o Sendero Luminoso, a simples suspeita da prática do delito de traição à pátria permitia a detenção preventiva e a manutenção do acusado em estado de incomunicabilidade, inclusive em relação ao seu defensor. A lei peruana à época também proibia que o mesmo advogado defendesse mais de um acusado nos casos de crime contra a pátria, o que limitava ainda mais o direito de defesa (HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cit., p. 369).

41. Poitrimol *vs.* France (Application 14.032/1988), julgado em 23.11.1993.

traditório, como muitas vezes aqui mencionado, corolários do princípio do devido processo legal.

Desse modo, quer nos parecer que tal análise representa uma clara forma de proteção à garantia de que o acusado, embora preso, possa comparecer, assistir e presenciar todos os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, isto é, sob a égide do contraditório e da ampla defesa. Com isso, é possível concluir que o exercício da autodefesa não se restringe ao interrogatório, sendo assegurado ao acusado intervir direta e pessoalmente, caso assim entenda, em todos os atos processuais. A negativa do direito do acusado de ouvir e ser ouvido, durante o processo penal, leva à nulidade absoluta. Entretanto, vale ressaltar que esse é um direito disponível do acusado, que poderá ser renunciado se este assim o preferir, valendo-se de seu direito de permanecer calado em audiência, como prevê o art. 5.°, LXIII, da Constituição Federal.[42]

V – DEFESA TÉCNICA

a) Direito à defesa técnica

A defesa técnica proporciona o efetivo contraditório no processo penal, ao possibilitar que os termos da defesa ocorram em patamar equivalente ao da acusação. Trata-se de um direito garantido pelas duas convenções de Direitos Humanos analisadas neste trabalho. Vale dizer, o direito à presença do advogado durante o processo penal, se assim desejar o acusado, é direito inconteste em ambas as Convenções.

Resta controversa, no entanto, a necessidade de atuação do advogado na fase prévia ao processo, durante o período de investigação (inquérito policial), visto que nenhuma das Convenções é explícita nesse sentido na redação dos artigos dedicados ao direito à defesa técnica.[43] O que se nota, no entanto, nas apreciações dos casos concretos, é que as Cortes interpretam extensivamente esses artigos, garantindo o direito à defesa técnica em todas as fases do processo, inclusive durante o interrogatório e as investigações preliminares.[44]

No caso Tibi *vs.* Equador, por exemplo, a Corte Interamericana enfatizou a necessidade da presença de um defensor durante o interrogatório do acusado, bem

42. BADARÓ, Gustavo H. R. *Direito procesual penal*, cit., p. 13.

43. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 242.

44. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Castillo Petruzzi e outros *vs.* Peru, julgado em 30.04.1999: "La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada (supra 141)".

como de um prazo restrito para a consulta destes no caso de prisão. O Sr. Tibi foi preso pela polícia equatoriana, levado para outra cidade e interrogado sem que pudesse efetuar contato com qualquer defensor e mesmo com seus familiares durante o primeiro mês em que permaneceu na prisão. A falta de advogado no interrogatório, ainda que na presença do Promotor de Justiça, foi considerada, pela Corte Americana de Direitos Humanos, violação ao art. 8.º.[45]

Verifica-se, assim, a preocupação das Cortes com a presença do defensor em todas as fases do processo, com especial ênfase à fase inquisitiva, momento em que o acusado está mais vulnerável, exigindo a presença do advogado imediatamente após a prisão e durante os atos de interrogatório.

O que se quer afirmar com isso é que o direito à ampla defesa confere ao acusado, sobretudo no momento da detenção e interrogatório, o acesso ao patrocínio jurídico, garantindo assim que não ocorram abusos durante a detenção provisória. O arguido tem direito a conhecer quais as provas que pendem contra si e de defender-se amplamente.

b) Obrigatoriedade da defesa: acusado e defensor

Não se discute doutrinariamente que o defensor exerce as funções de assistência e representação do acusado. Desse modo, por ser um direito do acusado, a defesa técnica é obrigatória na maior parte dos países, até mesmo em decorrência das normas de direito internacional que assim determinam. No Brasil, a defesa técnica é parte do conjunto das garantias processuais,[46] e por isso é indispensável e inviolável, podendo ser exercida mesmo contra a vontade do acusado.[47]

---

45. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Tibi vs. Equador, julgado em 07.09.2004: "Despite the aforementioned constitutional provision, Daniel Tibi did not have access to an attorney during the first month of his detention. One day after said detention, on September 28, 1995, the alleged victim rendered his pre-trial statement before the Public Prosecutor, without the assistance of a defense counsel. 194. As was proven, in the court order to investigate the alleged crime, which opened the preliminary proceedings, issued on October 4, 1995, the Judge named a court-appointed defense counsel for Daniel Tibi and the other accused. This attorney did not visit the alleged victim and he did not intervene in his defense. While Mr. Tibi was subsequently able to communicate with a private attorney, he was not able to hire his services for lack of financial means. This situation entailed that during the first month of his detention he did not have the assistance of an attorney (supra para. 90(19)), and this did not allow him to have an adequate defense."

46. Ver, nesse sentido, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia, cit., p. 115-6.

47. "Ora se o advogado é órgão da administração da justiça, se o desempenho de seu mister no processo penal é questão de ordem pública, se a exigência de defesa técnica tem assento constitucional e é indeclinável, se o que legitima a atuação do defensor é antes o interesse

A representação obrigatória, por sua vez, pode decorrer de lei, como ocorre no caso brasileiro, ou das circunstâncias do caso concreto, relativas ao tipo da infração (de maior gravidade – punível com pena de prisão), ao fato do acusado negar sua culpabilidade de forma total ou parcial, ou, ainda, em razão de suas características pessoais (menoridade, capacidade intelectual etc.).[48]

Especialmente no que diz respeito à indispensabilidade da defesa técnica, é interessante a observação feita por Sylvia Steiner[49] quanto à aparente antinomia entre o art. 133 do Texto Constitucional Pátrio, que afirma a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, e o disposto no art. 8.º, 2, *d*, da Convenção Americana, que assegura ao acusado o poder de defender-se pessoalmente. Segundo a autora, posição com a qual concordamos, a contradição não é real, e a previsão constitucional não pode ser interpretada senão no sentido da obrigatoriedade da defesa técnica, visto que, na visão dos processualistas, se trata de um assecuratório da efetivação das garantias processuais, de forma que a norma contida na Convenção não pode ser entendida com o fim de restringir esse direito.

Na hipótese, sugere Sylvia Steiner, a Convenção e a Constituição Federal devem se complementar, ou mesmo uma ceder à interpretação da outra, buscando com isso tão somente assegurar a garantia da ampla defesa.

No caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros *vs.* Trinidad e Tobago, submetido à apreciação da Corte Americana de Direitos Humanos entre os anos de 1999 e 2000, trinta e duas vítimas foram julgadas e sentenciadas por homicídio doloso, recebendo como única condenação a pena de morte por enforcamento, sem, contudo, terem recebido a efetiva assistência jurídica garantida no art. 8.º da Convenção.[50]

---

público que o mandato particular, é decorrência lógica e inafastável, dizer que, no caso concreto, pode e deve o defensor atuar com autonomia em relação à vontade do réu, em respeito ao conhecimento técnico que possui. Ou ainda: se deve o advogado se colocar a serviço do réu o arsenal técnico que possui, como esperar que abandone esse arsenal, para agir de acordo com as instruções e vontade do defendido?" (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Defesa técnica *x* autodefesa. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, n. 48, nov. 1996).

48. Segundo Zubkowski, *na commom law* a defesa técnica é facultativa, a não ser nos casos em que se verifique a incapacidade de se defender, ou na hipótese de o acusado usar o direito à autodefesa para protelar o curso do processo. No Japão, a defesa técnica só é obrigatória para acusados menores de idade ou maiores de setenta anos. Em Israel, somente se o crime é punível com pena de prisão superior a dez anos (O problema da defesa por si mesmo ou por advogado. *Fascículo de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 2, 1993, p. 130-141. Ver p. 134-5).

49. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 116.

50. "Art. 8.º Garantias judiciais:
2. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem

Verificou-se durante o processo na Corte a inexistência de leis em Trinidad e Tobago que obrigassem o Estado a prover assistência legal gratuita para o investigado no momento da prisão. Naquele país, os acusados em processos criminais somente poderiam solicitar assistência na oportunidade em que fossem levados pela primeira vez diante do juiz da causa. Pôde-se constatar ainda que, apesar da previsão legal de recursos e ações de inconstitucionalidade capazes de impedir a execução da pena de morte, a escassez de assistência legal gratuita impedia a ampla defesa. A Corte Interamericana decidiu condenar o Estado de Trinidad e Tobago pelo descumprimento das seguintes regras que compõem o direito de defesa: direito de duração razoável do processo, direito de recurso[51] e direito à assistência jurídica gratuita e adequada.[52]

De forma pontual devemos citar ainda, como um exemplo de lesão à ampla defesa, o caso específico de uma das trinta e duas vítimas, Narine Sooklal (caso 12.152). A ela, durante a prisão temporária, foi negada a possibilidade de fazer chamadas telefônicas e de contratar assistência jurídica, tendo ficado presa por seis meses até sua primeira audiência preliminar sem qualquer amparo profissional. O julgamento de Narine e sua condenação à pena de morte foram considerados inválidos pela Corte,[53] obrigando o país a conferir-lhe nova possibilidade de julgamento.

Outro caso igualmente relevante é o de Keiron Thomas (caso 11.853). Este acusado teve um advogado nomeado pelo estado de Trinidad e Tobago, entretan-

---

direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] *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 legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei."

51. A Corte Interamericana reiterou que não basta que o direito de recurso exista apenas formalmente, é preciso que o Estado garanta condições efetivas que viabilizem o direito de recurso.

52. Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros *vs.* Trinidad e Tobago. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_ing.pdf>. Ver p. 54.

53. A Corte Interamericana condenou o Estado de Trinidad e Tobago pela infração do direito de defesa estatuído no art. 8.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incluindo a duração razoável do processo, e declarou inválida a Lei que permitia a condenação à pena de morte pelo delito de homicídio. Conforme reforça o voto do juiz Antônio Cançado Trindade, essa foi a primeira decisão da Corte a considerar a pena de morte incompatível com os princípios da Convenção e a condenar um Estado pela sua prática. No caso de Narine Slookal, a Corte proibiu o Estado de executar a pena de morte, porém possibilitou ao Estado que submetesse vinte e duas das trinta e duas vítimas do caso na Corte (incluindo Narine) a um novo julgamento pelo delito de homicídio que haviam praticado, impedindo, entretanto, a aplicação da lei vigente à época em Trinidad e Tobago, que permitia a pena de morte.

to, o defensor, durante manifestação na corte de apelação, afirmou que o recurso interposto não deveria prosperar, pois era infundado. Apesar das solicitações da vítima requerendo a substituição do defensor que foi nomeado, ou que ao menos lhe fosse possível assumir a defesa do caso pessoalmente, teve seus pedidos negados, mantendo-se indefeso.[54] O Estado foi condenado pela violação dos arts. 8.2, *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 8.2, *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).[55]

c) Direito à defesa gratuita

Independentemente das previsões legislativas nacionais acerca da possibilidade de defender-se por si mesmo, sempre que o acusado optar pela defesa técnica, deve-lhe ser assegurado o direito de ter um defensor constituído. Tanto a Convenção Europeia (no art. 6.3, *c*) quanto a Interamericana de Direitos Humanos (no art. 8.2, *e*) preveem a obrigação dos Estados em prestar assistência jurídica gratuita aos acusados que não dispuserem de meios para custear um defensor.

A concessão de defesa gratuita, no entanto, pode ser regulada de acordo com as particularidades dos estados e restringida de acordo com os interesses da justiça. Com esta última expressão, ao comentar julgado da Corte Europeia, explica-nos Barreto que "os interesses da justiça não justificam a atribuição de um defensor oficioso todas as vezes que um condenado, não tendo qualquer possibilidade de sucesso, desejar interpor recurso depois de ter beneficiado em primeira instância um processo equitativo".[56]

Afora essa exceção, no entanto, todas as vezes em que se verificar a carência econômica do acusado, torna-se imperiosa a designação de um defensor gratuito. E esse direito vai além: não basta a indicação do defensor, é necessário que este atue de maneira efetiva no processo, cabendo ao Estado averiguar as condições de

54. O Estado de Trinidad e Tobago foi condenado pela infração dos arts. 8.2 *d* e 8.2 *e*, por negar-lhe a possibilidade de recorrer ou pedir a comutação da pena de morte (art. 4.6 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

55. Em outro caso, Chaparro Alvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, julgado em 21.11.2007. A Corte determinou que não basta a concessão de defensor público para os acusados, mas que é necessário que estes estejam preparados, que sejam pessoas idôneas e capacitadas (HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 369).

56. BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção europeia dos direitos do homem* cit., p. 171.

atuação. Nesse particular, há possibilidade de responsabilização do Estado pelo cumprimento inoficioso da defesa, como se verifica no já mencionado caso Goddi *vs.* Itália, no qual a nomeação do defensor dativo deu-se momentos antes da audiência que condenou o acusado, impossibilitando-lhe a defesa efetiva no tribunal de apelação.

d) Direito de entrevista

O direito de entrevista traduz-se na possibilidade de o acusado comunicar-se livre e confidencialmente com seu advogado. A Convenção Europeia não possui termos expressos para a garantia desse direito, motivo pelo qual a Corte invoca, via de regra, o art. 93 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos e faz uma interpretação extensiva dos direitos previstos no art. 6.3, *c*.[57]

A Convenção Interamericana, em contrapartida, é expressa no art. 8.2, *d*, ao prever o direito de comunicação sem entraves, livre e particular entre advogado e acusado.[58] O direito de entrevista com o advogado, segundo alguns autores, não está limitado ao encontro pessoal, mas deve estender-se também a todas as formas de comunicação, inclusive no que se refere ao sigilo da correspondência.[59]

Esse direito foi reafirmado no caso Tibi *vs.* Equador, quando a Corte Interamericana condenou o país por violação ao mencionado artigo, uma vez que a vítima jamais teve o direito de comunicar-se com seu defensor constituído durante todo o período em que esteve preso.

Ademais, devem ser garantidos os meios e locais adequados para a consulta quando o acusado encontrar-se detido, que deve ser levada a cabo sem interrupções, sem censura e de forma plenamente confidencial. Nessa hipótese, a Corte Interamericana, no Caso Castillo Petruzzi e outros, condenou o Peru por violação ao art. 8.2, *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), por ter-se demonstrado que os defensores tiveram grandes dificuldades para entrevistar seus defendidos.

---

57. Idem, p. 173.

58. HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 371.

59. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 281. Os autores salientam, entretanto, que no contexto dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, o sigilo da correspondência entre acusado e defensor pode ser limitado quando houver fundadas suspeitas sobre a idoneidade do advogado, contra o que os autores estão inteiramente em desacordo. Argumentam que é mais efetivo para os fins do direito de defesa que haja uma avaliações e estrita supervisão das profissões jurídicas para garantir sua independência e confiabilidade (cit., p. 283).

Admite-se que as entrevistas, ou mesmo as comunicações telefônicas ou por escrito, sejam vigiadas visualmente por agentes de segurança, porém nunca poderão ser escutadas.[60] No Brasil, com a possibilidade de entrevistas por meio de videoconferência, ou interceptação de correspondências em estabelecimentos prisionais de segurança máxima, instaura-se o debate acerca da garantia do direito de livre comunicação em cotejo com as normas da Convenção Interamericana.

e) Direito de escolha do defensor

O direito à livre escolha pelo acusado de um defensor que o represente é assegurado por todos os órgãos internacionais de Direitos Humanos, ressalvando-se a inexistência de norma legal expressa nesse sentido. E não poderia ser diferente, uma vez que é imprescindível para a realização de um processo penal garantista que haja uma relação de confiança entre o defensor e o acusado.

Por isso, no caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros *vs.* Trinidad e Tobago, especificamente com relação à vítima Narine Sooklal (caso 12.152), entendeu a Corte Interamericana de Direito Humanos ter havido violação ao direito de escolha do defensor, uma vez que no referido caso foi negado à acusada o direito de contratar assistência jurídica, tendo sido ela mantida presa por seis meses até sua primeira audiência preliminar sem qualquer amparo profissional.

De outro lado, interessante mencionar que o Tribunal Europeu tem decidido no sentido de que deve ser dada preferência à escolha do defensor feita pelo acusado. Todavia, caso existam fundamentos pertinentes e suficientes para que essa eleição não seja feita ou mesmo não seja respeitada, deve prevalecer o interesse da Justiça.[61]

Com relação à quantidade de defensores admitidos para a defesa do acusado no processo penal, o direito interno não faz qualquer restrição. No entanto, isso não ocorre na legislação estrangeira, visto que em países como a Argentina, Itália e Alemanha o número de defensores permitido a um único acusado em um mesmo processo é limitado a dois, com a justificativa de que, dessa forma, é possível evitar que posteriores nomeações possam trazer lentidão para a marcha processual.[62]

---

60. CARRIZO, Mirta; CICIARO, Juan E.; BALESTRA, Santiago Fontán *et alii*. Derecho a la defensa por si, por un defensor de elección, o a obtener uno provisto por el estado. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 18/19. p. 561.

61. CARRIZO, Mirta *et alii*. Derecho a la defensa por si, por un defensor de elección, o a obtener uno provisto por el estado, cit., p. 559.

62. CARRIZO, Mirta *et alii*. Derecho a la defensa por si, por un defensor de elección, o a obtener uno provisto por el estado, cit., p. 567.

f) Tempo e meios de preparação da defesa

Por certo que as garantias de autodefesa e de defesa técnica, sobretudo esta última, perderão sua real importância se não forem assegurados ao defensor tempo e meios necessários para a preparação da defesa.[63]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nessa linha de raciocínio, declarou ter havido violação no caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros *vs.* Trinidad e Tobago no que diz respeito ao tempo e aos meios de preparação da defesa em uma hipótese bastante evidente: a leitura da sentença de execução dos condenados à pena de morte era feita poucos dias antes da data programada para a execução, ou seja, a falta de tempo e de meios adequados para a preparação da defesa, mais do que dificultava, impedia a interposição de recursos.

Desse modo, os meios necessários à preparação da defesa, materializados especialmente no acesso ilimitado ao processo, permitem que o acusado e seu defensor possam conhecer, em tempo hábil para o exercício da ampla defesa, todos os elementos da acusação.[64] Isso porque, se o advogado não puder conversar com seu cliente sem qualquer limitação, inclusive temporal, e receber dele instruções confidenciais para realização da defesa técnica, a assistência perderá muito de sua utilidade, pois deixará de haver proteção efetiva e concreta dos direitos humanos assegurados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.[65]

Em 6 de junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal brasileiro enfrentou essa questão na Medida cautelar em *Habeas Corpus* 91.207,[66] de relatoria da Min. Laurita Vaz. O paciente requeria a suspensão do lapso prescricional para a apresentação de defesa prévia, tendo em vista que o prazo de quinze dias seria insuficiente para ouvir e transcrever as escutas telefônicas praticadas ao largo de sete meses de investigação e que não haviam sido degravadas. Apesar das razões apresentadas no

63. Com relação a esta violação à Convenção no art. 8.2, *b*, e 8.2, *c*, dispõe: "2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tempo y de los medios adecuados para la preparación de su defesa".

64. A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Öcalan *vs.* Turquia, condenou esse país, em 2005, pela violação do direito de defesa por limitar o acesso aos documentos da acusação, e também o tempo de consulta do acusado com seus advogados a duas visitas de uma hora por semana, o que teria sido um fator determinante para o insucesso da defesa judicial (MCBRIDE, Jeremy. Human rights and criminal procedure. *Counsil of Europe Publisching*, 2009, p. 234).

65. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings* cit.

66. O processo investigou a suposta venda de sentenças judiciais, e ao longo da investigação foram praticadas escutas telefônicas e gravações ambientais pela Polícia Federal pelo período de sete meses ininterruptos.

voto do Min. Marco Aurélio (o prazo de sete meses de escuta telefônica, por si só, já ultrapassaria os limites permitidos pela lei, e a degravação é um elemento essencial do direito de defesa), o Supremo decidiu, por maioria de votos, indeferir a dilação do prazo para apresentação da defesa prévia, evidentemente prejudicando o exercício pleno do direito de defesa do acusado.

g) Direito à assistência consular

Tratando-se de acusado estrangeiro, preso cautelarmente, deve ser-lhe assegurado o direito de comunicar-se imediatamente com sua embaixada ou consulado. Aliás, segundo as normas europeias de Direitos Humanos, deve o próprio Estado responsável pela prisão comunicar o ocorrido ao Estado de nacionalidade do acusado mantido sob a custódia cautelar.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo 16/1999,[67] sustentou que a possibilidade de o acusado comunicar-se com o representante consular de seu país contribui para melhorar efetivamente as possibilidades de defesa, considerando que o processo para realizar verdadeiramente seus objetivos deve reconhecer e solucionar os fatores de desigualdade real que ocorrem na justiça.[68]

VI – CONCLUSÃO

O direito de defesa, como vimos, representa mais do que o conjunto de garantias do acusado, é condição para o exercício do contraditório, da justiça das decisões e instrumento de efetivação dos direitos humanos por meio do processo equitativo. Tendo em vista essa característica de proteção dos direitos fundamentais, analisamos o direito de defesa conforme as previsões das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos, pontuando algumas decisões acerca desse tema.

Nos casos que analisamos nesse breve estudo, temos uma amostra da intensidade e da variedade das violações do direito de defesa praticadas especialmente pelos Estados da América Latina e que são trazidas à apreciação da Corte Interamericana. Os casos evidenciam a distância ainda existente entre as previsões normativas da Convenção, as leis nacionais, e a realidade de cada um dos países. Entre todos os casos selecionados, verifica-se uma constante que pode, sem qualquer precipitação, ser identificada também na realidade brasileira: a larguíssima duração das prisões preventivas até o julgamento final da ação (no caso Constantine, Hilaire vs. Trinidad

67. Vide neste sentido: CARRIZO, Mirta et alii. Derecho a la defensa por si, por un defensor de elección, o a obtener uno provisto por el estado, cit., p. 564.

68. Apesar de ser o responsável pelo processo e julgamento dos pedidos de extradição no Brasil, o Supremo Tribunal Federal até hoje não teve oportunidade de posicionar-se sobre o tema, conforme o retorno da pesquisa de jurisprudência efetuada na base de dados do STF.

e Tobago, as prisões variaram entre quatro e onze anos); a falta de orientação prévia do defensor em interrogatórios policiais e audiências; as limitações da comunicação entre advogado e cliente (Caso Castillo y Petruzzi *vs.* Peru); e o prazo insuficiente para preparação da defesa técnica (Caso Constantine, Hilaire *vs.* Trinidad e Tobago).

A deficiência na prestação de direitos elementares de defesa observada em muitos estados brasileiros (com insuficiente corpo de defensores públicos, constantes restrições judiciais e policiais do direito de defesa e a recusa na concessão de prazo adicional para a defesa diante de casos complexos ou provas demasiado extensas) poderia levar o país ao escrutínio da Corte Interamericana, uma vez que a realidade carcerária e do sistema de defesa das populações mais carentes no Brasil ainda se assemelha àquele observado nos anos 1990 em países como Peru e Equador, nos casos discutidos.

A autodefesa é garantida nas Convenções Interamericana e Europeia de Direitos Humanos, e subdivide-se no direito à audiência e no direito de presença; e, ainda, no direito de defender-se por si próprio, modalidade proibida no direito nacional. Ainda quando permitido pela legislação doméstica, a exemplo dos países da *commom law*, o direito a defender-se por si próprio poderá ser restringido também nos casos em que causar a demora injustificada no curso do processo, ou quando o acusado não reunir capacitação mínima para defender-se. No tocante a este último direito, o aparente conflito entre as normas nacional e internacional soluciona-se pela aplicação da regra mais favorável ao acusado, que é a brasileira, ao garantir que todos serão assistidos por defesa técnica no processo penal.

Igualmente, esse é um direito que ainda merece maior rigor na aplicação da lei brasileira, no que concerne ao direito de defesa no interrogatório, visto que o exercício da autodefesa não se restringe ao interrogatório, sendo assegurado ao acusado intervir direta e pessoalmente em todos os atos processuais, sempre que preferir atuar nesse sentido, sob pena de nulidade absoluta.

Por fim, notamos que a interpretação das Cortes internacionais contribui para o desenvolvimento dogmático do processo penal nas legislações nacionais, apontando para a extensão do âmbito de direitos que integram a autodefesa e a defesa técnica, e indicando aos países qual o rigor que lhes será exigido na efetivação desses direitos, a exemplo das opiniões consultivas e julgamentos da Corte Interamericana. Por essa razão, seus critérios devem ser tomados em consideração pelo Brasil na implementação de reformas que permitam a consolidação universal do direito de defesa técnica e de autodefesa no ordenamento nacional.

VII – BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo H. R. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção europeia dos direitos do homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pamplona: Civitas, 2009.

CARRIZO, Mirta; CICIARO, Juan E.; BALESTRA, Santiago Fontán et alii. Derecho a la defensa por si, por un defensor de elección, o a obtener uno provisto por el estado. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 18/19.

DEU, Teresa Armenta. *Estudios sobre el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

GARCÍA, Luis (coord.). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Àbaco, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa contraditória, igualdade, *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 8, 1999.

_____; *et alii*. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

HERENCIA CARRASCO, Salvador. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Vv. Aa. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Göttingen: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

MCBRIDE, Jeremy. Human rights and criminal procedure. *Counsil of Europe Publisching*, 2009.

MONTOLIÚ, Ana Beltrán. *El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UJI/AVAILABLE/TDX-0212109-112447//beltran2.pdf>.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

NICEKL, James W. Direito a um processo equitativo e emergências terroristas. *European Journal of Legal Studies*. Issue 1. Disponível em: <http://www.ejls.eu/1/12PT.pdf>.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Defesa técnica *x* autodefesa. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, n. 48, nov. 1996.

OLIVEIRA, Edson Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PASTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás. *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PISANI, Mario. L'indice Penale. *Revista Giuridica e Crimininológica*, ano XX, primo quadrimestre de 1986.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 194.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 258

SCHARF, Michael. *Self-representation* versus *assignment of defence counsel before international criminal tribunals*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=833405>.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sara. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ZUBKOWSKI, Ludwik Kos-Rabcewics. O problema da defesa por si mesmo ou por advogado. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Fabris Editor, ano 6, v. 6, n. 2, 1993.

Documentos consultados:

Corte Interamericana de Direitos Humanos:

- Opinião Consultiva 8/1987.
- Opinião Consultiva 9/1987.
- Opinião Consultiva 11/1990.
- Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, julgado em 30.04.1999
- Caso Tibi vs. Equador, julgado em 07.09.2004.
- Caso Benjamim, Hilaire e outros vs. Trinidad e Tobago, de 1 de setembro de 2001.

Corte Europeia de Direitos Humanos

- Caso Poitrimol vs. França.
- Caso Goddi vs. Itália.
- Caso Whitfield e outros vs. The United Kingdom.

Julgamentos dos Tribunais Superiores

- HC 93.503-6 (2.ª Turma do STF).
- HC 100.810-PB (5.ª Turma do STJ).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito de defesa como princípio constitucional processual, de Paulo Hamilton Siqueira Júnior - *RIASP* 7/103 (DTR\2001\519).

MÍDIA, CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL NOS ESTADOS UNIDOS: A INEFICÁCIA DOS MECANISMOS JUDICIAIS DISPONÍVEIS PARA IMPEDIR A PERNICIOSA INFLUÊNCIA DA IMPRENSA SOBRE OS JURADOS NOS CASOS CRIMINAIS DE GRANDE APELO POPULAR

MEDIA, CRIME AND CRIMINAL JUSTICE IN THE UNITED STATES: THE INEFFICACY OF EXISTING JUDICIAL MECHANISMS IN PREVENTING THE PERNICIOUS INFLUENCE OF THE PRESS ON JURORS IN HIGH PROFILE CRIMINAL CASES.

CLAUDIO BIDINO

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal pela Universidade de Oxford. Mestre em Direito Penal e Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu, pela Universidade de Coimbra. Vice-Presidente da Comissão de Criminologia da OAB/RJ. Membro da British Society of Criminology e da American Society of Criminology. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente estudo buscou investigar se o sistema judicial norte-americano é capaz de impedir que a mídia interfira no resultado dos julgamentos criminais de grande repercussão realizados perante o júri. Assim, na primeira parte, verificou-se que existem consistentes estudos empíricos a demonstrar que a publicação de informações desfavoráveis ao acusado pode ter um significativo impacto sobre a imparcialidade dos jurados. Por sua vez, na segunda parte, cuidou-se de analisar os principais expedientes com que os tribunais norte-americanos contam para tentar evitar que os jurados sejam influenciados pela intensa e continua cobertura da imprensa que normalmente cerca os casos criminais mais populares. Finalmente, em sede de conclusão, constatou-se que a corrente resposta do sistema judicial norte-americano não é suficiente para garantir a realização de um julgamento justo em tais condições extremas.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia - Imprensa - Justiça criminal - Crime - Júri - Jurados - Imparcialidade - Criminologia.

ABSTRACT: This study aims at investigating whether the American justice system is able to prevent the interference of the media in high-profile criminal trials. Thus, in the first part, it indicates that there are consistent empirical studies that demonstrate that negative-pretrial publicity may have a significant impact on jurors' impartiality. In the second part, it evaluates the main alternatives within the American justice system to prevent jurors from being influenced by the intense and continuous media coverage that are typical of supersized criminal cases. Finally, in the conclusion, it states that the current response of the American justice system is not able to provide the defendant a fair trial in such extreme circumstances.

KEYWORDS: Media - Press - Criminal Justice - Crime - Jury - Jurors - Fair Trial - Impartiality - Negative Pre-trial Publicity - Criminology.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A publicação de informações desfavoráveis ao réu antes do julgamento é capaz de afetar a imparcialidade dos jurados?: 1.1 Os efeitos da publicação de informações desfavoráveis à defesa sobre as preconcepções dos jurados; 1.2 Os efeitos da publicação de informações desfavoráveis à defesa sobre as decisões dos jurados; 1.3 De que forma o processo decisório dos jurados é afetado pela sua prévia exposição a publicações desfavoráveis ao réu? – 2. Os principais mecanismos disponíveis para assegurar a imparcialidade do júri no sistema judicial norte-americano: 2.1 Mecanismos destinados a prevenir a seleção de pessoas parciais para fazer parte do júri; 2.2 Mecanismos destinados a neutralizar as eventuais preconcepções das pessoas que tiverem sido selecionadas para fazer parte do júri; 2.3 Mecanismo destinado a blindar os jurados de informações potencialmente nocivas publicadas no curso do julgamento; 2.4 Mecanismos destinados a impedir a veiculação de informações potencialmente nocivas pelos meios de comunicação; 2.5 Mecanismo destinado a reverter decisões judiciais tomadas por jurados manifestamente parciais – 3. Conclusão – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O. J. Simpson, Terry Nichols, Lyle and Erik Menendez (os irmãos Menendez), Ted Kaczinski, Timothy McVeigh, Oliver North, Pamela Ann Smart, John Poindexter, Jean Harris and Leona Helmsley; o que todas essas pessoas possuem em comum?[1] A resposta é simples. Todas elas foram processadas nos Estados Unidos pela prática de crimes que despertaram grande interesse da população e atraíram uma intensa cobertura da mídia. Os seus casos constituem claros exemplos do que, em inglês, é conhecido por *high-profile*, *supersized* ou *nationally notorious criminal cases*.

Toda vez que um caso criminal de grande repercussão emerge nos Estados Unidos, vem à tona uma antiga preocupação com os eventuais efeitos da mídia sobre a administração de justiça. Em síntese, o que se teme é que as publicações desfavoráveis ao acusado, que, nesses casos, normalmente são veiculadas à exaustão, venham a influenciar negativamente o júri, colocando em risco os direitos constitucionais do acusado ao devido processo legal e à realização de um julgamento justo perante um júri imparcial (direitos, estes, consagrados nas Quinta e Sexta Emendas à Constituição norte-americana). Nesse sentido, questiona-se se é possí-

1. O presente artigo corresponde, com algumas alterações não despiciendas, à minha dissertação de mestrado, apresentada ao final do curso de Criminologia e Justiça Criminal perante a Universidade de Oxford. Não poderia, então, publicá-lo sem expressar a profunda gratidão a todos os professores e colegas do Centro de Criminologia da Universidade de Oxford, que me proporcionaram uma experiência acadêmica de valor inestimável no período de um ano em que lá estive. Em especial, agradeço à minha querida amiga Nita Shala, à minha orientadora, Prof. Carolyn Hoyle, e ao meu Supervisor, e então Diretor do Centro de Criminologia, Prof. Ian Loader, com quem aprendi a importância de se pensar a Criminologia democraticamente.

vel garantir a imparcialidade dos jurados nas circunstâncias em que uma boa parte da população é contínua e acentuadamente exposta a toda sorte de publicidade negativa (sendo exposta, por exemplo, à apresentação de provas processualmente inadmissíveis, reportagens que denigrem o caráter do réu, prejulgamentos promovidos por supostos *experts* e entrevistas sensacionalistas realizadas com as vítimas do crime, seus parentes, amigos e simpatizantes).

O sistema jurídico norte-americano, naturalmente, dispõe de alguns mecanismos que buscam assegurar a imparcialidade do júri em tais condições extremas. Com efeito, os tribunais possuem alternativas que se destinam a: (i) impedir que pessoas parciais sejam selecionadas para compor o júri; (ii) neutralizar as eventuais preconcepções das pessoas que tiverem sido selecionadas para fazer parte do júri; (iii) blindar os jurados de publicações potencialmente danosas veiculadas no decorrer do julgamento; (iv) obstar a publicação de informações potencialmente nocivas pela mídia; ou (v) reverter decisões judiciais tomadas por jurados manifestamente parciais. Todavia, na prática, nota-se que nem todos esses mecanismos são igualmente utilizados.

Desde logo, cumpre observar que os tribunais relutam em se valer de qualquer expediente que vise a restringir o livre exercício das atividades da imprensa, rejeitando, assim, as alternativas que procuram limitar a publicação de informações potencialmente prejudiciais. Preferem, os tribunais, optar por mecanismos destinados a neutralizar (ou, ao menos, amenizar) o impacto das publicações da mídia sobre o júri. Como bem observa Brandwood, essa opção reflete não apenas a deferência norte-americana aos valores fundamentais consagrados na Primeira Emenda à Constituição (nomeadamente, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa), mas também um certo ceticismo acerca dos potenciais efeitos nocivos da imprensa.[2]

Não é difícil encontrar, entretanto, estudos que criticam abertamente essa postura; muitos dos quais sugerem que os Estados Unidos superestimam os valores constitucionais consagrados na Primeira Emenda à Constituição, em detrimento daqueles positivados nas Quinta e Sexta Emendas (i.e. garantia ao devido processo legal e garantia a um julgamento justo por um júri imparcial). Assim, argumenta-se que os remédios judiciais convencionalmente adotados não são suficientes para que se mantenha a imparcialidade do júri em níveis constitucionalmente apropriados. Fala-se, por isso, que "os direitos e liberdades dos indivíduos estão sendo sacrificados em prol dos interesses comerciais da imprensa de massa e da curiosi-

2. BRANDWOOD, J. A. (2000), 'You Say 'Fair Trial' and I Say 'Free Press': British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials', *New York University Law Review*, 75, 1412-1451. p. 1416.

dade indolente da maioria". Para os que comungam dessa perspectiva, uma solução somente poderá ser alcançada por meio de uma abordagem proativa, que procure limitar as atividades da imprensa, como uma forma de evitar a publicação irresponsável de provas processualmente inadmissíveis, bem assim de qualquer outro material potencialmente danoso.[3]

É nesse contexto que o presente estudo se situa. Então, o que aqui se pretende investigar é a própria efetividade da corrente resposta da justiça norte-americana às consistentes ameaças postas pelos veículos de comunicação nos casos criminais de grande repercussão. Quer dizer, pretende-se inquirir se a atual resposta ofertada pelos tribunais é bem sucedida em assegurar aos réus um julgamento justo, realizado por um júri imparcial (tal como exigido pela Constituição); ou se, talvez, chegou a hora de os tribunais abandonarem os seus próprios mitos e preconceitos, passando a levar mais em consideração as demais alternativas existentes (em particular, as que vêem a restrição das atividades dos meios de comunicação com bons olhos).

Com o intuito acima delineado, optou-se por dividir o presente estudo em três etapas. (1) Inicialmente, procurar-se-á averiguar se – e de que forma – a imparcialidade dos jurados pode ser afetada pela sua prévia exposição a publicações tendenciosas em desfavor do réu. Muito embora não se desconheça a existência de casos criminais (excepcionais) em que a imparcialidade do júri restou ameaçada pela exposição prévia dos jurados a publicações desfavoráveis à acusação (casos em que os réus tinham um status social elevado ou um status de celebridade);[4] nesta primeira etapa, serão explorados apenas os efeitos que podem advir da (mais usual) publicidade desfavorável à defesa. (2) Em sequência, buscar-se-á direcionar o foco para o sistema de justiça criminal norte-americano, com o objetivo de se analisar a efetividade das principais alternativas judiciais disponíveis a garantir a imparcialidade dos jurados nos casos criminais de grande repercussão. (3) Por derradeiro, na etapa final, tentar-se-á avaliar se a corrente resposta da justiça norte-americana confere um grau de proteção constitucionalmente apropriado à garantia fundamental do acusado a um julgamento justo, perante um júri imparcial, bem assim se há algo mais a ser feito para se ampliar a eficácia dessa resposta.

---

3. PHILLIPSON, G. (2008), 'Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose', *Law and Contemporary Problems*, 71, 15-29; GERAGOS, M. J. (2006), 'The Thirteen Juror: Media Coverage of Supersized Trials', *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, 1167-1196.

4. RUVA, C. L.; GUENTHER, C. C.; YARBROUGH, A. (2011), 'Positive and Negative Pre-trial Publicity. The Roles of Impression Formation, Emotion, and Predecisional Distortion', *Criminal Justice and Behavior*, 38, 511-534.

1) A PUBLICAÇÃO DE INFORMAÇÕES DESFAVORÁVEIS AO RÉU ANTES DO JULGAMENTO É CAPAZ DE AFETAR A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS?

Desde a década de 1950, em sequência aos trabalhos de Kline e Jess (1966), Tans e Chaffee (1966) e Simon (1966),[5] um crescente número de estudos tem se preocupado em investigar os efeitos das atividades da imprensa sobre a imparcialidade dos jurados. Enquanto alguns desses estudos têm investigado se a imparcialidade dos jurados é afetada pela sua prévia exposição a certas publicações não relacionadas ao caso criminal sob julgamento ("*general pre-trial publicity*");[6] a maior parte tem explorado se a imparcialidade dos jurados é afetada pela sua prévia exposição a publicações diretamente afeitas ao caso concreto ("*specific pre-trial publicity*"). Em particular, observa-se que a grande maioria tem focado nas circunstâncias em que jurados foram expostos a publicações desfavoráveis aos interesses do réu ("*specific negative pre-trial publicity*"), em lugar de direcionar os seus esforços para as circunstâncias em que eles foram expostos a publicações desfavoráveis aos interesses da acusação ("*specific positive pre-trial publicity*").

Dois métodos de pesquisa têm sido sistematicamente utilizados por esses estudos: inquérito (*survey method*) e júri simulado (*jury simulation method*). Basicamente, nos estudos baseados no método de inquérito, são dirigidos questionários a cidadãos comuns, com perguntas sobre determinado caso criminal real. Assim, os participantes de tais estudos são normalmente inquiridos acerca do que eles sabem sobre o caso, dos níveis de publicidade a que foram expostos, de sua opinião sobre a culpa do acusado etc. De posse de tais informações, objetiva-se investigar se (e de que forma) as opiniões de potenciais candidatos a jurado sobre o caso criminal em questão são influenciadas pela sua prévia exposição a publicações desfavoráveis ao acusado. Por seu turno, nos estudos de júri simulado, são convidadas pessoas comuns (normalmente, estudantes universitários) para participar da simulação de um julgamento criminal (na qualidade de jurado). Antes de se iniciar a simulação, entretanto, os participantes são expostos a diferentes espécies de publicidade sobre o caso a ser julgado (e.g. publicações neutras, favoráveis à defesa ou à acusação). Pretende-se, nesses estudos, principalmente, averiguar se os veredictos finais dos jurados são influenciados pela sua prévia exposição à determinada espécie de publicação.

---

5. KLINE, F. G.; JESS, P. H. (1966), 'Prejudicial Publicity: Its Effect on Law School Mock Juries', *Journalism Quarterly*, 43, 113-116; TANS, M. D.; CHAFFEE, S. H. (1966), 'Pre-trial Publicity and Juror Prejudice', *Journalism Quarterly*, 43, 647-654.

6. E.g. TYLER, T. R. (2005-2006), 'Viewing CSI and Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction', *The Yale Law Journal*, 115, 1050-1085; GREENE, E.; WADE, R. (1988), 'Of Private Talk and Public Print: General Pre-trial Publicity and Juror Decision-making', *Applied Cognitive Psychology*, 2, 123-135.

Em linhas gerais, esse corpo de estudos nos brinda com consistentes evidências de que a imparcialidade dos jurados pode ser afetada pela sua prévia exposição a publicações desfavoráveis aos interesses da defesa. Nesse viés, há um significativo número de estudos a indicar que publicações tendenciosas em desfavor do acusado não apenas podem influenciar as preconcepções dos jurados sobre o réu, como também podem afetar negativamente as decisões proferidas ao final do julgamento.

1.1 Os efeitos da publicação de informações desfavoráveis à defesa sobre as preconcepções dos jurados

As primeiras evidências de que a publicação de informações tendenciosas em desfavor do réu pode ter um impacto sobre a imparcialidade dos jurados foram fornecidas por estudos que demonstram existir uma estreita correlação entre a exposição de potenciais jurados a tais informações e a construção de suas preconcepções acerca dos réus.[7]

Em um estudo experimental conduzido por Tans e Chaffee, por exemplo, 150 pessoas foram instadas a descrever um homem acusado de ter praticado um determinado crime. Antes, no entanto, os participantes foram expostos a diferentes níveis de publicidade relacionada ao fato criminoso. Os resultados alcançados indicam que potenciais jurados prejulgam a culpa do réu com base em notícias de jornal, especialmente, nos casos em que se reporta uma confissão, bem assim que a propensão dos potenciais jurados para prejulgar a culpa do réu está diretamente relacionada à quantidade de informação transmitida pela imprensa.[8]

Uma conclusão similar foi obtida por um estudo empreendido por Constantini e King, no qual aproximadamente 700 membros do rol de jurados do condado de Yolo (Califórnia) foram entrevistados acerca de três casos criminais

---

7. STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235; OGLOFF, J. R. P.; VIDMAR, N. (1994), 'The Impact of Pre-trial Publicity on Jurors: A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case', *Law and Human Behavior*, 18 (5), 507-525; OTTO, A. L.; PENROD, S. D.; DEXTER, H. R. (1994), 'The Biasing Impact of Pre-trial Publicity on Juror Judgments', *Law and Human Behavior*, 18 (4), 453-469; MORAN, G.; CUTLER, B. L. (1991), 'The Prejudicial Impact of Pre-trial Publicity', *Journal of Applied Social Psychology*, 21 (5), 345-367; CONSTANTINI, E.; KING, J. (1980-1981), 'Correlates and Causes of Prejudgment', *Law & Society Review*, 15 (1), 10-40; TANS, M. D.; CHAFFEE, S. H. (1966), 'Pre-trial Publicity and Juror Prejudice', *Journalism Quarterly*, 43, 647-654; among others.

8. TANS, M. D.; CHAFFEE, S. H. (1966), 'Pre-trial Publicity and Juror Prejudice', *Journalism Quarterly*, 43, 647-65, p. 647.

reais de grande repercussão. Esse estudo é particularmente significativo, na medida em que ele explorou não apenas a correlação entre a exposição dos potenciais jurados à ostensiva publicidade que circundou os referidos casos criminais e os seus prejulgamentos acerca dos réus; mas também a correlação entre os prejulgamentos dos potenciais jurados e outros fatores (tais como o meio social e econômico no qual os jurados encontravam-se inseridos, bem como as suas atitudes perante questões relacionadas à criminalidade e à punição). Constantini e King observaram que, muito embora os níveis de publicidade a que os potenciais jurados são expostos não constituam a única variável correlacionada à sua propensão a prejulgar, eles certamente respondem pela maior variação nos prejulgamentos.[9]

Esses dois estudos empíricos servem de alicerce para as conclusões esboçadas por Moran e Cutler, no sentido de que a publicação de informações desfavoráveis ao réu antes do julgamento imbui determinados preconceitos nos jurados, sendo certo que existem poucos motivos para se acreditar que tais preconceitos são removidos antes do veredicto final.[10]

Em virtude da consistência dos resultados obtidos pelos estudos supramencionados, não resta muito espaço para a contestação das suas principais conclusões. Dessa forma, parece difícil negar que a exposição prévia dos jurados a publicações desfavoráveis à defesa pode influenciar suas preconcepções acerca do réu. O que, eventualmente, poderia ser questionado é se tal influência tem o condão de afetar efetivamente os veredictos finais (ou se, pelo contrário, ela não é forte o suficiente para afetar a imparcialidade dos jurados no momento em que eles julgam os casos criminais). Esse questionamento tem sido abordado por variegados estudos, consoante se cuidará de demonstrar a seguir.

1.2 Os efeitos da publicação de informações desfavoráveis à defesa sobre as decisões dos jurados

Os efeitos da publicação de informações tendenciosas em desfavor da defesa sobre as decisões dos jurados têm sido investigados por diversos estudos, a maior parte dos quais tem assinalado que os jurados previamente expostos a tal tipo de publicidade são não apenas mais suscetíveis a formular preconcepções negativas sobre os réus, mas também são mais propensos a tomar decisões que sejam prejudiciais aos acusados no fim do julgamento. Esses estudos demonstram que os efeitos das publicações negativas podem persistir após os jurados serem confrontados com

9. CONSTANTINI, E.; KING, J. (1980-1981), 'Correlates and Causes of Prejudgment', *Law & Society Review*, 15 (1), 10-40, p. 37.

10. MORAN, G.; CUTLER, B. L. (1991), 'The Prejudicial Impact of Pre-trial Publicity', *Journal of Applied Social Psychology*, 21 (5), 345-367, p. 363.

as provas apresentadas pelas partes durante o julgamento,[11] e mesmo depois do processo de deliberação do júri.[12]

Nesse sentido, há valiosos trabalhos a indicar que jurados previamente expostos a certas publicações negativas são mais suscetíveis a avaliar a situação processual do réu de uma maneira desfavorável logo após o encerramento do estágio de apresentação das provas de acusação e de defesa (mas antes do estágio de deliberação do júri[13]).

Sue, Smith e Pedroza, por exemplo, recrutaram 158 universitários para participar de uma experiência de júri simulado. Na primeira etapa do estudo, alguns participantes foram expostos a uma prova processualmente inadmissível que sugeria fortemente a culpa do acusado. Em seguida, todos os participantes foram instados a ler o resumo do julgamento de um caso criminal e então a proferir decisões individuais. Ao final, os pesquisadores observaram que o grupo de participantes que havia sido exposto à informação desfavorável ao réu chegou a mais decisões condenatórias (em comparação com o grupo que havia sido exposto a uma publicidade neutra – 53% *vs.* 23%), apesar das afirmações dos próprios participantes de que não

---

11. RUVA, C. L.; GUENTHER, C. C.; YARBROUGH, A. (2011), 'Positive and Negative Pre-trial Publicity. The Roles of Impression Formation, Emotion, and Predecisional Distortion', *Criminal Justice and Behavior*, 38, 511-534; RUVA, C. L.; MCEVOY, C. (2008), 'Negative and Positive Pre-trial Publicity Affect Juror Memory and Decision Making', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 14 (3), 226-235; HOPE, L.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. (2004), 'Understanding Pre-trial Publicity: Predecisional Distortion of Evidence by Mock Jurors', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 10 (2), 111-119; WILSON, J. R.; BORNSTEIN, B. H. (1998), 'Methodological Consideration in Pre-trial Publicity Research: Is the Medium the Message?', *Law and Human Behavior*, 22 (5), 585-597; OTTO, A. L.; PENROD, S. D.; DEXTER, H. R. (1994), 'The Biasing Impact of Pre-trial Publicity on Juror Judgments', *Law and Human Behavior*, 18 (4), 453-469; SUE, S.; SMITH, R. E.; GILBERT, R. (1974), 'Biasing Effects of Pre-trial Publicity on Judicial Decisions', *Journal of Criminal Justice*, 2, 163-171; SUE, S.; SMITH, R. E.; CALDWELL C. (1973), 'Effects of Inadmissible Evidence on the Decisions of Simulated Jurors: A Moral Dilemma', 3 (4), 345-353; HOIBERG, B. C.; STIRES, L. K (1973), 'The Effect of Several Types of Pre-trial Publicity on the Guilt Attributions of Simulated Jurors', *Journal of Applied Social Psychology*, 3 (3), 267-275.

12. RUVA, C. L.; LEVASSEUR, M. A. (2011), 'Behind Closed Doors: the Effect of Pre-trial Publicity on Jury Deliberations', *Psychology, Crime & Law*, 1-22; RUVA, C. L.; MCEVOY, C.; BRYANT, J. B. (2007), 'Effects of Pre-Trial Publicity and Jury Deliberation on Juror Bias and Source Memory Errors', *Applied Cognitive Psychology*, 21, 45-67; STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235; PADAWER-SINGER, A.; BARTON, A. H. (1975), 'The Impact of Pre-trial Publicity on Jurors' Verdicts'. In R. J. Simon (Ed.), *The Jury System in America: A Critical Overview*, Beverly Hills, CA: Sage, 125-139.

13. A deliberação do júri é o estágio que antecede a prolação do veredicto final. É neste estágio que os jurados discutem a respeito das provas apresentadas no curso do julgamento, para então chegar à decisão a ser aplicada ao caso concreto.

teriam sido influenciados. Essa descoberta levou os pesquisadores a concluir que os jurados podem ficar mais suscetíveis a proferir decisões condenatórias quando expostos a certos tipos de publicidade, não obstante as suas próprias convicções de que não teriam sido influenciados por ela.[14]

Um estudo de júri simulado conduzido por Wilson e Bornstein encontrou resultados similares.[15] Nesse experimento, 88 participantes foram convidados a assistir a um vídeo abreviado de um julgamento real e então a proferir decisões individuais sobre o caso criminal em questão. Antes de assistirem ao julgamento, entretanto, os participantes foram aleatoriamente expostos a diferentes espécies de publicidade (publicidade neutra, publicidade factual negativa ou publicidade emocional negativa).[16] Ademais, enquanto alguns participantes foram expostos à publicidade por meio da televisão, outros foram expostos por meio de artigos de jornais (que continham precisamente a mesma informação). Ao final, os pesquisadores constataram que os participantes haviam sido influenciados pela sua prévia exposição à publicidade negativa, eis que eles tinham sido mais propensos a proferir decisões prejudiciais ao acusado nessas circunstâncias. Além disso, verificou-se que o impacto da publicidade negativa sobre a decisão dos jurados era praticamente a mesma, independentemente do tipo de publicidade (emocional ou factual) a que os participantes tinham sido expostos e do canal de comunicação por meio do qual a publicidade havia sido transmitida (televisão ou artigo escrito).[17]

Em complemento às conclusões suprareproduzidas, impende notar a existência de um significativo número de estudos a confirmar que a exposição prévia dos jurados a publicações desfavoráveis aos réus não apenas afeta as suas respectivas avaliações individuais acerca da culpabilidade do acusado logo após encerramento

14. SUE, S.; SMITH, R. E.; PEDROZA, G. (1975), 'Authoritarianism, Pre-trial Publicity, and Awareness of Bias in Simulated Jurors', *Psychological Reports*, 37, 1299-1302, p. 1302.

15. WILSON, J. R.; BORNSTEIN, B. H. (1998), 'Methodological Consideration in Pre-trial Publicity Research: Is the Medium the Message?', *Law and Human Behavior*, 22 (5), 585-597

16. A publicidade factual distingue-se da publicidade emocional, na medida em que a primeira refere-se a "informações não sensacionalistas que seriam relevantes às decisões dos jurados caso fossem admitidas como prova", enquanto a segunda refere-se a "detalhes sensacionalistas e escabrosos sobre o caso, que podem (ou não) ser informativos em um sentido probatório, mas que podem despertar emocionalmente potenciais jurados, influenciando-os contra o réu" (Wilson e Bornstein, op. cit., p. 586).

17. Em recente estudo (2011), RUVA, GUENTHER e YARBROUGH confirmaram a existência de uma correlação entre a exposição dos jurados a publicações desfavoráveis à defesa e as suas decisões individuais. Na verdade, os resultados alcançados por esses pesquisadores foram mais além, na medida em que reconheceram também uma correlação entre a exposição dos jurados a informações desfavoráveis à acusação e as decisões individuais por eles proferidas ('Positive and Negative Pre-trial Publicity. The Roles of Impression Formation, Emotion, and Predecisional Distortion', *Criminal Justice and Behavior*, 38, 511-534).

da fase de debates entre a acusação e a defesa, como também pode influenciar os seus veredictos finais (i.e. as decisões que são alcançadas pelos jurados após o estágio de deliberação).

É o caso, por exemplo, de um estudo conduzido por Padawer-Singer e Barton, que demonstra que as decisões finais dos jurados são, de fato, impactadas pela sua prévia exposição a reportagens jornalísticas contendo informações sobre a folha de antecedentes criminais do acusado ou relatos de sua confissão (posteriormente retratada em juízo).[18]

No mesmo sentido é a conclusão alcançada por Ruva, McEvoy e Bryant, após conduzirem um estudo de júri simulado com 558 estudantes.[19] Neste estudo, verificou-se que a publicação de informações negativas sobre o réu pode exercer uma forte influência sobre o processo decisório dos jurados. Restou, assim, demonstrado que jurados expostos a informações desfavoráveis à defesa são significativamente mais inclinados a condenar o réu, a atribuir uma maior classificação quanto à sua culpa, bem como a impor sentenças mais longas.[20]

Finalmente, não se poderia deixar de fazer referência ao abrangente estudo de meta-análise realizado por Steblay, Besirevic, Fulero e Jimenez-Lorente, o qual se deteve a avaliar 23 estudos publicados entre 1966 e 1997. Os resultados dessa meta-análise evidenciam que a publicação de informações desfavoráveis ao réu afeta não apenas as preconcepções dos jurados, como também as próprias decisões que são alcançadas por eles antes e depois do estágio de deliberação do júri (muito embora, nesse último caso, o impacto seja mais ameno). Dentre todos os estudos avaliados por essa meta-análise, os que encontraram um impacto maior foram aqueles que replicaram de maneira mais fiel a experiência vivida pelos jurados na vida real (recrutando jurados em potencial para participar do experimento, expondo os participantes a múltiplas espécies de publicações, expondo os participantes a informações que, de fato, foram publicadas na imprensa, bem assim assegurando um lapso temporal maior entre a exposição dos participantes a determinadas publicações e o

18. PADAWER-SINGER, A.; BARTON, A. H. (1975), 'The Impact of Pre-trial Publicity on Jurors' Verdicts'. In R. J. Simon (Ed.), *The Jury System in America: A Critical Overview*, Beverly Hills, CA: Sage, 125-139.

19. RUVA, C. L.; MCEVOY, C.; BRYANT, J. B. (2007), 'Effects of Pre-Trial Publicity and Jury Deliberation on Juror Bias and Source Memory Errors', *Applied Cognitive Psychology*, 21, 45-67, p. 58.

20. Também um estudo conduzido por RUVA e LEVASSEUR (2011) assinala que a publicação de determinadas informações desfavoráveis ao réu exerce, efetivamente, uma influência sobre os veredictos dos jurados, tornando-os mais inclinados a decidir pela condenação do réu (e a atribuir uma classificação mais elevada quanto à sua culpa) tanto antes quanto depois da fase de deliberação do júri. ('Behind Closed Doors: the Effect of Pre-trial Publicity on Jury Deliberations', *Psychology, Crime & Law*, 1-22).

julgamento do caso criminal). Na esteira das conclusões alcançadas por esse estudo de meta-análise, é precisamente essa última descoberta que nos leva à convicção de que os resultados obtidos no campo experimental se aplicam perfeitamente ao mundo real.[21-22]

Uma vez estabelecido que a exposição dos jurados a publicações enviesadas em desfavor da defesa pode afetar a sua imparcialidade, na medida em que ela pode interferir nas suas preconcepções sobre o réu e nos seus veredictos finais, convém investigar os mecanismos psíquicos que intermediam o impacto das aludidas publicações sobre as decisões dos jurados. Dito de outro modo, cumpre explorar de que modo o processo decisório dos jurados é afetado pela mídia.

1.3 De que forma o processo decisório dos jurados é afetado pela sua prévia exposição a publicações desfavoráveis ao réu?

Embora atualmente exista ampla evidência de que a publicação de certas notícias desfavoráveis ao réu pode influenciar negativamente as decisões proferidas pelos jurados ao final do julgamento, ainda persistem muitas dúvidas sobre a maneira pela qual o processo decisório dos jurados é afetado.

Um dos primeiros estudos a tentar compreender os processos psíquicos que intermediam a influência negativa da mídia sobre as decisões dos jurados foi realizado por Otto, Penrod e Dexter. Após conduzirem um estudo de júri simulado com 262 estudantes de psicologia da Universidade de Wisconsin-Madison, os pesquisadores verificaram que a forma como os jurados são afetados por publicações tendenciosas em desfavor da defesa varia de acordo com o teor da informação a que os jurados são expostos. Com efeito, nos casos em que as publicações contêm declarações negativas sobre o caráter do réu (e.g. algum testemunho negativo concedido por um vizinho), os jurados seriam influenciados nas suas preconcepções acerca da culpa do réu. Essas tendenciosas preconcepções, por sua vez, afetariam a

21. STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235, p. 229.

22. É oportuno reconhecer a existência de alguns poucos estudos que não encontraram qualquer correlação significativa entre prévia exposição dos jurados a publicações tendenciosas e as decisões finais por eles proferidas (e.g. BRUSCKE, J.; LOGES, W. (1999), 'Relationship Between Pre-trial Publicity and Trial Outcomes', *Journal of Communication*, 104-120; DAVIS, R. W. (1986), 'Pre-trial Publicity, the Timing of the Trial and Mock Jurors' Decision Processes', *Journal of Applied Social Psychology*, 16 (7), 590-607). Contudo, a existência desses trabalhos não constitui um verdadeiro desafio à ampla gama de estudos que tem continuamente demonstrado o quão danosa pode ser a prévia exposição dos jurados a tais informação. Ao revés, a obtenção de resultados aparentemente contraditórios pode ser atribuída a diferenças na metodologia e no projeto de pesquisa adotados por esses estudos.

sua avaliação das provas apresentadas ao longo do julgamento, influenciando, por consequência, os seus veredictos finais. Em comparação, nas circunstâncias em que as publicações fazem referência à folha de antecedentes criminais do acusado, o mecanismo causal seria um pouco diferente. Quando expostos a tais informações, os jurados tenderiam a encarar os réus como criminosos habituais, o que, por seu turno, influenciaria diretamente as suas decisões finais.[23]

Outros estudos também sugerem que a publicação de certas informações desfavoráveis à defesa pode afetar a decisão dos jurados por meio de sua influência sobre aspreconcepções dos jurados acerca dos réus; o que, por sua vez, afetaria a maneira pela qual os jurados analisam as provas apresentadas pelas partes no decorrer do julgamento. Ruva, McEvoy e Bryant, por exemplo, conduziram um estudo de júri simulado com 558 estudantes, ao final do qual restou assinalado que os jurados expostos a publicações desfavoráveis à defesa podem vir a formar uma impressão negativa acerca do réu; o que, por seu turno, pode levá-los a interpretar as provas apresentadas durante o julgamento com uma perspectiva mais benéfica à acusação, resultando em veredictos mais severos.[24]

Na mesma direção, Ruva e McEvoy verificaram que os efeitos de publicações desfavoráveis à defesa sobre os jurados podem ser mediados não apenas pelas percepções dos jurados acerca da credibilidade dos réus, mas também pelas suas percepções acerca da credibilidade dos advogados e promotores envolvidos no julgamento. Assim, observou-se que a publicação de determinadas informações influencia o modo pelo qual os advogados e promotores são avaliados pelos jurados; o que, por sua vez, acaba por afetar a sua interpretação das provas apresentadas pelas partes no curso do julgamento.[25]

Na última década, alguns estudos têm procurado detalhar de que forma a interpretação das provas é afetada pela mídia. Nesse passo, um notável trabalho conduzido por Hope, Memon e McGeorge indica que a avaliação das provas apresentadas no decorrer do julgamento é influenciada por meio da modulação dos efeitos oriundos do que é conhecido por distorção predecisional ("predecisional distortion"). Assim, este trabalho destaca que a análise dos jurados acerca de cada depoimento testemunhal prestado durante o julgamento é distorcida em favor da parte que, aos seus olhos, parece estar vencendo a disputa naquele momento. Nesse

23. OTTO, A. L.; PENROD, S. D.; DEXTER, H. R. (1994), 'The Biasing Impact of Pre-trial Publicity on Juror Judgments', *Law and Human Behavior*, 18 (4), 453-469.

24. RUVA, C. L.; MCEVOY, C.; BRYANT, J. B. (2007), 'Effects of Pre-Trial Publicity and Jury Deliberation on Juror Bias and Source Memory Errors', *Applied Cognitive Psychology*, 21, 45-67.

25. RUVA, C. L.; MCEVOY, C. (2008), 'Negative and Positive Pre-trial Publicity Affect Juror Memory and Decision Making', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 14 (3), 226-235.

contexto, a exposição dos jurados a certas publicações desfavoráveis à defesa tenderia a influenciá-los a identificar a acusação como a parte que estaria liderando o julgamento naquele momento, o que acabaria por levá-los a distorcer a força probatória dos depoimentos contra os interesses dos réus.[26]

É oportuno ressaltar que alguns dos estudos aqui mencionados indicam que a influência da publicação de informações desfavoráveis à defesa sobre o processo decisório dos jurados é intermediada também por outros mecanismos (distintos daqueles supradelineados).

Ruva, McEvoy e Briant, por exemplo, assinalam que a influência da mídia sobre o processo decisório dos jurados também pode decorrer do fato de os jurados terem dificuldade para discernir as informações processualmente inadmissíveis recebidas por meio da imprensa daquelas informações processualmente válidas recebidas no curso do julgamento. Desse modo, na medida em que os jurados não conseguem identificar, com precisão, a fonte das informações a que eles foram expostos, sustenta-se que eles podem, inadvertidamente, vir a basear as suas decisões finais em alguma prova processualmente inadmissível (com a equivocada convicção de que elas lhes foram validamente apresentadas por alguma das partes).[27]

Por sua vez, Ruva, Guenther e Yarbrough argumentam que o impacto de certas publicações desfavoráveis ao réu sobre o processo decisório dos jurados pode ser também mediado por mecanismos emocionais (nomeadamente, pela raiva despertada pelas matérias tendenciosas publicadas na imprensa). Dessa feita, alega-se que tais publicações podem irritar os jurados, contaminando o seu processo decisório e impedindo que exercitem a jurisdição de forma imparcial.[28]

Cumpre ressalvar, entretanto, que se fazem necessários mais estudos para que se possa comprovar se os mecanismos descritos nos dois parágrafos anteriores (respectivamente, "*source-monitoring errors*" e "*emotional responses*") podem realmente intermediar a influência da mídia sobre as decisões dos jurados.

Em suma, embora os estudos existentes ainda precisem ser aprofundados, eles fornecem preciosas informações sobre os mecanismos que intermediam a influência da mídia sobre o processo decisório dos jurados. Nessa toada, os trabalhos até então desenvolvidos indicam que: (i) existem múltiplos mecanismos que podem,

---

26. HOPE, L.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. (2004), 'Understanding Pre-trial Publicity: Predecisional Distortion of Evidence by Mock Jurors', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 10 (2), 111-119.

27. RUVA, C. L.; MCEVOY, C.; BRYANT, J. B. (2007), 'Effects of Pre-Trial Publicity and Jury Deliberation on Juror Bias and Source Memory Errors', *Applied Cognitive Psychology*, 21, 45-67.

28. RUVA, C. L.; GUENTHER, C. C.; YARBROUGH, A. (2011), 'Positive and Negative Pre-trial Publicity. The Roles of Impression Formation, Emotion, and Predecisional Distortion', *Criminal Justice and Behavior*, 38

de forma independente, intermediar os efeitos prejudiciais da mídia sobre as decisões dos jurados; (ii) a análise do conteúdo da informação tendenciosa veiculada pela imprensa apresenta-se crucial para a compreensão dos mecanismos mediadores (eis que esses últimos são determinados pelo primeiro); (iii) a publicação de determinadas informações desfavoráveis à defesa pode afetar as decisões dos jurados de um modo que eles nem sequer percebam; (iv) a publicação de determinadas informações desfavoráveis à defesa pode afetar a decisão dos jurados, por meio de sua influência na análise das provas apresentadas no curso do julgamento; (v) a publicação de determinadas informações desfavoráveis à defesa pode afetar a decisão dos jurados por meio de sua influência sobre a imagem que os jurados fazem do réu (o qual pode vir a ser perspectivado como criminoso habitual); (vi) provavelmente, os mecanismos mediadores até então desvendados não são os únicos capazes de explicar de que forma a mídia exerce influência sobre processo decisório dos jurados, sendo bem-vindos estudos que se destinem a melhor explorar essa temática.

2. OS PRINCIPAIS MECANISMOS DISPONÍVEIS PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE DO JÚRI NO SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO

No sistema judicial norte-americano, verifica-se a existência de alguns mecanismos destinados a assegurar o direito constitucional dos réus à realização de um julgamento justo por um júri imparcial, os quais se subdividem em cinco grupos: (1) mecanismos destinados a prevenir a seleção de pessoas parciais para fazer parte do júri; (2) mecanismos destinados a neutralizar as eventuais preconcepções das pessoas que tiverem sido selecionadas para fazer parte do júri; (3) mecanismo destinado a blindar os jurados de informações potencialmente nocivas publicadas durante o julgamento; (4) mecanismos destinados a impedir a veiculação de informações potencialmente nocivas pela mídia, ou; (5) mecanismo destinado a reverter decisões judiciais tomadas por jurados manifestamente parciais.

Na presente seção, pretende-se fazer uma breve incursão sobre os principais mecanismos disponíveis, com o primordial intuito de investigar se eles se apresentam eficazes em impedir a influência da mídia sobre os jurados nos casos criminais de grande apelo.

2.1 Mecanismos destinados a prevenir a seleção de pessoas parciais para fazer parte do júri

Esse primeiro grupo é composto por alternativas que se destinam a prevenir a seleção para o júri de pessoas que, por algum motivo, não estão aptas a analisar os fatos a serem levados a julgamento de uma forma isenta e imparcial, encontrando-se inclinadas em favor dos interesses de qualquer uma das partes já nessa fase

preliminar. São dois os mecanismos judiciais que integram esse primeiro grupo: (A) *Voir dire* e (B) Mudança de Foro ("*Change of Venue*").

A) *Voir dire*

O *voir dire* é o remédio judicial predileto dos tribunais norte-americanos contra a prejudicial interferência da mídia no julgamento de casos criminais.[29] Trata-se de um procedimento preliminar, no curso do qual os juízes, advogados e promotores dirigem perguntas para os candidatos a jurado acerca do seu conhecimento sobre o caso, de sua aptidão para desconsiderar qualquer tipo de informação recebida previamente por meio da imprensa, bem como de sua efetiva capacidade para julgar a causa de uma maneira justa e isenta. O que se espera é que, a partir da análise das respostas dos candidatos, os juízes, advogados e promotores consigam identificar e excluir aqueles que estejam contaminados por alguma espécie de preconceito ou preconcepção. A eficácia desse procedimento, contudo, apresenta-se deveras questionável.

Antes de mais, há fundadas razões para se acreditar que os candidatos normalmente não fornecem respostas corretas ou honestas ao serem submetidos a tal interrogatório. Assim, muitas vezes, parece que os candidatos não têm conhecimento acerca da real extensão de suas preconcepções ou não estão dispostos a relatá-las ao tribunal. Nesse sentido, existem estudos a demonstrar que os candidatos frequentemente procuram dar "a resposta certa" durante o procedimento de *voir dire*, como uma forma de conseguir a "aprovação" dos juízes e de seguir junto com a maioria.[30] Verifica-se, então, um receio dos candidatos de eles virem a ser eliminados sumariamente do procedimento de formação do júri, por serem considerados inaptos ao exercício da função de jurado naquele caso.

A constatação de que os candidatos ao júri, com frequência, não fornecem respostas exatas não seria motivo de preocupação, caso fosse possível confiar na habilidade dos magistrados, advogados e promotores de identificar as circunstâncias nas quais eles assim procedem. No entanto, considerando-se as dificuldades enfrentadas na própria formulação das perguntas (que devem ser formuladas sem enaltecer informações potencialmente prejudiciais), bem como a tendência de se acelerar o procedimento de *voir dire* para que se dê início logo ao julgamento, é ingenuidade esperar que os magistrados e as partes consigam flagrar os jurados que estejam faltando com a verdade.[31]

---

29. GERAGOS, M. J. (2006), 'The Thirteen Juror: Media Coverage of Supersized Trials', *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, 1167-1196.

30. Idem, ibidem.

31. MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397.

Em casos criminais de grande repercussão, os desafios que se põem são ainda mais agudos. Com efeito, nessas circunstâncias, não é fácil encontrar indivíduos que não tenham sido previamente expostos a algum tipo de informação sobre o réu ou sobre o crime supostamente praticado.[32] Não bastasse isso, nota-se que um significativo número dos candidatos a jurado possui um forte interesse em participar do julgamento, "com o intuito de condenar alguém que eles acreditam culpado, de obter algum ganho financeiro da imprensa, ou simplesmente de se tornar uma celebridade momentânea".[33] Esses candidatos (conhecidos como "*stealth jurors*") não hesitam em mentir durante o procedimento de *voir dire*, caso isso seja necessário para garantir a sua seleção para o júri.

É oportuno observar que os poucos estudos empíricos que se debruçaram sobre esse tema parecem dar amparo ao nosso ceticismo acerca da eficácia do procedimento de *voir dire*.

Sue, Smith e Pedroza, por exemplo, após conduzirem uma experiência de júri simulado com 158 estudantes universitários, constataram que muitos participantes desse estudo (exercendo o papel de jurado) não se desqualificaram durante o procedimento de *voir dire*, apesar de terem sido efetivamente influenciados pela prévia exposição a determinadas publicações desfavoráveis à defesa. Observou-se, assim, que os mesmos participantes que deixaram indevidamente de reconhecer a sua parcialidade eram mais propensos a proferir decisões finais condenatórias.[34] Na mesma esteira, Kerr, Kramer, Carroll e Alfini não apenas chegaram à conclusão de que "a mera alegação de imparcialidade [dos candidatos a jurado] não é suficiente para assegurar a imparcialidade", como também verificaram que juízes, advogados e promotores não são eficientes em detectar os candidatos que indevidamente deixam de assumir a quebra de sua isenção para julgar o caso.[35]

B) *Mudança de foro*

Em casos criminais de grande notoriedade, consoante já se sublinhou, a eficácia do procedimento de *voir dire* é bastante comprometida pela dificuldade de se encontrar indivíduos que não tenham sido expostos a alguma publicação potencialmente prejudicial sobre a causa a ser julgada. Nessas circunstâncias, para tentar garantir a realização de um julgamento justo, tal como exigido pela Constituição,

32. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946.

33. PHILLIPSON, G. (2008), 'Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose', *Law and Contemporary Problems*, 71, 15-29.

34. SUE, S.; SMITH, R. E.; PEDROZA, G. (1975), 'Authoritarianism, Pre-trial Publicity, and Awareness of Bias in Simulated Jurors', *Psychological Reports*, 37, 1299-1302.

35. KERR, N. L.; KRAMER, G. P.; CARROLL, J. S.; ALFINI, J. J. (1991), 'On the Effectiveness of Voir Dire in Criminal Cases with Prejudicial Pre-trial Publicity: An Empirical Study', *The American University Law Review*, 40, 665-701.

os tribunais norte-americanos podem se valer de uma alternativa conhecida como mudança de foro (ou desaforamento). Assim, nessas ocasiões, os magistrados responsáveis pela condução da causa podem concordar em mudar o local da sessão de julgamento para uma comarca diversa, onde se presume que a população não foi previamente exposta a níveis elevados de publicações desfavoráveis à defesa (não tendo construído, portanto, preconcepções ou prejulgamentos sobre o réu ou sobre o crime pelo que ele está sendo acusado).

É bom que se esclareça, entretanto, que o desaforamento não é um dos remédios judiciais favoritos dos tribunais norte-americanos. Muito pelo contrário. Nesse passo, os magistrados costumam relutar em transferir a sessão de julgamento para outras localidades, por não admitirem a incapacidade de suas próprias comarcas para garantir a realização de um julgamento justo.[36] Além disso, os tribunais, não raramente, deixam de aplicar essa medida em virtude dos seus altos custos financeiros. Em julgamentos federais, por exemplo, a mudança de foro implica em os tribunais ficarem responsáveis pelos custos de transporte, hospedagem e alimentação das vítimas no curso de todo o julgamento.[37] Por fim, os tribunais, por vezes, também deixam de promover o desaforamento por receio de infringir o direito igualmente constitucional dos réus a serem julgados pelo "júri do estado e do distrito onde o crime tiver sido cometido" (Sexta Emenda à Constituição norte-americana).

A mudança de foro é considerada por alguns autores um dos mais eficientes remédios judiciais na prevenção da influência da mídia sobre o júri. Mariniello, por exemplo, sustenta que se trata de uma conveniente forma de eliminar preconceitos e preconcepções, sem excluir, com isso, a possibilidade de o júri contar com cidadãos inteligentes e bem informados.[38] No mesmo sentido, Steblay, Besirevic, Fulero e Jimenez-Lorente defendem que o desaforamento é uma das mais lógicas soluções para repelir a participação no júri de indivíduos que tenham convivido num ambiente carregado de publicações tendenciosas em favor de uma das partes.[39]

Se, por um lado, é certo que o desaforamento constituiu uma poderosa alternativa para impedir a interferência da imprensa no julgamento de casos criminais de grande popularidade em um passado não tão distante; por outro, não se pode

36. MINOW, N. N.; CATE F. H. (1990-1991), 'Who is an Impartial Juror in an Age of Mass Media', *The American University Law Review*, 40, 631-664.

37. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946.

38. MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397, p. 26.

39. STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M. and JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235.

deixar de pôr em causa a sua eficácia nos presentes tempos. Há de se concordar, assim, com os estudos que indicam que a mudança de foro apresenta-se "menos eficaz, se não completamente inútil" nos casos criminais caracterizados por uma intensa cobertura midiática.[40] Isto porque, ante o acelerado desenvolvimento da Internet, das redes sociais de relacionamento e das mídias de massa, a distância física entre as comarcas deixou de ser uma barreira à transferência de informações entre os seus habitantes.

2.2 Mecanismos destinados a neutralizar as eventuais preconcepções das pessoas que tiverem sido selecionadas para fazer parte do júri

Para além desse primeiro grupo, o sistema judicial norte-americano dispõe também de mecanismos judiciais que visam a neutralizar as eventuais preconcepções dos candidatos que efetivamente forem selecionados para participar do julgamento. Assim, ao mesmo tempo em que se reconhece que os tribunais não conseguem impedir totalmente a seleção de pessoas parciais para fazer parte do júri, procura-se minimizar o impacto dos seus eventuais preconceitos ou preconcepções por meio dos seguintes mecanismos: (A) deliberação do júri, (B) instruções judiciais e (C) adiamento da sessão de julgamento.

A) *Deliberação do júri*

A deliberação do júri é o estágio que antecede a prolação do veredicto final. Trata-se do momento em que os jurados discutem a respeito das provas apresentadas no curso do julgamento, para chegar à decisão a ser aplicada ao caso concreto.

Com uma relativa frequência, esse estágio é apontado como uma das válvulas processuais existentes para impedir interferências externas nos julgamentos criminais (ou mesmo cíveis). Sustenta-se, assim, que as discussões travadas entre os jurados acabam por inibi-los de basear as suas decisões em provas processualmente inválidas ou em concepções pessoais previamente estabelecidas. London e Nunez, por exemplo, após realizarem duas experiências de júri simulado com estudantes da Universidade de Rocky Mountains, verificaram que "as deliberações [do júri] podem desempenhar um importante papel na propensão dos jurados para desconsiderar provas inadmissíveis".[41]

---

40. KRAUSE, S. J. (1996), 'Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial', *Boston University Law Review*, 76, 537-574, p. 566. No mesmo sentido: GERAGOS, M. J. (2006), 'The Thirteen Juror: Media Coverage of Supersized Trials', *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, 1167-1196; STABILE, M. R. (1990-1991), 'Free Press-Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case', *The Georgetown Law Journal*, 79, 337-358.

41. LONDON, K.; NUNEZ, N. (2000), 'The Effect of Jury Deliberations on Jurors' Propensity to Disregard Inadmissible Evidence', *Journal of Applied Psychology*, 85 (6), 932-939. p. 937.

No entanto, não é raro encontrar estudos que sugerem justamente o contrário. No que diz respeito à sua (in) aptidão para prevenir a influência da mídia sobre os jurados, existem sólidos trabalhos a demonstrar que o estágio de deliberação não apenas é inapto a eliminar os efeitos oriundos da prévia exposição dos jurados a determinadas informações veiculadas na imprensa, mas pode chegar inclusive a exacerbá-los. Kramer, Kerr e Carroll, por exemplo, conduziram uma notável experiência de júri simulado com 791 participantes, ao final da qual chegaram à seguinte – e direta – conclusão: "embora o estágio de deliberação não possa ser eliminado do procedimento do júri, não se deve contar com ele como um remédio contra as publicações da mídia que antecedem os julgamentos".[42] Em sentido convergente, Steblay, Besirevic, Fulero e Jimenez-Lorente advertem que a fase de deliberação do júri não proporciona um "efetivo equilíbrio contra o peso das informações veiculadas na imprensa antes dos julgamentos".[43]

A partir da análise do corpo de estudos até então desenvolvidos, não subsistem razões para otimismo. De uma parte, há confiáveis evidências a demonstrar que os jurados não titubeiam em debater entre eles as informações recebidas por meio da imprensa.[44] De outra, é fácil perceber que a fase de deliberação do júri não endereça alguns dos mecanismos que intermediam a influência dos meios de comunicação sobre o processo decisório dos jurados. Com efeito, ainda que os jurados se abstivessem de debater as informações obtidas por meio da imprensa (o que não ocorre, consoante demonstrado por alguns estudos), nota-se que não são prevenidos os efeitos da imprensa sobre a forma como eles analisam as provas apresentadas pelas partes no curso do julgamento ou mesmo sobre a maneira como eles vêem os réus.

B) *Instruções judiciais*

No início da sessão de julgamento, ou logo antes do estágio de deliberação do júri, os juízes costumam advertir os jurados de que eles devem basear as suas decisões apenas nas provas validamente apresentadas pela acusação ou pela defesa. Ressalta-se, assim, que deve ser ignorada, por completo, toda e qualquer informação sobre o caso a ser julgado que tiver sido adquirida de outra forma. Com tais instruções, acredita-se ser possível evitar que as decisões do júri sejam influenciadas pelas informações que eles tiverem obtido previamente por meio da imprensa.

No mesmo sentido: KLINE, F. G.; JESS, P. H. (1966), 'Prejudicial Publicity: Its Effect on Law School Mock Juries', *Journalism Quarterly*, 43, 113-116.

42. KRAMER, G. P.; KERR, N. L.; CARROLL, J. S. (1990), 'Pre-trial Publicity, Judicial Remedies and Jury Bias', *Law and Human Behavior*, 14 (5), 409-438, p. 434.

43. STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235, p. 230.

44. RUVA, C. L.; LEVASSEUR, M. A. (2011), 'Behind Closed Doors: the Effect of Pre-trial Publicity on Jury Deliberations', *Psychology, Crime & Law*, 1-22.

Afigura-se inevitável atentar, contudo, para a existência de um número substancial de estudos a contestar a efetividade das instruções judiciais. Tais estudos sublinham que essas instruções falham no seu propósito não apenas porque elas são, em grande medida, ignoradas pelos jurados,[45] mas principalmente porque exigem deles algo que é humanamente impossível: a completa desconsideração de informações previamente adquiridas.[46] Como se não bastasse, esses estudos destacam que, em algumas circunstâncias, as instruções judiciais podem proporcionar um efeito contrário ao que elas se destinam a promover. Nesse sentido, alega-se que, em casos mais complexos, essas instruções podem ampliar os efeitos da mídia, na medida em que se acaba por dar proeminência ao mesmo conteúdo que deve ser ignorado pelo júri.[47]

No âmbito empírico, as conclusões dos estudos realizados caminham no mesmo sentido. Sue, Smith e Gilbert, por exemplo, ao conduzirem uma experiência de júri simulado com 102 estudantes, perceberam que as instruções judiciais não reduziram o impacto da prévia exposição dos jurados a uma reportagem jornalística desfavorável à defesa sobre os seus veredictos.[48] Também Kramer, Kerr e Carroll, em seu valoroso experimento de júri simulado com 791 participantes, constataram que "as advertências do magistrado para que toda publicidade fosse ignorada não tiveram qualquer efeito sobre os jurados ou sobre os veredictos do júri".[49] Os autores ainda frisaram que as instruções judiciais podem vir a ser contraprodutivas, eis que podem reforçar o impacto de certas publicações sobre o processo decisório dos jurados. Finalmente, Steblay, Besirevic, Fulero e Jimenez-Lorente chegaram à mesma constatação de que as instruções judiciais não constituem um remédio eficaz.[50]

---

45. MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397.

46. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946; MINOW, N. N.; CATE F. H. (1990-1991), 'Who is an Impartial Juror in an Age of Mass Media', *The American University Law Review*, 40, 631-664.

47. KRAUSE, S. J. (1996), 'Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial', *Boston University Law Review*, 76, 537-574; STABILE, M. R. (1990-1991), 'Free Press-Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case', *The Georgetown Law Journal*, 79, 337-358.

48. SUE, S.; SMITH, R. E.; GILBERT, R. (1974), 'Biasing Effects of Pre-trial Publicity on Judicial Decisions', *Journal of Criminal Justice*, 2, 163-171.

49. KRAMER, G. P.; KERR, N. L.; CARROLL, J. S. (1990), 'Pre-trial Publicity, Judicial Remedies and Jury Bias', *Law and Human Behavior*, 14 (5), 409-438, p. 430.

50. STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235.

Em conclusão, embora não se desconheça a existência de entendimentos divergentes, os dados empíricos angariados até então evidenciam que nós não devemos esperar muito das instruções judiciais. Ao que parece, normalmente, os jurados nem sequer percebem que eles foram influenciados pela imprensa (ou mesmo de que maneira eles foram influenciados), de modo que se torna difícil responder positivamente às advertências do magistrado.

C) *Adiamento da sessão de julgamento*

Em casos criminais que atraem uma carregada cobertura dos meios de comunicação, os tribunais norte-americanos dispõem de mais uma alternativa para tentar impedir que os veredictos finais sejam contaminados. Nessas circunstâncias, os tribunais podem conceder uma moção de adiamento da sessão de julgamento, com o objetivo de evitar que os acusados sejam julgados no calor das emoções e sentimentos provocados (ou maximizados) pelas atividades da imprensa. A utilização desse expediente fundamenta-se na assunção de que os prejudiciais efeitos da mídia sobre os jurados desaparecem com o passar do tempo.

É importante observar que os tribunais norte-americanos não costumam conceder tal moção com facilidade.[51] Em parte, essa resistência pode ser explicada pelo receio dos magistrados de infringirem o direito constitucional dos réus a um julgamento célere (Sexta Emenda à Constituição). Mas não é só. Aparentemente, também se pretende evitar, a todo custo, os encargos para a administração da justiça que advêm da postergação da sessão de julgamento. Com o adiamento, contribui-se para o congestionamento de um sistema judicial já saturado,[52] como também se dificulta a produção da prova testemunhal (na medida em que a memória costuma desvanecer-se ao longo do tempo).[53]

Não existe um consenso na literatura especializada a respeito da eficácia desse remédio judicial, não estando de acordo os estudos existentes sobre sua capacidade para reduzir os efeitos da mídia sobre os jurados. Enquanto alguns estudos indicam que se trata de "uma das mais efetivas formas de atenuar as concepções previamente adquiridas";[54] outros sugerem que se trata do remédio judicial "menos propício a

51. MINOW, N. N.; CATE F. H. (1990-1991), 'Who is an Impartial Juror in an Age of Mass Media', *The American University Law Review*, 40, 631-664.

52. STABILE, M. R. (1990-1991), 'Free Press-Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case', *The Georgetown Law Journal*, 79, 337-358, p. 344.

53. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946, p. 930.

54. MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397, p. 375.

ter sucesso".[55] A existência de percepções tão díspares pode ser explicada pelo baixo número de trabalhos empíricos a investigar os efeitos dessa medida; sendo certo que um dos poucos trabalhos que tentaram trazer alguma luz para essa discussão terminou por concluir que a sua eficácia é limitada.[56]

Apesar da pequena quantidade de estudos que se ativeram a essa temática, há razões para crermos que a mera postergação da sessão de julgamento não é capaz de prevenir a influência da mídia sobre as decisões do júri. Como bem destacado por Morris, os jurados não se esquecem de todas as informações que eles tiveram acesso por meio da imprensa com a simples transferência da sessão de julgamento para uma data futura.[57] Para além disso, o mero adiamento também não impede que os jurados continuem a ser expostos a toda sorte de publicação desfavorável à defesa (ou à acusação) até a nova data da sessão de julgamento.

2.3 Mecanismo destinado a blindar os jurados de informações potencialmente nocivas publicadas no curso do julgamento

Durante o julgamento de casos criminais de grande repercussão, é comum que os meios de comunicação publiquem informações tendenciosas em favor de uma das partes (normalmente, da acusação) no curso do julgamento. Na verdade, o que se verifica, com relativa frequência, é que as atividades da imprensa são intensificadas com o início dos trabalhos do júri. Atento a essa tendência, o sistema judicial norte-americano dispõe de um expediente destinado a coibir a exposição dos jurados a publicações potencialmente prejudiciais no decorrer do julgamento. Podem, então, os tribunais, lançar mão do sequestro do júri, por meio do qual se isolam os jurados de toda e qualquer interferência externa enquanto perdurar o julgamento da causa (i.e. até a prolação do veredicto final).

Não obstante a eficácia da medida de sequestro do júri em impedir que os jurados tenham contato com qualquer publicação potencialmente nociva no curso do julgamento, vislumbra-se que essa alternativa apresenta alguns aspectos problemáticos, que desencorajam o seu manuseio, ou que requerem a adoção de medidas complementares.[58]

---

55. ISAACSON, R. P. (1976-1977), 'Fair Trial and Free Press: An Opportunity for Coexistence', *Stanford Law Review*, 29, 561-574, p. 562.

56. KRAMER, G. P.; KERR, N. L.; CARROLL, J. S. (1990), 'Pre-trial Publicity, Judicial Remedies and Jury Bias', *Law and Human Behavior*, 14 (5), 409-438.

57. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, p. 929.

58. PHILLIPSON, G. (2008), 'Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose', *Law and Contemporary Problems*, 71, 15-29; KRAUSE, S. J. (1996), 'Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial', *Boston University Law Review*,

Em primeiro lugar, a utilização da medida de sequestro do júri é assaz desencorajada pelos vultosos custos financeiros e sociais que lhe são atrelados.[59] O sequestro do júri onera financeiramente a comunidade, na medida em que esta passa a ser responsável por fornecer alojamento, alimentação, transporte e entretenimento ao corpo de jurados enquanto ele permanecer custodiado. A aplicação da medida de sequestro também pode levar a população a se tornar menos disposta a servir no júri, por receio de passar alguns dias longe de sua família, amigos e trabalho. Trata-se de um significativo ônus social, que atinge o próprio senso de cidadania do povo americano, não podendo, portanto, ser subestimado. Em segundo lugar, é previsível que a imposição do sequestro do júri venha a afetar o humor e a disposição dos jurados para decidir o caso concreto. Assim, não se pode afastar a possibilidade de os jurados desejarem descontar no momento do veredicto todo o seu ressentimento em desfavor da parte que, no seu entender, foi responsável pelo cerceamento de sua liberdade; tal como não se pode afastar a possibilidade de os jurados procurarem encerrar o estágio de deliberação de forma apressada e irresponsável (movidos não pelo interesse em obter a decisão mais justa ao caso concreto, mas sim por interesses meramente individuais e imediatistas). Por fim, é de se ressaltar que a medida de sequestro do júri é assumidamente limitada na tarefa de prevenir a interferência da mídia nos julgamentos criminais. Desse modo, ela não se destina a minimizar ou eliminar as eventuais concepções dos jurados que tenham sido originadas a partir de informações publicadas nos dias ou meses que antecedem a data do julgamento.

2.4 Mecanismos destinados a impedir a veiculação de informações potencialmente nocivas pelos meios de comunicação

Ao menos em teoria, os tribunais norte-americanos contam também com outros dois poderosos expedientes no enfrentamento dos desafios postos pelas atividades da imprensa nos julgamentos criminais de grande repercussão. Dessa feita, os tribunais podem se valer das (A) ordens de silêncio (ou de amordaçamento – "*gag orders*"), e das (B) restrições preliminares dos meios de comunicação. Cuida-se de duas alternativas que se distinguem das delineadas até então, porquanto o seu foco não está dirigido diretamente sobre os jurados. Não se procura, assim, por meio delas, prevenir a seleção de jurados manifestamente parciais, minimizar as suas eventuais preconcepções ou mesmo blindá-los de informações potencialmente nocivas. Ao revés, busca-se enfrentar a questão a partir de uma perspectiva diversa, atacando aquela que nos parece ser a raiz do problema, qual seja, a própria veiculação de informações potencialmente prejudiciais pelos meios de comunicação.

76, 537-574; STABILE, M. R. (1990-1991), 'Free Press-Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case', *The Georgetown Law Journal*, 79, 337-358.

59. MORRIS, op. cit., 901-946.

A) *Ordens de silêncio (ou de amordaçamento* – "gag orders")

As ordens de silêncio (ou de amordaçamento) destinam-se a impedir que agentes públicos ou privados envolvidos no julgamento criminal venham a transmitir certas informações sobre a causa para os meios de comunicação (ou mesmo para terceiros). Assim, nas circunstâncias em que se puder antecipar que a imparcialidade do júri será afetada com a divulgação de determinadas informações, os magistrados "podem proibir advogados, testemunhas, jurados, servidores públicos e outros agentes diretamente envolvidos com o julgamento de fazer qualquer declaração perniciosa fora do ambiente da corte".[60]

A imposição de uma ordem de silêncio representa uma grave limitação à liberdade de expressão dos participantes do julgamento. Por tal razão, defende-se que a sua utilização deve se restringir às circunstâncias em que restar claro que: (i) a publicação poderá ameaçar o direito constitucional dos réus a um julgamento justo e imparcial, e; (ii) os outro remédios judiciais disponíveis (menos restritivos) apresentam-se insuficientes para prevenir que os jurados venham a ser, por ela, influenciados.[61]

Convém notar, contudo, que, na prática, os tribunais norte-americanos raramente socorrem-se das ordens de silêncio. Essa reticência decorre das dificuldades enfrentadas pelos juízes na execução dessas medidas, bem assim das suas convicções pessoais de que as informações processuais veiculadas na imprensa não provêm dos agentes envolvidos no julgamento da causa.[62]

Caso fossem empregadas com uma frequência maior, por certo, as ordens de silêncio poderiam ajudar na redução do volume de publicações potencialmente nocivas que acompanham determinadas causas criminais.

Sucede que, como bem acentuado pela doutrina, não se deve esperar mais desse expediente do que ele tem para oferecer.[63] Com efeito, as ordens de silêncio possuem algumas limitações que não podem ser obnubiladas. De um lado, as ordens de silêncio não possuem qualquer efeito sobre os participantes do julgamento no estágio inicial dos casos criminais. Afinal, elas só podem ser adotadas após o pro-

60. MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946, p. 907.

61. KRAUSE, S. J. (1996), 'Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial', *Boston University Law Review*, 76, 537-574; MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397.

62. KRAUSE, op. cit.; MARINIELLO, op. cit.

63. DUNCAN, S. H. (2008), 'Pre-trial Publicity in High Profile Trials: An Integrated Approach to Protecting the Right to a Fair Trial and the Right to Privacy', Ohio Northern University Law Review, 34, 755-795.

cedimento ser remetido ao tribunal pelos órgãos responsáveis pela investigação. De outro lado, a sua imposição não impede a imprensa de divulgar qualquer informação que chegue ao seu conhecimento. Dessa forma, enquanto alguns agentes envolvidos com o julgamento podem ser tolhidos de tornar públicas determinadas informações sobre o caso concreto, os meios de comunicação permanecem livres para veicular toda e qualquer informação que lhe seja transmitida (pouco importando a sua fonte, bem como a própria potencialidade lesiva de seu conteúdo). Não se consegue, assim, evitar os danos advindos do não tão incomum vazamento clandestino de informações processuais para a imprensa (muitas das vezes, promovido pelas próprias partes do processo).[64]

B) *Restrições preliminares dos meios de comunicação*

Nos casos criminais mais populares, os tribunais norte-americanos contam com uma última alternativa para tentar garantir a realização de um julgamento justo por um júri imparcial. Assim, quando todos os demais expedientes se mostram insuficientes, os magistrados podem emitir uma ordem judicial que proíba a imprensa de divulgar certas informações particularmente nocivas.

As restrições preliminares dos meios de comunicação parecem ser a mais eficiente alternativa para proteger os jurados contra a sua indevida exposição a publicações tendenciosas em desfavor da defesa (ou mesmo da acusação). Apesar disso, a sua utilização é quase inexistente na justiça norte-americana. Na prática, os tribunais evitam impor qualquer limitação às atividades da imprensa, por respeito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. É importante observar, no entanto, que essa alternativa compartilha uma das limitações apresentadas pelas ordens de silêncio. Nesse passo, percebe-se que as ordens de restrição preliminar dos meios de comunicação somente podem ser emitidas após os casos criminais serem remetidos aos tribunais, de modo que elas também não conseguem prevenir os efeitos da mídia no estágio inicial das investigações.

2.5 *Mecanismo destinado a reverter decisões judiciais tomadas por jurados manifestamente parciais*

Por fim, quando não se conseguir assegurar a realização de um julgamento justo, perante um júri imparcial, os réus dispõem de uma "cartada-final" para tentar garantir o respeito à Quinta e à Sexta Emendas à Constituição norte-americana. Nessas circunstâncias, os acusados podem buscar reverter as suas condenações apelando para os tribunais superiores.

64. GERAGOS, M. J. (2006), 'The Thirteen Juror: Media Coverage of Supersized Trials', Loyola of Los Angeles Law Review, 39, 1167-1196.

Faz-se necessário mencionar, entretanto, que os tribunais superiores não costumam dar provimento aos recursos de apelação com facilidade.[65] Por outro lado, ainda que a condenação venha a ser revertida, constata-se que a reforma não vem acompanhada de uma justa compensação financeira para o réu. Não se compensa, assim, por exemplo, o tempo da injusta permanência do réu na prisão, os empregos e oportunidades perdidas ou os prejuízos materiais e emocionais sofridos por sua família.[66] Ademais, não se pode desconsiderar que a impugnação de uma decisão condenatória representa sempre um sério dano ao próprio sistema judicial, eis que afeta a confiança da população no legítimo exercício de suas atividades.

3. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e de informação, e o aumento do interesse da população nas reportagens policiais, o número de casos criminais que recebem uma intensa e contínua cobertura da imprensa vem aumentando ano após ano. Isso significa que existe um crescente número de acusados sendo julgados em condições desfavoráveis e perigosas. Assim, com relativa frequência, presencia-se o destino dos réus ser decidido por júris compostos por pessoas que foram previamente expostas a informações potencialmente prejudiciais acerca do caso concreto a ser julgado. Uma situação como essa representa uma séria ameaça não apenas ao direito constitucional dos réus a um julgamento justo (perante um júri imparcial), mas a outros direitos de igual importância, que são fatalmente afetados em decorrência de uma injusta condenação (e.g. direito à propriedade, à liberdade e à própria vida).

O sistema judicial norte-americano tem procurado garantir a proteção desses direitos, com a adoção de medidas que se destinam a neutralizar os efeitos das informações potencialmente prejudiciais veiculadas na imprensa sobre os veredictos do júri. Contudo, essa postura tem recebido inúmeras críticas, em especial, de autores que sublinham que melhores resultados seriam obtidos caso fosse endereçada a suposta raiz do problema, qual seja, a própria divulgação de notícias tendenciosas em desfavor da defesa (ou da acusação). Com efeito, argumenta-se que a justiça norte-americana não deveria aguardar a veiculação de uma informação potencialmente nociva, para então agir; mas, sim, deveria tomar uma atitude proativa destinada a limitar o próprio conteúdo daquilo que é publicado pelos órgãos de imprensa.

Na primeira etapa do presente estudo, restou observado que não é infundado o temor de que as atividades da mídia venham a ter alguma influência sobre o resul-

65. PHILLIPSON, G. (2008), 'Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose', *Law and Contemporary Problems*, 71, 15-29.

66. Idem, ibidem.

tado dos julgamentos criminais de grande notoriedade. Nesse sentido, verificou-se que a publicação de informações desfavoráveis à defesa pode ter um significativo impacto sobre a imparcialidade dos jurados. Há, assim, consistentes estudos empíricos a comprovar que a publicação de informações tendenciosas sobre o caso a ser julgado pode afetar não apenas as preconcepções dos jurados sobre a culpabilidade e o caráter dos réus (construídas antes de se dar início às audiências), como também pode afetar o próprio conteúdo das decisões proferidas ao final do julgamento.

Ainda nessa primeira etapa, também se conseguiu perceber que a influência da mídia sobre a imparcialidade dos jurados se dá de várias formas. Ou seja, observou-se que não existe um único mecanismo psicológico a intermediar os efeitos da imprensa sobre o processo decisório dos jurados. Pelo contrário, a depender do teor das informações tornadas públicas, o processo decisório dos jurados pode ser impactado por intermédio de múltiplos e independentes mecanismos. Embora as investigações sobre esse tema ainda se encontrem em estágio embrionário, já se pôde visualizar que, não raras vezes, os efeitos das publicações desfavoráveis aos interesses da defesa recaem diretamente sobre a forma como os jurados avaliam a "natureza criminosa do réu" ou sobre a forma como interpretam as provas apresentadas pelas partes no curso do julgamento.

Em sequência, na segunda etapa do presente trabalho, notou-se que o sistema judicial norte-americano dispõe de uma série de expedientes que podem ser utilizados para se tentar prevenir a influência da mídia sobre os jurados nos casos criminais de grande repercussão. Os tribunais contam, então, com alternativas que se destinam (i) a prevenir a seleção de pessoas parciais para fazer parte do júri, (ii) a neutralizar as eventuais preconcepções das pessoas que tiverem sido selecionadas para fazer parte do júri, (iii) a blindar os jurados de informações potencialmente nocivas publicadas no curso do julgamento, (iv) a impedir a veiculação de informações potencialmente nocivas na imprensa ou; (v) a reverter decisões judiciais tomadas por jurados manifestamente parciais.

Ocorre que, como se pôde observar ainda nessa segunda etapa, os tribunais não costumam se valer de todas as alternativas que se encontram à sua disposição. Ao menos, não com a mesma assiduidade. Tem-se, assim, privilegiado as alternativas que são de mais fácil execução, muito embora existam evidências de que se trata das menos eficazes. Nesse sentido, as instruções judiciais, o procedimento de deliberação do júri e o procedimento de *voir dire* têm recebido a preferência dos magistrados, em detrimento de alternativas como o desaforamento, o sequestro do júri e o adiamento da sessão de julgamento (cuja eficácia também se apresenta questionável, ainda que em menor grau). Além disso, também se pôde visualizar que as medidas que se destinam a limitar as atividades de imprensa, seja direta ou indiretamente, não contam com a simpatia dos juízes norte-americanos. Não obstante se tratar das medidas judiciais mais eficazes, uma exasperada deferência à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa explica o quase total desprezo pela

possibilidade de se emitir uma "ordem de silêncio" contra os agentes envolvidos no julgamento ou contra a própria mídia.

Diante desse quadro, só nos resta constatar que a corrente resposta da justiça norte-americana às sérias ameaças postas pelas atividades da mídia nos casos criminais de grande apelo não se apresenta suficiente para garantir a realização de um julgamento justo por um júri imparcial. Vê-se, assim, que a relutância dos tribunais em limitar as atividades da imprensa, deixando de adotar as medidas destinadas a prevenir a divulgação de informações potencialmente lesivas, parece deixar os direitos fundamentais previstos pelas Quinta e Sexta Emendas à Constituição praticamente descobertos.

Caso se pretenda levar a sério os direitos fundamentais ameaçados pelas atividades da imprensa nos casos criminais de grande popularidade, em especial, o direito do réu a ser julgado perante um júri imparcial, antes de mais, afigura-se crucial que os tribunais norte-americanos mudem radicalmente a sua postura, passando a adotar, rotineiramente, as alternativas que se destinam a impedir a veiculação na mídia de informações particularmente nocivas.

Mas não apenas isso. Também se faz necessário que a própria sociedade norte-americana reconsidere a sua aversão a regulamentar mais a fundo as atividades dos meios de comunicação. Isto porque não convém esperar que o sistema judicial, por si só, consiga afastar todos os riscos inerentes aos casos criminais de grande apelo popular. Em paralelo à mudança de atitude do Poder Judiciário, é de bom alvitre que se procure melhor regulamentar as atividades da imprensa, seja por meio do Poder Legislativo, seja por meio dos órgãos reguladores da própria imprensa. São bem-vindos, assim, atos normativos que se dirijam a estabelecer normas gerais de conduta, ou mesmo que se destinem a proibir expressamente a veiculação de determinadas informações particularmente prejudiciais enquanto pendente o julgamento da causa.

Com a melhor regulamentação das atividades da mídia, por um lado, espera-se impedir a publicação de informações potencialmente nocivas na fase inicial dos casos criminais (o que, como já se observou, não se consegue obter por meio das medidas judiciais disponíveis). Por outro, aspira-se resguardar a imparcialidade dos próprios magistrados responsáveis por conduzir o julgamento dos casos criminais. Considerando-se o papel central dos magistrados na execução das medidas judiciais destinadas a impedir que a mídia interfira nos julgamentos criminais, tem-se por certo que a garantia da imparcialidade dos magistrados é o primeiro – e decisivo – passo para que se assegure a imparcialidade dos jurados.

Em conclusão, é oportuno esclarecer que não são desconhecidos os obstáculos que precisam ser superados, para que se institua um maior controle sobre as atividades da imprensa. Sabe-se, assim, que nada será possível sem que seja suavizada a quase total deferência norte-americana às liberdades de expressão e de imprensa,

ambas consagradas na Emenda Primeira à Constituição. No entanto, ante os valiosos interesses que estão em jogo, temos que todo e qualquer esforço está plenamente justificado. Não há motivo para relaxar quando o que se pretende garantir é a realização da própria justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDWOOD, J. A. (2000), 'You Say 'Fair Trial' and I Say 'Free Press': British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials', *New York University Law Review*, 75, 1412-1451.

BRUSCKE, J.; LOGES, W. (1999), 'Relationship Between Pre-trial Publicity and Trial Outcomes', *Journal of Communication*, 104-120.

CARLSON, K. A.; RUSSO, J. E. (2001), 'Biased Interpretation of Evidence by Mock Jurors', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 7 (2), 91-103.

CONSTANTINI, E.; KING, J. (1980-1981), 'Correlates and Causes of Prejudgment', *Law & Society Review*, 15 (1), 10-40.

DAVIS, R. W. (1986), 'Pre-trial Publicity, the Timing of the Trial and Mock Jurors' Decision Processes', *Journal of Applied Social Psychology*, 16 (7), 590-607.

DUNCAN, S. H. (2008), 'Pre-trial Publicity in High Profile Trials: An Integrated Approach to Protecting the Right to a Fair Trial and the Right to Privacy', *Ohio Northern University Law Review*, 34, 755-795.

GERAGOS, M. J. (2006), 'The Thirteen Juror: Media Coverage of Supersized Trials', *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, 1167-1196.

GREENE, E.; WADE, R. (1988), 'Of Private Talk and Public Print: General Pre-trial Publicity and Juror Decision-making', *Applied Cognitive Psychology*, 2, 123-135.

HOIBERG, B. C.; STIRES, L. K (1973), 'The Effect of Several Types of Pre-trial Publicity on the Guilt Attributions of Simulated Jurors', *Journal of Applied Social Psychology*, 3 (3), 267-275.

HOPE, L.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. (2004), 'Understanding Pre-trial Publicity: Predecisional Distortion of Evidence by Mock Jurors', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 10 (2), 111-119.

ISAACSON, R. P. (1976-1977), 'Fair Trial and Free Press: An Opportunity for Coexistence', *Stanford Law Review*, 29, 561-574.

KERR, N. L.; KRAMER, G. P.; CARROLL, J. S. and ALFINI, J. J. (1991), 'On the Effectiveness of Voir Dire in Criminal Cases with Prejudicial Pre-trial Publicity: An Empirical Study', *The American University Law Review*, 40, 665-701.

KLINE, F. G.; JESS, P. H. (1966), 'Prejudicial Publicity: Its Effect on Law School Mock Juries', *Journalism Quarterly*, 43, 113-116.

KRAMER, G. P.; KERR, N. L.; CARROLL, J. S. (1990), 'Pre-trial Publicity, Judicial Remedies and Jury Bias', *Law and Human Behavior*, 14 (5), 409-438.f

KRAUSE, S. J. (1996), 'Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial', *Boston University Law Review*, 76, 537-574.

LIEBERMAN, J. D.; ARNDT, J. (2000), 'Understanding the Limits of Limiting Instructions. Social Psychological Explanations for the Failures of Instructions to Disregard Pre-trial Publicity and Other Inadmissible Evidence'. *Psychology, Public Policy, and Law*, 6 (3), 677-711.

LONDON, K.; NUNEZ, N. (2000), 'The Effect of Jury Deliberations on Jurors' Propensity to Disregard Inadmissible Evidence', *Journal of Applied Psychology*, 85 (6), 932-939.

MARINIELLO, J. R. (1994), 'The Death Penalty and Pre-Trial Publicity: Are Today's Attempts at Guaranteeing a Fair Trial Adequate?', *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 8, 371-397.

MINOW, N. N.; CATE F. H. (1990-1991), 'Who is an Impartial Juror in an Age of Mass Media', *The American University Law Review*, 40, 631-664.

MORAN, G.; CUTLER, B. L. (1991), 'The Prejudicial Impact of Pre-trial Publicity', *Journal of Applied Social Psychology*, 21 (5), 345-367.

MORRIS, J. N. (2002-2003), 'The Anonymous Accused: Protecting Defendant's Rights in High Profile Criminal Cases', *Boston College Law Review*, 44, 901-946.

OGLOFF, J. R. P.; VIDMAR, N. (1994), 'The Impact of Pre-trial Publicity on Jurors: A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case', *Law and Human Behavior*, 18 (5), 507-525.

OTTO, A. L.; PENROD, S. D.; DEXTER, H. R. (1994), 'The Biasing Impact of Pre-trial Publicity on Juror Judgments', *Law and Human Behavior*, 18 (4), 453-469.

PADAWER-SINGER, A.; BARTON, A. H. (1975), 'The Impact of Pre-trial Publicity on Jurors' Verdicts'. In R. J. Simon (Ed.), *The Jury System in America: A Critical Overview*, Beverly Hills, CA: Sage, 125-139.

PHILLIPSON, G. (2008), 'Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose', *Law and Contemporary Problems*, 71, 15-29.

RUVA, C. L.; LEVASSEUR, M. A. (2011), 'Behind Closed Doors: the Effect of Pre-trial Publicity on Jury Deliberations', *Psychology, Crime & Law*, 1-22.

_____; MCEVOY, C. (2008), 'Negative and Positive Pre-trial Publicity Affect Juror Memory and Decision Making', *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 14 (3), 226-235.

_____; _____; BRYANT, J. B. (2007), 'Effects of Pre-Trial Publicity and Jury Deliberation on Juror Bias and Source Memory Errors', *Applied Cognitive Psychology*, 21, 45-67.

_____; GUENTHER, C. C.; YARBROUGH, A. (2011), 'Positive and Negative Pre-trial Publicity. The Roles of Impression Formation, Emotion, and Predecisional Distortion', *Criminal Justice and Behavior*, 38, 511-534.

STABILE, M. R. (1990-1991), 'Free Press-Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case', *The Georgetown Law Journal*, 79, 337-358.

STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M. and JIMENEZ-LORENTE, B. (1999), 'The Effects of Pre-trial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review', *Law and Human Behavior*, 23 (2), 219-235.

STUDEBAKER, C. A.; PENROD, S. D. (1997), 'Pre-trial Publicity. The Media, the Law, and Common Sense', *Psychology, Public Policy, and Law*, 3 (2/3), 428-460.

SUE, S.; SMITH, R. E.; CALDWELL C. (1973), 'Effects of Inadmissible Evidence on the Decisions of Simulated Jurors: A Moral Dilemma', 3 (4), 345-353.

_____; _____; GILBERT, R. (1974), 'Biasing Effects of Pre-trial Publicity on Judicial Decisions', *Journal of Criminal Justice*, 2, 163-171.

_____; _____; PEDROZA, G. (1975), 'Authoritarianism, Pre-trial Publicity, and Awareness of Bias in Simulated Jurors', *Psychological Reports*, 37, 1299-1302.

TANS, M. D.; CHAFFEE, S. H. (1966), 'Pre-trial Publicity and Juror Prejudice', *Journalism Quarterly*, 43, 647-654.

TYLER, T. R. (2005-2006), 'Viewing CSI and Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction', *The Yale Law Journal*, 115, 1050-1085.

WILSON, J. R.; BORNSTEIN, B. H. (1998), 'Methodological Consideration in Pre-trial Publicity Research: Is the Medium the Message?', *Law and Human Behavior*, 22 (5), 585-597.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto, de André Luiz Gardesani Pereira – *RT* 928/305 (DTR\2013\448);
- O tempo da Justiça Criminal nos EUA, Brasil e Portugal em uma perspectiva comparada, de Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro – *RBCCrim* 91/227 (DTR\2011\2341); e
- O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – Sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual, de Nádia de Araújo e Ricardo R. Almeida – *RBCCrim* 15/200 (DTR\1996\664).

O REGIME DOS "CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO" EM PROCESSO PENAL: REFLEXÕES A PARTIR DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

THE REGIME OF "INVESTIGATION KNOWLEDGE" IN CRIMINAL LAW: REFLECTIONS BASED ON WIRETAPPING

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: À semelhança dos "conhecimentos fortuitos" *stricto sensu*, também os "*conhecimentos da investigação*" se reportam a crime(s) diferente(s) daquele que originariamente motivou e justificou a recurso a determinado meio de obtenção de provas só admissível para um universo circunscrito de crimes ("catálogo"), como as escutas telefónicas, os agentes encobertos etc. Os "*conhecimentos da investigação*" distinguem-se por se reportarem a crimes que têm uma relação específica como o *crime do catálogo* que motivou a medida, com o qual configuram uma "unidade". Versando sobre o conceito, o sentido e alcance dos "*conhecimentos da investigação*", o artigo debruça-se depois sobre o seu regime, contraposto ao regime dos "conhecimentos fortuitos". Concluindo pela admissibilidade da valoração dos *conhecimentos da investigação* mesmo que relativos a um crime não pertinente ao catálogo. Mas tal só se dá se e na medida em que persisitir a perseguição do crime originário. A queda do originário crime do catálogo (v.g., por falta de acusação, de pronúncia, de condenação etc.) determina, sem mais, a *proibição de valoração* dos conhecimentos da investigação ("acessoriedade estrita").

PALAVRAS-CHAVE: Conhecimentos fortuitos - Conhecimentos da investigação - Proibição de valoração - Crimes do catálogo - Meios ocultos de investigação - Objecto do processo - Escutas telefónicas.

ABSTRACT: The similarity between "casual knowledge" *stricto sensu*, and "*investigation knowledge*" are related to a different crime/ crimes unlike those which originally motivated and justified a certain way of obtaining evidences only admissible to a limited number of crimes ("catalog"), such as wiretapping, undercover agents, etc. The "*investigation knowledge*" is different because it's related to crimes that have a special relationship with the *crime of the catalog*, which motivated a measure that configures a "unity". By addressing this concept, the meaning and the reach of this "*investigation knowledge*", this article analyzes its regime, contrasting it against that of "casual knowledge". It concludes that the value of *investigation knowledge is acceptable* even if it's not connected to a crime of the catalog. But this only takes place if/ and as long as the originary crime is continuously pursued. The un-listing of the originary crime from the catalog (due to lack of accusation, indictment, sentencing etc) determines the *prohibition to assess* investigation knowledge ("strict accessory").

KEYWORDS: casual knowledge, investigation knowledge, prohibition to assess, crimes of the catalog, hidden means of investigation, object of the proceeding, wiretapping.

SUMÁRIO: § 1. Introdução. O(s) problema(s) - § 2. O princípio e a extensão - § 3. As vicissitudes do (originário) crime do catálogo. Panorama jurisprudencial e doutrinal. - § 4. Princípios de

enquadramento e superação normativa – § 5. Princípio de resposta – § 6. Síntese conclusiva: conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação.

§ 1. INTRODUÇÃO. O(S) PROBLEMA(S)

1. Pelo peso crescente que vêm assumindo na experiência jurídica, os *meios ocultos de investigação* revestem-se hoje de manifesto interesse, tanto teórico-doutrinal como prático-jurídico. Imprescindíveis, pela sua fecundidade criminalística, particularmente na luta contra as formas mais graves e organizadas de criminalidade, os meios ocultos de investigação surpreendem e preocupam também pelo seu elevado potencial de invasividade e devassa. Uma danosidade social sobremaneira ampliada pela sua incontornável *Streubreite*. Isto é, pela irreprimível tendência para fazer alastrar a mancha da intromissão. Tanto no plano *subjectivo, sc.*, o universo das pessoas atingidas, que se estende muito para além dos suspeitos ou arguidos, atingindo, não raro, inocentes; como no plano *objectivo sc.*, o espectro dos direitos atingidos, sacrificados e frustrados. Já direitos fundamentais de matriz material-substantiva, já direitos ou liberdades de cariz adjectivo-processual.

Numa primeira e sumária caracterização, os *meios ocultos de investigação* surpreendem as pessoas atingidas nas suas formas mais descomprometidas e "inocentes" de acção, interacção e comunicação, levando-as a "dizer" – por vezes a "fazer" – coisas que de outro modo não diriam nem fariam. Como de todos os lados se reconhece e acentua, estes meios de investigação retiram aos suspeitos/arguidos a irrenunciável faculdade de serem eles próprios a decidir livremente sobre o *se* e o *como* da sua contribuição activa para a descoberta da verdade e, particularmente, da verdade de sentido auto-incriminatório. Relegando a garantia do *nemo tenetur se ipsum accusare* para o reino irrelevante da utopia. E se não retiram ao arguido o estatuto de *sujeito*[1] do processo, ao menos silenciam e neutralizam um dos mais consistentes baluartes da defesa, o *privilegie against self incrimination*. Porque condenam o arguido, mesmo o suspeito, a "ditar", espontânea, inconsciente e incontrolavelmente confissões auto-incriminatórias para o processo.

Tudo agravado pela circunstância de as pessoas atingidas não terem possibilidade de questionar a medida, de se opor à sua realização e, sendo caso disso, reagir contra a sua eventual ilegalidade e invalidade. Quando, mais tarde, surgir a possibilidade de conhecer e sindicar a medida, pode ser já tarde, do ponto de vista de uma defesa idónea e eficaz. Normalmente, irreparavelmente tarde.[2]

---

1. Desenvolvidamente, neste sentido, DENCKER, "Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren", *StV*, 1994, p. 667 ss., sobretudo p. 675 ss.

2. Para uma consideração mais aturada duma "doutrina geral" dos meios ocultos de investigação, na linha dos tópicos convocados no texto, BERNSMANN/JANSEN, "Heimliche Ermit-

A assinalada *Streubreite* dos meios ocultos de investigação explica a frequência, pode mesmo dizer-se a normalidade, com que eles oferecem informações ou conhecimentos sobre infracções distintas do crime em nome de cuja perseguição foram originariamente autorizados e empreendidos. Fala-se, a este propósito, de *conhecimentos fortuitos*, em sentido amplo. Uma designação que cobre manifestações diversificadas de conhecimentos obtidos "por acaso". E hoje consensualmente arrumadas em dois grupos, distintos tanto no plano categorial como no plano jurídico-normativo: os *conhecimentos fortuitos stricto sensu* e os *conhecimentos da investigação*.[3]

2. A projecção prático-jurídica da distinção, decorrente da diversidade de regimes, postula naturalmente que se procurem critérios idóneos de contraposição entre os *conhecimentos da investigação* e os *conhecimentos fortuitos*, expressão tomada, a partir daqui, em sentido estrito. Tarefa que está longe de se poder considerar lograda e cuja prossecução continua a revelar-se complexa e difícil.

a) As coisas resultam particularmente expostas logo no plano abstracto e teórico-doutrinal, onde não foi ainda possível referenciar critérios ou princípios gerais de distinção que, por sobre intersubjectivamente estabilizados na doutrina e nos tribunais, se mostrem outrossim heuristicamente fecundos. No sentido de uma separação das águas clara e sem resíduos, levando a cada uma das categorias todas as constelações fácticas pertinentes, com a inequívoca exclusão das expressões concretas que lhe são estranhas.

Dificilmente poderia ser de outra maneira. Isto porquanto a tendência tem ido no sentido de privilegiar aqui critérios ou conceitos próprios do direito penal (vg. *unidade de infracção*) ou do direito processual penal (v.g., *objecto do processo*). Conceitos que, já no seu contexto originário e específico, se revelam reconhecidamente problemáticos e inseguros. Quem adopta os conceitos ou critérios pedidos ao direito penal ou ao processo penal – como o fazem em termos não necessariamen-

---

tlungsmethode und ihre Kontrolle. Ein systematischer Überblick", *StV*, 1998, p. 217 ss.; LÖFFELMANN, "Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen WohnraumÜberwachung auf die Telekommunikations Überwachung und andere verdeckte Ermittlungsmassnahmen", *ZStW*, 2006, p. 358 ss; COSTA ANDRADE, "Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma Teoria Geral)", *Que futuro para o direito processual penal*? Coimbra, 2009, p. 525 ss; ZÖLLER, "Heimlichkeit als System", *StraFO*, 2008, p. 15 ss; do mesmo autor, "Heimliche und verdeckte Ermittlungsmassnahmen im Strafverfahren", *ZStW*, 2012, p. 411 ss; S. GLESS, "Heimliche Ermittlungsmassnahmen im Schweizerischer Strafprozess", *ZStW*, 2012, p. 440 ss; SINGELSTEIN, "Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmassnahmen", *NStZ*, 2012, p. 604 ss; CONEN, "Neues von verdeckt ermittlenden Presonen – ein Ende des staatlich gesteuerten V-Mannes in Sicht?", *StraFo*, 2013, p. 140 ss.

3. Na língua alemã, *Untersuchungsbefunde* (conhecimentos da investigação), contrapostos a *Zufallsfunde* ou *Zufallserkenntnisse* (conhecimentos fortuitos).

te sobreponíveis os autores e os tribunais – está, à partida, confrontado com a complexidade e a contingência de que tais critérios ou conceitos são portadores. Contingência que, naturalmente, acaba por se reflectir e reproduzir, ampliada, nas propostas de distinção (entre *conhecimentos da investigação* e *conhecimentos fortuitos*) feitas na linha daqueles critérios.

O quadro é outro no plano prático-jurídico, mais directamente comprometido com a resposta às expressões concretas segregadas pela vida. E em que a progressão privilegia a via indutiva, compensando-se com a relativa linearidade das soluções práticas o que se perde em rigor dogmático e sistemático. Isto à vista da irrecusável convergência que se regista na hora da recondução dos casos concretos a cada uma das figuras e aos respectivos regimes: *conhecimentos da investigação* ou *conhecimentos fortuitos*. Na certeza de que sempre será possível avançar na linha do interesse cognitivo que aqui nos move – sinalizar os tópicos mais relevantes do regime processual penal dos conhecimentos da investigação – sem antes ter curado de assegurar um tratamento mais aturado e acabado dos problemas de demarcação do respectivo âmbito. Noutros termos, é possível definir o regime dos *conhecimentos da investigação* pondo entre parênteses a determinação do universo, mais ou menos alargado, das constelações fácticas nele subsumíveis e que demarcam a respectiva extensão.

b) Razão pela qual nos ateremos a um breve apontamento sobre a questão, ensaiando uma caracterização sumária das hipóteses pertinentes à figura e ao regime dos conhecimentos da investigação. Procedimento além do mais justificado pela circunstância de os *conhecimentos da investigação* surgirem face aos *conhecimentos fortuitos* em sentido amplo como o conceito específico. Definido pela (específica) *relação de conexão* que medeia entre: de um lado, o crime cuja perseguição legitimou, à partida, a investigação; e, do outro lado, o crime a que se reportam os conhecimentos (derivados e "ocasionais") que a mesma investigação acabou por oferecer. Certos de que, identificada a marca específica que define os *conhecimentos da investigação*, fica *eo ipso* referenciada, por via exclusiva, a fenomenologia a levar à figura e ao regime dos *conhecimentos fortuitos*, em sentido estrito.

Assim, o que verdadeiramente define a figura dos *conhecimentos da investigação* e a distingue e contrapõe à dos *conhecimentos fortuitos* é a particular *conexão* que subsiste entre os crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação e o originário crime que determina a medida de investigação. *Conexão* que tanto no plano material-substantivo como, sobretudo, no processual, permitem falar de uma relação de "mesmidade" entre o crime originário e os novos crimes postos a descoberto pela escuta. Em termos tais que a investigação do crime originário já leva consigo a investigação dos crimes novos, como conhecimentos da(quela) investigação de que fazem parte. Na formulação convergente de Singelstein, embora fortuitamente adquiridos, os conhecimentos "estão cobertos pelo fim de investi-

gação do processo originário".[4] Por isso é que, diferentemente do que sucede nos conhecimentos fortuitos – em que o processamento do(s) *outro*(s) crime(s) tinha, em princípio, de ocorrer *noutro*(s) processo(s) – os conhecimentos da investigação fazem parte do mesmo "pedaço de vida", devendo ser tratados no mesmo processo, a cujo objecto pertencem.

c) Recordamos a título de mera ilustração constelações como:

Sendo realizadas escutas telefónicas a *A*, por suspeita de *roubo* (crime do catálogo, punível com prisão de 1 a 8 anos, art. 210.º do CP), as escutas revelam que o autor do roubo causou também à vítima *Ofensas à integridade física simples* (prisão até 3 anos ou multa, art. 143.º, n. 1).

O mesmo valendo para a relação que medeia entre um crime de *Corrupção passiva para acto ilícito* (art. 372.º do CP) e os factos ilícitos (v.g. *Violação de segredo por funcionário*, art. 383.º do CP) praticados (pelo funcionário) no âmbito e na relação de corrupção. Ou, noutra direcção, entre o mesmo crime de *Corrupção passiva para acto ilícito* e o crime de *Abuso de poder* (art. 382.º do CP).

Ou ainda a relação entre o crime de *Branqueamento* (art. 368.º-A do CP) e o(s) crime(s) subjacente(s), v.g. o crime de *Fraude fiscal*, punível com prisão até 3 anos ou multa até 360 dias (art. 103.º do Regime Geral das Infracções Tributárias).

Posta entre parênteses uma mais cuidada categorização daquela relação – concurso aparente ou outra – a verdade é que, tanto no plano histórico como sociológico, é o originário crime do catálogo que domina todo o conglomerado fáctico e lhe empresta significado e sentido. O seu próprio significado e o seu próprio sentido: social, normativo, histórico, criminalístico etc. É ainda aquele crime que empresta às demais condutas, correspondentes aos *conhecimentos da investigação*, a coloração e a relevância político-criminal e axiológica. Em definitivo, é ele que, na relação de "ponderação vinculada"[5] a que obedece o regime dos meios mais drásticos e invasivos de investigação, assegura a proporcionalidade que, aos olhos do legislador, justifica e legitima o recurso a tais meios.

3. Em ordem a uma melhor clarificação das coisas, convirá convocar dois conceitos, que sinalizam outros tantos princípios normativos, e que se afiguram decisivos para a compreensão e superação jurídico-normativa dos problemas associados a esta matéria. Temos em vista os conceitos de *vinculação ao fim* (*Zweckbindung*) e *mudança de fim* (*Zweckentfremdung*).

a) Recorda-se, a propósito, que diferentemente do que sucede com os conhecimentos da investigação, os *conhecimentos fortuitos* em sentido estrito introduzem

4. SINGELSTEIN, "Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten", *ZStW*, 2008, p. 859.

5. A expressão é de KNAUTH, "Beweisrechtliche Probleme bei der Verwertung von Abhörmaterial im Strafverfahren", *NJW*, 1978, p. 742.

uma *mudança de fim*, isto é, uma divergência entre o fim em nome do qual os conhecimentos foram *obtidos* e o fim para que venham ulterior e eventualmente a ser *utilizados*.[6] A sua utilização representa neste contexto uma excepção ao princípio da *vinculação ao fim*. Princípio cuja afirmação definitiva ficou associada ao *Volkzälungsurteil*[7] do Tribunal Constitucional alemão e que hoje vale como o "enunciado nuclear da protecção constitucional dos dados pessoais" (Lupberger).[8] Tendo emergido como decorrência directa ou dimensão conatural do direito fundamental à *autodeterminação informacional*,[9] a *vinculação ao fim* significa que os dados pessoais obtidos através de meios particularmente invasivos, estão em princípio circunscritos ao fim (sc., a perseguição do crime) em nome do qual a intromissão foi legitimamente levada a cabo. Na formulação do Tribunal Constitucional, os dados estão "em princípio vinculados ao fim e ao processo de investigação para o qual foram recolhidos".[10]

A afirmação do princípio corresponde ao reconhecimento de que a mudança de fim constitui uma nova e autónoma violação dos direitos fundamentais atingidos: o genérico *direito à autodeterminação informacional* ou específicos direitos fundamentais como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de telecomunicações, a integrida-

6. Para uma referência mais aturada aos conceitos e suas implicações, cf., SINGELSTEIN, *ZStW*, 2008, p. 858 ss; GRÄWE, *Die strafprozessuale Zufallsverwendung*, TÜbingen, 2008, p. 343 ss; ERNST, *Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozess*, Berlim, 1993, p. 77 ss.

7. *BVerfGE* 65, 1 = *NJW*, 1984, p. 419 ss. Tribunal Constitucional que, nas últimas décadas, tem continuado a reafirmar e decantar o pricípio, lançando novos contributos para a sua fundamentação e clarificação do sentido, alcance e implicações prático-jurídicas. Recordamos, entre os mais significativos pronunciamentos e a título meramente exemplictivo, *BVerfGE* 100, 313 = *NJW*, 2000, p. 57 ss; *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, pp.1018 ss; *BVerfGE* 110, 33 = *NJW*, 2004, p. 2220 ss; *BVerfGE* 118, 168 = *NJW*, 2007, p. 2467; *BVerfGE 120*, 378 = *NJW*, 2008, p. 1516 s; *BVerfGE* 120, 351 = *NJW*, 2008, p. 2101ss; *BVerfGE* 125, 260 = *NJW*, 2010, p. 842.

8. *Apud* STÖRMER, *Dogmatischen Grundlagen der Verwertungsverbote*, Marburg, 1992, p. 136.

9. SINGELSTEIN, *ZStW*, 2008, p. 854 ss. No mesmo sentido *BVerfGE* 118, 168 = *NJW*, 2007, p. 2467. Enquanto isto, em *BVerfGE* 100, 313, o Tribunal Constitucional reafirmaria o princípio em relação à intromissão nas telecomunicações e em *BVerfGE* 109, 279 em relação à intromissão no domicílio (*grosse Lauschangriff*).

10. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1018. Para um tratamento mais desenvolvido, STÖRMER, *Dogmatischen Grundlagen*, p. 135 ss; SINGELSTEIN, *ZStW*, 2008, 857 ss; GRÄWE, p. 343 ss. Como este autor assinala, as normas que autorizam e legitimam as intromissões nos direitos fundamentais levam consigo, como momento implícito, a imposição segundo a qual as informações recolhidas só podem, em princípio, utilizar-se suposta a identidade entre o *fim da recolha* (*Erhebungszweck*) e o *fim da utilização* (*Verwendungszweck*). No mesmo sentido, SINGELSTEIN, *NStZ*, 2012, p. 606.

de e fiabilidade dos sistemas informáticos etc. Como, reportando-se directamente aos dados obtidos à custa da devassa do domicílio, refere o Tribunal Constitucional federal: a recolha e utilização "dos dados e informações pessoais estão, por via de princípio, vinculados ao fim e também ao processo para que foram obtidos. A utilização das informações para fim diferente do fim inicialmente perseguido configura uma violação autónoma do direito fundamental". E isto porquanto, acentua o Tribunal, a protecção constitucional dos direitos fundamentais não vale apenas na fase da recolha, estendendo-se também à sua ulterior transmissão e utilização.[11]

b) Uma compreensão das coisas que se desdobra em dois corolários, distintos, se bem que complementares e intimamente associados.

Em primeiro lugar, a lei que legitima a intromissão deve prever – e fazê-lo no respeito pelas exigências de *determinabilidade* e *clareza* – os fins em nome dos quais os dados podem ser recolhidos. Dito com o Tribunal Constitucional federal: "a lei deve prever, de forma clara e reconhecível para os indivíduos, o âmbito e os pressupostos da intromissão. Em particular tem de ser determinado, de forma específica e *bereichspezifisch*, o fim em nome do qual se podem levar a cabo violações do sigilo das telecomunicações, tendo os dados recolhidos de ser adequados e necessários para este fim".[12]

Deve, em segundo lugar, reter-se que a vinculação ao fim não significa a proibição absoluta de mudança de fim. Que será legítima e admissível respeitados que sejam, desde logo, os princípios de *legalidade* e de *reserva de lei*. A mudança de fim será, noutros termos, legítima quando se encontrar consagrada na lei, e numa lei consonante com as exigências de índole material e formal decorrentes da Constituição. Recuperando o que tem sido uma formulação recorrente nos arestos do Tribunal Constitucional federal: "o princípio de vinculação ao fim não exclui toda e qualquer mudança de fim. Só que também ela carece de uma base legal, formal

11. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1018. No mesmo sentido na direcção da intromissão nas telecomunicações, *BVerfGE* 100, 313 = *NJW*, 2000, p. 57. Para uma doutrina geral na perspectiva dos meios ocultos de investigação, SINGELSTEIN, *ZStW*, 2008, p. 856 ss.

12. *BVerfGE* 100, 313 = *NJW*, 2000, p. 57. Nesta linha, o Tribunal Constitucional considera ilegítima a recolha e armazenamento de dados personalizados para fins "não determinados ou não determináveis", *Idem*. No mesmo sentido, *BVerfGE* 118, 168 = *NJW*, 2007, p. 2467 e *BVerfGE* 120, 378 = *NJW*, 2008, p. 1516. Precisando, para além disso, que "o imperativo segundo o qual as informações recolhidas só podem ser utilizadas para o fim em nome do qual foram recolhidas resultaria frustrado se a lei não assegurasse a vinculação ao fim". Precisando que uma lei que não assegurasse esta vinculação ao fim, isto é, que permitisse o que designa por "informações vagabundas (*vagabundierenden Informationen*)", "não seria compatível com o princípio de proporcionalidade em sentido estrito". Idem. De forma ainda mais cortante, "é estritamente proibido (*strikt Verboten*) o armazenamento de dados pessoais para fins não determinados e ainda não determináveis" (decisão de 24.01.2012, *NJW*, 2012, p. 1419 ss).

e materialmente conforma com a Constituição. O que postula, desde logo, que a mudança de fim esteja justificada à luz de interesses da comunidade prevalecentes sobre os interesses protegidos a título de direitos fundamentais. Para além de caber no âmbito da competência e das atribuições das autoridades beneficiárias da transmissão dos dados, o novo fim tem de estar previsto com clareza e determinação normativas. Devendo ainda exigir-se que o fim em nome do qual foram recolhidos os dados e o novo fim não sejam incompatíveis entre si".[13] Precisando melhor as coisas – agora reportando-se concretamente à mudança de fim dos dados recolhidos pelas intromissões nas telecomunicações, sublinha o mesmo Tribunal Constitucional que a lei só pode legitimar a mudança "quando ela esteja preordenada à prossecução de tarefas em nome das quais seria também admissível um ataque (*Zugriff*) directo a estes dados".[14] É o que a doutrina pretende significar com a fórmula da *intromissão alternativa hipotética (hypothetischen Ersatzeingriff)*,[15] a reclamar um "*equivalente limiar de intromissão*, como insuprível momento de comunicabilidade entre o fim originário (que legitimou a recolha dos dados) e o novo fim.[16]

4. a) Como linearmente se intui e as considerações expostas sugerem, não é difícil sinalizar o problema nuclear com que os *conhecimentos da investigação* confrontam o direito processual penal. Trata-se fundamentalmente de *saber se e em que medida aqueles conhecimentos podem ser utilizados na prova dos crimes de conexão*, concretamente quando não são, eles próprios, crimes do catálogo. Problema que ganha particular acuidade nas situações em que, posto por qualquer motivo, termo à perseguição pelo originário crime do catálogo, sobra a possibilidade de punir os agentes do crime conexo, que, todavia, só é possível provar valorando os conhecimentos da investigação. Trata-se, noutros termos e de forma sintética, de problemas de *proibição de valoração*.

---

13. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1019. A formulação é recorrente nos pronunciamentos do Tribunal. Encontra-se em arestos como *BVerfGE* 100, 313 = *NJW*, 2000, p. 57; *BVerfGE* 125, 260 =*NJW*, 2010, p. 842.

14. *BVerfGE* 125, 260 = *NJW*, 2010, p. 842.

15. Com a expressão "*intromissão alternativa hipotética*" pretendemos traduzir a expressão a este propósito mais frequente entre os autores e os tribunais alemães, *hypothetischer Ersatzeingriff*. Que poderíamos também traduzir por "*intromissão hipotética de substituição*" ou "*intromissão sucedânea hipotética*". Trata-se no fundo de uma expressão com o mesmo significado de "juízo hipotético de intromissão", fórmula que já noutra sede (*Sobre as Proibições de Prova*, p. 310) adoptámos. Na literatura jurídica alemã é também recorrente a expressão *hypothetischer Wiederholungseingriff*, que poderíamos traduzir por *hipotética repetição da intromissão*.

16. Sobre o "*äquivalenten Eingriffschwelle*", ROGALL, "Das Ververtungsverbot des § 393, II AO", *FS-G. Kohlmann*, p. 483. Para uma referência mais aturada às exigências a que deve obedecer a lei que autoriza a mudança de fim, SINGELSTEIN, *ZStW*, 2008, p. 860 ss; e do mesmo autor, *NStZ*, 2012, p. 605 ss.

b) Problemas que, pela natureza das coisas, apenas se colocam, *rectius* apenas ganham relevo prático-jurídico, face a meios de investigação ou de recolha de provas que estão sujeitos a um regime de *catálogo*. Como acontece paradigmaticamente com os meios ocultos de investigação. Tanto os que são directamente regulados no Código de Processo Penal como os que continuam a fazer o seu curso em legislação extravagante.

Dentre os primeiros, sobrelevam as *escutas telefónicas* ou, talvez mais correctamente, as intromissões nas *telecomunicações*, reguladas nos arts. 187.º ss. Matéria que, sob designações não inteiramente idênticas e sobretudo, sob regimes não inteiramente sobreponíveis, é também regulada em legislação extravagante, com destaque para a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro (*Lei das Comunicações electrónicas*), Lei 32/2008, de 11 de julho e Lei 109/2009, de 15 de setembro (*Cibercrime*).[17] Também os *registos de voz*, obtidos sem conhecimento nem consentimento, encontram hoje a sua sede no Código de Processo Penal (art. 189.º, n. 1), matéria também prevista no art. 5.º (*registo de voz e imagem*) da lei da *Criminalidade organizada e económico-financeira* (Lei 5/2002, de 11 de janeiro), onde também se prevê a disciplina dos registos fotográficos não consentidos. Dentre os meios ocultos de investigação previstos e regulados em legislação extravagante sobressaem as *acções encobertas*, previstas na Lei 101/2001, de 25 de agosto (*Acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal*) bem como na lei do *Cibercrime*. Em legislação extravagante, concretamente no já citado art. 5.º da Lei 5/2002, continuam ainda a ter a sua sede os *registos fotográficos* não consentidos, que, diferentemente do que sucede com os homólogos registos de voz, não foram ainda levados à lei processual penal codificada.

c) Não estando afastada a possibilidade de o problema dos *conhecimentos da investigação* se suscitar também face a outros meios de obtenção de provas, do que não há dúvida é que ele constitui uma constante da experiência jurídica dos *meios ocultos de investigação*. Sendo outrossim adquirido que ele se coloca em termos sensivelmente idênticos, se não mesmo em termos inteiramente sobreponíveis, em relação a todos os meios ocultos.

Embora despertos para o facto, no presente texto reportar-nos-emos, por via de regra, ao campo das *escutas telefónicas*. Uma escolha que tem por si compreen-

17. Como um relance pela legislação portuguesa mais recente deixa antever, hoje regista-se uma grande instabilidade no plano conceitual, ou talvez mais correctamente, no plano terminológico. Se, em geral, se reconhece a insuficiência da expressão *escutas telefónicas*, a verdade é que se regista grande dispersão do lado das alternativas a adoptar. Uma possível e adequada solução seria *intromissão (intercepção) nas telecomunicações*. Só que a legislação mais recente tem privilegiado conceitos como intromissão nas *comunicações electrónicas* (assim as Leis 5/2004 e 32/2008) ou mesmo *intercepção de transmissão de dados informáticos* (vg., lei do *Cibercrime*).

síveis razões de economia. Mas que é também justificada pela circunstância de as escutas terem emergido historicamente como a primeira manifestação moderna das formas ocultas de investigação. E, para além disso, o facto de o seu regime – também em matéria de *conhecimentos da investigação* – persistir como o modelo para o tratamento jurídico do problema no campo dos demais meios ocultos. Acresce que, até ao dia de hoje, a experiência dos conhecimentos da investigação tem sido prevalente, se não mesmo exclusivamente, associada às escutas telefónicas. É o que o mais perfunctório olhar sobre a produção doutrinal votada ao tema bem como a casuística jurisprudencial que dele se tem ocupado deixa claramente a descoberto.

Como deixará outrossim antever que os *conhecimentos da investigação* têm ocupado um espaço relativamente menor – quando comparado com o que é reservado aos *conhecimentos fortuitos* – nas preocupações dos autores e no quotidiano dos tribunais. Não admira, por isso, que as coisas tenham evoluído aqui com relativo atraso quando comparadas com o ritmo e os avanços registados do lado do tratamento (legal, jurisprudencial e doutrinal) dos *conhecimentos fortuitos*.[18] E que as controvérsias e hesitações sejam mais expostas e profundas.

De todo o modo, a verdade é que também aqui tudo parece encaminhar-se no sentido da emergência e afirmação de um paradigma normativo relativamente estabilizado e consensual. Assente, como não podia deixar de ser, no respeito integral do axioma: *não se podem produzir nem valorar escutas telefónicas sem*

18. Também nós nos mostrámos intencionalmente reservados e contidos quando, vai para duas décadas, nos confrontámos pela primeira vez com o problema. Não dispondo na altura de significativos arrimos doutrinais e jurisprudenciais, limitámo-nos a sinalizar a distinção entre *conhecimentos da investigação* e *conhecimentos fortuitos*. E foi só em relação a estes últimos que ensaiámos um início de equacionação e solução, sobrestando no essencial quanto ao tratamento jurídico-normativo dos *conhecimentos da investigação*. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992, p. 306 ss. Como resultará do texto que ora subscrevemos, as coisas estão hoje mais trabalhadas e elaboradas, sendo possível adiantar alguns decisivos e seguros enunciados. Devendo reter-se que a assimetria no tratamento das duas áreas problemáticas é também patente no plano legislativo. É certo que o direito português está ainda longe de contar com o quadro de soluções já logradas, por exemplo, pela lei alemã. Em que a *mudança de fim* – tanto entre processos penais como entre o processo penal e outros ordenamentos processuais – está hoje prevista e regulada num conjunto relativamente alargado e sistematizado de normativos, uns inscritos na StPO, outros em legislação extravagante. Do lado da lei processual penal codificada, sobrelevam as normas de carácter geral (aplicáveis a todos os meios de obtenção de prova sujeitos a regime de catálogo) constantes dos §§ 161, 479, 100 d) V, n.º 3 e 477, 2. Mesmo assim, a lei portuguesa, sendo inteiramente omissa em relação aos *conhecimentos da investigação*, contém já normas específicas para os *conhecimentos fortuitos*, como o n.º 7 do art. 187.º do Código de Processo Penal. Um dispositivo que, embora integrado no regime das escutas telefónicas, é aplicável por analogia aos demais meios de investigação sujeitos a regimes de *catálogo*.

crime do catálogo nem para além do crime do catálogo. Um enunciado em que vai contida a resposta aos problemas mais relevantes suscitados pelos conhecimentos da investigação. Com implicações, desenvolvimentos e concretizações que nos propomos desvelar.

É nesse sentido que vão os esforços que nesta sede levaremos a cabo.

§ 2. O PRINCÍPIO E A EXTENSÃO

5. No regime dos *conhecimentos da investigação*, um dado soa hoje consensual e pacífico: a admissibilidade da valoração dos conhecimentos "fortuitos", *lato sensu*, para efeitos de prova da infracção conexa pertinente ao mesmo "pedaço histórico de vida (*historisches Lebenssachverhalt*)", mesmo que ela não pertença ao catálogo.

Se, por exemplo, no contexto de escutas autorizadas em nome da suspeita de um crime de organização criminosa para a prática de *Furto de automóveis*, se vem a apurar que no seio da associação se praticam também crimes de *Fraude fiscal* (infracção não pertinente ao catálogo) estes conhecimentos podem ser legalmente aproveitados e valorados como suporte da condenação (também) pelos crimes de *Fraude fiscal*. Acolhendo-nos à argumentação do BGH – nesta parte acompanhado, sem dissonâncias significativas, pela doutrina – "a suspeita de um crime previsto no § 129 do StGB (associação criminosa) que, em caso de concorrência dos demais pressupostos dos §§ 100 a) e 100 b) da StPO, legitima a intromissão nas telecomunicações, coenvolve necessariamente a suspeita de que no contexto da associação criminosa que cabe investigar foram planeados ou praticados crimes. Nesta linha, a inclusão do § 129 do StGB no catálogo do § 100 a) StPO significa a legitimação da investigação dos crimes que constituem o escopo ou a acção da associação criminosa perseguida com a ajuda das escutas".[19]

Esta é uma diferença face aos *conhecimentos fortuitos* (*stricto sensu*): o alargamento ou comunicação da clarificação mediada pela medida de intromissão dá-se aqui para um crime não pertinente ao catálogo. Só que aqui não ocorre aquela *mudança de fim* que é a marca da figura e do regime dos *conhecimentos fortuitos*. Em rigor e como RIESS acentua, o que aqui está em causa são "conhecimentos que se reportam a um acontecer histórico que, no momento em que a escuta foi autorizada, parecia sustentar, com a probabilidade reclamada pelo § 100 a), a suspeita de um dos crimes previstos no mesmo § 100 a) da StPO)".[20] Por isso é que, precisa o autor, aqui "não se coloca a problemática específica dos "verdadeiros" (*echte*) conhecimentos fortuitos".[21] Na mesma linha, considera Lohberger que estes

19. *BGHSt* 28, 122 = *JR*, 1979, p. 166.
20. Idem, p. 168.
21. Idem, ibidem.

conhecimentos "não constituem verdadeiros conhecimentos fortuitos, porque se reportam ao mesmo facto em sentido processual em nome do qual foi autorizada a medida".[22] É por isso que, em relação aos crimes (não pertinentes ao catálogo) que estão em conexão com o crime (do catálogo) que legitimou o recurso à medida, não faz sentido falar-se de *mudança de fim*. Precisamente o momento que, em termos teleológico-normativos, configura, recorda-se, a marca – e o problema – dos conhecimentos fortuitos. Na formulação de Störmer: "Uma vez que os conhecimentos da escuta se reportam sempre ao acontecer fáctico e não apenas ao tipo isolado do catálogo, a investigação do pedaço de vida histórico é abarcada pelo *Zweck* da autorização (da medida). A investigação da materialidade fáctica de um dos crimes do catálogo permitida pelo § 100 a) da StPO coenvolve necessariamente a autorização de investigação do processo histórico que, numa compreensão natural, constitui uma unidade. E, por vias disso, configura apenas um facto unitário em sentido processual, mesmo quando eventualmente compreenda vários crimes".[23]

Seja ou não assim do ponto de vista conceptual, a verdade é que no plano prático-jurídico, este regime abre a porta à possibilidade de a escuta telefónica vir a servir a prova de um crime estranho ao catálogo. Isto é, de um crime em nome do qual a escuta não poderia ter sido autorizada nem realizada.

Será assim segura e consensualmente nos casos em que vem efectivamente a confirmar-se a suspeita pelo crime do catálogo (isto é, em que vem a provar-se a prática do crime que motivou a escuta). Então, a escuta pode valorar-se sem limites nem reservas tanto para a prova do originário crime do catálogo como do(s) crime(s) a que se reportam os *conhecimentos da investigação*.

E compreende-se que seja assim. Isto porquanto a "sobrevivência" do crime do catálogo e a sua persistência no momento da valoração continuam a assegurar e a prolongar a legitimação originária das escutas. Porque, em definitivo, tal garante a satisfação integral do comando legal segundo o qual *não há escuta sem crime do catálogo nem para além do crime do catálogo*. Numa aproximação de pendor mais teleológico, a persistência do crime do catálogo continua a polarizar e definir todo o sentido do conglomerado fáctico, a comunicá-lo aos crimes "menores" e a estender-lhes a sua densidade axiológica e dignidade. Tudo convergindo num resultado final: no momento da valoração das escutas cumpre-se ainda a "*ponderação vinculada*" de valores ou interesses projectada pelo legislador como pressuposto irrenunciável da validade da escuta e da sua valoração. E dá-se cumprimento ao critério de *proporcionalidade* legalmente consignado. O que equivale a afirmar o cumprimento

22. LOHBERGER, "Mittelbare Verletzung sog. Zufallserkenntnisse", *FS-Hanack*, p. 257. No mesmo sentido, STÖRMER, "Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen", *Jura*, 1994, p. 624.

23. STÖRMER, ibidem.

integral do postulado de um crime do catálogo e das exigências nele coenvolvidas bem como do programa de protecção de que ele é portador.

6. Sinalizado o princípio de enquadramento normativo dos conhecimentos da investigação, importa referenciar a sua *extensão*. Um primeiro problema que se vem constituindo num primeiro motivo de divergências e de respostas desencontradas.

a) Trata-se fundamentalmente de saber se a exigência do crime do catálogo, como suporte da legitimação do aproveitamento da escuta para provar o crime de conexão, *só pode ser cumprida pelo concreto e originário crime do catálogo em nome do qual foi autorizada a medida*. Ou se, pelo contrário, esse papel e função podem também ser cumpridos por outro crime resultante de conhecimentos fortuitos. Suposto que este outro crime seja, também ele, um crime *do catálogo*, poderá, também ele, suportar a conexão própria do originário crime do catálogo?

Uma hipótese concreta, a benefício de ilustração:

Com vista à investigação de um *Incêndio* (crime do catálogo), são autorizadas escutas ao telefone de A. As escutas permitem conhecer um crime de *Roubo* (crime do catálogo), também imputável a A. Suposto que o crime de incêndio venha a sofrer aquela *mortality of criminal cases*[24] de fala a criminologia, e suposta a legitimidade da valoração das escutas para provar o crime de *Roubo*, será também admissível o seu aproveitamento na prova das *Ofensas corporais simples*, resultantes do roubo e com ele "conexionadas"?

Ou ainda:

São autorizadas escutas para investigar um crime de *Associação criminosa* para a prática de crimes de *Fraude fiscal*; das escutas resulta que a associação se dedica também ao *Roubo* de viaturas automóveis (crime do catálogo) em que o recurso à força provoca *Ofensas corporais ligeiras* (crime estranho ao catálogo). Podem ainda aqui valorar-se as escutas para a prova das ofensas corporais simples, não pertinentes ao catálogo?

Depois de um primeiro momento de hesitação,[25] a jurisprudência e particularmente o BGH, passou a pronunciar-se por um alargamento do princípio. Considerando que qualquer crime do catálogo, para além do crime originário em nome do qual foi autorizada a medida, pode oferecer o indispensável suporte para a utilização dos conhecimentos que a medida (v.g., a escuta) permitiu alcançar na prova dos respectivos crimes de conexão. Vale por dizer que *os conhecimentos*

24. Sobre o conceito de *criminal case mortality* de que falam os criminólogos, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem deliquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, p. 133 ss

25. Hesitação que é possível referenciar em *BGHSt* 26, 298 = *NJW*, 1976, p. 1462 ss., ao que julgamos, a primeira vez em que um tribunal superior se viu confrontado com o problema.

da investigação e o seu regime podem actualizar-se não só em relação ao originário crime do catálogo mas também, já num segundo plano, em relação a um crime do catálogo emergente a título de conhecimentos fortuitos. Enquanto isto, do lado da doutrina, embora o problema não tenha ainda uma presença particularmente significativa, não será arriscado acreditar que a maioria das vozes acompanha, nesta parte, os tribunais.[26]

b) Este é, porém, um entendimento contra o qual se têm feito ouvir algumas vozes. Como, por exemplo, a de Störmer, segundo o qual, as escutas só podem ser chamadas à prova "de um crime não pertinente ao catálogo quando este mesmo crime pertence ao mesmo *pedaço de vida* que o crime do catálogo em nome do qual a intromissão foi autorizada. Ambos os crimes têm de constituir um único facto em sentido processual".[27]

Em sentido convergente se pronuncia Gräwe, que considera a solução da doutrina maioritária contrária à lei, advogando a correspondente proibição de valoração de prova.[28] Reportando-se concretamente a uma constelação fáctica como a que deixámos figurada, conclui que as escutas não poderiam ser valoradas para provar as *ofensas corporais simples*. É certo que, segundo a lei, era permitido levar a cabo escutas em nome da perseguição do roubo, hipótese em que as mesmas escutas seriam igualmente válidas em relação às ofensas corporais. Só que o quadro aqui é diferente. Num subtil exercício normológico, considera Gräwe que há uma diferença entre: por um lado, o *Roubo* figurar como crime originário em nome do qual se realizam as escutas nos termos do § 100 a) StPO); e, por outro lado, o mesmo *Roubo* figurar como *conhecimento fortuito*, em cuja prova é possível utilizar as escutas, nos termos do § 477, II, StPO. É que, argui, se sempre é possível interpretar o primeiro estendendo o seu alcance aos crimes de conexão, já o mesmo não valerá para o segundo, que "expressamente circunscreve a possibilidade de valoração à perseguição de crimes do catálogo em sentido jurídico-material".[29]

c) Como facilmente se apreenderá, o problema está longe de ser desprovido de relevo prático-jurídico. Não dispensando, por isso, uma tomada de posição, por mais apressada que haja de ser.

Ora, se bem vemos as coisas, não cremos que possam questionar-se os créditos que, do ponto de vista lógico-normológico, assistem à doutrina minoritária, particularmente em versões como a subscrita por Gräwe. De todo o modo, credenciais que nos parecem mais que compensadas pelas vantagens de natureza político-

26. Assim, por exemplo, RIESS, "Anmerkung", *JR*, 1979, p. 168.

27. STÖRMER, *Jura*, 1994, p. 624.

28. GRÄWE, p. 242.

29. Idem, ibidem.

-criminal e de praticabilidade que jogam a favor do entendimento dos tribunais e da doutrina maioritária. Uma compreensão das coisas que, não sendo claramente vedada pela lei, sempre se ajusta melhor ao sentido conceitual e teleológico dos *conhecimentos da investigação*. A reclamarem o mesmo tratamento normativo, independentemente do lugar em que se actualizam, na topografia dinâmica do processo de investigação e perseguição criminal.

Acresce que, em muitas constelações fácticas – pense-se na situação concreta: *Corrupção passiva para acto ilícito*, precisamente para *Violação de segredo por funcionário* – não é possível operar um *splitting* probatório entre o crime do catálogo e o crime de conexão. E isto tanto no caso de aquele (crime do catálogo) ser o crime que à partida determina e legitima a escuta; como na hipótese de ele emergir no processo como *conhecimento fortuito*. O mesmo valendo para as relações de teor quase sinalagmático que normalmente medeiam entre a corrupção passiva e a corrupção activa. E, concretamente, entre a *Corrupção passiva para acto lícito* (art. 373.°, n. 2, crime do catálogo) e a *Corrupção activa para acto lícito* (art. 374.°, n. 2, crime não pertencente ao catálogo). Também deste lado sobra manifesta a incindível associação criminalística entre as duas infracções, não sendo possível, ainda aqui, operar um *splitting* probatório.

§ 3. AS VICISSITUDES DO (ORIGINÁRIO) CRIME DO CATÁLOGO. PANORAMA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINAL.

7. As dificuldades e a importância prático-jurídica sobem já notoriamente de tom– provocando grande dispersão de opiniões e de respostas – quando se trata de precisar em que medida as vicissitudes da investigação e perseguição do crime do catálogo se projectam sobre o crime conexo e determinam a sua sorte. Isto é, nas situações em que se conclui pela impossibilidade de prosseguir na perseguição do originário crime (do catálogo) em nome do qual a medida foi decretada, sobrando apenas a perseguição do crime de conexão e não pertinente ao catálogo.

A benefício de ilustração:

Foram autorizadas e realizadas escutas para perseguir uma *Associação criminosa*, fundada para a prática de *Fraudes fiscais*. No termo do julgamento o tribunal concluiu que "a suspeita está apenas 'meio' provada. As provas obtidas através da intromissão apenas permitem provar alguns crimes concretos não pertinentes ao catálogo, mas não permitem provar uma estrutura criminal supra-ordenada".[30] Isto é, não permitem provar, para além dos singulares crimes de *Fraude fiscal*, aquela "realidade autónoma, diferente e superior às vontades dos singulares membros (...) (como não permitem provar) que do encontro de vontades tenha resultado um

30. GRÄWE, p. 237.

centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas ou a prosseguir em nome e no interesse do conjunto".[31]

Forçado a absolver os arguidos pelo crime de *Associação criminosa*, pode o Tribunal condená-los pelos crimes de *Fraude fiscal*, sendo certo que as escutas constituem também o único meio de prova destes crimes de conexão? *Quid inde* se, logo no termo do inquérito, o Ministério Público conclui pela insubsistência de indícios suficientes da prática do crime de associação e se abstém de acusar por este crime, acusando apenas pelos crimes de *Fraude fiscal*? Podem os conhecimentos (da investigação) obtidos através das escutas ser utilizados para sustentar a prova dos ilícitos fiscais?

Revertendo a um caso da jurisprudência portuguesa já referenciado no contexto do presente estudo:

Impendendo sobre A, Inspector da Polícia Judiciária, a suspeita de ter recebido vantagem patrimonial indevida para revelar factos cobertos pelo segredo de justiça, o Juiz de Instrução autorizou a realização de escutas para recolha de provas do crime de *Corrupção passiva para acto ilícito* (art. 373.°, n. 1 do Código Penal, crime do catálogo). No fim do inquérito o Ministério Público concluiu pela insubsistência de indícios indispensáveis à acusação por corrupção passiva, arquivando nesta parte o processo e acusando apenas por *Violação de segredo por funcionário* (art. 383.° do CP), "crime de conexão", não pertinente ao catálogo. Podem valorar-se as escutas para prova deste crime?

Ainda um outro caso colhido na casuística dos tribunais portugueses:

Em processo crime movido contra quatro arguidos, foram todos eles condenados pelo crime de *Abuso de poder*. Nenhum dos arguidos havia sido acusado e pronunciado pelo crime de *Abuso de poder*. Os factos que, a seu tempo, foram dados como provados e subsumidos na factualidade típica da incriminação de *Abuso de poder* haviam antes, em sede de acusação e pronúncia, sido valorados como outros tantos momentos integradores do crime de *corrupção activa/passiva para acto ilícito* (arts. 372.°, n. 1 e 374.°, n. 1, do CP). Foi por estes crimes de *corrupção* que todos os arguidos foram acusados e pronunciados; como foi na perspectiva da respectiva prova que foi conduzida a investigação e produzida a prova em julgamento. Foi já no termo da produção da prova em julgamento que o Tribunal, invocando o disposto nos ns. 1 e 3 do art. 358.° do CPP, comunicou aos arguidos a possibilidade de os factos que lhes eram imputados (como *corrupção activa/passiva para acto ilícito*) virem a ser subsumidos na factualidade típica do art. 382.° (*Abuso de poder*) do CP e, como tais punidos. A prova dos factos que determinaram a condenação dos arguidos pelo crime de *Abuso de poder* baseia-se

31. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, II, p. 1160. É, na verdade, assim que o autor sinaliza uma das notas nucleares da emergência e da existência de uma *associação criminosa*.

inter alia na valoração das gravações de intercepções telefónicas feitas durante o inquérito. E que haviam sido requeridas e autorizadas em nome da investigação dos crimes de *corrupção para acto ilícito*. Assim, escutas autorizadas e levadas a cabo em nome da perseguição de um crime do "catálogo" vieram a ser valoradas para a prova de um crime estranho ao "catálogo".

Noutra direcção, um caso dos tribunais alemães:[32]

Com vista à recolha de provas para fazer face à suspeita do crime de *tráfico de drogas com carácter profissional* (crime do catálogo no direito germânico), foram autorizadas e realizadas escutas. Que permitiram apurar que o suspeito se tinha envolvido em actos isolados e ocasionais de *tráfico simples*, crime não pertinente ao catálogo, mas não permitiram sustentar a acusação de tráfico com carácter profissional. Apesar disso, o autor foi acusado e condenado pelo crime de conexão (não pertinente ao catálogo). Também aqui cabendo questionar da validade da utilização das escutas como suporte da condenação.

8. Recorrentemente confrontado com o problema, o BGH tem dado uma resposta sistematicamente positiva a esta pergunta. Segundo o Tribunal, o facto de o crime do catálogo que legitimava e suportava a medida não se confirmar, *não determina a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação*. Decisiva e necessária será apenas a presença do crime do catálogo no momento (e na suspeita) da autorização da medida.

Esta tem sido a doutrina invariavelmente sufragada, desde a primeira vez (5.3.74) que o supremo tribunal alemão foi chamado a pronunciar-se sobre o problema. Numa formulação que remonta a 1978, considera o Tribunal Federal que as escutas telefónicas autorizadas em nome da perseguição de um crime de *associação criminosa* "podem também ser valoradas para a prova dos crimes que, no momento da autorização se poderia supor que viriam a ser cometidos no âmbito da associação criminosa. E isto independentemente de se provar, ou não, o crime previsto no § 129 StGB (associação criminosa)".[33] Numa das formulações recentes (18.03.1998) do Tribunal Federal alemão: "os conhecimentos obtidos através de uma intromissão nas telecomunicações nos termos do § 100 a) StPO podem ser valorados como prova dos pertinentes crimes mesmo que a suspeita do crime do § 129 StGB (associação criminosa) não se confirme".[34]

Este entendimento subscrito pela mais alta instância da jurisdição ordinária alemã, vem contando com a concordância e o sancionamento do Tribunal Constitucional federal, que se pronunciou pela sua solvabilidade constitucional. Para

32. Decidido pelo BGH em 23.1.1979. Cf. *NJW*, 1979, p. 1370.

33. *BGHSt* 28, 122 = *JR*, 1979, p. 166. No mesmo sentido, cf., entre outros arestos, *BGHSt* 26, 299 = *NJW*, 1976, p. 1462 ss.

34. *StV*, 1998, p. 248.

o efeito, invoca o Tribunal Constitucional, a par do relevo constitucional duma "justiça eficaz", a circunstância de a escuta ter sido empreendida em nome da perseguição de um crime do catálogo. Considerando neste contexto que "o sigilo das telecomunicações não se opõe à clarificação do facto – requerida no Estado de Direito – através da valoração dos conhecimentos adquiridos".[35]

Nesta linha, considera ainda o BGH ser indiferente que a "mortalidade do crime do catálogo ocorra no inquérito ou apenas no julgamento. Assim – e continuando, por razões de economia, a privilegiar uma situação de *Associação criminosa* – será sempre legítimo valorar as escutas para a prova dos crimes *da* associação (crimes não pertinentes ao catálogo) tanto na hipótese de o Ministério Público não acusar pelo crime *de* associação; como na hipótese de, já no termo do julgamento e depois de produzida a prova, o Tribunal concluir pela impossibilidade de condenar os arguidos pelo crime do catálogo. "Não interessa, precisa o Tribunal Federal, se a conclusão pela inexistência do crime do catálogo é alcançada pelas autoridades da investigação ou pelo Tribunal. Decisivo é apenas que a escuta tenha sido autorizada em nome da suspeita do crime do catálogo, assente em considerações objectivas e que o crime correspondente aos conhecimentos obtidos esteja *em conexão com a razão da autorização*".[36]

9. Esta *praxis* jurisprudencial conta com o apoio de um número significativo de autores, embora, ao que julgamos, minoritários no panorama doutrinal.[37] E que convergem na invocação de argumentos de política criminal, fazendo valer as vantagens relativas da solução, do ponto de vista da *eficácia da justiça criminal*.[38] Eficácia que, mesmo em relação à criminalidade mais grave, só pode alcançar-se perseguindo com eficiência os crimes não pertinentes ao catálogo que medram no seu ambiente.[39]

a) Na síntese de Störmer, o facto de a suspeita do crime do catálogo decair, em nada prejudica a valoração dos *conhecimentos da investigação*. Explicitando: "os conhecimentos decorrentes da intromissão podem, sem quaisquer limites, ser utilizados para a perseguição dos crimes estranhos ao catálogo que pertencem ao mesmo pedaço de vida histórico que o crime do catálogo em nome do qual a medida foi legalmente autorizada".[40]

---

35. *NJW*, 1988, p. 1075.
36. Cf. NJW, 1979, p. 1371. No mesmo sentido, *BGHSt* 28, 122 = *JR*, 1979, p. 166.
37. Recordamos, a título de exemplo, RIESS, *JR*, 1979, p. 166 ss; STÖRMER, *Jura*, 1994, p. 624; MEYER-GROSSNER, *Strafprozessordnung*, 2012, § 100 a), Rn 32; KNAUTH, *NJW*, 1978, p. 744 ss.
38. Nesta linha, por todos, SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, 1981, p. 230.
39. Neste sentido, por todos, SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, 1981, p. 239.
40. STÖRMER, ibidem.

Na mesma linha de apoio explícito e partindo da caracterização da constelação de *conhecimentos da investigação* como uma investigação dirigida a um conglomerado de infracções pertencentes ao mesmo processo histórico, sublinha, por seu turno, RIESS: "o que aqui há de específico reside em que, face ao processo histórico, a recolha de provas chega apenas para uma outra valoração jurídica que não configura nenhum crime do catálogo. Sobrando claro porque é que aqui não pode haver uma proibição de valoração. Estando em causa a autorização da medida associada à mera suspeita, é forçoso admitir que aquela suspeita pode depois vir a confirmar-se, não se confirmar ou confirmar-se numa expressão mais reduzida. Uma proibição de valoração não pode, pura e simplesmente, ficar vinculada a estas vicissitudes e mudanças, que podem prolongar-se até ao trânsito em julgado".[41]

b) No que fica exposto afloram já, no essencial, as razões nucleares – de índole doutrinal, político-criminal e de praticabilidade – invocadas pelo BGH. E que a doutrina que o acompanha procura explicitar e fundamentar de forma mais aturada

Um discurso que convirá recuperar de forma apressada.

Como um dos tópicos mais recorrentes entre os autores que enfileiram nesta orientação sobreleva a ideia da *continuidade da unidade de sentido histórico-processual* do conglomerado fáctico em nome do qual foi autorizada a medida. Uma unidade que se mantém e se prolonga mesmo para além da "queda" do crime do catálogo. Que apenas deixa espaço para a perseguição "isolada" do crime de conexão, mesmo à custa da valoração da escuta. Nesta linha, considera STÖRMER que a solução é compatível e consonante com a exigência da *vinculação ao fim*. Por se poder sustentar que o *fim* originário que determinou a medida – a clarificação de um conglomerado fáctico como unidade de sentido histórico-processual – continua a ser prosseguido, mesmo depois da morte do crime do catálogo.[42]

No mesmo sentido, invoca-se ainda a *legalidade* e *validade* da medida no *momento* em que foi autorizada e levada a cabo. Legalidade que não pode ser posta em causa pelas contingências que venham ulteriormente a verificar-se na perseguição do crime do catálogo. E a que não pode atribuir-se o efeito de determinar a ilegalidade ou invalidade da medida. Dito com o BGH: "O resultado do julgamento (alcançado no termo da produção da prova) não pode ter como efeito que uma recolha de prova, permitida e exigida no momento em que teve lugar, venha depois a ser considerada inadmissível e não valorável, invalidando-se uma intromissão que também se dirigia à prova do crime do catálogo".[43] Numa argumentação no essencial sobrepo-

41. RIESS, op. cit., p. 168.

42. STÖRMER, *Dogmatische Grundlagen*, p. 151.

43. Cf. *NJW*, 1979, p. 1371. No mesmo sentido, *BGHSt* 28, 122 = JR, 1979, p. 166. Atendo-nos ao "sumário" deste aresto: "a valoração não está dependente da confirmação da suspeita de um crime do catálogo no sentido do § 100 a) StPO, que foi o motivo da intromissão. Isto

nível, considera ainda Störmer que "a legitimação da intromissão oferecida pelo § 100 a) StPO se reporta a uma mera suspeita que depois pode confirmar-se, não se confirmar ou não se confirmar inteiramente. Porque a situação se pode alterar muitas vezes até ao trânsito em julgado, não faria sentido fazer depender a proibição de valoração da continuação da suspeita".[44]

10. Esta compreensão das coisas é hoje vivamente contestada por um sector significativo da doutrina, não sendo arriscado acreditar que ele representa a corrente claramente maioritária.[45]

Em clara oposição ao entendimento dos tribunais e da doutrina que os acompanha, deste lado sustenta-se uma tese que procuraremos traduzir acolhendo-nos a uma síntese de Kretschmer. Segundo o autor, uma interpretação dos dispositivos legais "orientada para a densidade axiológica dos direitos fundamentais" obriga a uma compreensão das coisas segundo a qual "uma suspeita originária de um crime do catálogo não confirmada, não pode nunca servir de fundamento à valoração probatória dos demais crimes de conexão. Caindo a conexão com a falta de prova do crime do catálogo, deixa de haver suporte para a prova dos outros crimes".[46]

Em abono desta solução, invocam os seus defensores a par de argumentos de índole político-criminal, razões de cariz dogmático e normativo, particularmente de direito constitucional.

No plano *político-criminal* faz-se valer sobretudo o perigo de imputações abusivas ou menos cuidadas de crimes do catálogo para, à sua sombra, investigar crimes não pertinentes ao catálogo e em nome dos quais não se poderiam levar a cabo medidas como as escutas. Um crime do catálogo cuja perseguição se abandonaria logo que se tivessem recolhido as provas bastantes para a perseguição do *crime de conexão*.

A tónica é, todavia, posta nas considerações de *índole normativa* e dogmática, inscritas num horizonte densificado de tópicos axiológicos e teleológicos.

---

vale também para o caso de, no momento da acusação, a autoridade competente deixar cair a suspeita do crime do catálogo". *Ibidem*, p. 165.

44. STÖRMER, *Dogmatische Grundlagen*, p. 151.

45. Citamos, entre outros, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2012, p. 296; RUDOLPHI, *SK*, § 100a), Rn. 26; NEUHAUS, "Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation (§§ 100a), 100b) 101 StPO) – Zum gegenwärtigen Stand der Erosion eines Grundrechts", *FS-Riess*, p. 408 ss; WELP, "Zufallsfunde bei der TelefonÜberwachung", *Jura*, 1981, p. 478; PRITTWITZ, "Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus TelefonÜberwachung gem. § 100a) StPO", *StV*, 1984, p. 305 ; KÜPER, "Tagebücher, Tonbänder, Telefonate", *JZ*, 1990, p. 422 ss; WOLTER, "Verwertungsverbote bei zulässiger TelefonÜberwachung", *GS-Armin Kaufmann*, p. 771 ss; KRETSCHMER, "Die Verletzung sogennanter Zufallsfunde bei der strafprozessualen TelefonÜberwachung", *StV*, 1999, p. 225 ss.

46. *StV*, 1999, p. 225.

São pontos a que voltaremos.

11. Antes de encerrar este relance sobre o panorama jurisprudencial e doutrinal, privilegiadamente apontado para a experiência germânica, importa dar ainda conta dos desenvolvimentos entretanto protagonizados pelo Tribunal Federal. Ainda aqui no mesmo sentido, *sc.*, no sentido do alargamento da admissibilidade da valoração dos *conhecimentos da investigação*. Ou seja, no sentido do alargamento da possibilidade de valoração (v.g., das escutas) para prova de *crimes de conexão*, que correm à margem do crime do catálogo.

A novidade reside no seguinte: até aqui, versámos constelações em que a *suspeita* do crime do catálogo *existiu* efectivamente, *antes* e *durante* a *intromissão*; trata-se agora de situações em que a suspeita do crime do catálogo não esteve presente na decisão de autorização da medida nem a fundamentou, tendo (aquela suspeita) sido posteriormente reconstruída *ex tunc* pelo tribunal que decidiu o caso. Isto a partir duma reavaliação da situação fáctica de suspeita que se verificava *no momento em que a medida foi autorizada*.

Como não escapará a um olhar mais atento, uma situação que denota significativos momentos de comunicabilidade com os casos homólogos do direito penal substantivo: hipóteses em que a ocorrência dos pressupostos objectivos de uma causa de exclusão da ilicitude não tem correspondência do lado dos pressupostos *subjectivos*. Como acontece quando o agente de um facto típico actua a coberto de uma situação (objectiva) de justificação de que não tem conhecimento. Cabendo sublinhar que a homologia estabelecida se revela pertinente, tendo em conta que a legitimação processual penal da escuta figura, ao mesmo tempo, como causa de justificação de um facto que, em princípio, concretiza a factualidade típica de uma incriminação como a *Violação de telecomunicações* (art. 194.º do CP). Vale por dizer que a legitimação processual penal da escuta tem normalmente como reverso a exclusão da ilicitude a título de *actuação oficial* ou *autorização legal*.

A título de ilustração, a versão estereotipada de um caso da *praxis* dos tribunais alemães:[47]

Impendia sobre A a suspeita de crimes aduaneiros de *contrabando* e *branqueamento*, dois crimes não pertinentes ao catálogo (das escutas) segundo o direito alemão aplicável. Isto porque A e os seus comparticipantes fariam contrabando de tabaco, que importavam e depois vendiam a um grupo de vietnamitas que, por sua vez, o comercializavam no país. Em nome daqueles crimes (*Contrabando* e *Branqueamento*), não pertinentes ao catálogo, foram autorizadas e realizadas escutas que permitiram apurar que A *roubou* aos clientes vietnamitas uma pasta contendo um montante consideravelmente elevado de dinheiro. A foi condenado por *rou-*

47. *BGHSt* 48, 240 = *NJW*, 2003, p. 1880 ss. Um caso idêntico, julgado no mesmo sentido pelo mesmo BGH, *in*: *StV*, 1991, p. 208 ss.

bo e *ofensas corporais graves*, com base na valoração dos *conhecimentos fortuitos* correspondentes a dois crimes do catálogo. O BGH considerou as escutas ilícitas, não podendo, por vias isso, pôr de pé a figura dos *conhecimentos fortuitos* nem o seu regime de valoração como crimes pertinentes ao catálogo. Mas considerou a ilicitude sanada, por entender que a situação fáctica ao tempo em que a escuta foi autorizada, permitia claramente afirmar a suspeita da pertinência a uma *Associação criminosa*, em nome da qual teria sido possível decretar a medida. Numa formulação sincrética, pedida ao próprio sumário do aresto: a violação da lei e a consequente proibição de prova "é *sanável* e não determina uma proibição de valoração dos conhecimentos decorrentes da escuta, quando a situação de prova, ao tempo da decisão do juiz de instrução, teria justificado a suspeita de outro crime do catálogo do § 100 a) StPO, designadamente ser membro de uma associação criminosa".

12. Em ordem a uma melhor compreensão das coisas, ensaiaremos uma aproximação tendencialmente analítica, pondo em relevo os passos fundamentais do percurso do BGH.

a) Num primeiro momento, o Tribunal começa por apontar a ilegalidade das escutas com a consequente proibição de valoração em relação aos conhecimentos fortuitos (*roubo* e *ofensas corporais graves*), mesmo estando em causa crimes inequivocamente pertinentes ao catálogo. Isto porquanto "a valoração dos conhecimentos fortuitos tem igualmente como pressuposto que a medida originária de vigilância do telefone tenha sido autorizada em conformidade com o direito. A autorização inquinada daquela escuta só poderia determinar a proibição de valoração de todos os conhecimentos adquiridos na base deste meio ilícito".[48]

b) Num segundo momento, considera o supremo tribunal alemão que a ilegalidade da decisão do juiz de instrução poderia ser considerada sanada se, ao tempo em que foi tomada, a situação fáctica então conhecida permitisse a suspeita de um crime do catálogo (a pertinência a uma associação criminosa). Teria para o efeito de ser um juízo estritamente vinculado à "situação de suspeita no momento em que foi proferida a decisão de autorização" da escuta. Sendo para tanto irrelevantes "os conhecimentos ulteriores que não poderiam legitimar *a posteriori* uma autorização à partida ilegal".[49] O que aqui ocorre, precisa o BGH, é assim uma "permuta" (*Auswechslung*) na fundamentação jurídica da escuta, face a uma situação da vida que permanece a mesma, deixando-se no essencial intocada a "situação de investigação".

c) Num terceiro momento, considera o Tribunal que esta "nova determinação da fundamentação jurídica da decisão da escuta" pode ocorrer já em sede de recurso de revista. Isto se os elementos disponíveis no processo permitirem ao tribunal

48. *NJW*, 2003, p. 1883.

49. Idem, ibidem.

superior, reportando-se ao momento em que o juiz de instrução autorizou a escuta, concluir "com segurança" pela pertinência da suspeita do crime do catálogo.[50]

13. Tanto a decisão como a compreensão que a suporta despertaram um coro generalizado de críticas do lado da doutrina.[51]

a) Desde logo, a decisão proferida pelo 5.º Senado do BGH está em clara contradição com o entendimento sufragado pelo mesmo BGH em matéria de exigências da *conexão* entre o crime do catálogo e os conhecimentos da investigação. Segundo o qual, só a conexão com o crime do catálogo em nome do qual foi autorizada a medida de intromissão (no caso a escuta)[52] pode legitimar a valoração dos conhecimentos da investigação para a prova de crimes não pertinentes ao catálogo.

Clarificadora, a este propósito, a doutrina sufragada pelo mesmo (5.º Senado do) BGH num aresto de 18.03.1998.[53] Subjacente à decisão uma situação de facto que recuperamos de forma resumida:

Com base na suspeita de crimes de *tráfico ilícito de estupefacientes*, foram autorizadas escutas de que resultou o conhecimento do envolvimento de A em crimes de *tráfico de pessoas* e de *lenocínio*, pelos quais A veio a ser condenado em primeira instância. E isto não obstante tratar-se de crimes que, por sobre não pertencerem ao catálogo, não detinham a indispensável conexão com os crimes (do catálogo) de tráfico de drogas em nome dos quais as escutas haviam sido ordenadas. Entretanto foram autorizadas novas escutas, agora em nome da investigação de um crime de *associação criminosa*, com o qual os crimes de *tráfico de pessoas* e de *lenocínio*, imputados a A, mantinham a conexão, em geral exigida pelo BGH como suporte da valoração dos conhecimentos da investigação.

De forma unívoca, o BGH pronunciou-se aqui pela *proibição de valoração* dos conhecimentos da investigação, revogando a condenação de A pelos crimes de *tráfico de pessoas* e de *lenocínio*. E isto, apesar de reconhecer que, ao tempo em que foram realizadas as escutas pelo crime de tráfico de drogas, o juiz que as ordenou conhecia a suspeita do crime de associação criminosa. E foi assim porquanto, "quando se trata de apurar a (admissibilidade da) valoração, só pode atender-se à concreta autorização com base na qual foi jurisdicionalmente promovida a comprovação da suspeita e não a outra possível suspeita de (outro) crime que não foi

50. Idem.

51. Cf., por todos, GRÄWE, p. 246 ss; BERNSMANN/SOTELSEK, "Anmerkung", *StV*, 2004, p. 114 ss; ARLOTH, "Anmerkung", *NStZ*, 2003, p. 609 s.

52. Ou de crimes do catálogo emergentes como conhecimentos fortuitos da investigação daquele crime originário.

53. Cf. *StV*, 1998, p. 47ss. Para uma mais desenvolvida exposição do caso e sua interpretação no contexto da experiência jurídica alemã, F. AGUILAR, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português*, Coimbra, 2004, p. 50 ss.

tomada em conta nem apreciada pelo juiz de instrução".[54] Em síntese, de acordo com a doutrina então (1998) sustentada pelo BGH, só a conexão com o crime em nome de cuja suspeita foi autorizada a medida (*in casu*, a escuta), pode legitimar a valoração dos *conhecimentos da investigação*.

b) Para além da contradição assinalada,[55] a concepção em exame oferece o flanco a críticas de outra natureza, bastantes para, no seu conjunto, infirmarem a respectiva pertinência dogmático-normativa e político-criminal.

Pela sua estrutura lógico-normológica, está em causa uma construção que associa os princípios normativos subjacentes, respectivamente, às ideias de *conexão* e de *intromissão alternativa hipotética*.[56] Princípios que reciprocamente se potenciam, alargando tanto as possibilidades de valoração de conhecimentos não referidos a crimes do catálogo como as superfícies dos direitos fundamentais expostas à intromissão e à devassa. Tudo resultando na comprometedora frustração – *rectius* na perversão – do sentido e do programa de tutela imanentes ao princípio da *intromissão alternativa hipotética*. Em termos tais que, em vez de circunscrever a valoração na direcção dos crimes do catálogo, abriria as portas a soluções à margem de qualquer crime do catálogo. E, para além disso, permitiria ultrapassar as balizas sinalizadas e impostas tanto pela *reserva de lei* como pelos juízos de *proporcionalidade* normativamente consignados e cristalizados.

No plano dogmático sobram ainda reservas à invocação da ideia de *sanação*, uma forma de superação de irregularidades ou nulidades que, em princípio, postula um acto processual posterior (vg., repetição do acto irregular, agora com respeito pelas exigências legais) bastante para significar, ao menos, a neutralização dos efeitos provocados pela ilegalidade. Não se vendo como a ilegalidade possa ser sanada por força de um novo juízo de enquadramento jurídico da constelação fáctica subsistente ao tempo em que o juiz de instrução proferiu a decisão de autorização da medida (v.g., a escuta).[57]

c) Além do mais, sobraria a indesejável e perturbadora assimetria entre a legitimação processual penal e a persistência da ilicitude penal. Não se vê, com efeito,

---

54. *StV*, 1998, p. 248.

55. Particularmente sublinhada por autores como BERNSMANN/SOTELSEK (*StV*, 2004, p. 115) que, neste contexto questionam: se uma suspeita que esteve presente no horizonte cognitivo do juiz de instrução, mas que ele não valorou (como podia ter feito) não releva como fundamento da conexão legitimadora da valoração dos conhecimentos da investigação, como pode atribuir-se tal efeito a uma suspeita de que o próprio juiz de instrução não teve, a seu tempo, consciência? Isto é, como pode ter tal efeito uma suspeita que só veio posteriormente a ser referenciada pelo tribunal do julgamento ou, mesmo, pelo tribunal do recurso.

56. Desenvolvidamente, neste sentido, GRÄWE, p. 246 ss.

57. Por todos, ARLOTH, *NStZ*, 2003, p. 609.

como é que a decisão de considerar *a posteriori* sanada a ilegalidade processual penal poderia dirimir a ilicitude criminal de um atentado típico à inviolabilidade das telecomunicações, levado a cabo à margem dos pressupostos (desde logo os pressupostos *subjectivos*) duma pertinente e aplicável causa de justificação (a título, nomeadamente, de *autorização legal*). O que nos confrontaria com a situação de ilicitude criminal de um facto tido como tolerado, e mesmo legítimo, noutro ramo de direito. Precisamente à revelia das relações que reconhecidamente devem mediar entre a ilicitude penal e "a ordem jurídica considerada na sua totalidade" (art. 31.º, n. 1, do CP).

§ 4. PRINCÍPIOS DE ENQUADRAMENTO E SUPERAÇÃO NORMATIVA

14. Importa numa síntese conclusiva, ensaiar uma tomada de posição sobre os problemas que ficam referenciados. Tanto na sua dimensão teórico-doutrinal como na perspectiva pragmática, directamente debruçada sobre as constelações fácticas segregadas pela vida real. Uma posição que avançaremos já mais directamente comprometidos com a apresentação de uma proposta de interpretação do direito português vigente.

Antecipando conclusões e de forma assumidamente assertiva, tudo a nosso ver parece conjugar-se em abono da solução sustentada – nomeadamente contra o entendimento sufragado pelo BGH – pela doutrina maioritária. E segundo a qual a insubsistência de provas ou de indícios do crime do catálogo determina a queda da *conexão*, com a consequência incontornável da *proibição de valoração dos conhecimentos da investigação*. Determina, noutros termos, a exclusão do regime específico dos *conhecimentos da investigação*. Esta é a solução para que apontam tanto razões de cariz político-criminal e teleológico como de índole normativa; e tanto de direito constitucional como de direito ordinário. Razões que, em diferentes enquadramentos e hierarquizações e com distintas formulações, foram certeira e pertinentemente postas em relevo pelos defensores desta corrente doutrinária. Corrente a cujo bem fundado nos permitimos acolher-nos.

Razão pela qual, nesta sede nos ateremos a uma reflexão de clarificação suplementar.

Para emprestar ao discurso o indispensável alinhamento com os axiomas basilares e fundantes do ordenamento jurídico-processual penal, começaremos por recordar dois aspectos cuja clarificação resultará numa decisiva redução da complexidade problemática que aqui cabe afrontar: *valoração dos conhecimentos da investigação nas situações de "morte prematura" do originário crime do catálogo.*

Trata-se:

I. em primeiro lugar e numa consideração de pendor fáctico e fenomenológico, de rastrear os momentos mais expressivos da *danosidade social* das escutas

telefónicas como atentados arbitrários à inviolabilidade das telecomunicações e, numa perspectiva mais alargada, à área de reserva das pessoas concretamente atingidas.

II. Para, em segundo lugar, referenciar o sentido (a compreensão e a extensão) da exigência do *catálogo*, como um dos momentos nucleares do regime das escutas.

Dois *topoi* autónomos e distintos do ponto de vista teórico-categorial, mas estreitamente imbricados do ponto de vista axiológico e complementares do ponto de vista teleológico e político criminal.

15. No que ao primeiro ponto especificamente concerne, um dado soa hoje tão unívoco como consensual. Temos em vista o enunciado já citado e segundo o qual a danosidade social de medidas tão invasivas como a intromissão nas telecomunicações não se esgota no momento da sua realização, v.g., no momento da intromissão e gravação duma conversação telelefónica.

a) O atentado aos direitos fundamentais renova-se e prolonga-se pelos momentos ulteriores de utilização ou valoração dos conhecimentos obtidos. É o que, de todos os lados, tribunais e autores unanimemente reconhecem e sublinham.

Acolhendo-nos, por exemplo, à lição de Wolter, "toda a valoração estadual da informação pertinente à esfera de reserva pessoal configura um outro, mais alargado e aprofundado, atentado ao direito fundamental".[58] Na formulação convergente de Kretschmer, "a violação do sigilo de correspondência e de telecomunicações não se esgota no acto de intromissão e registo das comunicações. Também a valoração dos conhecimentos adquiridos pelas instâncias do processo penal configura um sacrifício autónomo deste direito fundamental. Que atinge a sua expressão extremada na valoração como fundamento de uma condenação".[59]

Esta compreensão da danosidade social da intromissão nas telecomunicações reflecte a – e reflecte-se na – compreensão e extensão do direito fundamental da *inviolabilidade das telecomunicações*. Na verdade, a inviolabilidade das telecomunicações não vale apenas nem se esgota no momento originário da *intromissão/intercepção* e do eventual e consequente registo/gravação. O sigilo e a inviolabilidade – e a respectiva tutela jurídica – prolongam-se, pelo contrário, em toda a sua densidade e na plenitude dos seus efeitos prático-jurídicos, durante toda a trajectória. Isto é, durante todo o tempo ao longo do qual é possível deter, "conservar", manipular, aceder e tirar proveito do seu *conteúdo* ou dos *dados externos* da comunicação. Na síntese de Störmer: " Uma vez que a tutela do art. 10, I, da Lei Fundamental não termina com a invasão da esfera de segredo, mas compreende também o *conteúdo*

58. WOLTER, *SK*, 11. Aufl. Rn. 132 a) antes do § 151.

59. KRETSCHMER, *StV*, 1999, p. 225. Em sentido convergente, cf., por todos, WELP, "Zufallsfunde bei der TelefonÜberwachung", *Jura*, 1981, p. 472 ss; STÖRMER, *Dogmatische Grundlagen*, p. 101 ss. Do lado da jurisprudência, clarificador, no mesmo sentido, *BVerfGE* 83, 386.

da comunicação, o direito fundamental protege também contra uma ulterior revelação e divulgação da informação obtida através da intromissão. Se, por exemplo, ao abrigo de uma escuta telefónica, validamente autorizada nos termos dos §§ 100 a) e 100 b) da StPO, for ouvida uma conversação, a lesão do sigilo de telecomunicações protegido como direito fundamental, não se dá apenas com a audição e gravação da conversação (aquisição da informação), mas também com a ulterior valoração probatória dos resultados da intromissão".[60]

b) É claramente assim no plano *material-substantivo*. Por ser manifesto que as acções de *devassa* – e as intromissões nas telecomunicações apresentam uma irredutível e essencial dimensão de devassa – tanto se actualizam no momento primeiro da *intromissão* não consentida, como nos momentos ulteriores em que se *alarga arbitrariamente o universo* das pessoas a tomar conhecimento. *Brevitatis causa*, tanto é devassa a intromissão (de pessoas não legitimadas) na esfera de sigilo e de reserva, como a *divulgação* não consentida (a pessoas não legitimadas) das coisas, eventos ou segredos pertinentes à área de reserva.

Também há devassa das telecomunicações, isto é, atentado contra a sua inviolabilidade, *quando se permite que outros acedam ao seu conteúdo*. E quando uns e outros – a saber: os que realizaram a intromissão e os que, não tendo estado naquele primeiro momento, tiveram posteriormente acesso – *utilizam* os registos ou transcrições das intromissões, por exemplo, para fins probatórios.

Uma coisa é, assim, a *gravação lícita* duma conversação, telefónica ou não; outra coisa, completamente distinta, é a sua ulterior *utilização lícita*. Entre os dois momentos há uma irredutível separação e distância, bem podendo subsistir entre eles uma incontornável assimetria e desfasamento normativos.

Bem podendo, por isso, acontecer que a gravação de uma conversação telefónica licitamente produzida não possa ser licitamente utilizada: *bene captum male retentum*. O que se compreende tendo em vista que a *utilização da telecomunicação pode constituir uma nova e autónoma fonte* ou manifestação de devassa, danosidade social, atentado contra a inviolabilidade das telecomunicações; e que a *causa de justificação* existente no momento da produção deixe de valer no momento da utilização.

c) E o quadro não é, nem pode ser, outro do lado *adjectivo-processual*. Também aqui a tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações vale tanto para o momento da *intromissão/recolha/registo/transcrição* como, e sobretudo, para o momento da sua *utilização/valoração* probatória. De resto, se algumas diferenças medeiam entre o plano material-substantivo e adjectivo-processual, elas jogam claramente no sentido de tornar esta compreensão das coisas mais instante e incontornável do lado processual.

60. STÖRMER, *Dogmatische Grundlagen*, p. 101.

Recorda-se que as coisas se equacionam aqui em termos de distinção e contraposição entre *proibições de produção* (de prova) e *proibições de utilização ou valoração*. Também aqui soa, reconhecidamente, a evidência o desfasamento entre os dois momentos: *uma prova validamente adquirida não tem, só por isso, garantida a admissibilidade da sua valoração. Ela pode ter sido validamente adquirida e, todavia, estar coberta por inultrapassável proibição de valoração*. Acolhendo-nos à formulação do BGH – vertida no contexto de um quadro normativo nesta parte inteiramente sobreponível ao português – "a autorização e realização lícita de uma intromissão nos termos do § 100 a) da StPO não significa de modo algum que os conhecimentos que ela permitiu alcançar possam, sem mais, ser valorados como meios de prova de qualquer crime".[61] Também a inversa: uma prova ilegalmente produzida não arrasta necessariamente consigo a *proibição de valoração*. Até porque no momento da utilização ou valoração podem ocorrer autónomos e bastantes momentos de justificação e legitimação.

Neste contexto, não será arriscado adiantar que é *sobretudo no momento da utilização/valoração* – nomeadamente no contexto da sua utilização em processo penal – que a danosidade das escutas telefónicas e, numa perspectiva geral, das intromissões nas telecomunicações, se revela na plenitude do seu potencial de devassa e na sua mais drástica compressão de direitos fundamentais. Dito com Hassemer, "é verdade que a aquisição da informação constitui o pressuposto necessário da sua valoração. Mas é só no momento da valoração que o direito fundamental sofre lesões reais".[62]

16. No que fica dito vai já, de algum modo, antecipada a resposta ao problema do sentido e da função – e implicações prático-jurídicas – da exigência do *catálogo* como primeiro pressuposto do regime das escutas.

a) Como vinculação à perseguição de um universo circunscrito de infracções criminais, o *catálogo* emerge como a instância privilegiada pelo legislador para dar expressão à ponderação legalmente consignada que quis verter naquele regime. É, na verdade, no catálogo que o legislador plasma e é através dele que exprime o seu juízo de *ponderação* e superação do conflito entre: os interesses da investigação e da eficácia da justiça penal, por um lado; e os bens jurídicos ou os valores correspondentes aos direitos fundamentais, por outro. *O catálogo representa, pois, o padrão e a medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador*. E, na mesma medida, aos órgãos das instâncias formais de controlo: que não podem, em nenhum caso e a nenhum título, *realizar* nem *valorar* escutas sem a cobertura permanente e contínua de um crime do catálogo. De outra forma, como pertinente e certeiramente adverte o supremo tribunal alemão,

61. *BGHSt* 28, 122.

62. HASSEMER, "TelefonÜberwachung und Gefahrenabwehr", *ZRP*, 1991, p 121.

"resultaria desrespeitada, num número incontável e intolerável de casos, a vontade do legislador, expressa nos §§ 100 a) ss da StPO, de apenas autorizar as escutas para um número contado de crimes particularmente graves".[63] E já antes: "o princípio de proporcionalidade, decorrente do princípio do Estado de Direito, só autoriza a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do necessário para a protecção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. E, por vias disso, proíbe a valoração do 'material apanhado' (*anfallende Material*) por uma escuta legalmente realizada que não é – ou já não é – significativo para o fim de protecção da ordenação livre e democrática".[64]

Importa, nesta linha, explicitar e sublinhar um *topos* que, de forma mais ou menos patente ou encoberta, vai já coenvolvido nas considerações até aqui desenvolvidas. A saber: a exigência e a função insuprível do catálogo *valem tanto para o momento da realização das escutas (intromissão e registo) como para o momento ulterior e distinto da sua valoração em processo penal.* Pelas razões que já tivemos oportunidade de enunciar, a utilização ou valoração das escutas configura uma *nova e autónoma* forma de invasão e atentado contra os direitos fundamentais. Também aqui se faz sentir a necessidade de justificação e legitimação que só a perseguição de um crime do catálogo pode emprestar e assegurar. A conclusão é então incontornável: *será sempre ilegítima e ilícita a valoração de uma escuta que, ao tempo em que (a valoração) é feita, não está (deixou de estar) associada à perseguição de um crime do catálogo.*

b) A importância – e a novidade – da matéria justificam um apelo à doutrina mais qualificada que, noutros contextos, teve já a oportunidade de reflectir sobre os problemas e submeter os seus pontos de vista à discussão.

Assim, na síntese de Rudolphi, "o sigilo das telecomunicações não é apenas sacrificado através da intromissão no tráfico comunicacional em si, mas também através da valoração em julgamento dos meios de prova alcançados através dela. Sacrifício do direito fundamental que conhece a sua expressão mais acabada se a condenação do acusado se basear neles. Por isso é que, por determinação unívoca do § 100 a), os atentados – todos os atentados – ao direito fundamental só estão justificados se tal acontecer para a perseguição ou julgamento de um crime do catálogo. É isso que precisamente falta quando a suspeita do crime do catálogo não se confirma logo antes da acusação, ou as provas levadas a julgamento não bastam para sustentar uma condenação pelo crime do catálogo. Isso significa que, sempre que não ocorra acusação ou condenação pelo crime do catálogo, os conhecimentos

63. *NJW*, 2003, p. 1881.

64. *BGHSt* 26, 298 = *NJW*, 1976, p. 1463. De precisar que o Tribunal Federal se reporta aqui explicitamente ao § 7 da chamada G10. E isto depois de sublinhar que a diferença que separa este preceito dos dispositivos homólogos da lei processual penal comum (§ 100b) da StPO) "é apenas de natureza redacional" (ibidem).

obtidos através da intromissão também não podem ser utilizados para a perseguição ou julgamento de um crime de conexão".[65]

Na mesma linha e depois de acentuar o prolongamento e a renovação da danosidade social nos momentos ulteriores da utilização e valoração, sublinha por seu turno Kretschmer: "segundo a determinação unívoca do § 100a) StPO, os atentados aos direitos fundamentais que se actualizam tanto no momento da intromissão como no da valoração só estão justificados quando acontecem para a perseguição ou julgamento de um crime do catálogo. Quando a suspeita de crime do catálogo decai, deixa de subsistir legitimação para o atentado ao direito fundamental. O § 100 a) não limita apenas a produção ou recolha da prova, mas limita também a valoração dos conhecimentos obtidos através da medida".[66] De forma igualmente clarificadora refere, por seu turno, Neuhaus, que "com a regulamentação contida nos §§ 100 a) e 100b), o legislador assumiu uma ponderação de bens fechada, segundo a qual a escuta telefónica só pode ser admitida em relação a um crime do catálogo. Este é, no seu núcleo duro, o essencial para sustentar a exigência da possibilidade de prova de um crime do catálogo como condição da valoração face a crimes de conexão não pertinentes ao catálogo".[67]

c) Em síntese conclusiva, o *catálogo deve estar presente em todos os momentos e lugares em que se manifeste e actualize a danosidade social própria das escutas telefónicas*. Nomeadamente no momento da utilização ou valoração. "Não se descortinando nenhuma razão para no momento da valoração dos conhecimentos fortuitamente adquiridos se introduzirem desvios à decisão de fundo legalmente consignada de apenas permitir a compressão da confidencialidade das telecomunicações 'para a clarificação e perseguição dos crimes que põem em perigo o Estado e outros crimes graves' (...) (há-de) limitar-se a valoração à categoria dos crimes do catálogo".[68]

A valoração para além ou à margem do crime do catálogo contraria todos os princípios em nome dos quais se pode (e se tem) legitimado a valoração dos conhecimentos fortuitos. Violaria, concretamente o princípio da intromissão alternativa hipotética que, em geral, proíbe a valoração em relação aos crimes não pertinentes ao catálogo, uma vez que a sua perseguição não poderia, só por si, legitimar a intromissão.

O quadro não pode ser outro do lado dos conhecimentos da investigação. Também aqui a valoração à margem do crime do catálogo não permitiria prosseguir nem alcançar os fins das escutas telefónicas. Isto porquanto, uma vez perdida a cone-

65. RUDOLPHI, op. et loc. cits.

66. Op. cit., p. 225.

67. Op. cit., p. 408.

68. GRÄWE, p. 237.

xão com os crimes do catálogo, não poderia falar-se em criminalidade relevante. "Não podendo por isso, legitimar-se a violação do sigilo de telecomunicações que se actualiza na valoração, em nome de um prevalecente interesse de perseguição criminal".[69]

Está assim identificado o primeiro e irredutível axioma normativo do regime das escutas: *não pode haver escutas sem crime do catálogo, nem para além do crime do catálogo.*

§ 5. PRINCÍPIO DE RESPOSTA

17. A busca do horizonte teleológico-normativo em que se inscreve o regime dos *conhecimentos da investigação* permitiu-nos sinalizar as referências matriciais que lhe definem o conteúdo e impõem a direcção. Como permitiu definir os enunciados nucleares daquele regime, que convirá explicitar, a benefício de clarificação e de maior aproximação aos casos segregados pela vida. O que faremos aproveitando a oportunidade para convocar razões adicionais que abonam a favor das soluções que nos parecem mais ajustadas, procurando ao mesmo tempo infirmar alguns dos argumentos aparentemente mais dirimentes contra elas dirigidas.

a) Como neste momento sobrará claro, a nossa preferência vai decididamente para as soluções defendidas pela doutrina maioritária. Que oferece uma resposta inequívoca ao problema que neste momento nos ocupa: *a queda do crime do catálogo determina também a queda do crime de conexão*, não sendo possível valorar os conhecimentos da investigação para assegurar a prova e condenar os autores (dos crimes de conexão). De forma apodíctica, a *queda do crime do catálogo faz impender uma proibição de valoração sobre os conhecimentos da investigação.*

Recorda-se, a propósito, que a diferença entre os regimes dos *conhecimentos fortuitos* e dos *conhecimentos da investigação* reside na possibilidade de, nestes últimos, as escutas poderem estender-se a crimes não pertinentes ao catálogo. *Desde que cobertos por um crime do catálogo.* Desde que, noutros termos, pertençam à sua "investigação". Vale por dizer que, uma vez decaído o crime do catálogo, ou seja, abandonada a sua investigação, deixa de subsistir qualquer legitimidade para utilizar as escutas valorando os conhecimentos da investigação. Porque, em rigor, abandonada a investigação do crime do catálogo, deixa de subsistir "*a investigação*" que dava guarida aos conhecimentos atinentes aos crimes não pertinentes ao catálogo e lhes dava o estatuto de "conhecimentos da investigação". Nessa mesma medida – e só nela – os convertendo em objectos idóneos e legítimos de escuta.

Em definitivo e pela natureza das coisas, sem a investigação dos crimes do catálogo ou a partir do momento em que ela deixa de ter lugar, deixa *eo ipso* de haver

69. GRÄWE, p. 245.

conhecimentos "da investigação". Assim, realizada validamente uma escuta telefónica em nome da investigação de um crime do catálogo, uma vez abandonada a investigação do crime do catálogo, fica definitivamente vedada a possibilidade de valorar as escutas para provar os crimes correspondentes aos conhecimentos da investigação, salvo se eles próprios forem também crimes do catálogo. E isto independentemente do momento – inquérito, acusação ou julgamento – em que se conclua pela insubsistência de razões para continuar a perseguir e a responsabilizar pelo crime do catálogo.

b) Às ponderosas e decisivas razões de étimo axiológico teleológico e normativo que sustentam esta solução acrescem outros e convergentes argumentos.

Como os argumentos de índole político-criminal.

A sublinhar os perigos de abuso a que, de outra forma – concretamente a seguir-se a doutrina protagonizada pelo BGH – se abrem as portas. Nomeadamente, o perigo da invocação, mais ou menos autêntica, mais ou menos *fair*, de um crime do catálogo com o (único) propósito de, à sua sombra e a pretexto de uma conexão sempre possível de excogitar, se mobilizarem os meios mais invasivos para fazer face a manifestações mais ou menos benignas e bagatelares de criminalidade. Um crime do catálogo de que se abriria mão e se deixaria cair, uma vez cumprida a sua "missão": propiciar a recolha de provas para a perseguição de crimes não pertinentes ao catálogo. Uma prática que, no limite, permitiria ultrapassar todos os regimes "de catálogo" e frustrar os pertinentes programas de tutela. E legitimaria o recurso às escutas *contra legem* para investigar quaisquer crimes. Bastaria para tanto inscrever o crime à sombra da suspeita de um – mais ou menos plausível – crime do catálogo e levá-lo à respectiva área de investigação. Para, num segundo momento, se abandonar o suposto crime do catálogo, que apenas fora invocado como *deus ex machina* para justificar as escutas que, de outra forma, não teriam justificação. Como, nesta linha e reportando-se à *praxis* dominante nos tribunais, observam Roxin/Schünemann, "esta *praxis* permite, por exemplo, construir as suspeitas segundo, por exemplo, o § 129 StGB (*associação criminosa*) como meio para poder investigar delitos, por causa dos quais não se pode autorizar uma intromissão nas telecomunicações".[70] Ainda a benefício de ilustração e recuperando uma situação já referenciada: querendo investigar o crime de *Violação de segredo de funcionário* – punível com prisão até 3 anos ou multa (art. 383.º do CP), – as autoridades competentes fazem intervir, de forma mais ou menos pertinente mais ou menos artificial, a suspeita de um crime de *corrupção passiva para acto ilícito* e em nome dele são realizadas as escutas. No momento da acusação, o Ministério Público deixa decair a *corrupção passiva para acto ilícito*, prosseguindo a perseguição pelo crime do art. 383.º do Código

70. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 296.

Penal.[71] Suspeições entre parênteses, o simples recorte objectivo da situação justifica o mal-estar.

Um perigo que vê a sua dimensão potenciada logo pela desmesurada extensão de um catálogo como o do art. 187.º do CPP. Depois pela extensão e diversidade das constelações típicas face às quais, tribunais e autores que os acompanham, admitem a valoração dos conhecimentos da investigação para além da queda do originário crime do catálogo. Nesta linha, admitindo-se, por exemplo, a valoração dos *conhecimentos fortuitos* em relação a um crime do catálogo imputável a um terceiro, este crime pode "oferecer conexão" a diferentes crimes não pertinentes ao catálogo. Em tal hipótese, "mesmo que não venha a provar-se o crime do catálogo, os conhecimentos podem ser valorados para provar os crimes que configurem com aquele (crime do catálogo) um facto em sentido processual".[72]

O que permite antecipar (e recear) a dimensão da mancha de devassa a que alguns dos mais eminentes direitos fundamentais ficariam – à margem dos equilíbrios constitucionalmente queridos e sancionados – expostos.

c) Ainda um outro e não despiciendo argumento. Agora para sublinhar que a solução aqui advogada – a queda do crime do catálogo determina a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação (em relação aos crimes não pertinentes ao catálogo) – é, de resto, a única compatível com a posição recentemente (26.02.2003) assumida pelo mesmo BGH para os casos de *branqueamento* em que se actualiza a *cláusula de subsidiariedade*, consagrada no § 261, Abs. 9, 2 do StGB.[73] Segundo a qual, não será punido pelo crime de *branqueamento* quem for concretamente punido pelo *crime precedente* ou *subjacente*.

Nestas constelações, sustenta o BGH, afastada a responsabilidade do agente (pelo *branqueamento*) em nome da prevalência do *crime precedente*, não será legítimo utilizar as escutas telefónicas para provar o crime precedente se este não pertencer ao catálogo, como acontece, por exemplo, com a *fraude fiscal*. Em tais situações, proclama o Tribunal Federal, "a suspeita de branqueamento não pode justificar uma escuta telefónica quando, atenta a cláusula de prevalência do § 261, Abs. 9, 2 não possa esperar-se uma condenação por branqueamento e o crime subjacente não seja um crime do catálogo".[74] Numa significativa e generalizadora proclamação, sustenta neste contexto o Tribunal que seria uma "contradição de valorações admitir que a suspeita de branqueamento pudesse legitimar as escutas em casos

71. Enunciando e procurando obviar a este perigo, ROXIN/ SCHÜNEMANN, ibidem; KRETSCHMER, p. 225; WELP, p. 478; RUDOLPHI, Rn 25; NEUHAUS, p. 408.

72. LOHBERGER, *FS-Hanack*, p. 258.

73. *BGHSt* 48, 240 = *NJW*, 2003, p. 1880 ss.

74. Idem, p. 1881.

em que o branqueamento tivesse subjacentes crimes sem a gravidade bastante para justificarem, por si próprios, as escutas".[75]

Se bem vemos as coisas, esta doutrina do BGH releva de premissas normativas que, aplicadas à área problemática aqui em escrutínio, não podem deixar de impor – por ostensiva maioria de razões – a proibição de valoração dos *conhecimentos da investigação*, uma vez abandonada a perseguição do crime que suportava a conexão. O que não se dá nos casos de *branqueamento* como os que vimos considerando. Em que, apesar de tudo, continua a subsistir a suspeita de um crime do catálogo (o *branqueamento*). De específico apenas o facto de a lei penal substantiva afastar a punição de um crime do catálogo (branqueamento), cuja ocorrência não suscita dúvidas.

d) Nem se invoque, contra este entendimento, o argumento da *unidade do objecto processual*, um argumento que perde sentido a partir da queda do crime do catálogo. Precisamente porque, faltando o crime do catálogo "cujo ambiente processual tinha de ser apreciado de forma unitária para evitar um *splitting* probatório, o *Tatgeschehen* é perseguido na perspectiva do crime não pertinente o catálogo".[76]

Não cremos igualmente que seja decisiva a objecção de que a relevância atribuída às vicissitudes do crime do catálogo determinaria que, o que começou por ser uma prova válida e admissível, viria posteriormente a ser convertido numa prova inadmissível.

A licitude da medida, v.g., a realização de uma escuta (em nome do crime do catálogo) pode considerar-se definitiva e irreversivelmente adquirida. O que a queda do crime do catálogo determina é apenas a emergência da *proibição de valoração* em relação ao crime sobrevivente, não pertinente ao catálogo. Uma proibição de valoração *independente*, figura bem conhecida da doutrina e da *praxis* das proibições de prova, onde as situações de assimetria entre as *proibições de produção* (de prova) e as *proibições de valoração* (de prova) são frequentes. Em definitivo, o que a queda do crime do catálogo determina é apenas a emergência – *para o futuro* – de uma *proibição de valoração*, deixando intocada a validade (originária) da medida. Que não se escrutina e sobre a qual não se lança (retroactivamente) a censura das proibições de produção de prova.

18. Chegados aqui, cabe determinar *até onde deve prolongar-se a investigação e a perseguição do crime do catálogo* para poder suportar a admissibilidade da valoração dos conhecimentos da investigação como meio de prova do crime de conexão. Um problema que suscita, mesmo do lado das vozes que se pronunciam a favor da solução aqui advogada, respostas não inteiramente sobreponíveis. E cuja resposta, que já fomos antecipando, importa explicitar e fundamentar.

---

75. Idem, ibidem.

76. GRÄWE, p. 345.

a) Comum a todas as vozes que integram a corrente maioritária, a exigência de um limiar mínimo: que o *crime do catálogo seja, ao menos, objecto de acusação.* Simplesmente, enquanto uns – este parece ser o caso, v.g., de Roxin/Schünemann[77] – se bastam com esta exigência mínima, outros, no extremo oposto, reclamam a condenação pelo crime do catálogo.[78]

Deste lado, sustenta v.g., Kretschmer que "os conhecimentos sobre os chamados crimes de conexão só podem ser valorados como tais se o arguido é também acusado e condenado pelo crime do catálogo do § 100 a) que suporta a conexão. Logo que se perde a conexão por não se confirmar o crime do catálogo, deixa de haver suporte de legitimação para a valoração como meio probatório do crime de conexão. Isto pode parecer impraticável e injusto, mas é reclamado por razões de segurança. A estrita *vinculação ao fim* da produção da prova prolonga-se assim ao momento da valoração".[79] Nesta linha e apelando directamente para as categorias do direito penal substantivo, lança Kretschmer a tese de um "princípio de acessoriedade estrita" entre o crime do catálogo e o crime de conexão.[80] Em sentido convergente, sustenta Wolter que "se o crime do catálogo cai no decurso do julgamento, então não podem valorar-se as provas em relação ao crime de conexão não pertinente ao catálogo".[81]

b) Também esta última se nos afigura a solução mais consonante com os princípios, os valores e os interesses coenvolvidos. Também aqui, só esta solução assegura o cumprimento integral do paradigma de "ponderação vinculada", imposta pelo legislador.

Nesta medida, cremos dever rever – *rectius* desenvolver – a posição já por nós assumida quando, confrontados pela primeira vez com o problema, concluímos reclamando, "*como exigência mínima, a acusação pelo crime do catálogo*".[82] Ainda hoje a exigência da acusação persiste, naturalmente, como mínimo irredutível: a não *acusação* pelo crime do catálogo determina, sem mais, a proibição dos conhecimentos da investigação. Estamos hoje, todavia, convencidos de que a acusação pelo crime do catálogo, sendo condição necessária, está longe de ser suficiente.

Além do mais porque ela não previne o risco de abuso: afinal de contas, a acusação é protagonizada e dominada pelo Ministério Público, "interessado" na inves-

77. *Strafverfahrensrecht*, p. 296.

78. Assim, por exemplo, KRETSCHMER, p. 225; WELP, *Jura*, 1981, p. 476 ss; WOLTER, *GS-Arm. Kaufnmann*, p. 772; NEUHAUS, p. 409. Menos assertivo e unívoco RUDOLPHI, falando de "acusação ou condenação". No mesmo sentido parece inclinar-se GRÄWE, p. 244 ss.

79. Op. cit., p. 225.

80. Idem, ibidem. Subscrevendo a ideia de uma *acessoriedade estrita*, NEUHAUS, p. 409.

81. *GS-Arm. Kaufmann*, p. 773.

82. C. ANDRADE, *Sobre as proibições de prova, p. 312.*

tigação e na perseguição. Ou, ao menos, comprometido com o seu sucesso. Mesmo conscientes do dever de *objectividade* que preside à actuação do Ministério Público, mesmo assim, uma prudente vigilância face ao perigo de abusos impõe que se vá mais longe.

Um perigo cuja prevenção e neutralização sempre poderia esperar-se, num plano de *law in books*, da actualização da *reserva de juiz*. Uma expectativa cuja pertinência e consistência resultam, todavia, comprometedoramente problemáticas no plano da *law in action*. Isto pelo menos no contexto da experiência actual, de que resulta exposta a debilidade da tutela efectivamente assegurada pelo juiz (de instrução). Cujas decisões nesta matéria denotam um comprovado e indesejável mimetismo face à promoção do Ministério Público.[83] Na certeza de que a consideração das exigências constitucionais e a fidelidade ao programa normativo e político-criminal ínsito na "proporcionalidade vinculada" impõem soluções que não permitam que uma pessoa possa ser condenada com base, v.g., em escutas, por um crime em nome de cuja perseguição não é admissível o recurso às escutas. Isto no contexto de constelações fácticas em que não foi possível condenar o arguido pelo crime do catálogo que, à partida, legitimara a realização das escutas.

c) Tudo a impor a conclusão: a *condenação pelo crime de conexão com base na valoração dos conhecimentos da investigação só é admissível se e na medida em que ela tiver, contínuo e ininterrupto, o suporte de legitimação que só a presença do crime do catálogo pode assegurar.* Nesta linha e recuperando as duas citadas constelações da experiência portuguesa com que já tivemos oportunidade de nos cruzarmos neste estudo, cremos que a resposta sobrará agora líquida. E num sentido que se afasta claramente das soluções que acabaram por conhecer às mãos das competentes instâncias judiciárias.

Assim, no caso das escutas autorizadas em nome da investigação de um crime de *Corrupção passiva para acto ilícito*, que se suspeitava ter sido cometido por um Inspector da Polícia Judiciária. A partir do momento em que o Ministério Público decidiu arquivar o processo por aquele crime do catálogo, abstendo-se de formular a respectiva acusação, não podem os conhecimentos propiciados pelas escutas (*conhecimentos da investigação*) ser valorados como meio de prova da *Violação de segredo por funcionário*, crime não pertinente ao catálogo.

O mesmo valendo para o caso em que, já no julgamento, se abandona a perseguição pelo crime de *Corrupção passiva para acto ilícito*, o único pelo qual os

83. Sobre o tema, desenvolvidamente, ASBROCK, "Der Richtervorbehalt – Prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtliches Trospflaster", *ZRP*, 1998, p. 17 ss.; do mesmo autor, "Zum Mythos des Richtervorbehalts als Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen", *StV*, 1997, p. 255 ss.

arguidos haviam sido investigados, acusados e levados a julgamento e à sombra do qual haviam sido autorizadas e levadas a cabo as escutas. Admitida como válida a alteração da qualificação para o crime de *Abuso de poder,* (não pertinente ao catálogo), não é possível assegurar a sua prova à custa da valoração dos meios de prova mediatizados pelas escutas.

§ 6. SÍNTESE CONCLUSIVA: CONHECIMENTOS FORTUITOS E CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO

19. A ser pertinente, como se nos afigura, a construção que fica sumariamente esboçada – a queda do crime do catálogo exclui, sem mais, a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação na prova do crime de conexão – estreita-se significativamente a margem de diferenciação entre os regimes dos conhecimentos da investigação e dos conhecimentos fortuitos. Regimes entre os quais medeia como decisivo momento de comunicabilidade, a obediência ao axioma: não pode haver escutas sem crime do catálogo nem para além do crime do catálogo.

Um axioma a que, cada um a seu modo, ambos os regimes prestam tributo.

a) Tal sucede, do lado dos conhecimentos fortuitos com a exigência de que o crime a que se reportam os conhecimentos fortuitos seja, também ele, um crime do catálogo. Isto nos termos e em consonância com o princípio da intromissão alternativa hipotética. Cujo conteúdo nuclear e mínimo significa precisamente a exigência de que a mudança de fim se faça para um crime do catálogo. É o que, de resto, está hoje expressamente consignado em matéria de escutas telefónicas no n. 7 do art. 187.º do Código de Processo Penal. Embora distinto do crime originário que motivou e justificou as escutas, a verdade é que também o outro crime, a que se reportam os conhecimentos, é um crime do catálogo.

Sendo líquido que tudo aqui decorre à sombra da presença contínua de crime do catálogo, compreende-se que no regime dos conhecimentos fortuitos seja indiferente a "sorte" processual do crime originário que motivou as escutas. Uma solução que, mais uma vez, tem por si o tributo consensual tanto de tribunais e autores como da própria lei positiva. A valoração dos conhecimentos fortuitos não será posta em causa mesmo que o crime originário tenha "morrido" em qualquer estádio do seu processamento: inquérito, acusação, instrução ou julgamento. Compreende-se, de resto, que seja assim. O originário crime do catálogo é substituído por outro, também ele um crime do catálogo e idóneo para o sub-rogar no cumprimento da insuprível exigência do catálogo. E, por vias disso, para assegurar a continuidade da legitimação que a lei associou àquela exigência.

O dogma sem crime do catálogo não há escutas (nem realização nem valoração) tem aqui a sua réplica ou corolário: sem crime do catálogo não há valoração legítima dos conhecimentos fortuitos.

b) Em contexto e condicionalismo diferentes, também o regime dos conhecimentos da investigação assegura o mesmo efeito. Isto na medida em que a queda do crime do catálogo determina, sem mais, a proibição de valoração dos conhecimentos obtidos na escuta. De todos os conhecimentos. Também dos conhecimentos da investigação relativos a crimes de conexão não pertinentes ao catálogo. Em definitivo, também deste lado só há escuta – tanto na dimensão de produção como de valoração – se e enquanto subsistir a perseguição de um crime do catálogo. Enquanto tal se dá, está assegurada a vinculação incindível entre a escuta e o crime do catálogo. Reversamente: a partir da perda do crime do catálogo, deixa, pura e simplesmente, de persistir a legitimidade da justiça penal para lançar mão das escutas e aproveitar os seus frutos.

Que passam a estar cobertos por inultrapassável proibição de valoração.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Meios de obtenção de prova criminal: considerações de direito constitucional aplicado, de Eduardo Diniz Neto - *RCP* 6/151 (DTR\2011\2123);
- Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas, de Susana Henriques da Costa - *RePro* 133/85 (DTR\2006\187); e
- Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*), de Luiz Flávio Gomes - *RT* 809/474 (DTR\2003\158).

A IRRACIONALIDADE DAS LEIS PENAIS E O SIMBOLISMO NEGATIVO: O CASO DO LEGISLADOR BRASILEIRO NO PROJETO DE PUNIR O CRIME DE TERRORISMO

THE IRRATIONALITY OF CRIMINAL LAWS AND THE SYMBOLISM NEGATIVE: THE CASE OF THE BRAZILIAN LEGISLATORS IN THE ATTEMPT OF PUNISH THE CRIME OF TERRORISM

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, São Leopoldo/RS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí, Ijuí/RS. Especialista em Direito pela Unijuí (Direito Privado) e Iesa-Fadisa (Direito Público). Professor da graduação e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *campus* de Santo Ângelo/RS, e no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul - Ajuris e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *campus* de Santo Ângelo/RS, na Graduação e Mestrado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo defende a necessidade de uma teoria da legislação que, diante da crise de crescimento do controle penal, possa servir para estabelecer controles materiais para atividade do legislador a fim de evitar o mau uso da legislação para fins políticos (simbolismo negativo), o que se pode verificar na atual intenção legislativa brasileira de punir o crime de terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas legislativas - Leis penais - Simbolismo - Terrorismo.

ABSTRACT: This paper defend the need for a theory of legislation that, before the crisis the growth of penal control, can serve to establish controls for materials activity of the legislator in order to avoid misuse of the law for political purposes (negative symbolism), which can be seen in the current Brazilian legislative intent to punish the crime of terrorism.

KEYWORDS: Legislative policies - Criminal laws - Symbolism - Terrorism.

SUMÁRIO: 1. A necessidade de a teoria do direito voltar os "olhos" para o problema da produção da legislação - 2. Os níveis de racionalidade legislativa na teoria da legislação proposta por Manuel Atienza - 3. Em busca de uma racionalidade para as leis penais - 4. A (ir)racionalidade das leis

penais e o simbolismo negativo: o exemplo do legislador brasileiro – 5. Algumas (breves) conclusões sobre o emprego simbólico-populista do controle penal.

1. A NECESSIDADE DE A TEORIA DO DIREITO VOLTAR OS "OLHOS" PARA O PROBLEMA DA PRODUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

O[1] quadro atual do Estado Democrático de Direito (moldado como Estado Constitucional de Direito), em especial o brasileiro, demarcado pelo ativismo judicial[2] e consequente deslocamento do foco de tensões do Legislativo para o Judiciário em questões derivadas da complexidade moderna (direitos fundamentais, judicialização da política etc.), parece dar primazia às teorias que tratam da decisão judicial. Como referido anteriormente, porém, um dos problemas por que passa a aplicação do direito tem a ver diretamente com a produção de uma boa legislação. Daí por que se revela oportuno, em tempos de Estado Democrático de Direito, que a Dogmática Jurídica também dedique maior espaço para o estudo da teoria, técnica e ciência da legislação.

A crescente judicialização da política, fenômeno ocorrente no Estado Democrático (e social) de Direito, cunhado como Estado neoconstitucional,[3] acarretou um

1. O presente texto faz parte das pesquisas realizadas na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo, no curso de Mestrado em Direito, em que o autor Adalberto ministra a disciplina Políticas legislativas e diversidade, e o autor José Francisco, a disciplina Tutela jurídica dos direitos fundamentais.

2. Sobre os contornos da "mutação constitucional" no âmbito do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Judicial de Direito) e a atual opção *judiciarista* consultar: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123-135. No mesmo sentido, ver ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201-214. Ressalvamos nosso entendimento *contra* o ativismo judicial tendente a "mudar" a Constituição, pois o Judiciário não é o Poder Legislativo.

3. O conceito do cânone "neoconstitucional" é dado por CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILHO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. Também importante é a leitura de CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. Ver COMANDUCCI, Paolo; AHUMANDA, Maria Ángeles; GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeu, 2009. A análise do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial em matéria criminal é feita por MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, p. 313-341, São Paulo, maio-jun. 2012. Também é de relevo a leitura de DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. Tradução de Pablo Guérez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75.

aumento da crise do direito. Essa crise, agora, é caracterizada por ser uma "crise de crescimento"[4] do direito como forma de ordenação social; crescimento esse que, no entanto, não foi acompanhado de uma especial atenção na elaboração da lei. Assim, nesse contexto, o que podemos constatar é que a dogmática jurídica (ou "teoria do direito") dedicou atenção especial ao fenômeno da aplicação/concreção do direito (atividade judicial),[5] deixando em um segundo plano (ou bem mais que isso) a questão da legislação. E isso, como sabemos, foi fomentado por uma premissa positivista kelseniana no sentido de que o jurista, na sua neutra função, deveria partir do "direito posto".[6]

---

4. HIERRO, Liborio L. El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 19, p. 287-307, 1996. Liborio Hierro fala em *crise da lei* que, por motivos da própria realidade político-jurídica (práticos e teóricos), pode ser resumida nas seguintes assertivas: (a) diversificação da lei e a competência entre os diversos tipos de lei; (b) o aparecimento de normas não legais de caráter paralegal nos processos de integração entre os Estados; (c) a expansão da força normativa das constituições; e d) a expansão da força normativa dos princípios, o que, ao fim e ao cabo, teriam rompido o caráter unitário da lei. E disso, conforme Hierro, decorre o diagnóstico da crise da lei, que reside na perda do caráter geral e abstrato, principalmente pelo fato de que o juiz não está mais submetido à lei, senão à Constituição, lei suprema e superior. Idem, p. 293-299. Consultar, de igual sorte, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 24, p. 485-523, 2001. Para Díez Ripollés, o diagnóstico da "crise da lei" repousa no fato de que o papel da lei (e da legislação), herdado pelo Estado de Direito positivista (configuração ilustrada e revolucionária), restou revisto com o advento do Estado social, que consagrou um ativismo normativo, que implicou a perda da racionalidade da legislação, mormente pelo aparecimento de Constituições com abundantes conteúdos substanciais. Some-se ao surgimento do Estado Constitucional, que, no embate com a legislação, alterou as fontes do Direito e estabeleceu um novo sistema de controle da constitucionalidade das leis (colocando a lei numa posição de inferioridade à norma constitucional, dando prioridade interpretativa aos princípios constitucionais, notadamente àqueles garantidores dos direitos fundamentais), o advento da *sociedade do risco*, modelo sociológico que debitou ao Estado a função de prevenir os perigos vinculados às atividades sociotecnológicas, determinando um intervencionismo superior ao Estado social. Idem, p. 485-489.

5. Os marcos da discussão são apresentados por FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2. ed. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeu, 2009. De relevo, a consulta de ALEXY, Robert et al. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2007. Consultar também FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 87 e seguintes.

6. De acordo com Albert Calsamiglia, no modelo de um Estado de Direito liberal, a função do jurista estava claramente definida, já que existia uma radical separação entre a criação e a aplicação do Direito. Assim, cumpria à ciência da legislação (disciplina prescritiva, cultivada por políticos e filósofos) se ocupar de "como devia ser" o Direito. Por outro lado, a ciência jurídica devia limitar-se à descrição do Direito positivo, prescindindo de

Nesse particular, deveria assistir razão a Virgilio Zapatero Gómez quando alude que a formação tradicional do jurista se desenhou no estudo do "processo normativo"[7] e que por isso haveria uma necessidade de se fomentar uma concepção que ele denomina "*concepção totalizadora*" do fenômeno jurídico, conferindo, então, maior atenção ao que existe "antes" da norma, isto é, ao seu processo de criação.[8] Ou seja, a teoria geral do direito, com pujança excepcional de estudos no que diz respeito aos problemas da argumentação e aplicação do direito, preocupando-se com "o que fazem os juízes", acabou não se ocupando suficientemente com o que fazem os legisladores, deixando de lado, pois, o estudo do momento da produção legislativa.[9] Logo, haveremos de reconhecer que a delimitação entre a legislação e a jurisdição (criação e aplicação do direito), na lição de Díez Ripollés, é constituída sobre bases pouco firmes.

O primado do *império da lei* tem passado por uma revisão de sua característica essencial do Estado moderno: o protagonismo da lei, que vem seriamente minado pelo lugar comum da *crise da lei,* culminando na perda de sua centralidade, papel que ocupava desde a instauração do Estado liberal, e representada em notas de caráter único, originário, supremo e incondicional.[10] De outro lado, a lei penal transita por outras águas mais tranquilas, na medida em que, sob os influxos da sociedade do risco e do medo líquido (modelo da insegurança sentida), na expressão de Díez Ripollés, goza de "boa saúde".[11] E a prova disso, segundo o citado autor, vem com o progressivo uso da legislação simbólica, instrumento que recupera a lei penal para labores de transformação ou manipulação social, ainda que o custo seja o de violar princípios básicos do direito penal.[12] Nesse contexto, revela-se urgente reorientar a atenção do jurista para a legislação, pois, como já observado, atualmente, a lei penal vem assumindo outras funções que pouco têm a ver com as suas funções tradicionais, transformando-se num verdadeiro "código moral da

---

juízos de valor, assumindo, portanto, um dever-ser neutro, despido de interesses políticos. Consulte-se: CALSAMIGLIA, Albert. ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 13, p. 161-177, 1993.

7. ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 15-16, p. 769-789, 1994. Na mesma linha de pensamento de Zapatero Gómez, posiciona-se DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría.* Madrid: Trotta, 2003, p. 15.
8. Consultar ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 15-16, p. 769-789, 1994.
9. ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación cit., p. 770.
10. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, ES, n. 24, p. 485-523, 2001.
11. Consoante Díez Ripollés, José Luis. Op. cit., p. 491.
12. Idem, p. 491.

sociedade". Dito de outro modo, com Díez Ripollés, é preciso que se estabeleça um controle de legitimidade das decisões legislativas penais.[13] Assim, parece-nos imperativo, por exemplo, observar a relação existente entre direito e moral sob uma perspectiva "pouco usual", a da ciência da legislação,[14] pois a teoria do direito, como dito, até agora, priorizou apenas o momento da aplicação do direito.

2. OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA NA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PROPOSTA POR MANUEL ATIENZA

A teoria da legislação, diversamente da dogmática jurídica que, de regra, parte das normas já assentadas pelo legislador, debruça-se sobre o estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do discurso jurídico, da adequação das leis ao ordenamento jurídico e aos princípios morais, à observância aos fins declarados etc., almejando a otimização da produção das normas, seja pelo Legislativo, seja por certos órgãos administrativos e, derradeiramente, pelo Poder Judiciário. Assim, de acordo com Manuel Atienza,[15] enquanto a dogmática jurídica está para os intérpretes e aplicadores do direito, a Teoria da Legislação se dirige, prioritariamente, aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas. É certo, no entanto, que a dogmática também centra seus estudos na produção do direito, borrando a distinção entre ambas, já que não se dispõe de contornos precisos.[16] Por outro lado, a teoria da legislação, no pensamento de Atienza, tem um enfoque mais abrangente, uma vez que cuida do processo legiferante, bem como do relacionamento com outras disciplinas, como a filosofia, sociologia jurídica, lógica, economia, procurando, assim, explicar o fenômeno da legislação de forma mais abrangente.[17]

Para clarear a ideia de racionalidade da legislação, tema caro na atualidade em face da "crise de crescimento do direito", Manuel Atienza propõe, então, a distinção entre cinco níveis de racionalidade, para que se possa alcançar uma unidade e articulação entre os saberes que estão envolvidos no processo de legislação, a saber: *racionalidade linguística ou comunicativa* (R1), que envolve o emissor e o receptor, impondo-se o dever de transmitir, com fluidez e clareza, a mensagem legislativa; uma *racionalidade jurídico-formal* (R2), na medida em que a lei deve

13. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003, p. 14-15.

14. Sobre o ponto, ligando o Direito e a moral, sob a perspectiva do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, remetemos o leitor a: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridade*. Curitiba: Juruá, 2012.

15. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 19.

16. Idem, p. 22.

17. Idem, p. 24.

se inserir, de forma coerente e uniforme, num dado sistema jurídico; *racionalidade pragmática* (R3), já que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito em lei; uma *racionalidade teleológica* (R4), pois a lei teria de alcançar os fins sociais declarados e a serem perseguidos; e, por fim, uma *racionalidade ética* (R5), uma vez que as condutas prescritas e a finalidade das leis devem passar pelo teste de uma justificação ética.[18]

Logo, é da análise do tipo interno de cada racionalidade que se constroem, de forma estrutural, os elementos da atividade legislativa, que se ligam com outras disciplinas de forma externa, pressupondo uma maneira de se entender o Direito.[19] Assim, no plano da racionalidade linguística (R1), o sistema jurídico se apresenta como um sistema de informação e comunicação, conferindo primazia à questão da linguagem. Aqui se dá importância à comunicação fluida entre o "*dador* das leis" (legislador) e o receptor (destinatário final), buscando-se a claridade comunicativa, o que se dá quando a "mensagem" chega, sem distorções (compreendida, portanto,) aos destinatários finais, já que, na impossibilidade da comunicação se detecta a irracionalidade da lei.[20] E os defeitos da legislação que costumam aparecer em tal irracionalidade são os sintáticos, obscuridades semânticas, tratamento incorreto da comunicação pela mídia (que podem apresentar uma mensagem deturpada da legislação) e, por fim, esbarrar não ausência de compreensão por parte dos seus destinatários.[21] E, para se implantar a R1, é necessário que se faça uso de conhecimentos de linguística, lógica, informática e de psicologia cognitiva, a fim de se evitar ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências que inviabilizam a racionalidade comunicativa.

No nível da racionalidade jurídico-formal (R2), busca-se a sistematicidade da atividade legislativa, pois o sistema jurídico somente pode se apresentar como um mecanismo capaz de assegurar a manutenção das expectativas normativas, como mecanismo de previsão da conduta humana e de suas consequências (sistema de segurança), se a legislação se apresentar como uma ordem normativa coerente, sem lacunas e contradições.[22] Aqui o sistema jurídico deve ser entendido como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas dentro do ordenamento jurídico. E a irracionalidade se apresenta quando a legislação contribui para provocar erosões no ordenamento jurídico, seja porque não atendeu aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico, seja pelo fato de que incorre em lacunas e

18. Idem, p. 27-28.
19. Idem, p. 28.
20. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad* cit.,, p. 37.
21. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación* cit., p. 29.
22. Idem, p. 32.

contradições, afetando negativamente o sistema do direito.[23] A forma de se evitar tal irracionalidade repousa na melhora da "técnica legislativa", dotando o Parlamento de *experts* em tal mister, a fim de se aprimorar a redação dos textos legislativos.

No que concerne à racionalidade pragmática (R3), o objeto da análise concentra-se na adequação das condutas dos destinatários ao que é prescrito pela lei, isto é, questiona se a legislação, efetivamente, é observada e promove a integração social. Dessa maneira, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas eficazes e capazes de promover a ordenação da sociedade.[24] Logo, uma lei se revela irracional quando fracassa na diretiva, quando não for capaz de influir no comportamento humano, não servindo para motivar ou para assegurar expectativas normativas, podendo culminar na anomia. O combate a essa irracionalidade reclama um diálogo interdisciplinar com a ciência política, psicologia e, sobretudo, com a sociologia.[25]

No nível da racionalidade teleológica (R4), a lei é interrogada no que se refere aos seus fins, na medida em que o próprio ordenamento jurídico é visto como um meio para se alcançar determinados desideratos, que podem ser econômicos, sociais. Não é por outra razão que a irracionalidade brota quando a lei não produz os efeitos declarados ou, do contrário, se destina a produzir efeitos latentes e não declarados, o que pode ser desvelado pela sociologia jurídica, pela análise econômica do Direito, bem como pelas teorias de implementação.[26]

E, finalmente, no nível da racionalidade ética (R5), a lei é requisitada no que se refere aos valores éticos, que justificam os fins de toda legislação, tais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da justiça. Daí o motivo pelo qual uma lei não poder ser considerada legítima e válida se violar princípios éticos e morais, perseguindo fins imorais e ilegítimos. Ou seja, a validade da lei requer a obediência a princípios morais.[27] Portanto, pensamos que a racionalidade ética vai ao encontro da questão relativa ao controle da constitucionalidade das leis, mormente pelo fato de que a Constituição, na filosofia e na ciência do direito, é recebida "como a fonte do direito", estabelecendo, no discurso jurídico, os valores éticos e morais mínimos que possibilitam a vida em sociedade e, que, por isso, devem regrar a elaboração e a aplicação das leis, conferindo, por fim, a "unidade de valor" ao ordenamento jurídico.[28]

---

23. Ver ATIENZA, Manuel. Idem, p. 32-33.
24. Consultar Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación* cit., p. 36-37.
25. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso. Op. cit., p. 42.
26. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*.cit., p. 38.
27. Idem, p. 39-40.
28. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44-45.

Em suma, na proposta de Atienza, o processo de produção de leis (a legislação) constitui-se num processo dinâmico composto de uma série de interações entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores, que se cruzam em cinco níveis de racionalidade: (a) linguística (a mensagem deve fluir, de forma clara, ao seu destinatário); (b) jurídico-formal (que se centra na legitimação pelo procedimento, bem como na forma com que a lei toma assento no ordenamento jurídico); (c) pragmática (uma vez que a lei deve, de forma efetiva, motivar as pessoas, servindo como orientação e aprendizagem); (d) teleológica (a lei deve buscar e alcançar os fins declarados); e, por fim, (e) ética (já que a lei deve responder a uma justificação ética).[29]

Dessa maneira, a teoria da legislação pode ser concebida como uma parte da teoria do direito inserida no contexto de uma teoria da sociedade (sociológica), ciência que ocupa um lugar destacado no âmbito da Teoria da Legislação.[30] E o objetivo da criação de uma teoria da legislação repousa na premente necessidade de dotar a lei de uma medida de racionalidade, como afirma José Luis Díez Ripollés, para quem a legislação deve atender a dados relevantes da realidade social.[31] Em contrapartida, a racionalidade legislativa supõe o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica (como quer Atienza), implementada no procedimento legislativo, a fim de se garantirem decisões com amplos acordos sociais, para manterem adequação com a realidade social em que se formulam as leis.[32]

Ressaltamos, por relevante, o fato de que outros autores se têm ocupado da temática da racionalidade das leis, como, por exemplo, Jürgen Habermas[33] e Niklas Luhmann[34] (este já falecido), cujas teorias não serão explicitadas com profundidade

29. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 53-54.

30. Cf. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 71-72.

31. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal cit., p. 502. Nas palavras de Díez Ripollés, um conceito de racionalidade, minimamente útil e convincente, "a mi juicio, podría mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen a tal realidad y que conocemos. Los demás, como con la legislación penal nos movemos en el campo del control social jurídico sancionador, podríamos precisar más diciendo que, a nuestros efectos, es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide".

32. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal cit., p. 503.

33. Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1. Também, do mesmo autor, *Escritos filosóficos 1: fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Paidós, 2011.

34. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 130-144. Para Luhmann, a racionalidade herdada do século XVII (racionalidade

em razão dos limites de abordagem do presente trabalho. Todavia, pensamos ser importante referir que o primeiro, Habermas, preocupado com o crescimento da *judicialização da política*[35] e a centralidade conferida aos Tribunais Constitucionais, que põem em perigo a divisão dos poderes, entende que os tribunais, num sistema de Estado Democrático de Direito, estão obrigados a se ocuparem dos *programas finais da lei*, não estando em condições de considerarem os *programas como condicionais*, na medida em que não possuem legitimidade democrática.[36] Dito de outro modo, Habermas, levando a sério o crescente processo de transformação da Constituição como uma "ordem de valores" – que pode se converter, na sua dicção, em uma ordem autoritária –, entende que a legitimidade da legislação decorre da observância do procedimento legislativo. E, para tanto, propõe sua teoria do agir comunicativo,[37] sinalando (em apertadíssima síntese) que a lei será legítima quando puder contar com a participação de todos os envolvidos na qualidade de destinatários. É que, conforme Habermas, em uma sociedade na qual o "mundo da vida" foi colonizado pelo dinheiro e o aparato burocrático do Estado, o consenso (que garante adesão e cumprimento das leis, em razão de que o cidadão se apresentar como colegislador) somente pode ser obtido via ação comunicativa, que garante a todos o direito de fala (manifestação, especialmente sem qualquer tipo de coação, que vem com a garantia do sistema de direitos).[38] Cabe, então, ao Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, assegurar que se respeitem os pressupostos comunicacionais e as regras procedimentais afeitas ao procedimento legislativo.[39] Só isso.

---

da natureza bem ordenada, reduzida a estados mentais), a racionalidade dos fins, bem como as versões mais atuais, a racionalidade de valores ou de entendimento (racionalidades substancial e procedimental, respectivamente), não mais responde à sociedade moderna. Logo, propõe, para fins científicos, que a sociedade se apresente como um sistema de comunicação autopoiético. Por este prisma, a racionalidade deve ser vista como um paradoxo, perdendo a certeza. Em outros termos, em face da sociedade moderna, que dissolveu a congruência e estrutura social e semântica da sociedade tradicional, a racionalidade deve formar-se em termos mais abstratos, isto é, a partir da posição de um observador.

35. Veja-se, nesse particular, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* cit., p. 123-190.

36. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal cit., p. 498.

37. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação.* Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 9-102.

38. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* cit., p. 159-160. Para Habermas, as categorias de direitos que determinam o *status* de pessoas em direito e que dão a configuração autônoma de fala, como correlatos necessários, são: direitos fundamentais (configuradores de liberdade, autonomia política, acesso à prestação jurisdicional ou acesso à justiça, direitos fundamentais de participação, igualdade, essenciais na formação de opinião e participação política e, por fim, direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente).

39. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal cit., p. 498-499

No limite, Habermas, pelo agir comunicativo, busca forjar uma integração social "não violenta", em um mundo que perdeu as grandes narrativas e que restou colonizado pela burocracia estatal e pelo dinheiro, sistemas que se especializaram. E, para tanto, o autor se socorre de uma linguagem compartilhada subjetivamente, que obriga os sujeitos a saírem do egocentrismo e a se colocarem sob critérios públicos de racionalidade do entendimento.[40] De outra banda, a validade do direito (e, de certo modo, sua racionalidade) repousa na *faticidade* (ou possibilidade) de sua imposição, que se interliga com o processo de normativização, encontrando aí a pretensão de racionalidade, especialmente por preservar a liberdade de participação e dissensos (podendo, por isso, contar com a adesão de seus destinatários), forjando a legitimidade.[41] Logo, a racionalidade do direito está no agir comunicativo, que leva em conta o entendimento linguístico, na medida em que os atores sociais orientam seu agir por pretensões (morais) de validade, que culminam por adquirirem relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais. Dessa forma, as ordens sociais (leis) mantêm-se no reconhecimento de pretensões de validade que se imunizam do risco de dissenso existente no *mundo da vida*. Por fim, os atores sociais, na qualidade de falantes e ouvintes (colegisladores), tentam negociar interpretações comuns, buscando harmonizar seus planos de vida, unindo-se em torno de pretensões de validade. Enfim, para Habermas, a racionalidade da legislação está baseada na motivação racional (pois produz acordos e dissensos), estabilização não violenta de expectativas de comportamento e na possibilidade (pelo discurso) da efetiva participação (atos de fala) de todos os interessados.[42]

Já para o segundo, Niklas Luhmann, o direito possui somente uma função (que não integradora/ formadora da sociedade): estabilizar as expectativas normativas de comportamento, imunizando-as contra possíveis descumprimentos/ desapontamentos.[43] Não assume, pois, a função central atribuída por Habermas, que tem o direito como um verdadeiro *medium* para controlar o mercado e a burocracia estatal. Para ele, Luhmann, cumpre ao direito a função de estabilizar as expectativas normativas, que devem ser estabilizadas em termos contrafáticos, possibilitando, assim, sua assimilação e redução dos riscos.[44] O direito, portanto, se apresenta como um sistema parcial da sociedade (sistema *autopoiético*), que possui a função de manter as expectativas normativas. E ao sistema do direito

40. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 45.

41. Idem, p. 48.

42. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1, p. 35-79.

43. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 71-72. Uma análise crítica da teoria luhmanniana é feita por CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 32-46.

44. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I* cit., p. 57-63.

somente pertence a comunicação coordenada pelos códigos conforme ao direito/não conforme ao direito, refutando Luhmann a necessidade de uma fundamentação moral ao direito (teorias morais ou a ideia da *Grundnorm*, a norma fundamental que valida a Constituição)[45] para dar unidade ao sistema jurídico, já que a unidade se dá na operação.[46]

Assim, em termos luhmannianos, o sistema jurídico é ditado por pretensões de consistência; daí o porquê de a validade se apresentar em termos de aceitação da comunicação havida no sistema jurídico, não tendo de se falar em norma fundamental ou metanorma, mas, sim, de uma forma.[47] Dessarte, os Tribunais[48] possuem uma função central na ideia luhmanniana, uma vez que, com a tomada de decisão, a jurisdição soluciona o paradoxo do sistema do direito. E é por tal motivo que a jurisdição assume o centro do subsistema do direito, enquanto que a legislação (que não tem o dever de decidir) pertence à periferia.[49]

---

45. Em países de modernidade tardia a aceitação da tese de Luhmann, nitidamente procedimental, pode apresentar problemas. Nesse sentido, consultar as críticas ao procedimentalismo feitas por STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52-63. É que, segundo a crítica de Walber de Moura Agra, referida por Luiz Guilherme Marinoni, "a concepção de Luhmann para a fundamentação da jurisdição constitucional passa ao largo de uma conexão com o regime democrático ou com valores axiológicos". A teoria procedimental luhmanniana tem alicerce em procedimentos judiciais autônomos em relação a outros subsistemas, buscando a aceitação dos cidadãos de forma autopoiética. Para Luhmann, o procedimento inerente às decisões judiciais, por si só, é condição suficiente para sua legitimação, mesmo que seus posicionamentos tragam grande repercussão social. Essa teoria, no entanto, "apresenta algumas deficiências que impedem sua aplicação em uma sociedade considerada pós-moderna. Orientar as decisões inerentes à jurisdição constitucional apenas por procedimentos judiciais, sem forte inter-relação entre a normatividade e a facticidade, significa aumentar o *gap* jurídico e contribuir para o decréscimo da força normativa da Constituição. Outrossim, pela falta de canais eficientes com a realidade social, tende o ordenamento jurídico a se tornar auto-referencial, cerceando as tentativas de construção de uma sólida teoria de legitimidade de atuação extensiva da jurisdição constitucional". Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 435.

46. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005. p. 128-131.

47. Idem, p. 159-161. É importante que se destaque que a validade do direito em termos luhmannianos é ditada pela repetição/redundância, não se socorrendo de uma moral corretiva.

48. Para se apreender as funções do Poder Judiciário no fechamento do sistema jurídico, consultar LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*, vol. 17, n. 49, p. 149-168, Porto Alegre, jul. 1990.

49. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Navarrate. 2. ed. México: Herder, 2005. p. 372-387.

Dessa maneira, para Luhmann, a legitimidade das leis também repousa na obediência ao procedimento (numa visão periférica), pois aí se preserva a democracia. Com efeito, no pensamento luhmanniano o direito se apresenta, em face da uma sociedade fragmentada e complexa, como mais um subsistema da sociedade (*autopoiético,* já que opera fechado ao seu entorno), concorrendo, na iteração social, com outros sistemas, como o sistema da economia, o sistema da ciência, o sistema da cultura, o religioso etc. Para Luhmann, a legislação não está no centro do sistema jurídico, mas, sim, na periferia, pois no centro estão os Tribunais que, no acoplamento estrutural entre a Constituição e o sistema político, fecham o sistema jurídico, o que devem fazer sem desbordar do sistema do direito (estabelecendo, por exemplo, programas políticos), sob pena de se diluir a necessária limitação entre o sistema jurídico e político.[50] Assim, não se apreende, na sua teoria, uma preocupação com a racionalidade da legislação, pois, como bem adverte Díez Ripollés, Luhmann confere centralidade à jurisdição, dando lugar a um modelo estático de Estado de Direito, deixando em um segundo plano a força transformadora da legislação (a expressão da vontade geral), soterrando, assim, o princípio da vinculação do juiz à lei (*concepção forte do império da lei*).[51]

Não queremos avançar aqui na análise sociológica da legitimidade da legislação, pois pretendemos trabalhar com outra ideia de racionalidade legislativa. Isso não impede, todavia, reconhecer as valiosas contribuições dos referidos autores para a análise crítica do tema, especialmente no que concerne à necessidade de se assegurar uma limitação na atividade dos tribunais, mediante a delimitação de suas competências do controle legislativo, como aponta, de forma correta, Habermas, naquilo que Liborio Hierro define como uma *concepção débil do império da lei* (ou uma concepção forte da lei consubstanciada na vontade geral).[52]

3. EM BUSCA DE UMA RACIONALIDADE PARA AS LEIS PENAIS

No processo legislativo das leis penais podemos constatar – e a partir disso afirmar – que a fase pré-legislativa tem ocupado um papel destacado e, de certa forma, desmedido, pois influenciada pelo processo sociológico levado a cabo pelos agentes sociais, tais como políticos, jornalistas, peritos, os quais que têm o poder de fazer crível a existência de certa disfunção social que, ao fim, demanda a necessidade de algum tipo de intervenção social. E a questão, nesse passo, revela-se dramática, haja vista que, hodiernamente, há uma preocupação social exacerbada

50. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal cit., p. 499.

51. Idem, p. 490.

52. HIERRO, Liborio L. El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, p. 300-301, Alicante, ES, 1996.

acerca da criminalidade, dando vazão ao *medo líquido*,[53] gerando *atitudes punitivas* (Díez Ripollés), que culminaram na potencialização do uso expansivo do controle penal. Nesse ambiente de pânico e medo, os meios de comunicação assumem um protagonismo inédito.[54] Dessa forma, de acordo com a lição de Díez Ripollés,[55] vislumbramos, na atualidade, uma percepção social emocionalmente carregada e forjada pelos *mass mídia*,[56] isto é, uma cobertura sensacionalista e populista à criminalidade, que estimula uma política criminal de cunho conservador,[57] a saber: tendência de *governar pelo crime*.[58] E o processo culmina no surgimento do movimento social de uma identificação maior com a vítima e com o protagonismo da plebe.[59] No limite, o protagonismo dos meios de comunicação como agente social apresenta o problema do uso político do controle penal, no qual a intervenção jurídico-formal se apresenta como um mecanismo de ofuscamento e encobrimento dos problemas sociais, que são personalizados, fugindo de uma atribuição política,

53. Ver BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Paidós, 2007. Também é de relevo a leitura de BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2008.

54. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 20-21.

55. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2007. p. 73-100.

56. No trato do tema da influência da mídia no sistema penal, consultar: BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 487-511. A problemática também é enfrentada nos artigos: LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoiesis* do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 95, p. 239-272, São Paulo, mar.-abr. 2012; LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou a vigência da norma? *Revista Brasileira e Ciências Criminais*, n. 97, p.143-182, São Paulo, jul.-ago. 2012.

57. Ver GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 75-119. No mesmo sentido, BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 15-117. Consultar DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada* cit., p. 147 e ss.

58. Ver BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias*. São Paulo: Boitempo, 2004.

59. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 27-42. O protagonismo da plebe, conforme Díez Ripollés, refere-se à cidadania ou a grupos de pessoas que contam com força suficiente para ativar a fase legislativa, apresentando programas sem a necessidade de esperar as ulteriores fases do processo legislativo. Normalmente, trata-se de grupos de vítimas ou afetados, que buscam solidariedade social e que, na sua atividade, abreviam fases, mormente a deliberativa. E o exemplo de tal mobilização, na lição de Díez Ripollés, é dado pela lei californiana *three strikes and you'out* que, segundo ele, se constitui em um exemplo paradigmático, na medida em que foi redigida por um fotógrafo, pai de uma vítima assassinada e membro de um grupo de vítimas. Idem, p. 36-37.

com um rendimento eleitoral,[60] fenômeno que não escapou da acurada crítica da Escola de Frankfurt,[61] restando transferidos à biografia individual do desviado.

Assentada a importância da fase pré-legislativa no procedimento legislativo, que em muito tem colaborado à denominada *expansão do controle penal*,[62] devemos voltar o foco para a questão da racionalidade legislativa penal. Nesse passo, o acerto parece estar com José Luis Díez Ripollés que, adotando o referencial teórico de Atienza, parte dos níveis de racionalidade propostos pelo Professor de Alicante, operacionalizando-os, entretanto, de maneira inversa. É que, para Díez Ripollés, a racionalidade ética é a que marca o âmbito de jogo das demais racionalidades.[63] Noutra direção, a racionalidade teleológica estabeleceria os objetivos a serem buscados dentro desse marco, e as demais (jurídico-formal, linguística e pragmática) se sucederiam em uma ordem de projeção decrescente de instrumentalidade.[64]

Dessa forma, a "pedra de toque" da racionalidade da legislação penal, efetivamente, cobra caro da *racionalidade ética,* porque lança um olhar sobre o sistema de crenças, cultural e historicamente dado, que sustenta uma determinada coletividade (o *mundo da vida* habermasiano,[65] que se constitui no conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores de comportamentos),[66] no qual há de se construir necessariamente o procedimento legislativo. Nesse espaço, concorrem grupos de diversos interesses, que devem submeter seus argumentos a um discurso argumentativo, permeado pela ética e por princípios morais que inspiram o ordenamento jurídico em sua totalidade. Nesse contexto, a intervenção jurídico-penal está constrangida

60. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Círio dos santos e de Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 103-117.

61. CASABONA, Carlos Maria Romeu. *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000.

62. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* 3. ed. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2011.

63. Conclusão similar pode ser encontrada em HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad.* Curitiba: Juruá, 2012.

64. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 91.

65. Para Habermas, o mundo da vida pode ser entendido como uma fonte de condições para a ação comunicativa, na medida em que as estruturas simbólicas do mundo da vida mantêm uma relação interna com a razão comunicativa. E a racionalização do mundo da vida, que se distingue de uma racionalização da ação econômica ou da ação administrativa, alcança três componentes do mundo da vida, a ver: a tradição cultural, a socialização dos indivíduos e a integração da sociedade. HABERMAS, Jürgen. *Escritos filosóficos 1: fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Paidós, 2011. p. 432-433.

66. Conforme DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 92.

por conteúdos éticos que Díez Ripollés define como *estruturais de primeiro nível* (que são os que estabelecem os contornos básicos de uma intervenção penal legítima, a saber: princípios de proteção, princípios de responsabilidade e princípios de sanção) que, ao fim, servem para legitimar uma intervenção penal, caso esteja refletindo profundas convicções culturais de uma coletividade, atendendo, dessa forma, ao *critério democrático,* que legitima decisões concretas controvertidas.[67] Em síntese, para Díez Ripollés, a própria estrutura dos cinco níveis de racionalidade, propostos por Atienza, conduz à questão ética, assumindo relevo, portanto, a questão moral.[68]

Em contrapartida, em relação à racionalidade teleológica, Díez Ripollés adverte que não concorda com o posicionamento de Atienza, observando que não se trata de se ocupar com a eficácia da lei e se ela pode alcançar seus objetivos sociais propostos e perseguidos. Conforme Díez Ripollés,[69] a racionalidade teleológica deve apresentar as bases para um discurso ético-político que produza uma confrontação racional entre interesses consensuais da coletividade e interesses particulares e setoriais, o que se revela decisivo para o critério democrático. Nesse quadro, demarca-se, segundo ele, o acordo ético-político sobre a importância do bem protegido, a intensidade de obediência exigida, bem como as repercussões negativas derivadas da possível desobediência. A racionalidade pragmática, observa o autor, tem a missão de ajustar os objetivos tratados pela racionalidade teleológica com as possibilidades reais de intervenção social que estão ao alcance da correspondente intervenção legislativa, o que implica, no âmbito jurídico-penal, assegurar uma resposta positiva da lei, isto é, que seus mandatos sejam suscetíveis de serem cumpridos, satisfazendo a lei a função diretiva de controle e orientação. Ou seja, por meio da racionalidade pragmática, a lei testa sua possibilidade de manter as expectativas normativas mediante sua aplicação coativa, produzindo, ao fim, os efeitos de tutela perseguidos.[70]

Por fim, Díez Ripollés compartilha o pensamento de Atienza com relação às demais racionalidades (jurídico-formal e linguística), dizendo que desempenham o papel de assegurar um sistema jurídico coerente (a primeira) e garantir as habilidades comunicacionais das normas (a segunda), tendo a eficiência como uma dimensão transversal que não constitui um nível de racionalidade, senão uma qualidade exigida de cada racionalidade e da inter-relação entre elas, mas em um papel

67. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 92.

68. Idem, p. 93. Na lição de Díez Ripollés, a distinção entre princípios éticos e morais repousa no grau de aceitação deles, pois, enquanto os princípios morais são universais, os primeiros são histórico e culturalmente condicionados. Consultar DÍEZ RIPOLLÉS, José Luíz. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 93-94.

69. Idem, p. 92-93.

70. Idem, p. 94-95.

secundário e instrumental com relação às demais racionalidades antes referidas (ética, teleológica e pragmática), estas primordiais à racionalidade jurídico-penal.[71]

Em resumo, seguindo os ensinamentos de Atienza e Díez Ripollés, uma lei será inquinada de irracionalidade ética quando não se ajustar, em seu conteúdo, a critérios e/ou princípios éticos (morais/estruturais) do ordenamento jurídico. Nesse passo, Díez Ripollés entende que um modelo estrutural de racionalidade ético-penal deve responder a três decisões de política criminal, a saber: (a) de manter a ordem social básica, evitando os danos mais perigosos e mais graves para os bens fundamentais à convivência social; (b) de incidir sobre um dos fatores decisivos à produção de ditos atos lesivos (incidindo socialmente sobre as pessoas responsáveis); (c) de neutralizar tais condutas mediante o controle social (e, ao depois, pelo controle penal).

No desenho, é possível, segundo o autor, agrupar os princípios fundamentadores do Direito Penal, que se formam a partir de três grupos: princípios de proteção (que sentam as bases para delimitação dos conteúdos do direito penal), princípios de responsabilidade (que cuidam dos requisitos fundamentais para a responsabilização de determinado comportamento) e princípios de sanção, que estabelecem os critérios configuradores das reações sancionadoras, face à conduta criminalmente responsável).[72]

Ainda, segundo Díez Ripollés,[73] os princípios de proteção dividir-se-iam no princípio de lesividade, que afeta as necessidades da convivência social externa, na medida em que a sociedade necessita de defesa; principio da essencialidade ou fragmentariedade, já que o Direito Penal se reserva para prevenir condutas gravemente prejudiciais ou dotadas de danosidade social; princípio do interesse público, pois os comportamentos que reclamam intervenção penal são aqueles que afetam o sistema social como um todo; e, por fim, princípio de correspondência com a realidade, vedando a punição de comportamentos a atitudes morais já superadas.[74] Já os princípios da responsabilidade dividir-se-iam: (a) nos princípios da certeza e da segurança jurídica (exigência de um procedimento formal, a saber: a lei); (b) no da responsabilidade pelo fato que ensina que não se devem punir meros pensamentos ou plano de vida do autor; (c) princípio de imputação (deve haver uma conexão

71. Idem, p. 96-97.

72. Idem, p. 136-137.

73. Nesse particular, cumpre notar que Díez Ripollés se afasta de teorias parciais, reputando como tais aquelas que buscam a legitimidade da intervenção penal a partir da teoria dos fins da pena (como defendem autores como Muñoz Conde e Mir Puig), bem como a teoria da Constituição e seus princípios (Hassemer), além da contraposição entre vigência e validade (garantismo de Ferrajoli). Idem, p. 116-131.

74. Idem, p. 137-145.

entre o sucesso e o comportamento da pessoa); (d) princípio da culpabilidade (que pede contas ao processo de motivação que leva à tomada de uma decisão pelo seu autor; e (e) princípio da jurisdicionariedade (isto é, do monopólio estatal da exigência da responsabilidade penal).[75]

De resto, Díez Ripollés, no âmbito dos princípios éticos, apresenta os princípios de sanção: (a) princípio da humanidade da pena (que veda penas cruéis); (b) princípio teleológico (que problematiza os fins razoáveis da penalidade estatal); (c) princípio da proporcionalidade das penas (critério ordenador de uma teoria da incriminação penal); e, (d) o princípio do monopólio punitivo estatal (que estabelece ao Estado a responsabilidade da execução das penas impostas).[76]

Do exposto, agora com suporte na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, pensamos que a racionalidade ética está vinculada a uma leitura moral do direito (devidamente limitada, logicamente!), pois resulta evidente que, quando os legisladores decidem em conformidade com políticas, estas devem observar princípios (morais), sob pena de a decisão legislativa posteriormente vir a ser reputada inconstitucional.[77] Com efeito, no plano da racionalidade ética de que nos fala Díez Ripollés, o que podemos ver, de forma estruturada e condensada, é toda uma gama de princípios (constitucionais) que procura, de forma esparsa, legitimar o controle penal, bem como estabelecer limites (racionais) ao direito de punir da potestade estatal. Esse processo começa com análise da função da pena no âmbito do Estado Democrático e Social de Direito (Mir Puig[78] e Muñoz Conde),[79] passando pelo teorema do direito penal clássico e sua limitação a bens jurídicos personalíssimos (Hassemer),[80] a critérios de política criminal e culpabilidade como limitadores das atividades preventivas do Estado (Roxin),[81] chegando aos princípios constitu-

75. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 109-111.

76. Idem, p. 158-163.

77. Nesse aspecto, consultar: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad.* Curitiba: Juruá, 2012. p. 126-127.

78. Veja-se MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general.* 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 113-138, quando assenta seu pensamento de que, no Estado social, a *potestade* punitiva deve legitimar a prevenção na medida necessária para proteger a sociedade, baseando-se nos princípios informadores do *ius puniendi.*

79. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2003. p. 105-155.

80. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 34-73.

81. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Também, do mesmo autor, ver *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson

cionais e à interpretação conforme a Constituição (Kuhlen[82] e Pietro Sanchís).[83] Enfim, no plano da racionalidade ética, os princípios morais jogam papel central.

Em outro sentido, concordando com Díez Ripollés, podemos afirmar que a irracionalidade teleológica sobressai à medida que os objetivos a serem perseguidos não tenham sido acordados no plano argumentativo do discurso (está em desacordo como critério democrático). Por outro lado, uma lei respeita tal racionalidade quando consegue alcançar o cumprimento de objetivos sociais, como, por exemplo, diminuição da pobreza, diminuição/redução de crimes etc.;[84] enfim, quando atinge os fins propostos e declarados. Mais: uma lei cumpre com o nível de racionalidade pragmática quando consegue influir no comportamento humano, apresentando-se como uma lei que é atendida e cumprida pelas pessoas.[85] Assim, a irracionalidade pragmática surgirá quando a lei não for suscetível de cumprimento pelos cidadãos ou de uma efetiva aplicação pelos órgãos que exercem o controle social. Em suma, deparamo-nos com tal irracionalidade quando a lei não logra os objetivos declarados, apresentando-se como uma legislação meramente simbólica e mascarando seus objetivos. Já quando a lei for inconsistente e permeada por incoerências, não atingindo os ideais de sistematicidade, gerando, com isso, insegurança jurídica, topamo-nos com a irracionalidade jurídico-formal.[86] Por último, a irracionalidade linguística é aquela que impede ou dificulta aos seus destinatários a transmissão dos conteúdos da lei que propicia seu cumprimento ou sua aplicação.[87]

Em suma, o processo de produção das leis penais pode ser visto como uma série de iterações que têm elementos distintos (editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores) que dão lugar a diversos níveis de racionalidade, intercalados e que funcionam como fins em si mesmos. Nesse panorama, assume destaque a racionalidade ética, que informa quais fins estão (ou não) eticamente justificados na busca de certo grau de racionalidade legislativa, o que, na precisa observação de Atienza, é um pressuposto necessário para se poder falar de racionalidade na aplicação do

---

Civitas, 1997. t. 1, p. 49-177, apresentando seu conceito material de delito, em que a pena aparece com a função de proteção subsidiária de bens jurídicos, devidamente delimitada pelo princípio da culpabilidade e pelas diretivas de política criminal.

82. KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 125-145.

83. PIETRO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. Importa leitura, de igual sorte, *Justiça constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 261-299.

84. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 132-133.

85. Idem, p. 128-129.

86. Idem, p. 128.

87. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 96-97.

Direito.[88] Pois bem. Qual é o problema, então, no que diz respeito à racionalidade das leis no Brasil? Respondemos: o problema é que o legislador brasileiro não tem obedecido a esses padrões de racionalidade, lançando mão, amiúde, do uso da legislação simbólica[89] com o fito de obter ganhos políticos e brindar a sociedade com uma "segurança legislada".

4. A (IR)RACIONALIDADE DAS LEIS PENAIS E O SIMBOLISMO NEGATIVO: O EXEMPLO DO LEGISLADOR BRASILEIRO

De início, podemos dizer que o modelo sociológico da sociedade do risco (Luhmann[90] e Beck)[91] tem contribuído, sobremaneira, ao incremento da legislação penal[92] naquilo que se pode denominar de projeto de expansão[93]/modernização[94] do Direito Penal contemporâneo. Isso se dá pela união, no projeto modernizante, dos riscos tecnológicos e do surgimento de novos interesses merecedores de proteção, dando ensejo à proliferação de crimes de perigo abstrato,[95] fato incontestável pela sociologia jurídico-penal.

---

88. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 96-99.

89. Nesse sentido ver HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 128 e ss.

90. LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3. ed. Traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

91. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

92. O debate em torno da relação entre a sociedade do risco e controle penal é tratado na obra coletiva: AGRA, Cândido et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

93. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo-Buenos Aires: IBDF, 2010. p. 3-24.

94. Por todos, consultar GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.

95. Ver VAN SWAANINGEN, René. *Perspectivas europeas para una criminologia crítica*. Traducción de Silvia Susana Fernandez. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2011, p. 349-380. Van Swaaninguen sinala, em apertada síntese, que um controle penal orientado fundamentalmente pelo risco pode culminar por consolidar uma problemática *criminologia atuarial*, a qual, seguindo o modelo gerencial similar ao de contrato de seguros (administrar os riscos), busca apenas gerir e controlar grupos catalogados como de riscos, liquidando os fundamentos da criminologia crítica que, partindo da constatação das desigualdades sociais e de socialização, buscava ressocializar o criminoso. Com isso, na lente do autor, passa-se de uma criminologia inclusiva para outra, de natureza ex-

A questão que tem sido desconsiderada pelo legislador é a de saber se o controle penal, de forma efetiva e eficaz, tem capacidade ideal para gestionar essa nova realidade e de se instrumentalizar como eficaz meio de defesa frente aos novos riscos, exacerbada pela acolhida aos fundamentos da sociedade do risco.[96] Não se desconhece que o controle penal exerce importante função nas sociedades modernas, pois, em um mundo complexo, desigual e sob forte orientação econômica,[97] a filosofia abolicionista se apresenta como uma utopia platônica. O projeto expansionista de controle penal, que, em muitas oportunidades, não vem informado por princípios distributivos de justiça, mas, ao contrário, por sentimentos emocionais e setoriais, pode, no entanto, encobrir ou borrar a importante distinção entre o ilícito penal e o ilícito civil-administrativo, resultando na perda de credibilidade moral e do poder de persuasão do direito penal.[98]

Importa notar que tal pensamento pode dar primazia política ao controle penal, convertendo-o em *prima ratio,* funcionalizando-o, a qualquer custo, como

---

clusiva (*criminologia do outro*), que busca neutralizar e inocuizar o delinquente. Idem, p. 279 e ss.

96. Ver NAVARRO, Evaristo Pietro. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: AGRA, Cândido et al. (Org.). *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Madrid: Atelier, 2003. p. 27-46.

97. Mundo em que prepondera o *egoísmo racional,* já que na idade do pós-modernismo, a sociedade veste uma máscara de consumo, na lição de SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, Edgardo Alberto. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2, p. 13-63.

98. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de urbina Gimeno. Madrid: Barcelona, 2008. Podemos referir, em síntese, que Robison sustenta que o direito penal, para ser um instrumento efetivo, mormente para a prevenção geral e especial (persuasão e intimidação), deve se ajustar em princípios de justiça, compartidos pela comunidade (que ele denomina de *merecimento empírico,* que não se confunde com o *merecimento justo* – teoria absoluta da pena justa), nem com o *merecimento deontológico* (fundado nos princípios morais da justiça). No pensamento do autor, a credibilidade moral do Direito Penal melhora a sua efetividade na hora de controlar os delitos. Todavia, isso somente poderá ser alcançado caso o controle penal esteja arraigado com as concepções de justiça da sociedade, pois aí é aparelhado com uma aceitabilidade maior. ROBINSON, Paul H. Op. cit., p. 159-196. Conforme Robinson, a falta de credibilidade do controle penal decorre da perniciosa indistinção entre o direito civil (e administrativo) e o direito penal (que ele denomina de *civilização* do controle penal), na medida em que o ordenamento jurídico, atualmente, tem estendido a criminalização além das tradicionais infrações, culminando em criminalizar condutas que só são lesivas aos burocratas. E resume suas conclusões asseverando que a frequente expansão do direito penal na busca de uma estigmatização moral pode resultar ineficaz, pois, em lugar de educar o código moral da sociedade, o ofende. Idem, p. 211-215.

um mero estabilizador de expectativas normativas (prevenção geral positiva ou de mandamento de fidelidade ao direito),[99] pervertendo-o a uma *sociotecnologia* funcionalista que permite a adaptação do sistema penal às desmedidas necessidades da política criminal moderna do risco e sua busca incessante pela segurança.

Tal pensamento de gerir os novos riscos, de forma flexível, vem expressado nos pensamentos como o "domínio do futuro", a "fé da comunidade" e a "força configuradora da realidade", a "legitimação das intervenções penais face às circunstâncias favoráveis". No limite, na "dialética moderna", o direito penal é inspirado em modernas teorias sociológicas do risco.[100] O que é descurado, todavia, pela política criminal moderna é que tais expectativas não podem ser cumpridas exclusivamente pelo sistema penal, que se tem revelado insuficiente,[101] na medida em que a política criminal atual não reage restringindo a intervenção penal; ao contrário, segue a mantendo de forma intensiva, produzindo uma política criminal simbólica, desconsiderando a opinião dos peritos, que estimam que a simples agravação das sanções penais não aumenta o efeito intimidatório. Buscam-se, ao contrário, ganhos simbólicos (eleitorais) e a simpatia da opinião pública, resultando na perda da credibilidade da justiça e do Direito Penal, defraudando-se, assim, as expectativas dos cidadãos.[102]

Nesse compasso, parece-nos pertinente a ideia de Ana Isabel Pérez Cepeda quando anota que a aparição de novos riscos e a crescente demanda de prevenção penal constituem um terreno fértil à proliferação de tipos penais de duvidosa aplicação e

99. Nesse sentido, NAVARRO, Evaristo Pietro. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: AGRA, Cândido et al. (Org.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*: un debate abierto. Madrid: Atelier, 2003, p. 52.

100. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 31-35.

101. Sobre esse aspecto, apresentam-se oportunos os questionamentos de Cornelius Prittwitz, quando interroga se o direito penal é, efetivamente, eficaz no combate da criminalidade tecnológica, especialmente no que se refere aos crimes ambientais, que, no debate, são enunciados como bens jurídicos de gerações futuras. Também questiona Prittwitz se, mesmo se alterando as estruturas de imputação, pode-se esperar algo do controle penal? Mas em que medida podem ser admitidas tais alterações, a fim de que o Direito Penal não perca seu caráter de Direito Penal de um Estado de Direito?. Ao responder a tais interrogantes, centrando-se nos crimes ambientais, Prittwitz refere que o problema decisivo ao meio ambiente é o sistema de produção, sendo o problema sistêmico, revelando-se o Direito Penal, nesse contexto, contraproducente, inefetivo e simbólico, no pior sentido do termo. Ver PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuena: Universidad de Castilla-La Macha, 2003. p. 273-287.

102. HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 34-35.

efetividade, cuja única finalidade é satisfazer as demandas sociais.[103] Na observação de Pérez Cepeda, a pressão da sociedade do risco incita uma política criminal simbólica (e de defesa social), na qual a segurança é convertida em motivo determinante da ordenação social, levando a uma politização do perigo.[104] Em tal contexto, o direito penal e o instituto da pena sofrem uma crise de efetividade, até porque há uma crise no que se refere a sua eficácia. Veja-se, por exemplo, a proteção do meio ambiente, para citar um exemplo paradigmático, que, embora merecedor de proteção penal, não exerce a força desejada, pois não se tem notícia da diminuição das ofensas a tal bem jurídico.[105] Ao contrário, o que se vislumbra é a completa deterioração do meio ambiente causada por um sistema capitalista predatório.[106]

Nesse *estado da arte* demarcado por um simbolismo negativo, cumpre analisarmos a proposta do legislador brasileiro de punir o crime de terrorismo (PL 3.714/2012 e PL 728/2011[107]), delito este que, diga-se de passagem, foge da realida-

---

103. É o populismo punitivo, na leitura de LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y como resistirlo. In: *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 55, p. 15-22, mar. 2006. Conforme Larrauri, o populismo punitivo ocorre quando o uso do Direito Penal pelos governantes aparece conduzido por três caracteres: que as maiores penas podem reduzir os delitos; que as penas ajudam a reforçar o consenso moral; que o uso do produto controle penal dá ganhos eleitorais. Também pode estar relacionado com o Estado, que governa através do delito ou do controle social. Idem, p. 15.

104. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Barcelona: Iustel, 2007, p. 333.

105. Nesse aspecto, no caso brasileiro, observamos que as condenações por crimes praticados contra o meio ambiente, efetivamente, padecem do efeito perverso do simbolismo negativo. Com efeito, o bem jurídico meio ambiente encontra-se em evidência, mormente nos meios de comunicação, sob o slogan da preservação de um espaço vital para as gerações futuras. Todavia, quando consultamos o repertório jurisprudencial, o que vemos, por exemplo, são condenações por um agente surpreendido pescando com rede de malha fina (TJRGS, Ac 70036724136) ou pela morte de espécime da fauna silvestre, no caso uma capivara (TJRGS, Ac 70037161296). Nesse *estado da arte*, não se encontram condenações por ações que efetivamente lesionam o *habitat* natural, notadamente de poluição das águas, que, de regra, são praticadas pelas grandes organizações, talvez pelo fato de que são questões relacionadas ao sistema de produção (sistêmicas) ou pelo fato de que não há vontade político-judiciária de reprimir ditas condutas.

106. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 54-55.

107. O primeiro é de autoria do deputado Edson Pimenta (PSD/BA), que se propõe a tipificar o crime de terrorismo como qualquer ato praticado com uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vista a desestabilizar instituições estatais, estabelecendo uma pena de três a oito anos para quem adquirir, importar, exportar, preparar, produzir, manter em depósito ou remeter material explosivo ou arma de fogo para a prática terrorista. Também propugna a punição, com a mesma penalidade, para todo aquele que finan-

de brasileira, a qual felizmente não convive com tal fenômeno. Salta aos olhos, num primeiro plano, a completa falta de racionalidade da proposta, já que não se detecta uma disfunção social (irracionalidade teleológica, pois os objetivos perseguidos não foram acordados no plano argumentativo/deliberativo do discurso, parecendo que a ideia nasceu de um "legislador de plantão") no âmbito da sociedade, um anseio para punir tal crime. De outro lado, nota-se a irracionalidade ética de um projeto que brotou da "preocupação de incrementar a segurança para a Copa do Mundo de 2014", misturando, sem a devida cautela, questões administrativas (como a falsificação de ingressos) com penais (de gravidade intensa: anota-se que a pena possui, na proposta, o preceito secundário de 15 a 30 anos de reclusão), violando os princípios morais da fragmentariedade/seletividade do controle penal, princípio da proporcionalidade, entre outros. Digno de relevo o fato de não ter havido preocupação, por parte do legislador, em estabelecer um conceito para o crime de terrorismo: o tipo, na proposta legislativa, constitui-se num verdadeiro *mix* de termos indeterminados, como pânico generalizado, ofensa à integridade física, motivo ideológico, religioso, racial, xenófobo, esquecendo-se de que vem do Direito Comparado o ensinamento de que o móvel de tal crime é político, ou seja, atenta contra as bases do sistema jurídico-político de determinado Estado, conforme exaustivos ensinamentos de Manuel Cancio Meliá.[108] Portanto, nada tem a ver com crimes patrimoniais de furto e roubo de agências bancárias, delitos estes correntes no cenário nacional e que podem ter impulsionado o legislador que "esqueceu" a existência do roubo qualificado pelo emprego de explosivos (art. 157, § 2.º, I, do CP), da agravante genérica do uso de explosivos em crimes (art. 61, II, *d*) e de que o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003, no art. 16, III) pune, por si só, a posse de artifício incendiário e explosivo. Acrescentamos, por fim, que tampouco o terrorismo se confunde com questões raciais e com a xenofobia. Ressaltamos no projeto de lei, de igual sorte, a irracionalidade pragmática (que se detecta com mais intensidade), pois é uma lei de difícil aplicação, que busca angariar (no simbolismo negativo) a simpatia dos eleitores,[109] assim como a irracionalidade jurídico-formal, na medida em que o projeto está ei-

---

ciar, custear ou remeter valores para a prática dos crimes de terrorismo. Já o segundo, que tramita no Senado Federal (projeto de Lei n. 728/2011), de autoria dos senadores Marcelo Crivella, Ana Amélia e Walter Pinheiro, que visa a incrementar a segurança para a Copa do Mundo de 2014, traz a proposição de definir o crime de terrorismo como a conduta de "provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante a ofensa à integridade física ou privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial, étnico ou xenófobo", tendo como preceito secundário de 15 a 30 anos de reclusão.

108. Cancio Meliá, Manuel. *Los delictos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010, p. 100 e seguintes.

109. Ver Cancio Meliá, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de André Luís Callegari et al. In: Callegari, André Luís; Lynett, Eduardo

vado de inconsistências e incongruências (péssima redação), não conseguindo alcançar seu desiderato de se harmonizar com o ordenamento jurídico. É possível notar, nos citados projetos, um destacado efeito simbólico que, no pensamento de Mendoza Buergo, "es concebido tanto como medio de conseguir una seguridad o aseguramiento predominantemente simbólico, como en el sentido de legislación puramente o fundamentalmente simbólica, es decir, la que se apresenta como aparente solución del problema por parte del legislador, que promete efetividad pero no la consigue".[110] O que se produz, pois, nesse ambiente, é um controle penal pouco vocacionado à real solução dos problemas e instrumento de efetiva proteção de bens jurídicos, mas, sim, meios para atingir fins políticos mais amplos.[111]

Prepondera neste tipo de legislação, portanto, o "simbolismo no sentido negativo".[112] É o espaço conferido ao populismo ou ao uso político do direito penal. Ora, não podemos negar que o direito penal produz efeitos simbólicos na sociedade, mormente a partir da consolidação de uma sociedade que, cada vez mais, se constrói em termos comunicativos.[113] Díez Ripollés, nesse aspecto, estima que o efeito simbólico do controle penal (que ele denomina como funções "instrumentais, expressivas ou integradoras") concorre com os efeitos instrumentais, que constituem os normais e concretos efeitos da pena (prevenção, neutralização, ressocialização tidos como efeitos expressivo-integradores),[114] permitindo modi-

---

Montealegre; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel (orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94-95.

110. CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de André Luís Callegari et al. In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel (orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55.

111. A análise do simbolismo na legislação brasileira e sua irracionalidade pragmática é realizada em HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 157-166.

112. Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 56.

113. Ver, nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. ampliada e actualizada. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2010, p. 482-484. Conforme Silva Sánchez, as normas penais desempenham uma função simbólica, sendo que o problema para o direito penal ocorre quando há uma absolutização em disposições que são incapazes de cumprir a função de proteção a bens jurídicos; limitam-se a desprender efeitos simbólicos, ou seja, a produção na opinião pública da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. E, como bem adverte Silva Sánchez, um direito que opera, largamente, sob o efeito simbólico perde a fiabilidade, obstruindo o cumprimento da função instrumental do direito penal, sendo que, por isso, essas disposições são ilegítimas, devendo ser banidas do ordenamento jurídico. Consular Op. cit., p. 483-484.

114. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena.In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *Crítica y justificación del*

ficação na realidade social e, mais concretamente, nos comportamentos humanos e suas consciências.[115] O dilema da legitimidade do direito penal, assim, repousa no fato de que, por vezes, os efeitos simbólicos se sobrepõem aos instrumentais, criando-se uma ficção de que se cumprem determinadas funções manifestas, quando, na verdade, se satisfazem funções latentes, deslegitimando a intervenção penal, por carecer de legitimidade boa parte dos efeitos produzidos.[116]

Nesse sentido, o simbolismo caracteriza-se como "negativo", o que pode ser relacionado com a corrupção política do direito, que é o que ocorre quando é usado como uma "falsa solução" do conflito, com o desiderato de produzir uma sensação social de bem-estar e de segurança aos cidadãos. Por essa razão, Maria Luisa Maqueda Abreu ensina que o caráter simbólico se manifesta na finalidade de transmitir à sociedade um sentimento de segurança e confiança nas instituições, além de demonstrar uma atitude solidária para com as vítimas, produzindo, nas mentes ou consciências, emoções e representações mentais.[117] Em outras palavras, o direito, dotado de funções meramente simbólicas, constitui-se num direito em que as "funções latentes predominam sobre as manifestas", havendo um inevitável *déficit* de execução.[118]

Com o simbolismo latente, banaliza-se o uso do "medicamento" direito penal, havendo uma constante demanda que exige, cada vez mais, "doses mais elevadas", o que se detecta na exasperação das penas obradas pelo legislador penal. Enfim, não negamos que o simbolismo é uma característica fundamental à instrumentalização do direito, constituindo-se numa faceta da lei e da própria pena. A questão tormentosa, porém, é que o direito penal do risco, perante essa nova demanda so-

---

derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 152.

115. Idem, p. 147-172.

116. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena cit., p. 163-164. Segundo Díez Ripollés, o direito penal simbólico é identificado toda vez que a reação penal não atende ao postulado de prevenção de comportamentos delitivos, isto é, à evitação de danos ou riscos graves aos bens jurídicos fundamentais à convivência humana, ignorando, portanto, o objetivo fundamentador da intervenção penal. Isso ocorre, de forma amiúde, no pensamento de Díez Ripollés (olhando a legislação espanhola), em *leis reativas*, em que predomina a rapidez do legislador ante a aparição de novos problemas, proibindo condutas que dificilmente podem ser realizadas, como a clonagem humana; *leis identificativas*, quando o legislador se identifica com determinadas preocupações dos cidadãos, como o assédio sexual; *declarativas*, quando se aclaram os valores corretos (corrupção de menores) etc. Ver p. 167-168.

117. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Políticas de seguridad y estado de derecho. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1286-1298.

118. Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 56.

cial por segurança, assume feições "exclusivamente simbólicas",[119] levando o controle penal a uma "situação insustentável".[120]

Com efeito, a pressão social de cunho preventivo, causada pela alta sensibilidade subjetiva ao risco, incita uma "política criminal simbólica", legitimando uma questionável função promocional do direito penal, na medida em que lhe confere uma função educativa e pedagógica de valores. Tal fato pode ser detectado no projeto em questão,[121] o que acarreta um "agigantamento" do controle penal, que passa a atuar como *prima ratio*. Como, porém, a intervenção penal não consegue instrumentalizar a segurança prometida, a promessa fica no mero ambiente da legislação, não possuindo eficácia no social. O direito penal, dessa forma, é "pervertido" em uma *soft law*. Como atende aos fundamentos do risco, está próximo à irracionalidade, consistindo, na leitura de Pérez Cepeda, em um "direito penal simbólico-enganoso", que busca obter uma boa imagem na sociedade, acionando demandas irracionais de segurança, bem como intentando angariar votos, até porque resulta mais barato na hora de articular soluções, já que os programas sociais tendem a ser mais onerosos.[122] É o campo do "eficientismo penal", no qual se pretende, por meio

---

119. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 59.

120. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 11-15. No prólogo da edição espanhola, Silva Sánchez fala que o Direito Penal está em crise, mais especialmente numa "crise de crescimento", bem como que sua situação insustentável hodierna é consequência do processo de modernização e fragmentação que vem enfrentando.

121. Outro setor do simbolismo negativo é o da legislação do combate ao tráfico de drogas. Dele se apreende a intensificação desmedida do controle penal que, no seu ápice, chega a um "punitivismo simbólico", uma vez que se incrementam as penas, rendendo-se aos anseios sociais e midiáticos, mas se ressente de eficácia, mormente pelo fato de que a política repressiva não se socorre de outros saberes sociais. Nesse sentido é importante a leitura de NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362. Na arguta visão de Neuman, com a globalização financeira e mundialização da economia (nova etapa do capitalismo financeiro), o que se vende são "as pessoas às drogas", e não o contrário. Dito de outra forma, sob a lógica do consumo, segundo o autor, a matéria-prima são as pessoas, que são dotadas de desejos e pulsões. Talvez seja por isso que Neuman insiste: "Pese a ello, en los últimos cuatro decenios de influencia epidemiológica de las drogas, tan consecuente represión penal no ha logrado prohibir nada (...) Al contrario, se ha ampliado de modo considerable el número de usuarios y adictos por un lado y la organización del crimen, por otro". Ver. p. 1350. Consultar, de igual sorte, ALBRECHT, Hans-Jörg. Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 26, p. 24-32, São Paulo, abr.-jun. 1999.

122. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Barcelona: Iustel, 2007. p. 336.

de reformas legislativas incriminadoras, obter ganhos políticos imediatos de ordem integradora da confiança social. Todavia, as instâncias de poder isentam-se de suas responsabilidades no que diz com problemas sociais importantes, que ficam sem solução, até porque reclamam demasiados esforços políticos e gastos. Enfim, como salienta Maqueda Abreu, "legislar é barato".[123]

A legislação penal, que se deixa guiar pelo discurso político-criminal das demandas midiáticas e populistas,[124] também apresenta características de irracionalidade, uma vez que na fase pré-legislativa, isto é, do convencimento à formação da opinião pública acerca da disfunção social, é conduzida pelos grupos de pressão midiáticos, em realidade os grandes atores do espetáculo do Direito Penal. Segundo Díez Ripollés, tais grupos, não raro, fornecem ao debate uma visão superficial e distorcida dos problemas sociais, apelando para os medos e ansiedades, rumo ao consenso social, sobrepondo-se à opinião dos peritos.[125]

Esquece-se, por meio de modernas políticas de segurança populistas, de que o medo do cidadão repousa em causas sistêmicas, tendo a ver, portanto, com o modelo social imposto e sua crescente complexidade: progresso tecnológico e das comunicações, contexto de crise do Estado de bem-estar e a privatização crescente, as quais geram o isolamento social e graves consequências econômicas e políticas. Dessa forma, frente à intervenção populista, o controle penal atua como instrumento ocultador das contradições sistêmicas, notadamente da seleção e exclusão social.[126]

É indiscutível que a canalização dos problemas sociais para o Direito Penal se constitui em uma tendência generalizada em todos os partidos políticos, propiciando algo antigamente impensável: a esquerda unindo-se à direita conservadora no ambiente da política criminal expansiva, em demandas tais como a proteção do meio ambiente frente à exploração não sustentável da terra, perigosa tecnologia genética, violência de gênero entre outros., no que são premidos, como já asseverado, pela notável influência dos meios de comunicação, bem como pelos

123. MAQUEDA ABREU, María Luisa. Políticas de seguridad y estado de derecho. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1288-1289.

124. Porque o Direito se apresenta como instrumento insubstituível de comunicação social, enfrenta um de seus mais graves problemas de legitimação que é o de servir de "arma política", uma vez que, face à inquietude e temor (medo generalizado) sentido na sociedade, é fácil compreender como todas as maiorias parlamentares perseguem fins eleitorais de curto prazo. Dessarte, a criminalidade e seu combate vendem na sociedade de massas. Trata-se de mercadoria da indústria cultural, que é explorada de forma espetacular e dramática. Cf. MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op. cit., p. 1288.

125. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit., p. 17-41.

126. MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op. cit., p. 1289-1290.

interesses das vítimas, que assumem papel de relevo na criminologia do século XXI. Isso tudo confere ao direito penal, na precisa observação de Albrecht,[127] o caráter de "arma política" em uma sociedade na qual a segurança se converte numa necessidade, em um conceito simbólico, dando vazão a uma política populista de intervenção penal.

A criminalidade, nesse ambiente de simbolismo penal negativo, tem imenso valor para o uso político. Sob essa ótica, impende notar que o direito penal é instrumentalizado pelos meios de comunicação, constituindo o que Albrecht denomina de "melodramas" do cotidiano, que são comercializados pelos meios de comunicação: "Se comercía con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empiricamente contrastable".[128] Entretanto, tal funcionalização comunicativa do direito penal, por seu uso político, provoca uma "hipertrofia" do sistema penal que, na busca de sua "descongestão", segue um contraditório caminho que é o da sua "modernização", o que leva o controle penal a sofrer influxos de uma constante "desformalização" do direito penal material e do direito processual penal.[129]

Dessa maneira, o ponto fundamental que se descortina para a política criminal é do questionamento sobre a possibilidade (se é que é tarefa concretizável) de satisfazer essa nova demanda por segurança sem deformar o "esteio" do direito penal da Ilustração, que consistia em um sistema cercado de garantias. Se antes a questão da segurança sempre foi um tema ligado à administração ou à polícia, agora se des-

127. ALBRECHT, Peter Maria. El derecho penal en la intervención de la política populista reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Traducción de Ricardo Robles Planas. Granada: Comares, 2000, p. 472-474. Para Albrecht, "las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la ley figuran hoy entre los propagandistas del Derecho penal y entre los productores activos de leyes (...). El uso político del Derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis especifico Ese empleo político del Derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la reparación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demonstración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal". Idem, p. 479.

128. Idem, p. 480.

129. Idem, p. 482.

loca para o âmbito da legislação, implicando a proliferação de leis irracionais que buscam ilegítimos fins políticos.[130]

5. ALGUMAS (BREVES) CONCLUSÕES SOBRE O EMPREGO SIMBÓLICO-POPULISTA DO CONTROLE PENAL

Podemos afirmar que as normas do direito penal, para serem racionais, devem vir acompanhadas pelo esforço da adesão voluntária (Habermas). Isso como forma de se fortalecer a legitimidade democrática, já que, no plano normativo, a coordenação de condutas intersubjetivas não goza de papel privilegiado. A racionalidade da legislação cobra muito da democracia, a fim de que as normas não sejam produtos de um grupo privilegiado, no caso, os "detentores da moral".[131] Também é digno de nota que o poder de punir estatal é atravessado por "redes sancionatórias" de aproximação e exclusão, que interferem, sobremaneira, no processo de construção da ilicitude, perpassando pela concorrência de poderes, que representam um papel fundamental da construção (econômica!) da ilicitude penal.[132]

Sob esse aspecto, é criticável o emprego simbólico-populista do controle penal como forma de promoção dos direitos fundamentais e do interesse público (rendimento do teorema do bem jurídico), que bem pode expressar (de forma manipulada) a defesa de meros interesses dos grupos dominantes, na precisa observação de Pádua.[133] Logo, conforme o citado autor, a racionalidade do direito penal requer uma atitude humilde do jurista (como intérprete/aplicador das leis que é), que deve reconhecer o quão pouco ele pode controlar a racionalidade da legislação. Cumpre, portanto, que se desloque o foco à teoria da legislação para a legitimidade democrática do procedimento da formação das normas e políticas criminais, mas sempre com a advertência de que o controle penal, pela complexidade do tema segurança, tem eficácia reduzida na função promocional de valores.[134] Eis o porquê da importância do estudo de uma teoria da legislação, em especial a esboçada por

130. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 60.

131. GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, p. 79-42, São Paulo, out., 1998.

132. COPETTI, André. Direito penal e democracia: perspectivas para efetivação democrática através do sistema punitivo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica Direito, Estado e Democracia entre a (in)efetividade e o imaginário social*, vol. 1, n. 4, p. 39-54, Porto Alegre, 2004.

133. PADUA, João Pedro Chaves Valladares. Republicanismo penal e liberdades públicas: sobre os limites da função promocional do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 97, p. 132-133, São Paulo, jul.-ago. 2012.

134. Idem, p. 139.

Manuel Atienza e (re)trabalhada por José Luis Díez Ripollés: pode contribuir – e muito – para a incessante busca da racionalidade das leis penais, em tempos obscuros e informados por uma completa irracionalidade de um legislador populista e eleitoreiro.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Moral e justiça no direito penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 864/460 (DTR\2007\663);
- O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma?, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 97/143 (DTR\2012\450320);
- O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo, de Leandro Moll – *RDCI* 80/375 (DTR\2012\450567); e
- Verificação e revisão dos fatos e prognoses legislativos das normas penais pela jurisdição constitucional, de Ricardo Pedro Bom Filho – *RT* 881/442 (DTR\2009\207).

Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal

New technologies and old punitive clamours in criminal justice: considerations seeking criterias for the use of genetic tests in criminal procedure

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha). Bacharel em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a utilização de exames genéticos com fins probatórios no processo penal, de modo a elucidar a complexidade da tensão que surge a partir da ingerência resultante na esfera de direitos do acusado. Para tanto, estudou-se o modelo implementado recentemente no ordenamento brasileiro pela Lei 12.654/2012, apontando, em sede ilustrativa, questões comparativas acerca da regulação pertinente na Espanha. Serão examinados os reflexos de tais alterações no campo jurídico criminal, questionando-se as premissas da nova legislação, além de sua constitucionalidade, buscando-se critérios para a limitação do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: Processo penal - Exames genéticos - DNA - Lei 12.654/2012 - Não autoincriminação.

Abstract: The present study aims to examine the use of genetic tests for proof purposes in criminal proceedings, in order to clarify the complexity of the tension that arises from the resulting interference in the suspect'ssphere of rights. Therefore, we studied the model recently implemented in Brazilian legal system by Law 12.654/2012, pointing illustratively comparative questions about the regulation applicable in Spain. The reflections of such changes in the criminal field will be examined, questioning the premises of the new legislation, its constitutionality, looking up to figure limiting conditions for the state punitive power.

Keywords: Criminal procedure - Genetic tests - DNA - Law 12.654/2012 - Privilege against self-incrimination.

Sumário: Introdução - 1. A incorporação de novas tecnologias ao direito processual penal: a inevitável utilização de dados genéticos e a fundamental busca por limitações democraticamente traçadas - 2. O modelo implementado pela Lei 12.654/2012: considerações e críticas gerais. Tentativa de delimitação dos requisitos para a utilização de dados genéticos no processo penal brasileiro: 2.1. DNA e investigação criminal: o exame genético durante a persecução criminal de suspeito. As alterações na Lei 12.037/2009 (identificação criminal); 2.2. Banco de dados genéticos para condenados: a extração de DNA como efeito da condenação por crime hediondo ou doloso com violência grave contra pessoa - 3. Intervenções corporais forçadas? Até que ponto o

direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana podem ser flexibilizados? – 4. A tradução do *nemotenetur se detegere* ao campo jurídico-penal brasileiro. As limitações à prova genética ocasionadas pelo democrático direito à não autoincriminação – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

Diante[1] das novas tecnologias e do expressivo clamor social por maior efetividade e rapidez na persecução criminal, percebe-se que o direito processual penal é área de intenso debate e questionamento. Nesse diapasão, o legislador brasileiro, embora mantendo sua morosidade característica, movimenta-se no sentido de alterar dispositivos legais, em regra agravando as já frágeis tensões a direitos e garantias fundamentais, basilares ao Estado Democrático de Direito. Assim, em maio de 2012 surgiu a Lei 12.654, alterando disciplinas em matéria de identificação criminal e execução penal.

Nesse sentido, tal modificação pode ser apontada como mais uma resposta ao intrigante cenário atual: em tempos de um direito penal cada vez mais atuante no controle das relações sociais,[2] o processo penal acaba por se adaptar a clamores sociais por punições rápidas e exemplares. Podemos citar como exemplos dessa criticável transformação tanto a utilização maciça e infundada de prisões cautelares, quanto as tendências de expansão de espaços de consenso, a partir dos institutos de barganha e delação premiada.[3] Assim, o uso de exames genéticos na persecução criminal pode ser visto por alguns como um meio de prova indiscutível,[4] que seria

1. Artigo desenvolvido a partir dos resultados obtidos em trabalho de conclusão de curso de especialização em *Derechos Fundamentales y Garantias Constitucionales en la Justicia Penal* na Universidade Castilla-La Mancha (Espanha), sob orientação dos professores doutores Juan Carlos Ortiz Pradillo e Teresa Armenta Deu.
2. Esse cenário é descrito por: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2011; PRATT, John et all. (org.). *The New Punitiveness*. Portland: Willan Publishing, 2005; SIMON, Jonathan. Governing Through Crime. *How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
3. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. *Boletim Informativo IBRASPP*, 06/6-8, São Paulo, 2014/01; VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: *tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
4. Lopes Jr. conclui seu artigo apontando que o exame de DNA, embora importante para a formação da convicção do julgador, precisa ser visto como "mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais", de modo a, assim, garantir a ampla defesa e o contraditório (LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012).

capaz de solucionar casos definitivamente e de modo célere, contribuindo para a imposição de sanções que se pretendem imediatas.[5]

Sabe-se, entretanto, que não seria razoável a hipótese do campo criminal ficar alheio à tecnologia dos exames de DNA, pois é certo seu potencial de contribuição para a elucidação de fatos delituosos. Desse modo, o objetivo central deste trabalho é apontar a necessidade de limitação a tal autorização legal, ao passo que a utilização de dados genéticos de um indivíduo representa grave ingerência em sua vida privada, além de entrar em choque com outros dos seus direitos, como o de não autoincriminação.

O DNA, como aponta Susana Kappler, conforma nosso código genético, determinando as características dos indivíduos, estando ligado com o passado e o futuro, nossa segurança como cidadãos e identificação como seres únicos e não repetíveis, sendo nosso patrimônio genético.[6] Nesse diapasão, a doutrina normalmente define tais informações como "dados sensíveis" ou "especialmente protegidos", pois devem ser objeto de intensa tutela jurídica com o fim de limitar e, assim, legitimar tais intervenções, ao passo que estas afetam o núcleo do direito à intimidade das pessoas.[7]

Tal matéria era apontada como grave lacuna do ordenamento brasileiro e, como já dito, exatamente nesse âmbito foi redigida a Lei 12.654/2012, com a finalidade de regular as intervenções corporais para extração de dados genéticos e futura utilização probatória em processo penal. Todavia, ao tempo do ingresso do novo diploma legal já se iniciaram movimentações de parte da doutrina no sentido de analisar tal texto a partir dos ditames constitucionais e, desde então, foram apontados pontos de tensão com direitos fundamentais. Mahmoud e Assis Moura são categóricos ao sustentar que as inovações trazidas são "inaceitável retrocesso, burla às conquistas liberais, intervenção desproporcional no recôndito do organismo humano, por meio de expediente que, além de permitir a identificação do indivíduo,

5. Sobre isso, ver: CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42-56.

6. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 16-17. Assim, resume Hammerschmidt: "(...) los datos genéticos pueden identificar a una persona, pueden ofrecer información desconocida por la persona objeto de la prueba, pueden revelar una enfermedad genética de importancia futura e incierta, pueden ofrecer información sobre la progenie y otros parientes, pueden permitir una clasificación permanente de las personas que se hayan sometido a la prueba y sus familiares en una o más 'categorías de riesgo' de la población; y por la tanto los datos genéticos son datos médicos, de carácter personal, sensibles y singulares" (HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 48).

7. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 47.

ainda franqueia ao Estado o conhecimento de um sem número de peculiaridades da pessoa, como enfermidades e vícios".[8] Em tom crítico também se posicionou o editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), o qual aponta inconstitucionalidades, assinalando, também, que "a nova manifestação legislativa (...) já ingressa írrita na ordem jurídica brasileira".[9]

Resta claro, portanto, que a questão acerca da utilização de dados genéticos (DNA) no processo penal representa tópico de intensos debates e questionamentos, sendo campo fértil para o estudo, especialmente a partir de uma postura limitadora constitucionalmente orientada. E é neste cenário que se pretende traçar o presente trabalho, que se estruturará em quatro pontos, tentando abordar questões importantes sobre o tema proposto.

Primeiramente, almeja-se ressaltar a importância da busca por limitações à utilização de exames genéticos no direito processual penal, apontando suas fragilidades, de modo a tentar fragilizar a crença em sua infalibilidade, pois há quem os perceba inadvertidamente como a solução definitiva para os mais diversos casos. Não se quer com isso sustentar seu rechaço do ordenamento pátrio, mas sim frisar a necessidade de atenção aos seus pressupostos e restrições, com o fim de compatibilização com um processo penal democrático.[10]

Desse modo, no segundo ponto do estudo busca-se traçar os requisitos para a utilização das informações de DNA de investigados e condenados, analisando especificamente as previsões implementadas pela Lei 12.654/2012. Em tal momento se desconsiderará questões quanto à admissibilidade de coleta forçada e à constitucionalidade dos novos dispositivos, ou seja, sem apreciar sua inviabilidade em razão de violações a direitos fundamentais do acusado. Assim, prevendo-se que

---

8. MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *RBCCrim*, vol. 20, n. 98, p. 339-360. São Paulo, set. 2012. Também nesse sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCrim* 250/7-9. São Paulo, set. 2013; NICOLITT, André Luiz. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCrim* 245/15-16. São Paulo, abr. 2013.

9. Coercitiva identificação criminal pelo DNA? *Boletim IBCCrim* 238/1, ano 20. São Paulo, set. 2012.

10. Segundo Cunha Martins, "o marco constitucional se oferece doutrinariamente como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo" (MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito. *The brazilian lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 95). Também nesse sentido, Melchior afirma que "o âmago da democraticidade para o processo penal reside nos elementos do sistema destinados a conter e restringir o exercício do poder punitivo, por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrantável de qualquer preocupação democrática" (MELCHIOR, Antonio Pedro. O Juiz e a Prova: *o sinthoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 146).

parte da doutrina admitirá a extração compulsória de material biológico do réu (contra sua vontade), pretende-se esboçar um quadro de critérios limitativos dessa autorização, pois atesta-se a insuficiência da nova legislação nesse sentido. Também será analisada criticamente a implementação do banco de dados genéticos de condenados, além de examinados suscintamente diversos pontos relevantes, como a possibilidade de exclusão dos cadastros e o complexo tema da vinculação causal da prova produzida.

Em seguida, no terceiro ponto do estudo, parte-se para o questionamento das premissas que pautam o uso de padrões de DNA em investigações criminais, questionando a admissibilidade de intervenções corporais forçadas, contra a vontade do acusado. Em razão dos fundamentos a serem posteriormente aprofundados, sustenta-se a impossibilidade de extração compulsória de material genético do acusado, tendo-se em vista a inexistência de previsão legal expressa autorizadora, além da violação aos direitos à intimidade e à não autoincriminação, consoante doutrina e jurisprudência apontadas, inclusive de tribunais superiores brasileiros. Por fim, sustentar-se-á que não podem ser aceitas consequências negativas da recusa em cooperar do investigado, em prol da presunção de inocência e da distribuição da carga probatória à acusação.

1. A INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL: A INEVITÁVEL UTILIZAÇÃO DE DADOS GENÉTICOS E A FUNDAMENTAL BUSCA POR LIMITAÇÕES DEMOCRATICAMENTE TRAÇADAS

Conforme Denise Hammerschmidt, a genética tem sido utilizada pelos humanos ao longo do tempo, inicialmente a partir do cultivo de vegetais, com cruzamentos controlados e mutações induzidas, por exemplo. Desde então, as pesquisas abordando tal tema têm efervescido no cenário internacional, desenvolvendo pontos essenciais do conhecimento. Assim, pode-se dizer que o DNA tem um triplo papel biológico: base da herança, por determinar as características que são transmitidas entre gerações; base para a individualização, ao passo que representa diferenciações singulares em cada indivíduo; e, base da evolução, em razão da replicação de genes e das mutações decorrentes.[11] Partindo-se de tal ponto até a utilização de dados genéticos para análise de características de seres humanos, tem-se que um importante passo foi dado, especialmente com as contribuições do projeto Genoma.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento tecnológico em estudo tem o potencial de influenciar os mais diversos campos da sociedade e, por óbvio, o direito, mais especificamente, o processo penal segue por esse trajeto. Pode-se citar, como

11. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23-26.

exemplo, a anterior revolução ocasionada pela introdução de exames datiloscópicos para fins de identificação de pessoas por meio de impressões digitais. Tal novidade foi tida por muitos como possuidora de resultados inquestionáveis e, assim, capaz de resolver infindáveis casos. Atualmente, nota-se que esse discurso se transplantou para a utilização de DNA, que amplia em muito o leque de possibilidades, especialmente a partir da sua utilização com efeitos comparativos, de modo a atestar se o indivíduo/acusado apresenta dados genéticos que correspondem com aqueles obtidos no local do delito.

A proposta lançada pela introdução da possibilidade de exames de DNA é tentadora, sobretudo ao se idealizar o processo penal como um meio em busca da verdade na administração da justiça.[12] Em muitos casos, tais análises podem ser determinantes nas soluções de investigações que não comportavam mais esperanças ou hipóteses. E é aí que nos deparamos com o ponto de tensão, que se faz presente nas mais diversas discussões no campo criminal e se torna agudo neste assunto: o dilema entre a utilização de meios para tornar a persecução criminal o mais eficaz possível e a proteção dos direitos fundamentais dos acusados.[13] Assim, elucida Susana Kappler:

"O constante aumento da criminalidade, conforme muitos, e, especialmente, à percepção popular, justificaria, por si só, o aproveitamento de todas as ferramentas para a prevenção e repressão do crime. Entretanto, também não cabe dúvida da necessidade de regular esses meios dentro de um sistema constitucional de garantias dos direitos fundamentais da pessoa, que pretenda tratar do difícil equilíbrio entre o interesse do Estado de perseguir as condutas delituosas e do acusado em ver respeitados seus direitos".[14]

A análise dessa questão ao balizarmos tais tendências antagônicas impõe o reconhecimento de que a reconstrução histórica dos fatos no processo penal não pode ser ilimitada. Assim, conforme Denise Hammerschmidt, os direitos fundamentais devem ter o condão de regrar a atividade probatória, sendo parâmetro para o exame da licitude das provas produzidas.[15] E, nesse sentido, o emprego de dados genéticos no processo penal acarreta questionamentos sobre possíveis violações a diversos direitos e princípios constitucionais, e, portanto, carece de especial regulação

12. Sobre isso, em visão crítica, ver: KHALED JR., Salah Hassan. A Busca da Verdade no Processo Penal: *para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

13. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 23-26.

14. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 148. (tradução livre).

15. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 114.

limitadora. A título ilustrativo introdutório,[16] podem-se apontar debates sobre a decorrência de indevidas ingerências nos seguintes âmbitos jurídicos do indivíduo: 1. integridade física e moral; 2. liberdade; 3. intimidade; 4. dignidade humana; 5. presunção de inocência; e, 6. não autoincriminação.

Assim, ressalta-se que a prova genética aborda inúmeras controvérsias e discussões, pois ingressa em âmbitos diversos da esfera de direitos do indivíduo frente à persecução criminal. Portanto, os constantes debates e críticas devem ser incentivados, de modo a buscar contribuições para a adequada compatibilização de tal inovação aos fundamentos do processo penal democrático constitucionalmente orientado. E, desse modo, análises superficiais devem ser rechaçadas em um debate de tamanha complexidade.

Neste diapasão, devem-se apontar certos pontos que servem de condão para, ao menos, fragilizar as balizas da crença em uma supremacia da identificação genética por sua infalibilidade. Não se quer aqui negar a utilidade ou clamar pela não incorporação ao cenário processual penal, mas sim relativizar o poder de convencimento da prova produzida por meio de DNA, pois, como aponta Lopes Jr., "sob o manto de saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório".[17]

Entretanto, é intrigante a facilidade com que certos tribunais passaram a aceitar quase incondicionalmente essas análises, o que despertou críticas de diversos doutrinadores,[18] de modo que lançaram-se dúvidas quanto à sua real credibilidade, assinalando as vulnerabilidades decorrentes do estado de algumas amostras e da verdadeira eficácia de certas técnicas. Tal análise se adapta ao cenário brasileiro, em que, frequentemente, a falta de estrutura dos órgãos de investigação e de coleta de dados periciais pode acarretar distorções nos resultados de exames, em razão da insuficiência nos cuidados com as mostras de material genético, tanto na sua colheita, quanto na conservação e no diagnóstico.[19]

---

16. Os pontos de maior questionamento serão abordados no decorrer deste trabalho.

17. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6, São Paulo. jul. 2012.

18. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 51.

19. "Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Não raras as vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes" (LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? Boletim do IBCCrim 236/5-6. São Paulo, jul. 2012). Sobre isso, ver também: PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A

Além disso, precisa-se sempre considerar que o exame de DNA é um fator probabilístico, pois decorre de "uma valoração segundo regras científicas que derivam do cálculo de probabilidades".[20] Ou seja, embora em alguns casos seja aparentemente insignificante, em todos há algum percentual de dúvida, que deve ser considerado pelo julgador em face do lastro probatório produzido.[21] Assim, Susana Kappler cita a falácia dos percentuais para ilustrar tal situação: se por um lado o acusador sustenta a certeza dos resultados genéticos em um caso, por exemplo, que apresente percentual de precisão de 99 em cada 100; a defesa pode apontar que esse um por cento representa uma quantidade de pessoas muito relevante em uma cidade grande.[22]

Ao fim desses questionamentos, mostra-se adequada a proposta de que "o resultado da análise de DNA produzirá um indício, pois não constitui nem pode chegar a constituir prova direta do delito, nem da autoria ou participação do acusado".[23] Pensa-se assim porque a coincidência do material genético encontrado no sangue em uma peça de roupa no local de um homicídio, por exemplo, com aquele referente ao acusado atesta a sua presença no lugar, mas não traz certeza quanto a quem realmente efetuou o disparo letal.[24] A partir desse raciocínio, conclui-se que a prova genética deve ser mais um determinante na formação do convencimento do julgador, ou seja, não pode ser uma prova absoluta e determinar a certeza dos fatos por si só, mas ser analisada de modo conjunto com os demais materiais produzidos durante a instrução. Assim, a autora citada determina que:

"(...) devemos ter em conta que, ainda que coincidam vários marcadores, sempre existirá um x por cento de incerteza que, ainda que em ocasiões possa

---

quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

20. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. La prueba de ADN en el proceso penal. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 56 (tradução livre).

21. Sobre isso, ver: FELIX, Yuri. A identificação genética no processo penal brasileiro: verdade, ciência e processo na sociedade complexa. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; GUEDES, Gabriel Pinto; FELIX, Yuri. A identificação genética na Lei n. 12.654/2012 e os princípios de direito processual penal no estado democrático de direito. Revista de Estudos Criminais 53/157-179. São Paulo, abr.-jun. 2014.

22. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. La prueba de ADN en el proceso penal. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 56. (tradução livre).

23. Idem, p. 55. (tradução livre).

24. Por certo que em alguns crimes, como delitos sexuais, a utilização de material genético a partir de sêmen coletado no interior da vítima pode trazer consequências mais concretas para a determinação inclusive da autoria do ato.

ser mínimo, sempre estará sujeito a valoração judicial, pois a decisão final não deve se apoiar somente na possibilidade estatística, mas também considerando o resto das provas que tenham se praticado. Insistimos que os resultados, por si só, não podem, nem devem fazer prova plena, de modo que é necessário considerar o resto do conjunto de elementos probatórios, para dar a eles um ou outro valor".[25]

Nesse sentido, cabe citar importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha:

"(...) a análise de DNA identificará a pessoa a quem pertence um cabelo e disso pode-se inferir que ela esteve no carro, mas por só esse indício podemos chegar à conclusão de culpabilidade? Como se verá a seguir, o Tribunal Supremo exige que estes indícios sejam múltiplos, pois somente um pode induzir a erro".[26]

Também, de modo elucidativo, pode-se lembrar interessante caso julgado em sede de revisão criminal pelo TJRS, abordando suposto crime de estupro praticado por Adão Manoel Ramires.[27] O acusado foi condenado e cumpriu cinco dos oito anos de reclusão em razão de supostamente haver violentado uma menina com deficiência mental. De tal fato, teriam sido geradas duas crianças gêmeas e, a partir de um exame chamado GSE (na época o DNA ainda não era amplamente utilizado), foi atestado que elas eram seus filhos, o que serviu como prova, juntamente com o depoimento da vítima (embora com cognição limitada), para sua condenação. Anos depois, foi realizado o exame de DNA, que negou a paternidade e, assim, provou a inocência de Adão. Com tal exemplo, quer-se frisar a necessidade de atenção para os diversos pontos do lastro probatório produzido durante a instrução criminal, o qual deve ser sólido e amplo, de modo a romper concretamente com a presunção de inocência do acusado. Pensa-se que, do mesmo modo que o exame GSE se tornou obsoleto e acarretou diversos erros, a atual crença em uma solução inquestionável de todas as dúvidas na investigação de delitos representa tentação que deve ser evitada, pois pode ocasionar condenações injustas, se não respeitados os pressupostos de um processo penal democrático constitucionalmente orientado, essencialmente pautado pelo contraditório, pela ampla defesa e pela presunção de inocência.[28]

---

25. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 48-49. (tradução livre).

26. STC 111/1990, extraída de: KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares, 2008. p. 28. (tradução livre).

27. Revisão Criminal 70012499000, j. 28.04.2006.

28. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro. *Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 101-104.

2. O MODELO IMPLEMENTADO PELA LEI 12.654/2012: CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS GERAIS. TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO DE DADOS GENÉTICOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A reforma legislativa aqui analisada almejou regular a utilização de exames de DNA no processo penal brasileiro, posto que tal cenário se mostrava carente de positivação específica anteriormente. Conforme Lopes Jr., duas são as possibilidades agora previstas: 1. durante a investigação e a instrução criminal, a extração de material genético do investigado, com o fim de ser prova para um caso concreto e determinado; e, 2. depois da condenação definitiva, a coleta de informações genéticas para banco de dados, de modo a servir de parâmetro para futuras apurações de crimes de autoria incerta.[29] Tais hipóteses foram reguladas de modo distinto, ao passo que a principal diferença é o âmbito de legitimidade para a imposição. No caso de suspeitos, teoricamente tal medida pode ser decretada diante de qualquer fato supostamente criminoso, tendo como requisito somente uma decisão judicial que reconheça a necessidade para as investigações. Por outro lado, o material genético de condenados definitivamente só pode ser extraído e adicionado a banco de dados em hipóteses de crimes hediondos ou dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa.

Com o fim de traçar tal cenário, a Lei 12.654/2012 inseriu novos dispositivos em dois textos legais que já existiam no ordenamento jurídico brasileiro. Para tratar da utilização de exames de DNA na investigação de delitos, foi alterada a Lei 12.037/2009, que regula a identificação criminal de suspeitos; por outro lado, com o fim de criar um banco de dados genéticos de condenados, foi inserido novo artigo na Lei de Execuções Penais (7.210/1984). Portanto, criaram-se dois modelos de hipóteses para utilização de tais informações no processo penal pátrio, que possuem suas respectivas características e seus requisitos para serem impostos, de modo que o estudo do regime introduzido por tal inovação deve se dar considerando e distinguindo tais panoramas.

Importante ressaltar que este trabalho se foca nas hipóteses de coleta de material biológico para exames genéticos em razão de demanda da acusação, ou seja, supostamente em prejuízo à defesa. Mas, por certo, existem casos em que o acusado concede o material voluntariamente e requer a produção de tal prova. Nesse cenário, é essencial atentar-se para a efetivação da ampla defesa, pois uma recusa por parte do julgador estaria restringindo em muito as possibilidades de defesa do investigado. Além disso, deve ser sempre resguardada a faculdade de realização de contraprova, de modo a garantir o contraditório e permitir a tentativa de fragilização do resultado obtido anteriormente.

---

29. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

Como já dito anteriormente, a Lei 12.654/2012 ingressou no campo jurídico-penal nacional gerando intensos debates, inclusive em relação à sua constitucionalidade, principalmente em razão de violações aos direitos à intimidade e à não autoincriminação, além da dignidade da pessoa humana. Essas questões serão abordadas posteriormente neste trabalho, mas, pode-se adiantar que, em nosso ver, as críticas apontadas são plausíveis e têm o condão de fragilizar a adequação constitucional do novo texto legal, ou, ao menos, de alguns dispositivos e suas supostas interpretações. Entretanto, em regra aponta-se que a utilização de exames de DNA é inevitável, especialmente em razão do ingresso de tal possibilidade no ordenamento jurídico, ao passo que a Lei em estudo já está em vigor. Desse modo, neste ponto pretende-se traçar limites para o uso de dados genéticos de acusados e condenados, sem questionar sua constitucionalidade ou obrigatoriedade/coercibilidade (pontos que serão analisados posteriormente), mas sim tentando esclarecer seus pressupostos e fundamentos, de modo a almejar uma redução, por menor que seja, da tensão causada pela violação e relativização de direitos fundamentais.

2.1 DNA e investigação criminal: o exame genético durante a persecução criminal de suspeito. As alterações na Lei 12.037/2009 (identificação criminal)

Inicialmente, atentar-se-á à utilização da identificação genética na investigação criminal, durante a persecução de suspeitos de delitos. Como já dito, tal possibilidade se introduziu a partir da alteração da Lei 12.037/2009, que regula a identificação criminal de acusados. Sabe-se que a Constituição brasileira, em seu art. 5.º, LVIII, determina que o civilmente identificado (por meio de sua carteira de identidade, por exemplo), não pode ser submetido à identificação criminal, por se tratar de medida invasiva que carece de necessidade no caso de já se saber os dados do indivíduo em questão. Entretanto, o dispositivo constitucional abre exceção: salvo nas hipóteses previstas em lei. E é aí que se coloca a Lei 12.037/2009.

Conforme seu art. 3.º, embora apresentando documento, o acusado poderá ser sujeito à identificação criminal nas hipóteses ali reguladas. Dentre elas, o inc. IV aponta: quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. É exatamente nessa abertura que se possibilita a utilização de exames genéticos, conforme o parágrafo único do art. 5.º, introduzido pela Lei 12.654/2012. Ou seja, o texto aprovado e em vigor aponta que a coleta de material biológico pode se dar quando for necessária para as investigações e autorizada judicialmente.

Percebe-se que esses dois requisitos não parecem capazes de limitar e, assim, legitimar a utilização de material genético em um processo penal democrático, em razão de sua insuficiência e abstração, capaz de possibilitar as mais diversas (e injustificadas) motivações. Assim, pensamos que a adequada interpretação

desta possibilidade se pauta pela atenção aos seguintes pressupostos:[30] 1. imprescindibilidade para a investigação; 2. subsidiariedade da medida; 3. presença de indícios razoáveis; 4. proporcionalidade; e, 5. decisão judicial especificamente motivada.

Primeiramente, analisa-se o requisito previsto na lei (art. 5.°, parágrafo único, c/c o art. 3.°, IV, ambos da Lei 12.037/2009) da necessidade para a investigação do crime. Trata-se de hipótese abstrata e genérica, que pode englobar os mais diversos (e injustificados) motivos, de modo que sua adequada especificação e sua análise crítica são essenciais. Tal fundamento deve ser apontado pela autoridade policial ou pelo acusador (Ministério Público), com base em características do caso concreto, e reconhecido motivadamente pelo juiz em sua decisão. Assim, deve haver congruência, ou seja, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido,[31] que ressalte a efetiva contribuição que pode ser obtida por meio do exame genético para a investigação em curso.[32] Por exemplo, não se pode admitir a coleta de material biológico do acusado para fins comparativos, se o caso não deixou vestígios e, assim, não há material de base obtido no local do delito para ser cotejado, de modo a atestar a inutilidade da medida.

Além disso, resta claro que, em razão de seu agudo caráter invasivo, a utilização de dados de DNA do acusado deve se pautar pela subsidiariedade, ou seja, precisa ser a *ultima ratio* do sistema, ao passo que, como bem aponta Lopes Jr., "não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal".[33] Neste diapasão, a utilização de exames genéticos não pode ser autorizada se existirem outros meios de se provar o objeto pretendido, que fragilizem em menor escala a esfera de direitos do investigado.[34] Pode-se citar o regime das interceptações telefônicas no processo penal brasileiro, outra medida invasiva (pode-se dizer que até em menor intensidade do que aquela, objeto deste estudo), que se mostra melhor regulado ao apontar que

30. Embora alguns requisitos apresentados possam apresentar características semelhantes, que poderiam ser englobadas em um único pressuposto (como a subsidiariedade e a presença de indícios razoáveis), optou-se por especificar e separar cada ponto, de modo a ressaltar sua concreta importância para a decretação legítima da medida.

31. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 64.

32. Pode-se relacionar tal critério com o subprincípio da adequação/idoneidade, na análise da proporcionalidade, como majoritariamente descrita pela doutrina. Sobre isso, ver: GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 151-186; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 61.

33. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

34. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 81.

elas não serão admitidas se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, conforme o art. 2.°, II, da Lei 9.296/1996.

Ademais, é fundamental que existam indícios razoáveis de que o acusado tenha certa vinculação com o fato que se pretende esclarecer, ou seja, a presença de *fummus commissi delicti*.[35] Assim, a intervenção corporal não pode ser o primeiro passo em uma investigação criminal,[36] pois, como aponta Susana Kappler, não se admite a sua utilização "de forma genérica e indiscriminada, com o único objetivo de buscar um suspeito, mas ele deve existir já anteriormente".[37] Aqui também pode-se apontar a disposição legal referente às interceptações telefônicas no Brasil, ao passo que está previsto sua impossibilidade nos casos em que não houver indícios razoáveis da autoria ou participação (do investigado) em infração penal, prevista no art. 2.°, I, da Lei 9.296/1996. Nesse sentido, conclui a autora citada:

"(...) a adoção de uma medida tão importante como uma análise genética nunca pode ter caráter autônomo, mas sim instrumental ou subordinado à investigação penal em curso e necessário para a averiguação de um fato punível de que existam indícios razoáveis de sua realização. A medida de análise genética não é e nem poderia ser o primeiro passo da investigação, mas consequência de outros que afirmem sua necessidade".[38]

Também pode-se apontar como requisito uma análise de proporcionalidade, que, em regra, é dividida pela doutrina em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[39]Alguns destes pontos já foram analisados anteriormente, permeando os demais pressupostos estudados. Entretanto, quer-se frisar, por meio da proporcionalidade, a necessidade de atenção quanto à gravidade do delito em investigação, para que se legitime uma medida invasiva, como uma coleta de material biológico e o posterior exame genético.[40]Assim, pensa-se que a imposição de

35. Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 778-780.

36. Neste sentido se posiciona o Tribunal Constitucional Espanhol, nas SSTC 37, de 15.02.1989, e 207, de 16.12.1996.

37. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 166. (tradução livre).

38. Idem, p. 62.

39. CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73-88; KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 164; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 151-282; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 60-62.

40. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 82. Assim também se posiciona o Tribunal Constitucional espanhol, nas sentenças 37/1989 e 207/1996.

um exame de DNA não pode ser admitida em investigação de um suposto crime de menor gravidade, mesmo que não exista tal limitação no texto legal. Pode-se citar, novamente, a Lei de interceptações telefônicas, que prevê sua inadmissibilidade quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, conforme o art. 2.º, III, da Lei 9.296/1996. De outra banda, Maria Elizabeth Queijo defende a utilização dos patamares que definem os crimes de menor potencial ofensivo, de modo a vedar as intervenções corporais com fins probatórios para infrações com pena máxima inferior a dois anos.[41] Adicionalmente, pode-se citar a limitação à prisão preventiva instituída pela Lei 12.403/2011, que impossibilita sua decretação em casos de supostos crimes com pena máxima inferior a quatro anos ou culposos (art. 313, I, do CPP brasileiro).[42] Nesse sentido, parece ser adequada a utilização, por analogia, do dispositivo citado, de modo a inviabilizar a imposição de exames genéticos em investigações de delitos com pena máxima cominada inferior a quatro anos de reclusão e culposos, pois tal medida só assim terá sua invasividade justificada.

Por fim, elenca-se como pressuposto da utilização de dados genéticos a existência de decisão judicial especificamente motivada,[43] a qual se afirma como direito do acusado e que deveria ser natural a todas as decisões em um processo penal (art. 93, IX, da CF brasileira). Assim, o julgador deve analisar detalhadamente cada requisito essencial à imposição da medida, fundamentando em provas, indícios e circunstâncias do caso concreto, de modo a apontar cabalmente sua necessidade e sua subsidiariedade, além dos demais pressupostos aqui examinados. Neste sentido, vale citar a decisão de 04.02.2003 do Tribunal Supremo da Espanha, levantada por Susana Kappler:[44]

"Desde nossa perspectiva constitucional e jurisprudencial (...) a prova de DNA não pode ser admitida como válida quando a decisão da intervenção não está amparada por uma resolução judicial, devidamente motivada e escrupulosamente proporcional à natureza do delito e aos meios disponíveis para a investigação".

Agora que já delimitados os requisitos para a utilização de exames genéticos no processo penal brasileiro, buscando-se uma melhor adequação à proteção de direitos fundamentais essenciais ao Estado Democrático de Direito, serão aponta-

41. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

42. Salvo casos de reincidência ou violência doméstica (conforme incs. II e III do artigo citado).

43. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 107-150.

44. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares, 2008. p. 167. (tradução livre). Assim, também as Sentenças 49/1999, 37/1989 e 207/1996 do Tribunal Constitucional espanhol.

das outras questões que carecem de análise detalhada. Pensa-se que três pontos se ressaltam a partir do exame do texto legal agora em vigor: a ausência de limitações temporais bem definidas para a conservação dos dados genéticos, a possibilidade de atuação de ofício pelo julgador e a regulação da necessidade de vinculação causal para a utilização da prova produzida.

Ao se estudar os dispositivos introduzidos ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.654/2012, percebe-se que não houve a adequada regulação dos limites temporais de tal ingerência sobre a pessoa investigada ou condenada, de modo que se questiona: até quando o poder estatal pode manter dados genéticos de cidadãos em seus bancos de informações criminais? A única referência à exclusão dos padrões de DNA do acusado se dá na nova redação do art. 7.º-A da Lei 12.037/2009, em razão do transcorrer do lapso temporal necessário à prescrição do delito investigado. Tal lacuna se mostra demasiadamente grave, pois a possibilidade de cancelamento do cadastro pode se dar em diversas hipóteses, como o arquivamento da investigação, o não recebimento da denúncia, a absolvição do réu, dentre inúmeras outras situações. Denise Hammerschmidt aponta que a legislação espanhola prevê inclusive a possibilidade de recurso a instâncias superiores em caso de negativas injustificadas da exclusão.[45] Na busca de sanar tal problema, mostra-se adequada a proposta de Lopes Jr. ao defender a aplicação, por analogia, do disposto no art. 7.º da Lei 12.037/2009, o qual permite a retirada de identificações fotográficas do acusado nos casos anteriormente citados de modo exemplificativo.[46] Além disso, o art. 7.º do Dec. 7.950/2013, possibilitou a exclusão dos dados em data anterior à prescrição do delito, por meio de decisão judicial. Contudo, conforme Maria Elizabeth Queijo, "não se estabeleceram quaisquer parâmetros para a fixação da referida data, deixando-se inteiramente ao arbítrio do juiz a sua definição".[47]

Também merece considerações a possibilidade de o julgador atuar de ofício, pois, conforme o art. 3.º, IV, da Lei 12.037/2009, pode haver a identificação criminal (inclusive por DNA) quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Pensa-se que tal autorização possui questionável constitucionalidade, em face do modelo

45. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 156.

46. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012. Assim também: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 82.

47. QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCrim* 250/7-9. São Paulo, set. 2013.

acusatório desenhado pela Constituição Federal brasileira, ao passo que fragiliza a fundamental imparcialidade do juiz.[48]

Por fim, outro ponto que instiga interessantes debates é a vinculação causal da prova produzida, pautada pelo princípio da especialidade,[49] pois se mostra adequada a posição que sustenta a utilização dos dados genéticos obtidos com base na regulação prevista na Lei de identificação criminal (12.037/2009) com fins de investigação[50] somente no caso penal em análise, que pautou a decisão judicial autorizadora. Como aponta Lopes Jr., essa postura é adotada pelos novos dispositivos introduzidos, ao passo que há a previsão da exclusão dos dados em razão do transcorrer do lapso temporal da prescrição do delito,[51] ou seja, fica clara a vinculação das informações genéticas com o delito examinado no caso concreto em questão. Pode-se citar como exemplo a utilização de dados genéticos conservados em bancos hospitalares, com fins terapêuticos, ou o uso de informações de DNA concedidas voluntariamente pelo acusado em outro processo. Em ambos os casos, não é razoável o empréstimo dos padrões biológicos, de modo que eventual utilização seria ilícita, tornando a prova assim produzida nula. Pode-se citar, como exemplo, decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, de 24.09.2007, que atestou a invalidade dos resultados obtidos sem consentimento do acusado ou autorização judicial, por análise a partir de amostra de sangue concedida para um hospital, com fins terapêuticos.[52] Trata-se, por óbvio, de questão complexa que permeia diversos debates e possibilita inúmeros posicionamentos, de modo que aqui somente se tra-

48. Tal ponto permeia debate de profunda complexidade, que foge às pretensões deste trabalho, de modo que se remete a: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro. *Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1. p. 63-104; VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial: *tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

49. Lopes Jr. aponta que tal princípio foi adotado pelo Tribunal Supremo da Espanha, em decisão de 03.10.1996, de modo a restringir o uso dos dados obtidos em intervenção por meio de interceptação telefônica somente ao delito investigado (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 586).

50. Diversa é a situação relativa ao material genético obtido do condenado em definitivo, conforme as novas disposições introduzidas na Lei de Execuções Penais (7.210/1984), pois aí sim há a finalidade de criação de banco de dados para investigações futuras, abertas e indeterminadas, sem vinculação com um caso concreto.

51. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

52. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 76.

çaram breves delineamentos que carecem de estudo mais aprofundado, o qual foge das pretensões deste trabalho.[53]

2.2 *Banco de dados genéticos para condenados: a extração de DNA como efeito da condenação por crime hediondo ou doloso com violência grave contra pessoa*

Cenário de características diversas se desenha com relação à coleta de material biológico com fins de alimentação de banco de dados genéticos de condenados. Tal modificação se deu a partir da introdução de novo dispositivo na Lei de Execuções Penais – LEP (7.210/1984) ocasionada pela Lei 12.654/2012. Inicialmente, cabe salientar que, ao dizer condenados, o texto legal pressupõe a existência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, sem mais possibilidades de recursos.[54]

O objetivo da obtenção do DNA é fundamentalmente distinto da hipótese anteriormente analisada (que ocorre durante a investigação criminal, ou seja, para um caso concreto e específico), pois almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, de forma aberta e indeterminada. Além disso, para o acesso, a autoridade policial necessitará de autorização judicial. Assim, também se aponta diferença do caso anterior, pois aquele necessitava de decisão judicial para a coleta do material genético, e este, para a utilização dos dados do banco, já que a coleta se torna obrigatória.

E aí se traça primeira crítica à nova regulação, pois o art. 9.º-A introduzido à LEP prevê a submissão à identificação do perfil genético como efeito obrigatório da sentença penal condenatória, sem espaço para a discricionariedade do juiz, e, portanto, limitando em muito a individualização da pena às características do caso concreto. Mahmoud e Assis Moura apontam que há distinção aos efeitos da sentença, previstos nos arts. 92 e 93 do CP brasileiro, pois nestes há a necessidade de motivação específica para a imposição na sentença, assim, sustentam que a extração compulsória de material genético é contrária à Constituição Federal brasileira.[55]

A única restrição à coleta de DNA do condenado em definitivo se dá em razão da natureza do crime objeto da condenação, pois, conforme o art. 9.º-A da LEP,

53. Sobre isso ver: Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584-591.

54. Ruiz, Thiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. *Boletim do IBCCrim* 243/3-4. São Paulo, fev. 2013.

55. Mahmoud, Mohamad Ale Hasan; Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *RBCCrim*, vol. 20, n. 98, p. 339-360. São Paulo, set. 2012.

ela se limita aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (conforme Lopes Jr.,[56] lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima), ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, ou seja, hediondos. Assim, ficam excluídos os delitos culposos e, em aparente contradição, aqueles "assemelhados a hediondos", como tráfico de drogas ou tortura e terrorismo, quando praticados sem violência grave contra pessoa. Neste sentido, também resta suprimido o roubo mediante grave ameaça ou violência leve, por exemplo, pois a finalidade do critério apontado foi exatamente afastar a simples lesão corporal leve, conforme parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, quando da análise da Lei 12.654/2012.

Tal critério de seleção sofre pesadas críticas, juntamente com a criação de um banco de dados, pois gerar-se-ia um lastro de informações de "futuros suspeitos", com uma latente aceitação de um questionável direito penal do autor,[57] inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, concluem Mahmoud e Assis Moura que "a modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente",[58] pois viola os princípios da humanidade das penas, da igualdade e da culpabilidade. Assim também se posiciona o editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ao apontar que "a inconstitucionalidade se agiganta no referido art. 9.º-A", por esta razão e por não haver previsão de exclusão dos dados, criando uma perpetuidade que não se compatibiliza com o art. 5.º, LXVII, *b*, da CF.

Tal lacuna ressalta ainda mais a insuficiênciada nova regulamentação, posto que em nenhum momento determina hipóteses de exclusão dos dados. Ou seja, a simples leitura do texto pode acarretar a ideia de que tal banco genético seria eterno, o que, por óbvio, viola diversos pressupostos de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. Aqui interessante é a proposta de Lopes Jr. no sentido de utilizar, por analogia, o instituto da reabilitação, previsto nos arts. 93 e ss. do CP, de modo a apagar os registros após o decorrer de dois anos da extinção ou do cumprimento da pena.[59] Outra opção, adotada na Espanha (art. 9.º da Lei Orgânica 10/2007) e apontada por Susana Kappler, determina a exclusão a partir do momento do cancelamento dos antecedentes criminais em

56. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

57. Sobre isso, ver: MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *RBCCrim* 59. São Paulo, mar.-abr. 2006.

58. MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *RBCCrim*, vol. 20, n. 98, p. 339-360. São Paulo, set. 2012.

59. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

relação ao delito punido.[60] No cenário brasileiro, tal hipótese poderia se encaixar no transcorrer dos cinco anos para o fim da caracterização de reincidência, conforme o art. 64, I, do CP.

Percebe-se que uma das principais diferenças entre a coleta de dados genéticos na investigação e depois da condenação definitiva, é a limitação quanto à natureza do delito na segunda hipótese. Assim, pode-se imaginar a seguinte situação, bem apontada por Denise Hammerschmidt:[61] um indivíduo é investigado por suposto delito de roubo simples com ameaça, ou seja, sem violência de natureza grave contra pessoa nem hediondo, responde a processo e tem material genético coletado com base na Lei 12.037/2009; ao fim, é condenado definitivamente e começa a cumprir pena. Questiona-se, então, qual a providência a ser adotada com relação aos seus dados de DNA? Podem ser enviados para adição ao banco de dados? A resposta adequada é negativa, ao passo que a regulação prevista na Lei de Execuções Penais se restringe aos crimes ali determinados e, assim, se impõe a exclusão dos dados ao final do processo.

3. INTERVENÇÕES CORPORAIS FORÇADAS? ATÉ QUE PONTO O DIREITO À INTIMIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PODEM SER FLEXIBILIZADOS?

Como já afirmado, o presente estudo, especificamente no ponto anterior, tentou traçar considerações acerca das inovações implementadas pela Lei 12.654/2012, tecendo críticas que se mostram pertinentes aos novos dispositivos, mas, naquele momento, desconsiderando questões de base, especialmente quanto à constitucionalidade da utilização de dados genéticos do acusado e à sua coleta forçada, contra a vontade do investigado. Assim, buscou-se estruturar um panorama que, apreciando a extração compulsória de DNA (a qual pode ser aceita por parte da doutrina a partir da interpretação do novo texto legislativo – embora não seja essa a posição que será aqui defendida), atente para requisitos bem delineados, em conformidade com os pressupostos de um processo penal democrático, constitucionalmente orientado. Ou seja, considerou-se a possibilidade de coleta impositiva de material biológico almejando-se limitar ao máximo a intervenção na esfera de direitos fundamentais do acusado, reduzindo-se sua violação, a partir de condições para a imposição de tal medida, pois resta cristalina a insuficiência dos dispositivos introduzidos no ordenamento nesse sentido.

Agora, passaremos a analisar questões mais complexas, que, ao nosso ver, incompatibilizam a coleta compulsória de DNA no cenário jurídico-penal brasileiro,

60. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares, 2008. p. 146.

61. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 156.

em razão da violação aos direitos à intimidade e à não autoincriminação, além de ferir a dignidade da pessoa humana. Tais assuntos serão examinados neste ponto e no seguinte, de modo a introduzir as discussões, que, por certo, são profundas e muito discutidas no cenário nacional e internacional.

Inicialmente, analisar-se-á o debate jurídico em torno da coercibilidade da coleta, considerando-se especialmente os cenários brasileiro e espanhol. Nesse sentido, surge a questão de se a submissão ao exame, com base em decisão judicial, é ou não uma obrigação processual do acusado e se ele pode ser forçado a tanto, seja diretamente ou indiretamente, por meio de sanções em caso de negativa. Precisa-se, primeiramente, distinguir duas possibilidades: uma é a situação em que a obtenção de padrões de DNA ocorre sem o consentimento do investigado, como, por exemplo, por meio de objetos no local do delito; outra é a hipótese em que isso acontece contra a sua vontade, como em uma extração forçada de sangue.[62] Aqui, nos centramos na segunda hipótese, a qual acarreta graves tensões com importantes direitos que permeiam a posição de defesa no processo penal.

Nesse ponto, o estudo do panorama espanhol pode trazer importante contribuição, no sentido de frisar a importância da previsão legal para que tal ato fosse hipoteticamente possível, em sede de primeira análise. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, não se pode utilizar a força física para impor a realização de coleta de material biológico do investigado, devendo-se respeitar a autonomia da decisão por parte do afetado pela medida. Assim se posicionaram os Tribunais Supremo, por meio, dentre outras, da sentença de 04.02.2003, e Constitucional da Espanha, nas decisões 107/1985, 37/1989 e 207/1996.[63] Nesse sentido, vale a citação da STS 107/2003:

"(...) Segundo a opinião majoritária da doutrina, fundamentada por decisões do Tribunal Constitucional (STC de 29.11.1984 e de 19.02.1992), não é admissível a utilização da força física ou qualquer outra atitude compulsiva ou coercitiva sobre a pessoa, para que ela se presta à prática da prova, decidida por autoridade judicial, devendo-se respeitar a autonomia da decisão por parte do afetado".[64]

O principal motivo para tal vedação no cenário espanhol é a ausência de previsão legal autorizando a utilização de força física para impor a coleta de material genético, pois as reformas de 2003 e de 2007, que se pautou pela Lei Orgânica 10,

---

62. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 73.

63. MANZANARES, Raquel Castillejo. La prueba pericial de los análisis de ADN. In: SERRANO, Nícolás González-Cuéllar (director). *Problemas actuales de la justicia penal*. Madrid: Colex, 2013. p. 353.

64. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 78 (tradução livre).

não se pronunciaram expressamente acerca de tal ponto.[65] Entretanto, da negativa em cooperar pode-se inferir consequências negativas, as quais serão analisadas posteriormente, no seguinte tópico acerca do direito à não autoincriminação.

A respeito do modelo brasileiro, introduzido pela Lei 12.654/2012, também há, em nosso ver, lacuna sobre a medida forçada, de modo a caracterizar cenário semelhante àquele que fundamentou sua inadmissibilidade pelos tribunais espanhóis. Assim, pensamos que, desde já, há claro fundamento para o rechaço da medida coativa. Entretanto, Lopes Jr. é cético quanto à interpretação a ser realizada majoritariamente no Brasil e reconhecea inevitável possibilidade da coleta de informação genética compulsoriamente, ou seja, a força, apontando, ironicamente, que a única garantia prevista no texto é o emprego de técnica "adequada e indolor".[66]

Descrito nosso primeiro motivo para a impossibilidade do emprego de força, partiremos então para a análise acerca da ingerência na intimidade do indivíduo. Resta claro que a utilização de material biológico para fins de exames comparativos em razão de produzir material probatório para um processo penal é questão permeada por diversos posicionamentos e críticas. O direito à intimidade é guarnecido pela ordem constitucional brasileira no art. 5.º, X, e no cenário espanhol decorre da liberdade de cada indivíduo.[67] Com relação à informação genética, é protegido por diversos diplomas internacionais,[68] como a Declaração Universal sobre o Genoma Humanos e os Direitos Humanos da Unesco,[69] o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa[70] e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.[71]

---

65. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 143; KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 80.

66. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

67. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 61.

68. Ibidem, p. 63-64.

69. "Art. 7.º Dever-se-á proteger, nas condições estipuladas pela lei, a confidencialidade dos dados genéticos associados com uma pessoa identificável, conservados ou tratados com fins de investigação ou qualquer outra finalidade."

70. "Art. 10. Vida privada e direito à informação. 1. Toda pessoa terá direito a que se respeite sua vida privada quando se trate de informações relativas a sua saúde (...)."

71. "Art. 14. *a*) Os Estados deveriam se esforçar para proteger a privacidade das pessoas e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados com um pessoa, uma família ou, em seu caso, grupo identificável, em conformidade com o direito interno compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos."

Conforme classificação proposta pelo Tribunal Constitucional espanhol duas são as possibilidades de ingerência neste campo: 1. na intimidade corporal, com relação ao meio de coleta do material, seja em razão de zona íntima ou pela agressividade do método utilizado; e, 2. na intimidade pessoal, decorrente das informações obtidas através da análise da amostra obtida.[72] Ambas podem ser reduzidas por meio da utilização de meios não invasivos, como a coleta de um fio de cabelo, e pela restrição ao exame exclusivamente de DNA não codificante, sem traços somáticos ou comportamentais (como bem imposto no art. 5.º-A, parágrafo segundo, introduzido na Lei 12.037/2009 pela Lei 12.654/2012). Entretanto, é evidente que de qualquer modo há uma indevida ingerência no âmbito privado do indivíduo, a qual deve ser atentamente examinada e criticada.

Nesse diapasão é fundamental considerar os riscos da imprópria manipulação de dados genéticos, de modo a frisar a necessidade de constante limitação à utilização de informações genéticas de seres humanos. Conforme Denise Hammerschmidt,

"O uso inadequado da informação genética pode gerar perigos e prejuízos diversos, tais como: o reducionismo e o determinismo genético, a eugenia, estigmatização e discriminação por condições genéticas, bem como a perda ou a diminuição da capacidade de autodeterminação, em face da intromissão e do acesso não autorizado nas esferas e nos conhecimentos reservados".[73]

Assim, percebe-se que a manipulação e a conservação de dados genéticos pode acarretar uma temível discriminação genética, gerando novos riscos em relação ao próprio ser humano ao acarretar sua exposição em um nível nunca antes visto. Nesse diapasão surge a pergunta: "na busca da 'verdade processual criminal' é permitido invadir o recanto mais genuíno de uma pessoa?".[74] Tal questão se aprofunda a partir da análise do cenário que permeia contemporaneamente o campo jurídico-penal, qual seja, de uma constante expansão do controle punitivo sobre as relações sociais, pautada por uma postura punitivista encarceradora dos atores do sistema criminal.[75] Pode-se dizer, na esteira de Callegari, Wermuth e Engelmann, que há o "nascimento de uma nova versão do 'biopoder', ou seja, o controle/poder sobre a

72. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 108.

73. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97. (tradução livre).

74. CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

75. Sobre isso: CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SAAVEDRA, Giovani; VASCONCELLOS, Vinicius. Expansão do direito penal e relativização dos fundamentos do direito penal. *Revista de Estudos Criminais* 42/123-142, ano X, São Paulo, jul.-set. 2011.

vida, a partir do acesso ao DNA das pessoas, vasculhando-o para fins de produção probatório no processo penal".[76]

Na busca de limitações a tais riscos, podemos citar decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que, em 04.12.2008, no caso S. e Marper contra Reino Unido (recursos 30.562/2004 e 305.66/2004), questionou a amplitude dos poderes de retenção de amostras de DNA de pessoas suspeitas, mas não condenadas, em banco de dados genéticos. No caso em exame, o acusado era investigado por assediar a própria esposa, mas, em razão de reconciliação, ocorreu a retirada da representação e o seu arquivamento. Assim, houve o pedido de destruição dos dados genéticos que tinham sido obtidos pela polícia, o qual foi denegado em instâncias administrativas e jurisdicionais. Levado o caso ao TEDH, reconheceu-se a ingerência sem justificativa na vida privada do indivíduo, em violação ao art. 8.º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH). Nesse sentido, como aponta Raquel Manzanares,[77] resolveu-se que:

"O caráter geral e indiferenciado do poder de conservação das impressões digitais, amostras biológicas e perfis de DNA de pessoas suspeitas de haver cometido delitos, mas não condenadas, não representa um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes em jogo e que o Estado defensor extrapolou qualquer margem de apreciação aceitável na matéria".

Por fim, conclui-se que o direito à intimidade, como já visto, é constitucionalmente guarnecido e, a nosso ver, tem o condão de sedimentar mais um motivo para a não admissibilidade de coleta de material biológico compulsoriamente. Além disso, ele acarreta importantes consequências com relação à limitação da utilização de exames de DNA no cenário processual penal e à criação de banco de dados genéticos, como apontou o TEDH na decisão anteriormente analisada.

E, nesse sentido, é mister examinar importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, que, embora analisando matéria em âmbito civil, pacificou entendimento de que não se pode admitir a condução coercitiva de réu para realização de exame de DNA, em prol da preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano. Assim restou sua ementa:

---

76. CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62. Ver também: GLOECKNER, Ricardo; SILVA, David. Dispositivos de segurança e mecanismos liberógenos: a ampliação do controle penal no neoliberalismo. *Revista de Estudos Criminais* 45/117-141. São Paulo, abr.-jun. 2012; SIMON, Jonathan. Governing Through Crime. *How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

77. MANZANARES, Raquel Castillejo. La prueba pericial de los análisis de ADN. In: SERRANO, Nícolás González-Cuéllar (director). *Problemas actuales de la justicia penal*. Madrid: Colex, 2013. p. 363. (tradução livre).

"Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, HC 71.373/RS, Pleno, j. 10.11.1994, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ acordão, Min. Marco Aurélio, *DJ* 22.11.1996, p. 45686).

Pensamos que esta posição, bem adotada por quem tem a última voz no campo legal brasileiro, deve ser aplicada ao processo penal (salvo suas consequências jurídicas, que serão analisadas no ponto a seguir), de modo a impedir o uso da força para obrigar o réu a produzir tal prova. Assim também atestam Mahmoud e Assis Moura ao arrematar que "desta maneira, fazendo coro com a manifestação do Pretório Excelso, entendemos que a existência de norma que venha a ingressar no ordenamento jurídico tendente a forçar alguém a comparecer em laboratório, a fim de fornecer parte de seu corpo, macula o Texto Maior e compromissos internacionais assumidos".[78]

4. A TRADUÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* AO CAMPO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO. AS LIMITAÇÕES À PROVA GENÉTICA OCASIONADAS PELO DEMOCRÁTICO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Descritos dois motivos que, conforme nosso posicionamento, desde já impedem a coleta de material genético contra a vontade do investigado, quais sejam, a ausência de previsão legal expressa e as violações à intimidade e à dignidade da pessoa humana (na esteira de decisão do STF), analisaremos agora ponto de intensa complexidade, que, ao fim, atestará mais um fundamento nesse sentido. Juntamente com a presunção de inocência (ou em sua decorrência), o direito à não autoincriminação, ou, *nemo tenetur se detegere*,[79] traz reflexos diretos à produção de provas na persecução criminal e às consequências da negativa de cooperação do acusado.[80]

78. MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *RBCCrim*, vol. 20, n. 98, p. 339-360. São Paulo, set. 2012.

79. Diversas são as denominações do direito aqui estudado, podendo-se citar, também: direito de não produzir prova contra si mesmo, *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum procedere.*

80. Sobre isso, ver: GUEDES, Gabriel Pinto. *Transjurisdicionalidade e o direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

E, por certo, são pilares de um processo penal democrático constitucionalmente orientado.

O direito à não autoincriminação está previsto em diversos textos legais pátrios e diplomas internacionais, tendo como duas maiores expressões as disposições na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que em seu art. 8.º, § 2.º, *g*, resguarda o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado"; e na Constituição Federal brasileira, que prevê expressamente somente uma de suas decorrências, conforme posição aqui adotada, qual seja, o direito de silêncio, conforme art. 5.º, LXIII, o qual dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)".[81] Percebe-se, portanto, que sua proteção assumiu contornos fundamentais na persecução criminal em um Estado Democrático de Direito.

Além de tais previsões expressas legalmente, pode-se apontar que o direito de não produzir prova contra si mesmo surge em decorrência de outros princípios basilares do processo penal.[82] Nesse sentido, há clara relação com o devido processo legal, o direito à defesa, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana. A partir da consideração de todo este cenário conclui-se que o *nemo tenetur se detege* é um pressuposto de um processo penal democrático, com uma jurisdição legitimada, que não considera o acusado como objeto de prova, mas sim com autodeterminação e liberdade para decidir sua postura frente à justiça criminal. Ressalta-se, assim, a sua importância, como aponta Maria Elizabeth Queijo:

"Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações".[83]

Conforme afirmado, o texto constitucional brasileiro insculpiu no rol de direitos fundamentais do art. 5.º a proteção ao direito de silêncio, segundo o qual ninguém é obrigado a depor contra si mesmo. Desse modo, surgem duas concepções, uma restritiva e outra ampliativa: 1. a primeira sustenta que o *nemo tenetur se detegere* se limita ao direito de silêncio e, assim, tem poucas consequências em relação às demais provas a serem produzidas; e, 2. já a segunda, assume uma posição mais garantidora e democrática, percebendo os reflexos do direito analisado nas ações investigativas que dependem da cooperação do acusado.

---

81. 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. 192-197.

82. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93 e ss.

83. Idem, p. 77.

De modo exemplificativo, inicialmente apontaremos o cenário espanhol em relação ao assunto. Conforme Susana Kappler, o Tribunal Constitucional consagrou predominantemente uma interpretação muito restritiva do conteúdo do direito de não se declarar culpado, essencialmente ao analisar questões referentes a testes de alcoolemia.[84] Segundo a STC 103/1985, que pode se aplicar também aos exames genéticos, o dever de se submeter ao controle de alcoolemia não pode se considerar contrário ao direito de não autoincriminação, pois não há o reconhecimento direto de culpabilidade, sendo que o acusado "se torna objeto de uma especial modalidade de perícia".[85] Esse posicionamento também é minoritariamente defendido na doutrina brasileira, pois, conforme Pacelli de Oliveira, "nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não autoincriminação para além de suas forças, isto é, como direito (esse sim!) de não depor contra si e nem se declarar culpado e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas". O referido autor parece, assim, admitir o uso de material biológico do acusado contra sua vontade, "desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário)".[86]

Já, predominantemente no Brasil, adotou-se postura que buscou garantir a amplitude do direito de não produzir prova contra si mesmo em conformidade com um processo penal democrático. Assim se posicionou o STF em diversos julgados, os quais assentaram a abrangência do *nemo tenetur se detegere* aos seguintes casos: 1. a impossibilidade de ser o indiciado forçado a fornecer padrões de escrita de próprio punho (HC 77.135) ou vocais (HC 83.096) para exames periciais; 2. a não obrigatoriedade de participação em reconstituição do fato (HC 69.026); 3. a possibilidade de mentir quanto à identidade (HC 75.257); e, 4. a legalidade da negativa na submissão a exame de dosagem etílica (HC 93.916). Pode-se citar também decisão do STJ, ao não admitir o aumento de pena em razão da tentativa de ocultação de droga para dificultar a investigação policial, reconhecendo que não há dever de colaboração por parte do acusado (HC 139.535). Desse modo, conclui-se que predomina no Brasil a orientação de que o réu não pode ser compelido a colaborar na produção probatória, em razão do direito a não autoincriminação.[87]

Nesse diapasão, importante citar a construção de Lopes Jr., a qual ressalta a fundamentação e a importância do *nemo tenetur se detegere*. Conforme o autor, a defesa

---

84. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares, 2008. p. 163.

85. Neste sentido também: STC 161/1997, 89/1988, ATC 837/1988 e STEDH Saunders vs. Reino Unido, de 17.12.1996.

86. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Boletim IBCCrim* 222/4-5, ano 19. São Paulo, maio. 2011.

87. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 313.

pessoal do acusado pode ser definida em ativa ou negativa; aquela quando ele age efetivamente para justificar ou negar os fatos a ele imputados, e esta quando ele se abstém de atuar. Desse modo, Lopes Jr. aponta que a cooperação do réu na produção probatória não deve ser vista como autodefesa positiva, mas sim como uma renúncia à autodefesa negativa, "pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal".[88] Quanto ao direito de silêncio, conclui que "é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório".[89]

Aqui, então, mostra-se essencial transpor recente ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal que esclarece diversos pontos debatidos:

"Alcance e conteúdo da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação. – A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (*RTJ* 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (*RTJ* 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação.

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Precedentes" (STF, HC 99.289/RS, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009).

Resta clara, portanto, a complexidade da discussão, a qual se entrelaça diretamente com o tema central deste estudo: a utilização de exames genéticos com fins probatórios no processo penal. Em razão do pouco tempo transcorrido desde a promulgação e a entrada em vigor da Lei 12.654/2012, ainda não há posicionamen-

88. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

89. Idem, p. 251.

to consolidado de tribunais superiores sobre suas questões polêmicas. Entretanto, doutrinadores já assumem posicionamentos, especialmente quanto à possibilidade de coleta compulsória de material biológico e sua relação com o direito de não produzir prova contra si mesmo. A nosso ver, tal ponto se vê resolvido a partir da interpretação das decisões do STF, de modo a inviabilizar a extração coercitiva, entretanto foram construídas justificativas para relativizar tal vedação.

A primeira construção estruturada para legitimar exceções à proteção do *nemo tenetur se detegere* é utilizada por parte da doutrina e pela jurisprudência espanholas e se pauta pela suposta diferenciação entre as declarações feitas pelo acusado em interrogatório e as consequências das provas produzidas em exames periciais, como o de DNA. Conforme o Tribunal Constitucional espanhol, as submissões compulsórias a intervenções corporais com fins probatórios não equivalem à declaração de culpabilidade, não sendo consideradas confissão por "poderem acarretar tanto resultados favoráveis como desfavoráveis ao acusado".[90] Assim, afasta-se a violação ao direito de não autoincriminação, pois, conforme apontado em análise de testes de alcoolemia, "não se obriga o acusado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpabilidade, mas sim a tolerar que o usem como objeto de uma especial modalidade de perícia".[91] A nosso ver, tal posição resta infundada, ao passo que o fornecimento de material biológico acarretará a verificação da culpabilidade do acusado, através de uma ação por ele praticada (ou forçada), mas, de qualquer modo, obtida por meio do investigado. Sabe-se que um exame genético pode trazer consequências até piores que a própria confissão, por se tratar de análise pericial vista por muitos como infalível. Assim, apontar que o resultado pode ser favorável ou não à defesa é ocultar o verdadeiro mérito da discussão, qual seja, a utilização do investigado como fonte de provas (além de que, teoricamente, um interrogatório também tem suas consequências incertas, ao passo que o réu pode inclusive mentir).

Com relação aos testes de alcoolemia, essencial citar recente decisão do STJ brasileiro, adotando entendimento diverso daquele defendido majoritariamente na Espanha:

"Processual penal. Provas. Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos. Vedação à autoincriminação. Determinação de elemento objetivo do tipo penal. Exame pericial. Prova que só pode ser realizada por meios técnicos adequados. Decreto regulamentador que prevê expressamente a metodologia de apuração do índice de concentração de álcool no sangue. Princípio da legalidade.

---

90. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

91. STC 161/1997. Sobre isso: KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 126.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemotenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

(...)

9. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.111.566/DF, j. 04.09.2012).

Além deste primeiro fundamento para relativização, devem-se analisar duas classificações das medidas de intervenção corporal no acusado. Primeiramente, divide-se em invasivas e não invasivas, ao passo que aquelas são, conforme Maria Elizabeth Queijo, as que "pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não", como os exames de sangue, ginecológicos e de reto, a identificação dentária e a endoscopia. A referida autora aponta como não invasivas os exames de materiais fecais, de DNA a partir de fios de cabelo ou pelos, a identificação dactiloscópica, dentro outros.[92] Além disso, há a divisão entre as medidas probatórias que necessitam da colaboração ativa do acusado e aquelas que requerem somente sua tolerância, sendo, portanto, objeto passivo. Essas categorias são utilizadas pela doutrina alemã, já que, conforme Roxin, "o acusado não tem por que auxiliar às autoridades de persecução penal de forma ativa, mas ele deve tolerar não só uma investigação de sua vida privada, a qual será explicada posteriormente, mas também intervenções físicas, as quais podem perfeitamente resultar em uma contribuição decisiva para a prova de sua culpabilidade".[93] Diante dessa construção, parte da doutrina, inclusive no Brasil, sustenta a admissibilidade de produção probatória em que o acusado precisa colaborar passivamente. Maria Elizabeth Queijo aponta algumas críticas a tal critério, concluindo que:

"As críticas realmente procedem. De fato, a distinção entre provas que necessitam de colaboração ativa ou passiva nem sempre é clara e taxativa. Por outro lado, a autoincriminação não deixa de existir simplesmente porque o acusado se subme-

92. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

93. ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2009. p. 98. (tradução livre).

te passivamente à produção de uma prova, embora contra sua vontade. Enfim, o critério referido não resolve definitivamente o problema em face da incidência do *nemotenetur se detegere*".[94]

Entretanto, a autora utiliza as referidas classificações para traçar seus aportes finais acerca das intervenções corporais no acusado com fins probatórios no processo penal, de modo a relativizar a incidência do direito à não autoincriminação. Segundo Queijo, a regra é que a carga probatória é da acusação, sem a cooperação do acusado, de modo a inexistir "em princípio" o dever de colaborar. Entretanto, ao sustentar que o *nemo tenetur se detegere*não não é absoluto, admite restrições, de modo a autorizar intervenções corporais compulsórias. Conforme a autora, em caso de ingerência invasiva, somente se admite com o consentimento do acusado, vedando, assim, a coleta de sangue, por exemplo. Já em casos não invasivos, as provas "poderão ser realizadas mesmo sem o consentimento do acusado, desde que não impliquem em colaboração ativa deste" e que haja autorização judicial, possibilitando exames genéticos a partir de fios de cabelo ou células bocais, desde que estas não sejam colhidas no interior da cavidade, além de outras medidas.[95]

Pensa-se que a autora adotou as classificações descritas, em que pese tendo apontado críticas fundamentadas a tal postura. Portanto, mais uma vez, a nosso ver, fugiu-se do ponto central que envolve o direito de não produzir prova contra si mesmo, qual seja, a utilização do acusado como objeto de prova contra seu consentimento. Não importa se ativamente ou passivamente, a colaboração do investigado deve depender exclusivamente de sua vontade e só assim o *nemo tenetur se detegere* será respeitado, de modo a garantir os pressupostos de um processo penal democrático constitucionalmente orientado. E, assim, se posiciona o STF brasileiro, em decisão já transcrita, a qual determina que: "aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (...) (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal".[96]

Assim, reforça-se a premissa de que no processo penal a carga da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, de modo que o réu pode ficar inerte e acabar

---

94. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368.

95. Idem, p. 410-415. A autora, contudo, sustenta em trabalho posterior a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012 em razão de violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo: QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCrim* 250/7-9. São Paulo, set. 2013.

96. STF, HC 99.289/RS, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009.

absolvido, se não for produzido lastro probatório necessário para fundamentar o romprimento da presunção de inocência, essencial à condenação.[97] Tal postura é pacífica, sendo bem esclarecida na jurisprudência pátria, pois, como apontou o Supremo Tribunal brasileiro, ao acusado "não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar".[98]

Surge, então, a questão: como obter informações genéticas de um investigado para, por exemplo, possibilitar análises comparativas com padrões encontrados no local do delito? Pensa-se que não é imperativa a indevida violação de direitos do acusado, pois podem ser utilizados materiais que contenham suas informações genéticas obtidos de modos legítimos, sem a necessidade de sua autorização ou cooperação forçada. Resta claro, portanto, que o respeito a direitos fundamentais do acusado não conduz à impunidade, posto que um órgão investigador bem equipado e treinado, pode dar efetividade à persecução criminal respeitando as regras do jogo traçadas por um processo penal democrático. Tudo o aqui defendido não obsta a apuração de delitos, inclusive com a utilização de exames genéticos, pois, em lugar de impor compulsoriamente a coleta de material biológico do acusado contra sua vontade, pode-se, por exemplo, obter autorização judicial para busca e apreensão de roupas ou utensílios de higiene pessoal, que certamente fornecerão padrões de DNA.[99]

Assim, além dos diversos motivos já apontados, o posicionamento que sustenta a admissibilidade de intervenções corporais coercitivas pode ser questionado em relação à proporcionalidade, especialmente quanto à necessidade da intervenção, requisito apontado como fundamental para sua legitimação. Como justificar a coleta de material biológico à força como última opção, estritamente necessária, se há a possibilidade de uma busca e apreensão, judicialmente autorizada, que fornecerá os materiais genéticos do acusado a partir de objetos obtidos?[100]

Diante do exposto, a nosso ver, não restam justificativas que fundamentem a admissão de provas obtidas por meio de exames genéticos a partir de material biológico coletado do acusado contra sua vontade. Surge, então, questão controversa acerca das consequências jurídicas da negativa do investigado em cooperar com a acusação, visto que há quem sustente a caracterização do crime de desobediência ou a possibilidade de reconhecimento de presunção de culpabilidade.

---

97. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 547-553.

98. HC 79.781/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.04.2000.

99. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 631-632.

100. Por certo que, a partir da apreensão de bens pessoais do réu para fins de obter seus padrões genéticos, abrir-se-á espaço para o contraditório da defesa, que poderá, por exemplo, tentar impugnar a propriedade do objeto ou a adequação dos métodos de coleta e conservação dos materiais.

Inicialmente, analisemos o cenário espanhol, que, conforme Raquel Manzanares, tem admitido consequências negativas à recusa, considerando-se como um indício de culpabilidade, quando não apresentada justificativa suficiente.[101] Diversas são as decisões dos tribunais superiores espanhóis acerca do tema,[102] de modo que Susana Kappler conclui que:

"A opinião jurisprudencial também é unânime em afirmar que a negativa à submissão a provas biológicas não implica, nem supõe, desde logo, e com palavras do próprio Tribunal Supremo, uma *confissão ficta*. Entretanto, a conduta obstrucionista e antissocial de quem injustificadamente se nega àquele reconhecimento constituiu fraude à lei ou abuso de direito que pode representar no processo um indício a conjugar com os outros elementos probatórios".[103]

Além disso, pode-se citar a tipificação de delito de desobediência especificamente para a não submissão ao exame de alcoolemia, que, conforme Susana Kappler, teve sua constitucionalidade consagrada pelo Tribunal Constitucional espanhol, na esteira de decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.[104] Nesse cenário, também há espaço para a aceitação da criminalização da negativa à coleta de material biológicos para exames genéticos.

Quanto ao cenário brasileiro, encontra-se jurisprudência majoritária no sentido de que a recusa do réu em cooperar na produção de provas não pode acarretar consequências negativas, sendo inadmissíveis a configuração do crime de desobediência e a consideração de presunção de culpabilidade. Nesse sentido, se posicionam decisões do STF brasileiro, pois, como apontado pela Min. Cármen Lúcia, "não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo".[105] Pensa-se que tal entendimento é o que melhor se compatibiliza com os pressupostos de um processo penal democrático, pois, em razão do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência (e as consequentes regras quanto à carga da prova da acusação), não se pode aceitar que a legítima recusa do acusado em cooperar com a produção de provas contra si

---

101. MANZANARES, Raquel Castillejo. La prueba pericial de los análisis de ADN. In: SERRANO, Nícolás González-Cuéllar (director). *Problemas actuales de la justicia penal*. Madrid: Colex, 2013. p. 358.

102. SSTS de 14.11.1987, 14.07.1988, 05.12.1988, 20.07.1990, 06.02. e 14.05.1991, além da STC 37/1989, por exemplo.

103. KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 85. (tradução livre).

104. Ibidem, p. 90.

105. HC 93.916/PA, 1.ª T., j. 10.06.2008.

mesmo (ou seja, com aquilo que não tem obrigação de contribuir) acarrete efeitos negativos à sua posição na persecução criminal. Assim, concluem Vay e Silva:

"Diante desse cenário, o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser compreendido como a impossibilidade de se exigir do acusado comportamento em descompasso com a posição que ocupa no processo: de resistência. Não deve o Estado-juiz, por ser inerte e imparcial, obrigar que o acusado colabore para que o órgão acusador se desincumba de um ônus que é seu, facilitando, inclusive, a prolação de uma sentença a seu juízo desfavorável. Entender o contrário seria exigir um inexplicável *venire contra factum proprium*, o que absolutamente não pode ser admitido em um Estado que tem por princípio a dignidade da pessoa humano".[106]

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a nova legislação apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o direito processual penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo.

Percebe-se que a Lei 12.654/2012 surgiu no campo jurídico-penal com o fim de regular a utilização de dados genéticos na persecução criminal brasileiro, mas acarretou diversos questionamentos doutrinários. Assim, pode-se dizer que o legislador brasileiro andou bem ao tentar atualizar o processo penal às novas tecnologias, mas em certos pontos esqueceu de adequar estas inovações aos direitos e garantias fundamentais.[107]

A partir das considerações aqui empreendidas percebeu-se a complexidade do tema tratado, ao passo que ele envolve a constante tensão entre os objetivos punitivos estatais, em regra incentivados pelo clamor social, e a pretensão do acusado em ver seus direitos assegurados. Assim, restou claro que o tema semeia problemas que carecem de profundos estudos e que, aqui, foram expostos com o objetivo de incentivar o estudo crítico.

---

106. Vay, Giancarlo Silkunas; Silva, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. *Boletim IBCCrim* 239/13-14, ano 20. São Paulo, out. 2012.

107. Amaral, Augusto Jobim do, Gloeckner, Ricardo; Santos, Gabriel Ferreira dos. Lei n. 12.654/12: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: Trindade, André Karam; Bortoloti, José Carlos Kraemer (org.). *Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 261-280.

Inicialmente, empreendeu-se a descrição das características do cenário que engloba, a partir de agora, a utilização de exames genéticos. Percebeu-se que certos doutrinadores e até julgadores creem na infalibilidade da prova de DNA, aceitando os seus resultados como solução inequívoca do caso criminal. Entretanto, apontou-se que a reconstrução dos fatos no processo penal não pode ser ilimitada, de modo que os direitos fundamentais devem ter o condão de regrar a atividade probatória. Desse modo, tentou-se tecer considerações com o objetivo de fragilizar aquela crença. Assim, definiu-se a prova genética como probabilística, que sempre tem a chance de falhar, além de que a indevida manipulação e conservação dos materiais biológicos também pode alterar seu produto. Conclui-se que seus resultados devem ser tidos como frágeis, ao passo que, na maioria das vezes, não traz certezas quanto à autoria do fato, pois somente demonstra que o acusado esteve no local do delito. Nesse diapasão, seguiu-se com Lopes Jr., ao passo que "o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais".[108]

Em seguida, teceu-se considerações especificamente acerca do modelo implementado pela Lei 12.654/2012, tentando esquematizar requisitos para a utilização de dados genéticos no processo penal brasileiro. Para tanto, naquele momento não se abordou questões quanto à constitucionalidade dos novos dispositivos legais, pois se preferiu considerar a possibilidade de coleta de material biológico do acusado compulsoriamente (contra sua vontade), já que se pensa que tal postura será adotada por parte dos atores do campo jurídico-penal pátrio. Assim, prevendo a futura imposição de colaboração forçada, foram apontados alguns pressupostos, visando a, ao menos, reduzir a arbitrariedade da medida e limitar tal possibilidade.

Como foi dito, conforme o texto aprovado e em vigor, a coleta de material biológico com fins de investigação criminal pode se dar quando for necessária para as investigações e autorizada judicialmente. Percebe-se que esses dois requisitos não são aptos a limitar e, assim, legitimar a utilização de material genético em um processo penal democrático, em razão de sua insuficiência e abstração, capaz de possibilitar as mais diversas (e injustificadas) motivações. Assim, pensamos que a adequada interpretação desta possibilidade se pauta pela atenção aos seguintes pressupostos: 1. imprescindibilidade para a investigação; 2. subsidiariedade da medida; 3. presença de indícios razoáveis; 4. proporcionalidade; e, 5. decisão judicial especificamente motivada. Também analisou-se a possibilidade de exclusão dos dados e o complexo ponto da vinculação causal da prova produzida.

Além da possibilidade de exames de DNA durante a investigação criminal, a Lei 12.654/2012 instituiu um banco de dados genéticos de condenados, os quais

108. LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

devem fornecer material biológico para sua alimentação. Criticou-se a obrigatoriedade da coleta, como efeito da sentença condenatória em crimes ali definidos. Também anotou-se considerações sobre tais critérios de seleção, pois tal medida se impõe aos condenados por crimes hediondos ou dolosos com violência de natureza grave contra pessoa. Assim, questionou-se a constitucionalidade da inovação em importantes pontos. Por fim, estudou-se os critérios para a exclusão do perfil genético do banco de dados, pois percebeu-se a lacuna da nova lei em tal ponto.

Depois de buscar-se limitações à utilização de exames genéticos, partiu-se para o questionamento de suas premissas, examinando a admissibilidade de intervenções corporais forçadas, contra a vontade do acusado. A partir dos estudos empreendidos, sustenta-se a impossibilidade de extração compulsória de material genético do acusado, diante das razões expostas, quais sejam, a inexistência de previsão legal expressa autorizado, a violação aos direitos à intimidade e à não autoincriminação, consoante doutrina e jurisprudência apontadas, inclusive de tribunais superiores brasileiros. Além disso, defende-se que não podem ser aceitas consequências negativas da recusa em cooperar do investigado, em prol da presunção de inocência e da distribuição da carga probatória à acusação.

Conclui-se, assim, que a introdução da possibilidade de utilização de exames genéticos com fins probatórios no processo penal se impôs em razão da necessidade de atualização dos instrumentos de persecução criminal estatal. Entretanto, as inovações trazidas pela Lei 12.654/2012 ao cenário brasileiro precisam ser analisadas profundamente, em busca de sua interpretação constitucional e adequada aos pressupostos de um Estado Democrático de Direito. Percebe-se que as respostas aos clamores sociais por punições mais rápidas e maiores acabam por, normalmente, acarretar relativizações ou violações a direitos fundamentais dos acusados. Ou seja, com a pretensão de controlar um (suposto) risco (os acusados, tidos como criminosos perigosos), não se observa que ampliando as discricionariedades do poder punitivo, está-se expandindo as possibilidades de indevidas ingerências em esferas de direitos que deviam ser protegidos, criando-se, assim, novos riscos. Há um "paradoxo de riscos"[109] que finda em permitir arbitrariedades do Estado, cujo poder deveria ser constantemente limitado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do, GLOECKNER, Ricardo; SANTOS, Gabriel Ferreira dos. Lei 12.654/12: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTI, José Carlos Kraemer (org.). *Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 261-280.

109. CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

AROCA, Juan Montero. Proceso Penal y Libertad. *Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal.* Madrid: Thomson Civitas, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal.* 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Processo penal e Constituição. *Princípios constitucionais do processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro. *Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1.

Coercitiva identificação criminal pelo DNA? *Boletim IBCCrim 238/1,* ano 20. São Paulo, set. 2012.

FELIX, Yuri. A identificação genética no processo penal brasileiro: *verdade, ciência e processo na sociedade complexa.* 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

GARLAND, David. *Culture of Control.* Chicago: The Universityof Chicago Press, 2001.

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; SILVA, David. Dispositivos de segurança e mecanismos liberógenos: a ampliação do controle penal no neoliberalismo. *Revista de Estudos Criminais* 45/117-141. São Paulo, abr.-jun. 2012.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1990.

GUEDES, Gabriel Pinto. *Transjurisdicionalidade e o direito de não produzir prova contra si mesmo.* 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____; FELIX, Yuri. A identificação genética na Lei n. 12.654/2012 e os princípios de direito processual penal no estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais* 53/157-179. São Paulo, abr.-jun. 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación genética, discriminación y criminalidad. *Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil.* Curitiba: Juruá, 2012.

KHALED JR., Salah Hassan. A Busca da Verdade no Processo Penal: *para além da ambição inquisitorial.* São Paulo: Atlas, 2013.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal.* Granada: Editorial Comares, 2008.

LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6. São Paulo, jul. 2012.

_____. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *RBCCrim*, vol. 20, n. 98, p. 339-360, São Paulo, set. 2012.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *RBCCrim* 59/223-259, São Paulo, mar.-abr. 2006.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito. *The Brazilian lessons*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. O Juiz e a Prova: *o sinthoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Para um processo penal democrático. *Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NICOLITT, André Luiz. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCrim* 245/15-16. São Paulo, abr. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Boletim IBCCrim* 222/4-5, ano 19. São Paulo, maio. 2011.

PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. *A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRATT, John, et al. (org.), *The New Punitiveness*. Portland: Willan Publishing, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O princípio *nemo tenetur* se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCrim* 250/7-9. São Paulo, set. 2013.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal, 2009.

RUIZ, Thiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. *Boletim do IBCCrim* 243/3-4. São Paulo, fev. 2013.

SAAVEDRA, Giovani; VASCONCELLOS, Vinicius. Expansão do direito penal e relativização dos fundamentos do direito penal. *Revista de Estudos Criminais* 42/123-142, ano X. São Paulo, jul.-set. 2011.

SERRANO, Nícolás González-Cuéllar (director). *Problemas actuales de la justicia penal*. Madrid: Colex, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2011.

SIMON, Jonathan. Governing Through Crime. *How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. *Boletim Informativo IBRASPP*, 6/6-8, São Paulo, 2014/01.

_____. Barganha e Justiça Criminal Negocial: *tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. *Boletim IBCCrim* 239/13-14, ano 20. São Paulo, out. 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos, de Mohamad Ale Hasan Mahmoud e Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 98/339 (DTR\2012\450723); e
- O nascituro e a criminalidade genética, de Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 28/130 (DTR\1999\444).

Tobias Barreto e o positivismo penal

Tobias Barreto and the criminal positivism

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas – Unama e em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco – Esmape. Professor de Direito Penal e Criminologia em cursos de graduação e pós-graduação de Maceió (AL). Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP. Pesquisador colaborador do Núcleo de Estudos da Violência de Alagoas, da Universidade Federal de Alagoas – Nevial/UFAL.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O texto trata da recepção das ideias do positivismo criminológico no Brasil, enfocando a opinião do importante penalista Tobias Barreto sobre elas. Para tanto, analisa argumentos desse autor, bem como os de seus seguidores e principais críticos, enfatizando o seu posicionamento com relação ao determinismo, defendido pelos adeptos da nova escola penal. Dessa maneira, são estudadas as ideias que fundamentaram a responsabilidade criminal no Brasil, e, sobretudo, a tese de Tobias Barreto sobre a liberdade de agir, bastante original no momento em que foi criada.

Palavras-chave: Liberdade de agir – Criminologia – Positivismo penal – Escola clássica – Tobias Barreto.

Abstract: The text deals with the reception of the ideas of criminological positivism in Brazil, focusing on the views of important criminal author Tobias Barreto on them. It analyzes the arguments of this author, as well as those of his followers and leading critics, emphasizing the positioning thereof with respect to determinism advocated by supporters of the new school criminal. Thus, we studied the ideas that underlie the criminal liability in Brazil, and especially the thesis of Tobias Barreto about free will, quite unique at the time it was created.

Keywords: Freedom to act – Criminology – Criminal positivism – Classical school of criminal law – Tobias Barreto.

Sumário: 1. Introdução – 2. A recepção do positivismo penal no Brasil e a posição moderada de Tobias Barreto – 3. Algumas ideias criminais de Tobias Barreto e o positivismo penal – 4. Discussão sobre o livre-arbítrio – 5. A liberdade de agir, segundo Tobias Barreto – 6. O legado da teoria da liberdade de agir de Tobias Barreto – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. Introdução

Este trabalho[1] tem como objetivo demonstrar brevemente algumas ideias de Tobias Barreto acerca do direito penal, enfocando a sua posição original como crí-

1. Trabalho apresentado como requisito para a aprovação na disciplina História das ideias penais, ministrada no primeiro semestre do ano de 2012 pelo Prof. Dr. Ricardo de Brito

tico pioneiro no Brasil (além de observador privilegiado) das primeiras tendências doutrinárias inauguradas pelo positivismo penal. Para tanto, iremos nos preocupar, principalmente, com a discussão sobre o livre-arbítrio, sustentáculo da doutrina penal defendida pela escola clássica, e objeto das principais críticas da *nova escola* positivista, iniciada em meados do século XIX.

Neste particular problema, da relevância da liberdade de agir no direito criminal, o jurista sergipano destacou-se pela invulgar criatividade (principalmente, considerada a época em que teorizou), ao defender a ideia de uma *causalidade final* para as ações humanas, que por isso seriam livres em sua essência. Após as suas considerações, diversos outros penalistas brasileiros também empreenderam esforços no sentido de conciliar os preceitos clássicos com a nova escola penal positivista.[2] Não obstante, não se pode afirmar que a doutrina criminal de Tobias Barreto foi, precisamente, eclética, com exceção apenas de suas opiniões sobre esse tópico específico, do fundamento da responsabilidade criminal, tendo em vista, sobretudo, que se mostrava crítico com relação a outros conceitos de ambas as escolas penais.

Como iremos demonstrar, parece que a teoria de Tobias Barreto, no que diz respeito à liberdade de agir, entra em contradição com algumas de suas declaradas opiniões acerca do direito penal. O que é, até certo ponto, compreensível, e não desmerece em absoluto sua reconhecida genialidade. Isso porque as reflexões do jurista sergipano foram feitas logo após a difusão das principais ideias positivistas. Não teve tempo, portanto, para refletir com mais vagar sobre as novas teorias científicas, tampouco pôde conhecer as principais críticas que sucederam essas teses. Somente para exemplificar, Tobias Barreto não teve oportunidade de ler textos posteriores à primeira edição do *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, os quais amenizam certos radicalismos iniciais da antropologia criminal.

Também se explica essa contradição pelo fato de que Tobias Barreto não tinha, em absoluto, receio de mudar suas opiniões, e em várias oportunidades aceitou novas teses, quando essas se mostraram mais críveis do ponto de vista científico. Assim, ele próprio chegou a reconhecer essas aparentes contradições em sua obra.[3]

Freitas de Albuquerque, no curso de doutoramento em direito penal da Universidade Federal de Pernambuco.

2. ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 220.

3. "A minha maior virtude literária é não ter ideias preconcebidas, nem afagar um sistema querido; o defeito dessa virtude é viver constantemente em busca de novas e melhores teorias; donde resulta uma certa aparência de contradição" (BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações *antissociológicas*. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 361).

Para ilustrar esse admirável dinamismo em sua obra, lembremos que Tobias Barreto, inicialmente, demonstrou interesse pelos fundamentos filosóficos do positivismo, mas logo em seguida adotou o monismo naturalista como premissa, tendo, por fim, se aproximado do kantismo, já no fim de sua vida.[4] Esse percurso filosófico foi essencial para a sua posição final acerca da liberdade no agir humano, como será comentado mais adiante.

Para exemplificar a sua abertura às novas ideias, citamos uma passagem de sua consagrada defesa, no concurso para o ingresso como docente na Faculdade de Direito do Recife, em que proclamou: "espírito progressivo que sou, não concebo que se possa fechar o cérebro à invasão das ciências novas, para apegar-se eternamente a uma doutrina que não merece a sanção da ciência e que se declare em rebelião insensata com a poderosa injunção dos fatos".[5]

E é justamente por essas constantes mudanças de fundamentos, ao abraçar as novas ideias, que Tobias Barreto não pode ser considerado autor sistemático. Seria melhor classificado como um ensaísta.[6]

Cumpre esclarecer que não temos a intenção de nos estender no estudo da escola positivista, ou de apontar mais detalhadamente seus reflexos na doutrina jurídico-penal brasileira. Seria um empreendimento pretensioso e, decerto, impossível, em tão poucas linhas.[7]

O nosso intento é, tão somente, explicitar a opinião de Tobias Barreto acerca da então prolífica discussão em torno do livre-arbítrio, como fundamento da responsabilidade criminal. Acreditamos que isso será útil, na medida em que esse pensador, líder da chamada Escola do Recife,[8] influenciou enormemente os escritos criminais brasileiros que o sucederam.

---

4. CHACON, Vamireh. O radicalismo crítico de Tobias Barreto. In: BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 285.
5. BARRETO, Tobias. O monismo. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 179.
6. LOSANO, Mario G. O germanismo de Tobias Barreto. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 279. CHACON, Vamireh. O radicalismo crítico de Tobias Barreto cit. p. 287.
7. Para um estudo de mais fôlego, remetemos o leitor para as seguintes obras: FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*... cit. e FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida: a utopia médica do biodeterminismo*. São Paulo: Alameda, 2009. Esse último trabalho analisa com maior atenção os reflexos do positivismo na comunidade médica brasileira, enquanto que as duas primeiramente referidas dão maior destaque para as transformações no meio jurídico.
8. A denominação, de Sylvio Romero, refere-se ao movimento intelectual, sucedido entre 1860 e o começo do século XX, em torno de pensadores sediados na cidade pernambucana, tais como o próprio, Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua, entre outros. ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. *Anuário dos cursos de Pós-Graduação em direito* 12/285. Recife: UFPE, 2002.

2. A RECEPÇÃO DO POSITIVISMO PENAL NO BRASIL E A POSIÇÃO MODERADA DE TOBIAS BARRETO

Em meados do século XIX, na Europa, alguns fatores parecem ter sido decisivos para uma mudança de paradigma, com relação à explicação e controle da criminalidade. Um grande aumento da delinquência, além de um rápido incremento da população urbana nas grandes metrópoles europeias, fez com que a visão *clássica* do delito se diluísse por completo.[9] Essas características sociais, ainda que relativizadas pelas peculiaridades latino-americanas, também estavam presentes em algumas metrópoles brasileiras, especialmente Rio de Janeiro e São Paulo, que cresceram aceleradamente nesse período.[10]

Nesse contexto, as novas ideias positivistas, disseminadas por Auguste Comte, bem como as revolucionárias teses biológicas e sociológicas, da lavra de Darwin, Spencer e Haeckel, entre outros, influenciaram enormemente os juristas de então.

A filosofia positiva, criação do francês Auguste Comte, faria com que a noção de progresso (hegeliana) se confundisse com a de ciência.[11] Isso, por suposto, ocasionaria enormes mudanças metodológicas, no trato da criminalidade, sendo que esse novo ideário contrastou frontalmente com o método abstrato, lógico-dedutivo, adotado pelos clássicos (representados, entre todos, pelo italiano Francesco Carrara, graças também às insistentes críticas de Enrico Ferri).

De fato, "a Escola positiva se caracteriza por ser uma reação ao pensamento clássico e ao jusnaturalismo, que utilizavam o método lógico-abstrato. Assim, passou a empregar o método positivo de exploração, com o qual estudava o homem considerado em sua própria natureza e suas relações sociais".[12]

Essa nova filosofia rapidamente aportou no Brasil, fazendo adeptos. Cumpre observar que o positivismo culturalista, sustentado pela Escola do Recife, logo se diferenciou daquele positivismo ortodoxo, praticado no Sudeste do Brasil. Isso significa que os juristas nordestinos não concordaram, a princípio, com todas as teses *comtianas*. Talvez pela marcante influência de Tobias Barreto,[13] quem, apesar do es-

---

9. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Op. cit. p. 48.

10. FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Op. cit. p. 50. Sobre a preocupação crescente com a criminalidade no final do século XIX, na cidade de São Paulo, recomendamos: FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

11. ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 288.

12. SILVA, Ivan Luiz da. Introdução ao racionalismo e positivismo criminológicos. *RT* 828/510. ano 93. São Paulo: Ed. RT, 2004.

13. ADEODATO, João Maurício. *O positivismo culturalista da Escola do Recife*. Op. cit. p. 286.

pírito combativo com que proferiu severas críticas contra o antigo método abstrato, não se afastou, em definitivo, de uma influência metafísica.

Para prosseguir com a explicação da opinião de Tobias Barreto sobre o ideário positivista, é mister compreender qual o sentido do termo *metafísica,* para o autor. Isso, porque ele se colocava contrário à metafísica dogmática, escolástica, que não era aceita pela filosofia crítica, e por isso era por ele descartada.[14]

De onde surgiram as suas críticas aos adeptos da *velha metafísica*: "Com uma admirável confiança os metafísicos costumam afirmar e definir o absoluto, o ultra-experimental; mas todas as suas teorias não passam de simples hipóteses e conjeturas; isto se prova até pela diversidade e contradição recíproca dessas mesmas teorias".[15]

De outro lado, parecia aceitar *outra metafísica*, entendendo que não seria possível que toda a realidade fosse explicada por meio de uma lógica causal mecanicista, determinista. "Os positivistas não querem compreender que uma coisa é a metafísica dogmática, que converte sonhos em realidades, *que fecha os olhos para melhor ver*, que desdenha da experiência, quando esta vai de encontro aos seus oráculos, e outra coisa é a metafísica reservada e consciente, que há de sempre existir, se não como ciência, como disposição natural e inerradicável do espírito, segundo Kant".[16]

Essa metafísica, aceita por Tobias Barreto, está relacionada também ao método de acesso ao conhecimento, sendo portanto, também, de ordem epistemológica. Isso porque, influenciado por Haeckel, acreditava que as observações das ciências naturais deveriam ser complementadas pela filosofia.

O que queria Tobias Barreto era a realização de uma comunhão entre as ciências naturais e a especulação filosófica. Essa opinião baseava-se em lições de Ernst Haeckel, que afirmara (citado por Tobias Barreto), que "só por meio das mais íntimas relações e recíproca penetração da filosofia e empiria é que surge o edifício inabalável da verdadeira ciência monística, ou, o que é o mesmo, da ciência natural".[17]

Conforme explicação de Newton Sucupira, a partir de interessante metáfora de Tobias Barreto, "os resultados das ciências positivas são como ossos cobertos de carnes e tendões, mas sem vida, sem espírito. Deixados à ciência, teremos uma multiplicidade infindável de conhecimentos desconexos, fragmentários. Somente a filosofia pode infundir-lhes o sopro vital, o espírito que vivifica e que permite chegar a uma concepção do universo como totalidade orgânica".[18]

---

14. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001. p. 191.
15. BARRETO, Tobias. Recordação de Kant. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 376.
16. Idem, p. 379, grifos do autor.
17. BARRETO, Tobias. O haeckelismo na zoologia. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 208.
18. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã* cit. p. 188.

De modo que, mesmo adotando-se as ciências empíricas como modelo privilegiado de conhecimento, conforme apregoavam os ditames positivistas, ainda assim continuaria a metafísica a influenciar a obtenção das respostas inquietantes, até porque as perguntas essenciais da ciência têm origem em especulações de natureza metafísica. Por isso, "o peixe legendário que pulou da frigideira ao fogo, não era mais tolamente aconselhado do que o homem que busca um santuário contra a perseguição metafísica entre as paredes do observatório ou do laboratório".[19]

Essa é justamente a maior discordância entre as ideias de Tobias Barreto e o positivismo comtiano, já que, com a sua defesa da utilização da metafísica, negava a lei dos três estados, pois não admitia que o conhecimento filosófico deveria ser superado pelo positivo (científico). Os reflexos dessa divergência transparecem na não aceitação, por Tobias Barreto de um determinismo e, consequentemente, na sua defesa do livre agir humano.

Não obstante, essas opiniões de Tobias Barreto – simpáticas à existência de uma metafísica – não resultavam na aceitação de um direito apriorístico, de ordem natural. Pelo contrário, no que diz respeito à explanação sobre a natureza do direito, aceitava os postulados evolucionistas, então em voga, lembrando que "o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo dessa rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwínica".[20]

É por essa razão que podem ser conferidas, na obra de Tobias Barreto, várias críticas à Escola clássica criminal, já que essa corrente de pensamento partia de uma base de direito natural. Assim, sobre o seu principal pensador, Francesco Carrara, Tobias advertia enfaticamente: "Os moços acadêmicos não se iludam: Carrara é um penalista metafísico da pior espécie".[21]

Observa-se, no fim das contas, certa contradição, ou mesmo uma confusão, no que diz respeito à posição de Tobias Barreto sobre a metafísica.[22] Isso, porque, por vezes, defendeu-a dos exageros positivistas. Entretanto, em outras oportunidades, parece criticá-la severamente. De toda sorte, é possível afirmar que existe em seu

---

19. BARRETO, Tobias. Deve a metafísica ser considerada morta? *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 189.

20. BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 418.

21. BARRETO, Tobias. Menores e loucos. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 74.

22. Essa afirmação não é nenhum exagero. No mesmo sentido, já se destacou que "por causa das falhas na coerência do seu discurso, alguns autores consideram-no um positivista, outros um pioneiro do positivismo penal e outros do neokantismo" (ZAFFARONI, Eugênio Raul. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 176).

pensamento uma tendência atávica em direção à filosofia metafísica,[23] ainda que tenha se afastado das escolas filosóficas dogmáticas e dualistas.

Essa característica será marcante no que diz respeito à opinião de Tobias barreto sobre o livre-arbítrio, que será melhor explicada adiante. No mais, o apego à metafísica, em tempos de positivismo extremado, gerou enormes críticas à sua obra, feitas por doutrinadores daquele período.[24] Nesse sentido, Nina Rodrigues ironizava a defesa de uma espécie de *livre-arbitrio relativo*, alegando que "Tobias Barreto, o monista, o evolucionista, revolucionador do ensino do direito no Brasil, estacou ante a consequência fatal dos seus princípios filosóficos".[25]

Continuando a explicação sobre a recepção brasileira das ideias positivistas, um fato que certamente contribuiu bastante para esse fenômeno foi a sua adesão pelas elites urbanas. Tais grupos eram subrepresentados politicamente, no regime imperial, e por isso mesmo simpáticos ao insurgente movimento republicano.[26] Dessa maneira, o positivismo brasileiro acabou se identificando com a República nascente.

Também foram importantes, para a difusão do positivismo, os graves problemas sociais brasileiros, mais visíveis após a abolição da escravatura, os quais fortaleciam ideologias de defesa social e controle punitivo das *classes perigosas*. Não por outro motivo, a primeira República teve uma feição extremamente autoritária e antidemocrática.[27]

A influência desse novo paradigma, no campo das ciências penais, foi imediata. Na verdade, os penalistas foram os principais divulgadores dessas novas ideias.[28] Interessa lembrar que, mesmo antes do positivismo criminológico italiano, a nova metodologia positivista começou a ser ensaiada na seara criminal.[29]

---

23. ADEODATO, João Maurício. *O positivismo culturalista da Escola do Recife*. Op. cit. p. 286. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Op. cit. p. 190.

24. Críticas reconhecidas pelo próprio, que dizia ser chamado de metafísico tão somente por não concordar totalmente com as ideias positivistas de Auguste Comte: "Quanto a nós, os que não sujeitamos o pensamento à disciplina claustral da filosofia positiva, só existe uma razão de se nos ter em conta de metafísicos: – é justamente o não jurarmos pelo santo nome de Comte, é o não sermos positivistas" (BARRETO, Tobias. Recordação de Kant. Op. cit. p. 379).

25. RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957. p. 51.

26. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Op. cit. p. 268 e ss.

27. ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...*, cit. p. 66 e ss.

28. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Op. cit. p. 276.

29. Como grande germanista, a influência do positivismo histórico alemão, no rastro de Jhering, foi nítida na obra de Tobias Barreto, conforme observa Aníbal Bruno. Tobias Barreto criminalista. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 270.

Nesse sentido, "(n)o campo específico da criminologia, os positivistas fizeram sua a ideia de Comte de que o progresso científico se desenvolveria do estádio teológico para o metafísico, e deste para o estádio científico ou positivo. *Tal implica a completa separação da ciência e do direito da moral, como também a prioridade da ciência, o repúdio do livre-arbítrio e da responsabilidade moral*".[30]

3. ALGUMAS IDEIAS CRIMINAIS DE TOBIAS BARRETO E O POSITIVISMO PENAL

Tobias Barreto, em seu clássico *Menores e loucos*, foi o primeiro crítico brasileiro da tese lombrosiana do delinquente nato, apenas alguns anos após a publicação da primeira edição da célebre obra do médico italiano.[31] Tal fato demonstra que a Escola de Recife encontrava-se atualizada, com relação às principais inovações doutrinárias da época, advindas do velho continente.

Por esse motivo, acabou sendo um observador privilegiado da recepção da nova Escola penal, no Brasil. Desde o início, contudo, mostrou-se reticente com relação ao novo paradigma. Como era de se esperar, em se tratando de um pensador tão crítico e, por isso mesmo, original. Se, por um lado, afirmava seu desprezo pela abstração metafísica dos preceitos clássicos, por outro lado, não aderiu totalmente aos novos ensinamentos positivistas, tendo sido, na verdade, bastante cético com relação às novas lições italianas.

Interessante advertir que, conforme já explicado, Tobias Barreto não era absolutamente contrário à metafísica – ao contrário dos positivistas *comtianos* –, entendendo que ela ainda teria seu lugar assegurado. Contrapunha-se, portanto, a um dos pilares fundamentais da doutrina positiva: a negação da metafísica.

Sobre o tema, dizia que "a metafísica é aceitável, se não como uma ciência, ao menos como uma disposição natural; e nada existe, portanto, de mais ridículo do que a fátua pretensão de certos espíritos, que querem abolir, uma vez por todas, essa mesma disposição, inerente à alma humana".[32]

Apesar de não negar a metafísica, Tobias Barreto discordava da tese de que o direito seria construído por meio desses dados apriorísticos, negando a ideia de um direito natural. Por isso, rechaçava qualquer origem divina do direito. Acreditava que o direito penal não refletia uma lei natural, de ordem metafísica. Em consonância com o positivismo histórico, afirmava que a ordem jurídica corresponderia ao estágio evolutivo da sociedade.

---

30. MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada* 1/328. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s.d. grifamos.

31. BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*. Op. cit. p. 275.

32. BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 218.

Dessa maneira se contrapunha a um modelo estático, perene, de sistema jurídico, afirmando o caráter dinâmico do direito. A Lei seria modificável, contextualizando-se política e socialmente. Isso, porque "(o) direito constituiria uma anomalia inexplicável ou uma espécie de disparate histórico se no meio de tudo que se move ele permanecesse imóvel".[33]

Portanto, antipatizava com todas as tentativas doutrinárias de elevação sobrenatural do direito, que utilizassem critérios religiosos ou metafísicos. Em seu esforço por sintetizar uma metodologia para o estudo do direito, condenava aqueles juristas apegados ao *velho modo de pensar* metafísico.

Para realçar a sua opinião, ensinou que "em face da ciência moderna, o velho racionalismo jurídico, que se esforçava para descobrir no direito um elemento apriorístico, anterior e superior a toda experiência, já é um erro indesculpável, um testemunho de pobreza, indigna de compaixão".[34] Daí, talvez, o motivo para suas pesadas críticas com relação à obra do italiano Francesco Carrara, à época já uma grande referência entre os penalistas, o qual se utilizava de uma lógica naturalista para o direito penal.[35]

O direito seria fruto de uma evolução da sociedade, "um efeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da

33. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 100.

34. BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. Op. cit. p. 223.

35. Importante observar que, conforme lição de Ricardo de Brito Freitas, Francesco Carrara parece ter sido mais importante na doutrina estrangeira, visto que as obras brasileiras do período quase não o mencionam, citando principalmente autores franceses, tais como Ortolan, Jousse, entre outros. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Op. cit. p. 283-284. Tobias Barreto, como grande crítico da doutrina francesa (à qual contrapunha os ensinamentos germânicos), acaba utilizando-a com bem menos frequência. Isso, porque, segundo Nina Rodrigues, o ilustre professor teria *ojeriza galofóbica*. RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957. p. 59. De fato, Tobias Barreto admite ter certo despeito com relação à doutrina francesa, aduzindo: "ainda não fiz, nem faço segredo do meu *franzosenfressenthum*", termo que pode ser interpretado como preconceito contra os franceses. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas á um dos motes do dia... cit. p. 320. Essa opinião radical contra os textos franceses é consonante com sua profunda admiração pelos pensadores germânicos, conforme reconhecido pelo próprio em diversas oportunidades. De fato, não fazia segredo sobre o seu *germanismo*. Sobre essa característica de sua obra, com maiores detalhes: LOSANO, Mário G. O Germanismo de Tobias Barreto. In: BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991, passim. Esse é o motivo que o levou a, sempre que teve oportunidade, frisar que os pensadores alemães seriam muito superiores aos franceses, como quando explicou que não é verdade que os estudos de Pinel foram pioneiros na criação da ciência psiquiátrica, apontando que já existiam vários textos pioneiros nessa área, na Alemanha. BARRETO, Tobias. Menores e loucos. Op. cit. p. 63.

humanidade".[36] Por isso, afirmava que "(o) direito é obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um efeito do desenvolvimento humano. A história do direito é uma das formas da história da civilização".[37]

Considerava o método histórico-filosófico como o ideal para a ciência do direito penal, porque possibilitaria uma conciliação entre um estudo dogmático e, ao mesmo tempo, crítico.[38] A filosofia não seria inconciliável com a história, afirmava, não obstante o exagero de penalistas em supervalorizar o espírito filosófico no manejo de ideias criminais, o que "muito ao em vez de esclarecê-las acabou por confundi-las, reduzindo a um sistema de enigmas e problemas insolúveis as verdades mais simples e inacessíveis a dúvida".[39]

Essa constante preocupação em purificar a ciência criminal da metafísica seria necessária, entre outras razões, porque, infelizmente, o direito penal ainda não tinha sido agraciado por um grande reformador, que sepultasse de vez a influência do direito natural, nos moldes de um Savigny, na seara do direito civil, com sua Escola histórica.[40]

Com relação à teoria da pena, adotou uma posição extremamente original, ao desdenhar dos fundamentos para o direito de punir, baseados nas ideias de justiça moral ou mesmo de utilidade social. Para Tobias Barreto, "*o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital.* O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada".[41]

Desta maneira, contribuiu enormemente para a compreensão da dimensão política do poder de punir. Segundo Zaffaroni, sua visão consistiu em uma precoce deslegitimação do sistema punitivo, tendo sido um "pioneiro da reação latino-americana progressista contra a invasão do positivismo como ideologia neocolonialista, no âmbito do controle social punitivo".[42]

---

36. BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito cit. p. 432.
37. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal cit. p. 101.
38. Idem, p. 103.
39. Idem, p. 104.
40. Idem, p. 105.
41. BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir cit. p. 229, grifamos.
42. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Elementos para uma leitura de Tobias Barreto* cit. p. 177. No mais, apesar de não ser objeto do presente trabalho, cumpre mencionar que essas ideias de Tobias Barreto acabaram servindo como suporte teórico para a teoria agnóstica da pena, sustentada por penalistas como o próprio Eugênio Raúl Zaffaroni, mas também Salo de Carvalho, entre outros. Nesse sentido, "a deslegitimação proposta por Tobias Barreto pode inclusive superar a atual crítica fornecida pelo movimento abolicionista pois, contrariamente à perspectiva negativa de exclusão da punitividade e criação de mecanismos não

Não obstante seu ceticismo, acerca da importância da fundamentação jurídica do poder de punir, Tobias Barreto chegou a tecer alguns comentários sobre as teorias clássicas da pena. Assim, criticou o fundamento de ressocialização do criminoso, porque "a sociedade, como organização do direito, não partilha com a escola e com a igreja a difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral".[43]

Ademais, advogou que, entre as teorias da defesa social e a da emenda do criminoso, haveria uma contradição, vez que a opção pela defesa social necessariamente anularia a possibilidade de uma recuperação do delinquente. Na verdade, utilizando-se de uma terminologia diferente, Tobias Barreto se refere às funções de prevenção especial negativa (ou inocuização) e de prevenção especial positiva (ou reintegração) da pena criminal.

Assim, a emenda "representa o Estado puniente como um organismo ético, um instituto de educação, ao passo que à primeira [defesa social] afigura-se o mesmo Estado como um aparelho de forças constitutivas e tutelares da vida social, entre as quais está a pena".[44] Dentre ambas, afirma que a defesa social é a mais adequada[45] e, dessa forma, acaba aderindo a um dos preceitos fundamentais para o positivismo criminal.

Contudo, Tobias Barreto relativizou a importância do estudo do fundamento das penas criminais, se irritando com as *elocubrações metafísicas*, ou com, como denominou, o *exagerado espírito filosófico*, que havia resultado na existência das mais variadas doutrinas, inócuas, todas preocupadas em resolver o grande e insolúvel questionamento de *por que punir*? Segundo ele, mesmo que fosse possível resolver a tal questão, isso não modificaria em nada a prática judiciária criminal.

Desse modo, lecionou que "o centro de gravidade do direito criminal está na *pena*, como o do direito civil está na *execução*. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de *exequir*; para que busca-la para o direito de *punir*? *De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sabor da crítica*".[46]

Reconhecemos o brilhantismo de Tobias Barreto ao deslocar o enfoque dos estudos penalógicos da esfera jurídica e filosófica para a política. Entretanto, e em atenção às lições de Ricardo de Brito Freitas, achamos que essa visão crítica de

---

formais de resposta sancionatória, fornece parâmetros jurídicos de contenção (limitação) da atuação política da pena" (CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139).

43. BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir cit. p. 231.

44. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal cit. p. 107.

45. Idem, p. 107.

46. Idem, p. 110, grifamos a última frase.

que não seriam necessárias as teorias fundamentadoras do poder de punir, de todo exagerada, não pode ser acertada. Ora, não é possível negar que há um legítimo interesse da ciência penal em compreender as justificativas para a existência de sanção criminal.

Isso, porque não se concebe repreender os penalistas pelo fato de se preocuparem com o fundamento da punição criminal, principalmente argumentando com premissas que são aplicáveis tão somente ao direito privado. Ora, "(a) reflexão acerca da importância do direito de punir, como se sabe, é incomparavelmente maior que a do direito de exequir pelo simples fato de que se encontra no núcleo da discussão sobre o poder do Estado e a sua legitimidade, como demonstra a teoria política a partir de seus autores clássicos".[47]

Com relação ao objeto do direito penal, preocupou-se enormemente em separar o estudo da lei criminal, ainda que crítico, daqueles temas que seriam objeto de outras ciências relacionadas. Isto fica muito claro, com relação à sociologia e à medicina. Nesse sentido, podemos afirmar que era um purista, um defensor árduo das ciências jurídicas.

Quanto à sociologia, não a tomava como ciência autônoma, duvidando de seu caráter epistemológico. Chegava a ser taxativo, no sentido de que a sociologia não tinha validade enquanto ciência.[48]

A crítica era nitidamente dirigida ao conceito positivista de sociologia, apegado a um modelo causal-determinista de explicação do fenômeno social.[49] Esse é o mesmo fundamento para a visão de Tobias Barreto acerca da liberdade de agir, na medida em que negava peremptoriamente a existência de um determinismo humano.

Como será melhor explicado oportunamente, Tobias Barreto entendia que a cultura não atendia à causalidade eficiente, mas sim à causalidade final, e por isso não poderia ser construído com base em premissas mecanicistas. Dessa ilação, concluía pela absoluta inviabilidade de uma ciência sociológica.[50] Nesse particular, destoava de Sylvio Romero, um ferrenho defensor da sociologia enquanto ciência.[51] Não

47. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil* cit. p. 296.

48. "A sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável" (BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas á um dos motes do dia... cit. p. 315).

49. BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito* cit. p. 428.

50. "Já o disse no princípio, e não canso de dizê-lo: – a sociologia é uma *frase*. Não há um só dos seus pressupostos, que, bem examinado, não se manifeste errôneo" (BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas á um dos motes do dia... cit. p. 359, grifo no original).

51. Segundo o próprio, dentre os críticos mais cultos e preparados da sociologia, certamente Tobias Barreto seria o mais significativo. No entanto, rebate seus argumentos, divergindo do repúdio de seu mestre à ciência sociológica. ROMERO, Sylvio. *Ensaio de filosofia do direito*. São Paulo: Landy, 2001. p. 41.

obstante, não descuidava de uma análise social da norma jurídica, em seu método jurídico crítico.[52]

Por essa razão, Tobias Barreto acabou (talvez sem o saber) colocando-se contrariamente aos desenvolvimentos posteriores do positivismo penal, intrinsecamente vinculados à ciência sociológica positivista. Estamos nos referindo aos adendos feitos à antropologia criminal pelos italianos que sucederam Lombroso, particularmente Enrico Ferri (criador da sociologia criminal) e Raphaelle Garófalo.

De fato, após algum tempo, o positivismo penal, destoando de seu caráter biologicista inicial, tomou rumos sociológicos, o que decerto estimulou alguns penalistas brasileiros a adotarem a sociologia como Norte de seus estudos jurídicos.[53] Nesse ponto, Tobias Barreto foi extremamente crítico (como de costume) e, preocupado com o eclipsamento do direito, anteviu na sociologia um modelo de *macrociência social*, discordando deste.

Já com relação à medicina, também demonstrou inquietação, ao constatar que a ciência criminal começava a ser invadida por doutrinas de natureza médico-naturalista, estranhas ao caráter normativo do direito penal. Desse modo, comentando sobre a antropologia criminal, afirmou que "(n)ão cabe aqui uma crítica detalhada da obra de Lombroso, cuja menção incidentemente feita, serviu-me apenas para atestar o *hiperbolismo científico* dos médicos, quando invadem alheios domínios".[54]

Ainda, com relação à influência crescente da psiquiatria no estudo do direito penal, afirmou que "sobretudo na Itália é que o fenômeno já vai tomando proporções de *mania*. Ali surgiu nos últimos tempos uma nova escola que, agrupada em torno do Prof. Lombroso e outros médicos, somente médicos, exagerando por demais a pequena soma de verdades que a *psiquiatria* pode fornecer à *teoria do crime*, tem chegado quase ao ponto de fazer do direito criminal um anacronismo, e do criminalista um órgão sem função, um órgão rudimentar da ciência jurídica".[55]

---

52. Sobre o tema, Virgílio Campos ensina que "(e)mbora adversário da cientificidade da sociologia, por certo o seu maior equívoco doutrinário, Tobias era adepto do *sociologismo jurídico*, o qual, como se sabe, não se confunde com *sociologia jurídica*. O primeiro é um método, que estuda o direito em consonância com o fenômeno social por ele normatizado; a segunda é uma ciência autônoma, auxiliar do direito mas que com ele não se confunde: seu objeto é a sociedade, vista sob o ângulo do direito que a preside; nela o direito perde o seu caráter normativo e assume o papel de *ideologia*. Seu método é *indutivo* e não *dedutivo*. Em resumo, o *sociologismo jurídico* é um método de uma ciência; a *sociologia jurídica* é uma ciência ela mesma" (Tobias e o romantismo penal. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991. p. 284, grifos do autor).

53. Somente para citar alguns exemplos, vide: BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896; e EGYDIO, Paulo. *Estudos de sociologia criminal*. São Paulo: Casa Eclectica, 1900.

54. BARRETO, Tobias. Menores e loucos cit. p. 74, grifos nossos.

55. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal cit. p. 108, grifos do autor.

Essa opinião, sobre a participação dos médicos na realidade da Justiça penal, não é despida de contradições. Isso, porque Tobias Barreto, ao mesmo tempo que se indignava com a presença de cientistas estranhos ao *métier* jurídico, defendia que o julgamento da imputabilidade dos criminosos, nos casos de *anormalidades*, somente poderia ser feito por médicos.[56] Teodolindo Castiglione também revela essa incongruência, ao alegar que "(a) orientação de Tobias não prima pela coerência: delega a médicos a função de julgar e rejeita o *manicômio judiciário*, que Lombroso havia aceitado".[57]

Essa desconfiança, com relação à interferência de outras ciências no direito penal, não se limitava às ciências médica e sociológica. Tal intromissão impediria a delimitação do objeto científico da ciência criminal, pressuposto de qualquer conhecimento epistemológico. Segundo Tobias Barreto, "(o)perando com ideias que pertencem a esferas científicas diferentes, falando aqui em nome da *psicologia*, ali em nome da medicina, pondo aqui a seu serviço os dados da *estatística* ou os testemunhos da *história*, ali porém manejando as abstrações da *filosofia*, *o direito criminal ainda não pode traçar, uma vez por todas, o mapa de seus domínios*".[58]

Com essas lições, Tobias Barreto fortaleceu um conceito estritamente jurídico de crime, alicerçado sem a interferência de dados provenientes de outras ciências. Portanto, nesse particular, distanciou-se dos positivistas, os quais, por terem acatado uma explicação naturalista para o delito, repudiaram uma ideia puramente jurídica de crime.[59]

4. A DISCUSSÃO SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO

De todas as discussões suscitadas pela nova escola penal, certamente a mais importante, e que melhor demonstrou a inovação das ideias positivistas, com relação ao modelo clássico, foi aquela sobre o fundamento da responsabilidade criminal.

O paradigma clássico, então vigente, afirmava que os homens seriam iguais em essência, e que haveria liberdade de escolha entre agir conforme o direito ou em desobediência à lei penal. Essa liberdade no agir seria o fundamento da responsabilidade criminal, que para os clássicos seria uma espécie de responsabilidade moral.

---

56. "A minha opinião está assentada: aos médicos, e só aos médicos, é que compete apreciar definitivamente o estado normal e anormal da constituição psicofísica dos criminosos. Eles não devem limitar-se a *atestar* esse estado, mas antes devem *julgá-lo* magistrática e autoritariamente" (BARRETO, Tobias. Menores e loucos. Op. Cit. p. 70, grifos do autor).

57. CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 273.

58. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal cit. p. 108, grifamos a parte final.

59. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As razões do positivismo penal no Brasil* cit. p. 292.

Nesse sentido, resumindo a opinião dos clássicos, Ferri afirmou que "a explicação habitual por meio da qual o sentimento comum, a filosofia tradicional, e com elas a ciência criminal clássica, justificam o direito de punir o homem dos fatos negativos que cometeu, limita-se ao seguinte: O homem possui o livre-arbítrio, a liberdade moral; ele pode querer o bem ou o mal; e consequentemente, se ele escolhe o mal, ele é responsável por sua escolha e deve por isso ser punido".[60]

Essa posição idealista da Escola clássica, acerca dos homens, afirmando imperar a igualdade entre eles, compatibiliza-se com a *Weltanschaung* oriunda da filosofia da ilustração. Também é consequência da noção de Justiça universal, segundo a qual o direito penal obedeceria a uma lei natural, de origem metafísica.

Ocorre que os positivistas não se conformavam com essa justificativa para a responsabilidade penal. Afirmavam que, além de ser incorreta, do ponto de vista científico,[61] fomentava a impunidade geral, porque, sempre que um criminoso fosse portador de alguma enfermidade mental, seria inimputável, e por isso não responderia criminalmente por seus atos.[62]

Ferri afirmava que "a teoria do livre-arbítrio, que era o fundamento deles [dos clássicos], exclui a possibilidade dessa questão científica, porque, segundo essa tese, o crime é o produto de um comando da vontade humana. E se isso for admitido como um fato, nada mais será relevante. O assassinato foi cometido, porque o criminoso queria cometê-lo; e isso é tudo que há. Uma vez que se admita a teoria

60. Em livre tradução de: "Le raisonnement habituel par lequel le sentimento commun, la philosophie traditionelle, et avec eux la science criminelle classique, justifient le droit de punir l'homme des méfaits qu'il a commis, se réduit à ceci: – L'homme possède le libre arbitre, la liberte morale; il peut vouloir le bien ou le mal; et par consequent, s'il choisit le mal, il est responsable de son choix et doit em être puni" (FERRI, Enrico. *La Sociologie Criminelle*. Paris: Félix Alcan, 1905. p. 318-319).

61. De fato, essa era a opinião corrente à época, mesmo entre os positivistas moderados. Veja-se, por exemplo, a opinião de Clóvis Beviláqua: "A responsabilidade, corollario imediato do livre arbítrio, tal como a comprehendiam a psychologia e a moral espiritualistas, e tal como dellas recebeu, para suas applicações especiaes, a eschola classica de direito criminal, *julgo-a completamente fora de questão, deante do espirito dominante na sciencia moderna*, que transportou para as regiões do espirito o princípio de causalidade em sua fórma superior de transformação e conservação das forças" (*Criminologia e direito* cit. p. 29, grifamos).

62. Nesse sentido, veja-se a afirmação de Viveiros de Castro: "Se a justiça não é um princípio absoluto e inmutável, como acabamos de demonstrar, é também outro erro grave dos metaphysicos e illusão perigosa do livre arbítrio. Fundar sobre esta hypothese a responsabilidade penal é enfraquecer a defesa social, deixando impune pela consequência logica dos principios uma vasta classe de criminosos perigosos" (*A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1913. p. 34). Esse argumento também transparece em Nina Rodrigues. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* cit. p. 67.

do livre-arbítrio como um fato, a ação depende do comando, da determinação voluntária, do criminoso, e não há mais nada a dizer".[63]

O conceito de delito, segundo Lombroso, relacionava-se com uma espécie de patologia, e seria um reflexo de características físico-biológicas anormais do criminoso.[64] Ora, considerando que o criminoso, segundo o positivismo, era um *anormal*, cujos atavismos faziam com que sua natureza humana fosse deturpada, diferenciada da dos demais homens, nada seria mais natural que defender o controle punitivo para todos os que fossem *naturalmente delinquentes*, em razão do grave perigo à sociedade. Essa postura é um corolário da ideologia de defesa social, que perpassa todas as ideias positivistas.

Desse modo, a justificativa para a sanção criminal sempre se ancorava na ideia de proteção dos valores sociais, a partir da ideia de perigosidade do criminoso – afastando-se de tomar por base sua pretensa liberdade de agir. Ingenieros sintetizou essa mudança de mentalidade, afirmando que "(a)ntes o direito penal era tido como um transumpto de intangíveis princípios éthicos ou jurídicos, e a pena era o castigo da livre-escolha entre o bem e o mal, porque se responsabilisava o delinquente. Agora se apresenta como uma instituição destinada a systematisar a defesa collectiva contra os indivíduos inadaptados á vida em sociedade".[65]

Por essa razão houve uma ampliação do controle punitivo pelo positivismo, para abranger também os inimputáveis, com a criação das medidas de segurança e o aumento do rigor dos corretivos para menores infratores. De toda sorte, isso fez com que o sistema de justiça penal, antes de exclusivo trato dos juristas, sofresse a intervenção de médicos alienistas.[66] Essa intromissão dos médicos, fenômeno bastante acentuado à época,[67] despertara a atenção de Tobias Barreto, como já esclarecemos supra.

---

63. Livre tradução de "The theory of a free will, which is their foundation, excludes the possibility of the scientific question, for according to it the crime is the product of the fiat of the human will. And if that is admitted as a fact, there is nothing left to account for. The manslaughter was commited, because the criminal wanted to commit it; and that is all there is to it. Once the theory of a free will is accepted as a fact, the deed depends on the fiat, the voluntary determination, of the criminal, and all is said" (FERRI, Enrico. The Positive school of criminology. In: NEWBURN, Tim. *Key readings on criminology*. Portland: Willa Publishing, 2009. p. 100).

64. PONTI, Gianluigi; BETSOS, Isabella Merzagora. *Compendio di criminologia*. 5. ed. Milão: Raffaello Cortino Ed., 2008. p. 71.

65. INGENIEROS. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1938. p. 8.

66. "As teorias sucessivas e revolucionárias de Lombroso contribuíram largamente para a medicalização do crime, tanto por seus exageros como pelas críticas que suscitaram" (DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na* belle époque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 121).

67. O exagero do controle exercido pelos médicos na sociedade oitocentista foi ironizado em magistral conto de Machado de Assis, no qual o alienista Simão Bacamarte, sua persona-

5. A LIBERDADE DE AGIR, SEGUNDO TOBIAS BARRETO

Diante de tão profundas mudanças no cenário científico, e já com as opiniões bastante marcadas pelo positivismo histórico germânico, Tobias Barreto não poderia permanecer imune a tais influências na seara penal. Até que ponto se deu essa influência, e em que medida o positivismo penal foi assumido por Tobias Barreto, ainda são questões que mereceriam uma análise mais aprofundada.

Sobre o tema, Teodolindo Castiglione afirmou, em nosso entendimento de modo precipitado, que "(n)ão há dúvida de que, excluindo-se os ataques desferidos contra Carrara, Tobias Barreto diz que não se filia às teorias de Lombroso e vaticina o desaparecimento da escola positiva; *a despeito disso, porém, o professor do Recife não é capaz de, totalmente, se livrar da influência renovadora do professor de Turim* (...) estamos a dizer que Tobias Barreto adquiriu outra linguagem e *raciocina como um positivista*... Era o começo de uma nova era".[68]

Ora, é preciso reconhecer que Tobias Barreto admitiu a influência de dados hereditários no cometimento de delitos, aproximando-se bastante da noção de atavismo, conceito chave na criminologia lombrosiana. Afirmou contundentemente que considera "o crime uma das mais claras manifestações do princípio naturalístico da *hereditariedade*".[69]

Também acreditava na importância da sanção jurídica como mecanismo de seleção, sempre influenciado pelas teses do evolucionismo biológico de Darwin. Por isso, afirmava que "mais tarde ver-se-á nela [na pena], em nome de Darwin e de Haeckel, alguma coisa semelhante à *seleção espartana*, ou uma espécie de *seleção jurídica*, pela qual os membros corruptos vão sendo postos à parte do organismo social comum".[70]

Entretanto, discordou do positivismo com relação a um de seus pilares fundamentais, que era a concepção determinista do agir humano. Ora, a objeção de To-

---

gem principal, em carta para a Câmara municipal, justificando-se de suas estranhas atitudes, afirma: "1.° que verificara das estatísticas da vila e da Casa Verde, que quatro quintos da população estavam aposentados naquele estabelecimento; 2.° que esta deslocação da população levara-o a examinar os fundamentos da sua teoria das moléstias cerebrais, teoria que excluía do domínio da razão todos os casos em que o equilíbrio das faculdades não fosse perfeito e absoluto; 3.° que desse exame e do fato estatístico resultara para ele a convicção de que a verdadeira doutrina não era aquela, mas a oposta, e portanto que se devia admitir como normal e exemplar o desequilíbrio das faculdades, e como hipóteses patológicas todos os casos em que aquele equilíbrio fosse ininterrupto" (O Alienista. *Obras Completas* 2/280-281. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2006.

68. CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. Op. cit. p. 272, grifamos.

69. BARRETO, Tobias. Menores e loucos cit. p. 46.

70. Idem, p. 46, grifos do autor.

bias Barreto originou-se, justamente, de sua negativa em considerar a ação humana completamente vinculada, determinada por seus caracteres biológicos. Apesar de naturalista, não chegou a se desvencilhar de toda a sua formação filosófica metafísica, e por isso se recusava a aceitar o determinismo, nadando contra a corrente positivista da época. Segundo Aníbal Bruno, "foi esse resíduo de metafísica, sem dúvida, que lhe impediu, não só em filosofia, mas em sociologia e em direito, as conclusões extremas que o seu evolucionismo prometia".[71]

Acreditava que a crença no determinismo era um grande exagero do positivismo penal. Mesmo que o livre-arbítrio não pudesse ser sustentado de forma absoluta – conforme a doutrina clássica propusera –, afirmava ainda que haveria certa margem de liberdade, dentro da qual o criminoso deveria se responsabilizar por seus atos.

Tobias Barreto destacou-se com uma visão original, à época, com relação à problemática da responsabilidade penal. Se, por um lado, cedia parcialmente ao influxo do positivismo penal, por outro lado, mantinha a substância, ainda que em versão bem modificada, do pensamento clássico. Essa posição conciliadora, no que diz respeito à liberdade, foi inovadora naqueles tempos.[72]

Ao elogiar a consideração de fatores hereditários na dinâmica criminógena, defendida pelo positivismo penal, ponderava ao resguardar a importância da liberdade na fundamentação do agir humano, afirmando que "a dúvida, porém, aparece quando, assim estabelecida a verdade, pretende-se eliminar, como quebrados mínimos, que não perturbam o cálculo, os demais fatores, inclusive a própria vontade, e fazer remontar somente a causas naturais, ou a vícios de organização social, a prática de ações criminosas".[73]

Assim, Tobias Barreto "indica que o direito penal podia tomar as funções de normalização, propostas pela criminologia, sem com isso necessariamente abandonar todas as noções e dispositivos referentes à responsabilidade penal clássica, exemplificando bem a conciliação necessária entre as noções acerca da imputabilidade da escola clássica e da escola positiva".[74]

Não defendia a responsabilidade moral, ainda mais em razão de seu desprezo pelas ideias de Francesco Carrara. Por isso, desenvolveu uma ideia relativa de liberdade, segundo a qual não existiria o livre-arbítrio, porque a ação seria um desdo-

71. BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista* cit. p. 271.

72. "Enquanto José Higino, aqui mesmo, abria rumo franco ao determinismo, sobre a base do evolucionismo de Spencer, Tobias, combatendo os deterministas, tentava, de maneira mais pessoal e com uma originalidade estranha aos que se ocupavam do problema entre nós construir um conceito de vontade, independente das teorias extremas" (BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista* cit. p. 272).

73. BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal cit. p. 112.

74. ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...* cit. p. 222.

bramento da personalidade do agente. Dessa forma, defendeu a existência de uma causalidade psíquica.

Tão inédita e inusitada era a sua tese, que logo chamou a atenção dos doutrinadores criminais no Brasil. Os propagandistas do positivismo penal logo começaram a criticá-la, enquanto que os conciliadores assumiram a mesma postura comedida de Tobias Barreto.[75] O próprio Sylvio Romero alegou que essa tese havia sido sustentada por ele, bem antes de Tobias Barreto ter escrito sobre o tema.[76]

Segundo Tobias Barreto, a liberdade seria correspondente ao grau de evolução natural da personalidade humana, e não se vinculava aos motivos da ação, entendido como causas mecânicas.[77] Criticando Lombroso, Tobias Barreto afirmou que "na espécie de *devassa* que abriu contra todos os sistemas de prática penal, chamando a depor um grande número de testemunhas competentes e incompetentes, Lombroso acaba por ter razão somente contra os criminalistas metafísicos que ainda falam e creem em uma *imputabilidade absoluta*. Por exemplo, contra Carrara e outros dogmáticos, seus argumentos são peremptórios. *Mas estes partidários da imputabilidade absoluta já estão fora de questão; a luta das opiniões só é possível dentro dos limites da imputabilidade relativa*".[78]

Portanto, segundo essa imputabilidade relativa, a vontade se renderia às leis naturais, mas haveria liberdade no agir humano, vez que o homem ainda poderia escolher, ainda que contingenciado pela evolução de sua personalidade, os motivos que o impelem a agir de certo modo.[79] "Na realidade a ideia de Tobias é que a

75. Entre os propagandistas, destacamos as lições de Nina Rodrigues, considerado pelo próprio Lombroso como grande representante da antropologia criminal na América Latina. RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* cit. A nomenclatura (propagandistas e conciliadores) foi retirada do estudo de Ricardo de Brito Freitas. *As razões do positivismo penal no Brasil* cit.

76. "Ninguém hoje acredita mais, nem defende a liberdade absoluta, o *Liberum arbitrium indifferentiae* dos escolásticos. Sustenta-se apenas a liberdade relativa, fato indiscutível da consciência. Reconheceu-se, e Tobias Barreto mais tarde também entrou nessa direção, ser ela um predicado da consciência mais do que da vontade. Em janeiro de 1980, em nossa tese de concurso para a cadeira de Filosofia do atual Ginásio Nacional (Pedro II), intitulada 'Interpretação filosófica dos fatos históricos', anterior às 'Variações *antisso*ciológicas' de Tobias Barreto, já nós escrevíamos estas palavras: O problema da liberdade tem sido mal compreendido. A liberdade é mais uma *conquista da inteligência sobre o fatalismo da natureza*, do que o poder que dá a presunção a cada um para fazer disparates" (ROMERO, Sylvio. *Ensaio de filosofia do direito* cit. p. 45, grifos do autor).

77. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 318.

78. BARRETO, Tobias. Menores e loucos cit. p. 74, grifamos no final.

79. "A vontade seria uma conquista, um resultado da evolução humana e social, *mas seria livre pois os motivos não a determinam mecanicamente*. Seria uma vontade sujeita às leis naturais, mas um princípio seletor de motivos, aproximando-se, assim, o seu conceito do que hoje

vontade é determinada por motivos, mas que ela também é um motivo, uma vez que ele afirma (...) que o que o homem quer é sempre o resultado necessário da sua organização".[80]

Segundo Aníbal Bruno, essa ideia de uma imputabilidade relativa muito se assemelha com os fundamentos de doutrinadores que sucederam Tobias Barreto, como, por exemplo, a teoria do determinismo psicológico de Arturo Rocco.[81]

Tal tese também foi chamada de *livre-arbítrio relativo*, na crítica contundente de Nina Rodrigues.[82] No entanto, essa última denominação não nos parece a mais adequada, visto que a expressão *livre-arbítrio* parece indicar uma liberdade absoluta, que não admitiria relativizações. Por esse motivo, a expressão *livre-arbítrio relativo* corresponde a uma contradição, em termos. Ainda assim cumpre fazer referência à terminologia, que também ficou bastante popular em razão dos comentários de Nina Rodrigues.

Comentamos acima a opinião de Tobias Barreto de que as ciências deveriam ser complementadas pela filosofia. Somente dessa maneira, seria possível chegar-se a um conhecimento mais seguro, mesmo sendo o saber inexoravelmente relativo – o que significa, em última instância, que todo conhecimento é limitado.[83] É por isso que a tese de Tobias Barreto tem base filosófica,[84] motivo pelo qual se faz necessária uma breve digressão para melhor esclarecê-la.[85]

Antes, porém, frise-se que essa estrutura filosófica, algo complexa, e derivada sobretudo de pensadores alemães, talvez tenha contribuído para alguns equívocos na interpretação de sua tese, ou ao menos para a sua reduzida compreensão – restrita a pequenos círculos de pensadores brasileiros –, mesmo tendo sido ela amplamente divulgada.

---

chamaríamos de determinismo psicológico" (BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*. Op. cit. p. 272, grifamos).

80. BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*. Op. cit. p. 272.

81. BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*. Op. cit. p. 272, destacando o grande mérito de Tobias de ter criado uma tese que hoje serve como fundamento para uma grande corrente jurídico-penal.

82. RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Op. cit.

83. BARRETO, Tobias. Relatividade de todo o conhecimento. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 311.

84. "O mérito imorredouro do autor de *Estudos Alemães* está em ter visto o problema como um problema filosófico, e não puramente sociológico" (REALE, Miguel. O culturalismo na Escola do Recife. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 238).

85. Para um estudo mais aprofundado: SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Op. cit. LOSANO, Mario G. *Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma: Laterza, 2000. AIEX, Anoar. Um estudo sobre Tobias Barreto. Rio de Janeiro: Presença, 1989. PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

Isso se deve a, ao menos, dois motivos. Primeiramente, porque, à época, a difusão do conhecimento era um privilégio consagrado a umas poucas pessoas, que formavam a denominada cultura bacharelesca. Mesmo entre esses agraciados, poucos eram os que detinham uma cultura filosófica com aprofundamento suficiente para dialogar com as ideias do pensador sergipano.

Em segundo lugar, a filosofia no Brasil era (e ainda é) extremamente subdesenvolvida, o que motivou Tobias Barreto a comentar que "não há domínio algum da atividade intelectual, em que o espírito brasileiro se mostre tão acanhado, tão frívolo e infecundo, como no domínio filosófico".[86] Esse atraso, nesse campo específico do conhecimento, dificultou a compreensão de suas ideias.

Ainda sob influência do positivismo (com o qual somente iria romper definitivamente anos mais tarde), Tobias Barreto aprofundou seus estudos dos pensadores germânicos, e chegou a aderir a um novel sistema filosófico denominado de *monismo*. Tomou conhecimento de tal vertente por meio, entre outros, dos pensadores Eduard Hartmann e Ernst Haeckel. Sobretudo este último foi fundamental para a consolidação de suas opiniões, ainda que nunca tenha aderido integralmente ao haeckelismo.[87]

As teorias filosóficas monistas defendem que a realidade como um todo consiste em uma só unidade. São a antípoda das teses dualistas e pluralistas, as quais defendem a existência de realidades distintas (como por exemplo o platonismo).

Os monistas acreditam que todos os fenômenos do universo consistem em uma variação de uma única substância.[88] As concepções monistas da época frisavam a questão da transformação dessa substância una.

Por isso, o monismo relaciona-se intimamente com a lei da *evolução*, que na época consistia em um capítulo interessante do pensamento em voga, a partir dos contributos de Darwin e Spencer. Nesse sentido, "a teoria da evolução e o monismo são duas concepções que perfeitamente se aliam e até se supõem, podendo-se mesmo dizer que uma é condição da outra".[89]

Ainda que, em tese, os monistas possam ser materialistas ou idealistas, em regra o termo monismo refere-se a um sistema filosófico materialista, em grande parte devido à influencia das ideias de Ernst Haeckel.[90]

O monismo, segundo a versão de Haeckel, tinha uma concepção mecanicista. "Consistia na redução de todos os fenômenos a um único denominador comum:

86. BARRETO, Tobias. Recordação de Kant cit. p. 365.

87. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã* cit. p. 170.

88. BRITO, Farias. *Finalidade do mundo*, Brasília: Senado Federal, 2012. vol. III, p. 94.

89. Idem, p. 94.

90. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 681.

o movimento. A partir daí, encontrariam uma explicação fundada no método aplicado com êxito pelas ciências positivas ao estudo da natureza. Era o tributo que o pensador pagava ao bom êxito da biologia e do darwinismo".[91]

Ernst Haeckel pertence ao segundo movimento do materialismo não dialético, que se diferencia da vertente dialética, nascida da influência de Hegel. Com nítida inspiração no evolucionismo de Darwin, o *haeckelismo* ditava que "a origem e desenvolvimento do homem podem ser explicadas adequadamente em termos evolutivos, e que não há necessidade de supor a atividade criativa de um Ser sobrenatural".[92]

Suas propostas objetivam servir como fundamento para as ciências empíricas.[93] Diga-se de passagem, o próprio Ernst Haeckel era zoólogo de formação. No entanto, ao contrário de seus pares, não se conformava com a máxima positivista de que as ciências naturais deveriam se contentar com o método indutivo. Assim, advogava uma verdadeira comunhão entre a investigação científica e filosófica, proposta muito bem recebida por Tobias Barreto. Propunha, para tanto, um método indutivo-dedutivo.[94]

Sua visão monista era causalista. Para ele, toda a realidade poderia ser explicada a partir de uma combinação de forças e matéria. Conforme esclareceu o próprio Tobias Barreto, "o monismo naturalístico, que representa a unidade de vistas adquiridas no domínio das ciências naturais, está preso, como elas, à exclusiva consideração da causalidade, que é a lei capital da empiria, o princípio gerador da experiência".[95]

Tobias Barreto chegou a escrever um artigo somente para defender o monismo haeckeliano, expondo suas opiniões sobre porque essa seria a vertente mais adequada da filosofia.[96] Contudo, sua adesão não poderia ser irrestrita, justamente porque não concordava com a interpretação mecanicista do monismo haeckeliano, no sentido de que toda a realidade poderia ser interpretada a partir de *forças*, ou do movimento.

---

91. MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. Introdução. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 22.

92. AIEX, Anoar. *Um estudo sobre Tobias Barreto* cit. p. 37.

93. Idem, ibidem.

94. Idem, p. 39.

95. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 322.

96. Nesse trabalho, afirmou: "A despeito de todos os esforços em contrário, a doutrina de Haeckel, ou o *haeckelismo* (...) apoderou-se dos espíritos, que não tem medo de pensar. Os ataques dos seus contendores propendem de dia em dia para cair no ridículo, do qual não os salva a sua ciência incontestável, mas também já um pouco prejudicada" (BARRETO, Tobias. O haeckelismo na zoologia. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 216).

Sua divergência decorria, exatamente, de sua concepção do agir humano, o qual não poderia ser compreendido de maneira determinística, conforme o ideário positivista, vez que pautado pela liberdade. "A liberdade humana é um fato da ordem natural, que tem a sua lei, porém não se deixa explicar mecanicamente".[97]

É interessante a observação de Newton Sucupira, acerca do porquê da preocupação em repelir o determinismo, a qual motivou vários dos escritos finais de Tobias Barreto. Segundo o autor, o monismo mecanicista repugnava Tobias Barreto por negar a liberdade do homem, que é um dos dogmas do pensamento judaico-cristão, na forma de livre-arbítrio.

De fato, apesar de toda a celeuma provocada no meio eclesiástico, em razão de seus escritos, Tobias Barreto não pode ser considerado um inimigo da religião, tampouco um materialista genuíno.[98] De onde se justifica o seu apego pela metafísica. Muitas vezes, sua defesa pelo monismo é temperada por um sentimento espiritualista. Em seu monismo não materialista, o espírito estaria na imanência do todo.[99]

Mesmo discordando do determinismo, Tobias Barreto desejava preservar a concepção filosófica do monismo, e para isso precisava de novos embasamentos para defender suas convicções. Encontrou esses reforços nas obras de Hartmann, Jhering, Noiré e do próprio Kant.

Desses, certamente o finalismo de Jhering e o monismo filosófico de Noiré foram definitivos para a elaboração de sua posição eclética.[100] Segundo a concepção monista de Noiré, "o universo compõe-se de átomos inteiramente iguais, que são dotados de duas propriedades, uma interna – o sentimento, e outra externa – o movimento".[101]

A natureza seria explicada por meio de uma prevalência do movimento, com relação ao sentimento, e é por isso mesmo que para as ciências da natureza poderia ser aplicada a lógica determinista. No entanto, no que diz respeito à cultura – que se distingue da natureza, por ser um resultado da evolução de forças humanas, e portanto da liberdade – não é possível a utilização da causa eficiente, de um causalismo mecânico. Nos aspectos culturais, prevalece o sentimento (ou a vontade, como denominava Schopenhauer), e não o mecanicismo. De modo que o comportamento humano, pertencente à esfera da cultura, não poderia ser considerado deterministicamente, sendo possível afirmar a liberdade das ações humanas.

97. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 318.

98. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Op. cit. p. 192.

99. SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Op. cit. p. 195.

100. "É o monismo filosófico de Noiré. Só este realmente está no caso de completar e corrigir o monismo científico de Haeckel" (BARRETO, Tobias. Recordação de Kant. Op. cit. p. 374).

101. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 322.

Assim, "para o monismo filosófico, o movimento e o sentimento sendo inseparáveis, dá-se entre eles somente uma questão de grau: – onde mais domina o movimento, aparece então a *causa efficiens*; onde mais o sentimento, prepondera também a *causa finalis*".[102]

A opção de Tobias Barreto por utilizar Ludwig Noiré como sustentáculo fundamental de sua teoria merece ser comentada, visto que o alemão era um pensador de modesta contribuição para a filosofia alemã, que passou quase despercebido entre os grandes de sua época.

O fato talvez se explique a partir do ecletismo das ideias de Noiré. Ao defender a preservação do monismo, mas sem um caráter fundamentalmente mecanicista, sua filosofia foi extremamente conveniente para as intenções de Tobias Barreto.

Ademais, o fato de Tobias Barreto escrever de uma província isolada, e de tomar conhecimento das obras tedescas completamente apartado das discussões travadas a respeito delas nos circuitos acadêmicos europeus, certamente influenciou essa opção pela utilização de Noiré.[103] Assim, "Tobias padeceu de todos os males do autodidatismo. A esta luz, a historia de sua formação é, pode-se resumir, a história da formação da cultura do Brasil".[104]

A distinção entre natureza e cultura também é fruto das leituras de Jhering, no sentido de se conceber o direito "como um *fenômeno histórico e cultural*, um desenvolvimento no tempo".[105] Assim, no mundo inorgânico, da natureza, prevalece o movimento, explicado pela mecânica da causa eficiente; enquanto que o mundo cultural, onde prevalece o sentimento, somente poderia ser compreendido por meio da causa final.

Nesse sentido, podemos observar as lições de Jhering sobre a lei da finalidade, explicando que a vontade (que Tobias Barreto denomina de cultura), assim como a natureza, também se vincula à causalidade. "Destarte, a vontade, tanto quanto a natureza, necessita da causa eficiente. Todavia, na última, ela é de natureza mecânica: a *causa* (*causa eficiens*); na vontade, de natureza *psicológica*: a finalidade (*causa finalis*)".[106]

---

102. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 323.

103. "Por ser de extrema fragilidade, o monismo de Noiré foi com razão esquecido pela maioria dos historiadores da filosofia. Em virtude, porém, da extrema precariedade do ambiente filosófico brasileiro da segunda metade do século XIX, Tobias Barreto encontrou em Noiré a chave para a solução de quase todas as suas indagações filosóficas" (AIEX, Anoar. Um estudo sobre Tobias Barreto cit. p. 47).

104. LIMA, Hermes. *Tobias Barreto: a época e o homem*. 2. ed. São Paulo: Companhia editora nacional, 1957. p. 108.

105. REALE, Miguel. *O culturalismo na Escola do Recife* cit. p. 235.

106. JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. vol. 1, p. 1, grifos no original.

A ação humana, derivada da vontade, seria inexoravelmente dirigida a uma finalidade, posto que é essencialmente livre.

Foi a partir da junção de preceitos das teorias filosóficas de Noiré com as concepções sobre cultura e direito de Jhering que Tobias Barreto alicerçou seus escritos finais.[107] Ao explicar sobre a liberdade, ensina que ela pode ser compreendida a partir de um momento empírico – liberdade de poder –, e um momento racional – liberdade de querer.

A liberdade de querer depende da organização do homem. No entanto, essa questão não traria nenhuma implicação para o momento empírico da liberdade. Por essa razão, Tobias Barreto simplesmente ignorou as investigações sobre a liberdade de querer,[108] talvez acreditando que restaria naquela parcela inacessível ao conhecimento, conforme prelecionava a doutrina kantiana.[109]

Assim, Tobias Barreto não cuidou de explicar a real natureza da liberdade do homem, preocupado apenas com o momento empírico da liberdade. Conforme ensinado por Miguel Reale, fez a infeliz opção por não explicitar "a forma pela qual o *homem natural* pôde deixar de ser o objeto passivo da causalidade mecânica, para passar a ser o agente transformador da natureza".[110]

O determinismo consiste, em síntese, em negar a liberdade de ação, sob o pretexto de que as ações humanas são todas motivadas. *Motivo*, no caso, é um conceito ligado a uma causa eficiente, porque "os motivos são causas mecânicas, a que sucedem efeitos com a mesma necessidade, com que os fenômenos se sucedem no mundo exterior".[111]

Nesse sentido, o ato livre seria aquele praticado sem motivo algum. Com essa posição seria muito fácil defender o determinismo, visto que os atos humanos são praticados, no mais das vezes, com motivos. Discordando veementemente desse posicionamento, Tobias Barreto alega que, caso essa clássica afirmativa estivesse acertada, ações imotivadas seriam genuinamente livres. Mas essas ações imotivadas são exceções, como, por exemplo, nos casos psiquiátricos de doenças mentais. E não se poderia entender que as ações humanas somente são livres excepcionalmente.

---

107. REALE, Miguel. *O culturalismo na Escola do Recife* cit. p. 235.

108. "Por entender que o momento racional nada acrescenta ao empírico, dele se descarta, como se fosse um pedaço de papel, nervosamente amarfalhado, para ser lançado no cesto das coisas inúteis" (AIEX, Anoar. *Um estudo sobre Tobias Barreto*. Op. cit. p. 45).

109. "Se por detrás da vontade, que se sente livre, esconde-se força estranha, que a impele, sem ela saber, para este ou para aquele lado, é questão que entrego de todo à meditação dos teólogos" (BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 337).

110. REALE, Miguel. *O culturalismo na Escola do Recife*cit. p. 238.

111. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 318.

Na verdade, segundo Tobias Barreto, o agir humano é motivado, e isso não exclui a característica da liberdade das ações.[112] "A livre vontade não é incompatível com a existência de motivos; pelo contrário, eles são indispensáveis ao exercício normal da liberdade".[113]

Considerando, portanto, a liberdade em seu sentido empírico, acredita que essa liberdade empírica é um fato da consciência,[114] pois o homem *pode o que quer*, e isso é uma verdade experimental.[115] Dessa maneira, sucede uma preponderância da causalidade final, em detrimento da causalidade eficiente.

Interessante a observação de Anoar Aiex, no sentido de que essa liberdade defendida por Tobias Barreto não se confunde, exatamente, com o livre-arbítrio, "cujo princípio básico pode ser assim formulado: eu posso fazer o que quero. Pelo contrário, julga que não há contradição entre a *vontade livre* e a *existência de motivos*, pois estes são *indispensáveis ao exercício normal da liberdade*".[116]

A liberdade seria, portanto, a possibilidade de o homem atingir uma meta a que ele mesmo se propôs.[117] "Assim, ao passo que as causas naturais se traduzem num *porquê*, a causa voluntária se exprime num *para-quê*. A ideia deste *fim* aparece como motivo, e os *motivos*, já nós vimos, não excluem a liberdade".[118]

De forma definitiva, Tobias Barreto explica que a liberdade "não é a deusa que aparece em sonho aos metafísicos de antigo estilo, não é uma graça, nem um dom do céu, mas simplesmente uma conquista, um hábito ou um jeito, que o homem adquire, de dirigir seus atos para um alvo real ou ideal, por ele prefigurado, e quase sempre em oposição ao pendor da natureza, da mesma forma que se pode adquirir o hábito de nadar contra as correntes".[119] Destarte, a liberdade pode ser aperfeiçoada, pois é um produto da arte humana, "e em tais condições o homem vem a ser o artista de si mesmo".[120]

6. O LEGADO DA TEORIA DA LIBERDADE DE AGIR DE TOBIAS BARRETO

Logicamente que uma posição tão inovadora não poderia ficar isenta de críticas. De tal modo que, rapidamente, vários doutrinadores se insurgiram contra a possi-

112. Idem, p. 319-320.

113. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 320.

114. AIEX, Anoar. *Um estudo sobre Tobias Barreto* cit. p. 45.

115. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 318.

116. AIEX, Anoar. *Um estudo sobre Tobias Barreto* cit. p. 45-46, grifos do autor.

117. BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia... cit. p. 328.

118. Idem, p. 328, grifos do autor.

119. Idem, p. 337.

120. Idem, p. 338.

bilidade de relativização da liberdade, aderindo abertamente à ideologia positivista do determinismo.[121]

Entre esses, o próprio Ferri, maior defensor da nova Escola Penal do positivismo, foi taxativo em sua condenação de qualquer concepção intermediária de liberdade. Mesmo que não se referindo especificamente às ideias do lente da Escola do Recife, afirmou que "não há, na realidade, algo verdadeiramente lógico, além do livre-arbítrio absoluto ou do determinismo absoluto: *toda concepção intermediária é um contrassenso*, e qualquer satisfação que ela fornece ao instinto de utilitarismo personalizado do ecletismo que, sobretudo entre as populações cansadas, amigas da vida tranquila e do meio correto, é uma das formas mais comuns de timidez mental".[122]

Na doutrina brasileira, certamente o maior crítico dessa doutrina foi Nina Rodrigues. Segundo o médico baiano, o *livre-arbítrio relativo* promovia a impunidade geral.[123] Ademais, alega ser uma grande incongruência na obra de Tobias Barreto reconhecer a grande influência dos fatores hereditários no comportamento criminoso e, ao mesmo tempo, afirmar a existência de liberdade no agir, ainda que relativa.[124]

Após considerar essas ressalvas, uma questão que permanece ainda em aberto e que certamente deveria ser melhor analisada é, precisamente, até que ponto essa posição conciliadora de Tobias Barreto exerceu influência efetiva sobre a doutrina jurídico-penal no Brasil.[125]

Reconhecemos que não temos, até o momento, respostas conclusivas sobre essa indagação. Contudo, arriscamo-nos a afirmar que os argumentos de Tobias Barreto sobre a liberdade de agir – talvez por serem de cunho nitidamente filosófico, e por isso de difícil compreensão pela comunidade jurídica em geral – tenham justificado

---

121. BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito* cit. p. 30. CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1913. p. 39-40.

122. Livre tradução de "Il n'y a, en realité, de vraiment logique et concevable que le libre arbitre absolu et le déterminisme absolu: toute conception intermédiaire est un non-sens, et quelque satisfaction qu'elle donne à l'instinct d'utilitarisme personnel de l'éclectisme qui, surtout chez le peuple fatigues, amis de sa vie tranquille et du juste milieu, est une des formes les plus communes de la timidité mentale" (FERRI, Enrico. *La Sociologie Criminelle*. Paris: Félix Alcan, 1905. p. 331, grifamos).

123. RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* cit. p. 67.

124. Idem, p. 63.

125. Segundo Miguel Reale, a questão da liberdade, conforme proposições de Tobias, não foi discutida nas 1.ª e 2.ª Repúblicas brasileiras. No entanto, o professor paulista fez tal afirmação se referindo, mais precisamente, à dicotomia natureza *versus* cultura. Por essa razão, acreditamos que a pergunta ainda se encontra sem a devida resposta, ao menos no que diz respeito à liberdade como requisito para a responsabilização penal. REALE, Miguel. *O culturalismo na Escola do Recife* cit. p. 240.

o abandono do problemático questionamento acerca do fundamento do direito de punir, fazendo com que seus sucessores passassem a evitar tal discussão.

Conforme já foi visto, o próprio Tobias Barreto parecia intuir esse grave problema na doutrina penal, ao afirmar a natureza política da pena criminal. De toda forma, passado o tempo de deslumbramento com o determinismo positivista – no qual os doutrinadores brasileiros apenas repetiam inopinadamente os ensinamentos da *escuola italiana*, sem uma mínima reflexão crítica –, a tese da imputabilidade relativa talvez tenha servido como pretexto (um argumento negativo) para aqueles que entendiam que a responsabilidade penal não se vinculava com a questão (insolúvel?) da existência ou não de liberdade no agir.

Essa, por exemplo, foi a posição de Aníbal Bruno, notadamente quando ensinou que "(e)m todo caso, já podemos caminhar em direito penal sem o sobressalto das eternas contendas entre livre-arbitristas e deterministas", e acrescentou que "(f)ez bem, portanto, Tobias, em excluir o problema sob a forma de qualquer dos dois extremos dogmáticos da fundamentação dos seus conceitos de pena e de delito".[126]

Por fim, o debate acerca da liberdade de agir acabou por se converter, alguns anos após o advento do positivismo, na discussão sobre a perigosidade do criminoso. Nesse sentido, Jimenez de Asúa resumiu bem os fundamentos da responsabilidade criminal que se esquivam da premissa do determinismo positivista, afirmando que essa responsabilidade poderia ser baseada na responsabilidade moral (nos moldes clássicos), ou em uma responsabilidade subjetiva de cunho social, sem, contudo, referências à liberdade relativa (em uma concepção semelhante a de Tobias Barreto), ou, por último, ter como base o estado perigoso do criminoso.[127]

Não poderíamos deixar de observar que essa ideia de perigosidade fomentou a responsabilidade criminal em razão de um *estado perigoso* (independentemente do cometimento de delito),[128] e por isso acabou se aproximando demais do determinismo positivista, muito embora tenha negado isso peremptoriamente.

7. CONCLUSÕES

As ideias de Tobias Barreto, com relação à fundamentação da responsabilidade criminal, e especificamente no que diz respeito à liberdade de agir, certamente foram inusitadas, ainda mais se considerarmos o momento histórico em que foram defendidas.

---

126. BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista* cit. p. 273.

127. ASÚA, Luís Jiménez de. *O Estado perigoso*. São Paulo: Edições Brasil, 1933. p. 37.

128. Como defendido, por exemplo, por: BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. p. 47.

Como visto, devido ao seu espírito inquieto, não aderiu totalmente às novas proposições positivistas, sendo na verdade o seu primeiro crítico brasileiro. Por outro lado, Tobias Barreto também se mostrava cético com relação ao método da escola clássica, chegando a nutrir profunda antipatia pelas ideias de Francesco Carrara, sua principal voz doutrinária.

Por essa razão, não seria apropriado entender o jurista como um conciliador, um positivista moderado. Certamente, suas duras e assertivas opiniões o colocavam em uma posição de originalidade, com relação às ideias da época. É difícil (talvez forçoso) tentar classificar Tobias Barreto em uma das duas escolas criminais.

Não obstante, tão somente no que diz respeito ao tópico específico estudado, acerca da utilização do livre-arbítrio como fundamentação para a reprimenda penal, podemos dizer que a teoria de Tobias Barreto, de certa maneira, conciliou os principais argumentos sustentados pela escola clássica e positivismo criminológico.

Muito embora não possamos afirmar que ele tenha sido um positivista moderado, Tobias Barreto influenciou muitos juristas que o sucederam, principalmente aqueles que tentaram aproveitar alguns preceitos tradicionais do modelo clássico e, ao mesmo tempo, unir-se à nova escola positivista.

A sua teoria foi fundamental para essa tentativa de conciliação, tendo em vista que, com sua proposta de relativização do livre-arbítrio, acabou munindo de argumentos aqueles que insistiam em negar a existência de um determinismo radical, de ordem social ou biológica. Por essa razão, a sua teoria da liberdade de agir constituiu-se em capítulo fundamental para o desenvolvimento da doutrina jurídico-penal brasileira.

8. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. *Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito* 12/285. Recife: UFPE, 2002.

AIEX, Anoar. *Um estudo sobre Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Presença, 1989.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASSIS, Machado de. O Alienista. *Obras Completas*, vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2006.

ASÚA, Luís Jiménez de. *O Estado perigoso*. São Paulo: Edições Brasil, 1933.

BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas. In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. Deve a metafísica ser considerada morta? In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. O haeckelismo na zoologia. In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. Recordação de Kant. In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. Introdução ao estudo do direito. In: _____. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. Menores e loucos. In: _____. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

_____. Prolegômenos do estudo do direito criminal. In: _____. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

_____. O Monismo. In: _____. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BRITO, Farias. *Finalidade do mundo*, vol. III. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRUNO, Aníbal. Tobias Barreto criminalista. In _____. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

_____. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

CAMPOS, Virgílio. Tobias e o romantismo penal. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962.

CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1913.

CHACON, Vamireh. O radicalismo crítico de Tobias Barreto. In: BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na* belle époque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

EGYDIO, Paulo. *Estudos de sociologia criminal*. São Paulo: Casa Eclectica, 1900.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida: a utopia médica do biodeterminismo*. São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. *La Sociologie Criminelle*. Paris: Félix Alcan, 1905.

_____. The Positive school of criminology. In: NEWBURN, Tim. *Key readings on criminology*. Portland: Willa Publishing, 2009.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

INGENIEROS. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1938.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

LIMA, Hermes. *Tobias Barreto: a época e o homem*. 2. ed. São Paulo: Companhia editora nacional, 1957.

LOSANO, Mario G. O germanismo de Tobias Barreto. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

_____. *Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma: Laterza, 2000.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*, vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. s.d.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. Introdução. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

PONTI, Gianluigi; BETSOS, Isabella Merzagora. *Compendio di criminologia*. 5. ed. Milão: Raffaello Cortino editore, 2008.

REALE, Miguel. O culturalismo na Escola do Recife. In: _____. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

ROMERO, Sylvio. *Ensaio de filosofia do direito*. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Ivan Luiz da. Introdução ao racionalismo e positivismo criminológicos. *RT*, vol. 828. ano 93, São Paulo: Ed. RT, 2004.

SUCUPIRA, Newton. *Tobias Barreto e a filosofia alemã*. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A recepção do positivismo criminológico no Brasil, de João Paulo de Aguiar Sampaio Souza – *RBCCrim* 68/263 (DTR\2007\546); e
- Introdução ao racionalismo e positivismo criminológicos, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 828/503 (DTR\2004\654).

Anotações sobre o direito penal nas *Cartas persas* e no *Espírito das leis*: Montesquieu humanista

Notes on criminal law on Persian Letters *and* Spirit of the Law: *Humanist Montesquieu*

Sheila Jorge Selim de Sales

Professora Associada na Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia e Pós-Doutora pela Universidade de Roma – "La Sapienza". Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito; Filosofia

Resumo: O presente escrito tem por objetivo sintetizar num só texto as principais ideias de Montesquieu em matéria penal, esparsamente delineadas nas *Lettre Persane* e no *Esprit des lois*. Nessas obras, encontram-se suas mais notadas reflexões sobre o tema. Para tanto, foram também consultados diversos e autorizados intérpretes da obra do filósofo. Embora Montesquieu não tenha destinado seu trabalho ao estudo do direito penal, há muito se reconhece que, para além de ter inspirado Beccaria, em seu tempo, Montesquieu foi o primeiro filósofo a assentar as bases para um direito penal centrado sobre os pilares da certeza do direito, da liberdade dos cidadãos, sobre o princípio da humanidade das penas e de tantas outras contribuições que, ainda hoje, inspiram e embasam o direito penal no Estado Democrático. A obra de Montesquieu, em seu momento histórico, procurou colocar limites ao poder punitivo, tendo como cerne, em especial, a dignidade humana. Por isso, Montesquieu é um humanista. Os fragmentos de sua obra dedicados ao problema criminal são, sem dúvida, um importante capítulo da filosofia do direito penal.

Palavras-chave: Filosofia do direito penal – Proporcionalidade e humanidade das penas – Intervenção mínima – Classificação dos crimes – Dignidade humana.

Abstract: The present article aims at reuniting the main Montesquieu's ideas regarding penal matter sparsely outlined on *Lettre Persane* and *Espirit des lois*, in which his most relevant reflections on the theme can be found. In order to do so, several and authorized interpreters of the philosopher's work were also referred to. Even though Montesquieu did not dedicate his work to the study of criminal Law, it has long been acknowledged that, besides having inspired Beccaria, Montesquieu was the first philosopher who established the grounds for a Criminal Law centered on the cornerstones of Law certainty, freedom of citizens and the principles of humanity of penalties and many other contributions that, even nowadays, inspire and underpin the Criminal Law in the Democratic State. Montesquieu's work, on his historical moment, attempted to set limits to the punitive power, and it especially had, at its core, human dignity. Because of this, Montesquieu is a humanist. The fragments of his work which are dedicated to the criminal matter are, undoubtedly, an important chapter for the Criminal Law philosophy.

Keywords: Philosophy of Criminal Law – proportionality and humanity of penalties – nature of things – crime classification – human dignity.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 O direito penal nas Cartas persas: 2.1 Suicídio; 2.2 Contra a criminalização do duelo; 2.3 Acerca da severidade das penas; 2.4 Proporcionalidade das penas – 3

O direito penal no Espírito das leis: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Sobre a elaboração das leis; 3.3 A tortura; 3.4 Certeza do direito, liberdade política e o poder dos juízes; 3.5 Legitimidade da intervenção penal, função preventiva da pena e princípio da intervenção mínima; 3.6 Da impunidade como fator criminógeno; 3.7 A proporcionalidade das penas e a graça; 3.8 A natureza dos crimes; 3.8.1 Crimes contra a religião, secularidade e laicidade do direito penal; 3.8.2 Crimes contra os costumes; 3.8.3 Crimes contra a tranquilidade dos cidadãos; 3.8.4 Crimes contra a segurança dos cidadãos e teoria retributiva da pena; 3.9 A magia, a heresia e o crime contra a natureza; 3.10 Crime de lesa-majestade; 3.11 Violação do pudor na execução das penas: o princípio da humanidade na execução penal – 4 À guisa de conclusão – 5 Referências.

"Il faut dans les lois une certaine candeur. Faites pour punir la méchanceté des hommes, elles doivent avoir elles-mêmes, la plus grande innocence."
(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. 2, XXIX, 14, p. 294).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora seja inumerável a literatura que destaca as contribuições de Montesquieu à Sociologia, à Ciência Política, à Economia, à História e ao Direito em mais de dois séculos de estudos,[1] raros são os escritos que tratam, especificamente, de suas concepções penais.

Se por um lado Montesquieu não destinou sua obra unicamente ao estudo do direito penal, como o fez Beccaria, há muito se reconhece que, em seu tempo, Montesquieu foi o primeiro filósofo a assentar as bases para um direito penal centrado sobre os pilares da certeza do direito, da liberdade dos cidadãos e sobre os princípios da necessidade e da humanidade das penas.

---

1. Cf. AA.VV. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu;* bicentenaire de l'Esprit de lois. Toulouse: Recueil Sirey, 1952; COTTA, Sergio. *Montesquieu e la scienza della società*. Torino: Giappichelli 1953; ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu la politique e l'histoire*. 3. ed. Paris: PUF, 1959 e, mais recentemente, AA.VV. *Leggere l'Esprit des Lois;* società e storia nel pensiero di Montesquieu. A/c D. Felice. Napoli: Liguori, 1998; AA.VV. *Montesquieu e i suoi interpreti*. A/c de D. Felice. Pisa: ETs, 2005; AA.VV. *Politica, economia e diritto nell'Esprit de lois du Montesquieu*. A/c de D. Felice. Bologna: Clueb, 2009, com diversos artigos sobre os mais diversos aspectos da obra de Montesquieu.
Charles de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, nasceu em 18.01.1689 na cidade de Brède, França, e morreu em 10.02.1755, em Paris. Foi conselheiro e, posteriormente, Presidente do Parlamento de Bordeaux. O tio, Presidente do Parlamento de Bordeaux, assegurou-lhe a sucessão de seu cargo. O livro *De l'esprit des lois*, ao qual Montesquieu dedicou 20 anos, foi sua obra mais importante: "Pela primeira vez, todas as legislações, todas as leis, todos os costumes, todas as instituições que regem a vida social, política ou doméstica, foram estudadas, analisadas e reduzidas a alguns princípios essenciais e julgadas com este espírito de moderação, que deve ter o legislador, sem ideias preconcebidas, sem sistema fixado de antemão, com a ajuda de processos rigorosamente científicos" (GRENIEU, Abel. Introdução: Montesquieu. *Cartas Persas*. Trad. Mário Barreto. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960. p. 27).

Ainda hoje sabemos que, na realidade, a dor, física ou mental, é a essência das punições em geral. O objetivo de qualquer forma de punição é infligir dor e sofrimento; dor física em alguns casos, psicológica em outros, enfim, uma combinação de sofrimento físico e mental.[2]

Ao tempo de Montesquieu, o que dizer das punições penais? Eram elas puramente dor e sofrimento físico e mental. Uma conjunção de penas cruéis e infamantes, tais como a pena de morte, executada nas mais diversas modalidades. As condenações eram arbitrárias e nenhuma limitação era colocada ao poderio dos monarcas e dos juízes.

Foi ele o primeiro filósofo do Iluminismo a se insurgir contra esse estado de coisas. Por isso, sua elaboração filosófica sobre temas específicos de direito penal apresenta, ainda hoje, interesse para aqueles que se dedicam ao estudo da matéria, uma vez que os estados democráticos contemporâneos incorporam diversos princípios penais por ele preconizados.

A liberdade e a dignidade humana são a base essencial de toda a doutrina penal de Montesquieu. A análise por ele feita no *Espírito das leis* sobre o despotismo é uma contínua crítica de suas deformidades, das perversões e atrocidades que delas resultam.[3]

Por isso, sua obra é vinculada, também, aos direitos humanos, e seu nexo se concretiza de forma clara ao tratar dos problemas penais. Nesse sentido, afirma Cassin que Montesquieu "foi um dos primeiros a discorrer contra a escravidão, a tortura, por um direito penal humano (...) ideias que se encontram na Declaração dos Direitos do Homem".[4]

Montesquieu foi um humanista e sua obra é humanista porque a ideia de dignidade humana permeia todo o seu conteúdo.[5] Embora seu discurso seja legitimador do direito penal, impossível negar que naquele momento histórico foi também inovador e humanista.

O filósofo criticou o direito penal vigente à sua época e elaborou grande parte da doutrina que, posteriormente, seria desenvolvida por Beccaria,[6] considerado até os dias atuais como o grande filósofo do Iluminismo Penal.

---

2. Cf. SCOTT, George Riley. *Storia delle punizioni corporali*. Trad. Silvia Denicolai. Milano: Mondadori, 2006.
3. Sobre o ponto, com maior profundidade, cf. FELICE, Domenico. Una forma naturale e mostruosa di governo: Il dispotismo nell'Esprit des lois. *Leggere l'esprit des lois*. A/c D. Felice. Napoli: Liguori, 1998. vol. 1, p. 9-102.
4. CASSIN, René. Montesquieu et les droits de l'homme. In: AA.VV. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu*. Paris: Recueil Sirey, 1952. p. 188.
5. Sobre o humanismo na obra de Montesquieu, cf. BARRIÉRE, Pierre. L'humanisme de l'esprit des lois. In: AA.VV. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu*. Toulouse: Recueil Sirey, 1952. p. 98-99.
6. Cf. DERATHÉ, Robert. Le droit de punir chez Montesquieu. *Atti del convegno Internazionale su Cesare Beccaria*. Torino: Accademia delle Scienze, 1965. p. 85-86.

Beccaria, referido por alguns como discípulo de Montesquieu,[7] o menciona não apenas na introdução de seu livro,[8] mas também no capítulo em que trata do "direito de punir": "(...) toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição que pode tornar-se mais geral assim: todo ato de autoridade do homem ao homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico".[9]

A propósito, afirma Roberto Rampione que o próprio Beccaria admitiu, em uma carta escrita em 1766 ao Abade Morellet, seu tradutor francês, que as fontes de sua formação intelectual podem ser individuadas no pensamento de Rousseau, Montesquieu e dos enciclopedistas.[10]

Voltaire vincula a glória de Montesquieu ao *Esprit des lois:* "as obras de Grócio e Pufendorf são apenas compilações; a de Montesquieu apareceu como a obra de um homem de Estado, de um filósofo, de um belo espírito, de um cidadão".[11]

---

7. Assim, cf. GRAVEN, Jean. Montesquieu et le droit penal. *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu;* Bicentenaire de l'esprit des lois – 1748-1948. Toulouse: Recueil Sirey, 1952. p. 219. Na Itália, cf. a precisa observação de BORGHERO, Carlo. L'ordine delle leggi e la natura delle cose nel libro XXVI dell'esprit des lois. In: AA.VV. *Politica, economia e diritto nell'Esprit de lois du Montesquieu.* A/c de Domenico Felice. Bologna: Clueb, 2009. p. 192, ao afirmar que "Montesquieu fu il maestro di Beccaria e si occupò di materia criminalle assai prima che Voltaire facesse le sue battaglie contro i soprusi e gli errori della giustizia penale francesse, sicché la sua influenza sulle discussioni relative alla riforma del diritto penale è innegabile". Sobre a influência da obra de Montesquieu sobre aquela posterior, de Beccaria, cf. CATTANEO, Mario A. L'humanizzazione del diritto penale tra Montesquieu e Beccaria. *Montesquieu e i suoi interpreti.* A/c de Domenico Felice. Pisa: ETS, 2005. p. 131-158.

8. No entanto, Beccaria nos fala não apenas das ideias coincidentes, mas também do contraste de opiniões existente entre suas concepções penais e aquelas de Montesquieu: "L'immortale Presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grande uomo, ma gli uomini pensatori pe' quali scrivo sapranno distinguere i miei passi dai suoi" (BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene;* e commento di Voltaire. Roma: Newton Compton, 1994, I. p. 20).

9. *Dei delitti e delle pene...* cit., p. 20, *in verbis*: "Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica".

10. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene...* cit., Introduzione di Roberto Rampione, p. 10, *in verbis*: "È lo stesso Beccaria ad ammettere, con lealtà, che le fonti della sua formazione intellettuale vanno individuate nelle idee di Rousseau, di Montesquieu e degli enciclopedisti. 'Io debbo tutto ai libri francesi', riconosce in una lettera inviata nel 1766 all'abate Morellet, suo traduttore francese e, del resto, è evidente l'influsso della dottrina contrattualistica di Rousseau, così come delle idee (soprattutto, in tema di separazione dei poteri) espresse dal Montesquieu nel *L'esprit des lois*".

11. VOLTAIRE. *Commentario sullo "Spirito delle leggi";* bifronte. A/c de Domenico Felice. Pisa: ETs, 2011. p. 56, "(...) le opere di Grozio e di Pufendorf sono solo compilazioni; quella di Montesquieu è parsa l'opera di un uomo di Stato, di un filosofo, di um bellospirito, di un cittadino".

O presente escrito visa reunir as principais ideias de Montesquieu em matéria penal, esparsamente delineadas nas *Lettre persane* e no *Esprit des lois*, sintetizando-as num só texto. Nessas obras encontram-se suas mais notadas reflexões sobre o problema penal.

Não foi uma inquietação de Montesquieu elaborar ou ensinar dogmática e as diversas ciências penais. Ateve-se a indicar as relações que regem a elaboração das leis, tendo em vista suas relações com a constituição de cada governo, os costumes, o clima, a religião, o comércio, etc.[12]

Embora não tenha construído um sistema penal completo, Montesquieu idealizou noções gerais e princípios extraídos das diversas relações que formam o "espírito das leis", de forma tal que as sanções penais não são sedimentadas nos "caprichos do legislador, mas da natureza das coisas".[13]

No início de sua obra *Espírito das leis*, o filósofo enumera uma série de condições que, em sua totalidade, formam o que ele denomina "espírito das leis". Assim, nas leis devem estar refletidos a psique do país, o clima gelado, quente ou temperado, "(...) à qualidade da terra, à sua situação, ao seu tamanho, ao estilo de vida do povo, lavradores, caçadores ou pastores; elas devem se relacionar com o grau de liberdade que a constituição pode suportar; à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu nome, ao seu comércio, aos seus costumes, às suas maneiras. Enfim, elas têm relação entre si; também possuem relações com suas origens, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais elas são estabelecidas. É sob todos esses aspectos que elas devem ser consideradas... Eu examinarei todas essas relações: elas formam o espírito das leis".[14]

Em sua procura para colocar critérios igualitários e objetivos de proporcionalidade para a previsão das penas em vista da gravidade dos crimes, Montesquieu

12. Sobre essas relações, ainda que não diretamente vinculadas ao direito penal, cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Saggio sulle cause che possono agire sugli spiriti e sui caratteri*. A/c de Domenico Felice. Pisa: Edizioni ETs, 2004. Segundo Domenico Felice, referido escrito "(...) é, sem dúvida, o mais importante entre os escritos deixados inéditos e incompletos pelo filósofo francês" (*Saggio sulle cause che possono agire sugli spiriti e sui caratteri*... cit., Introduzione, p. 9).

13. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, 1949. vol. 1, XII, 4, p. 198. Sobre o ponto, cf. GRAVEN, Jean. Montesquieu et le droit penal... cit., p. 211.

14. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, I, 3, p. 10-11, *in verbis*: "au *psysique* du pays; au climat glacé, brûlant ou tempere; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureuses, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leur inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs moeurs, à leurs manières. Enfin, elles ont des rapports entre elles; elles ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut le considerer... J'examinerai tous ces rapports: ils forment l'esprit de le lois".

destaca como um triunfo para a liberdade o momento em que "as leis criminais tiram cada pena da natureza particular do crime".[15]

Apesar da crítica de Ferrajoli,[16] perfeitamente adequada aos Estados Democráticos da atualidade, àquele tempo tal indicação de Montesquieu, se cotejada e associada às demais concepções em matéria penal contidas em sua obra, foi importante para o processo de humanização do direito penal.

2. O DIREITO PENAL NAS *CARTAS PERSAS*

A obra *Cartas persas* (1723) precedeu o *Espírito das leis* (1748) e é considerada a mais importante obra da juventude de Montesquieu.

Nas *Cartas persas*, ele realizou uma sátira da sociedade ocidental de sua época, contestando o absolutismo político e religioso de seu tempo.

Encoberto sob a máscara de um jovem persa, de nome "Usbek",[17] o autor faz poucas, mas apreciáveis referências ao problema penal, ainda que de forma geral. Dentre elas, ressalte-se a menção à proporcionalidade das penas. Montesquieu destaca que a moderação é virtude a ser cultivada no direito penal, expondo ideias de política criminal inéditas, avançadas e realmente *progressistas* para a sua época.

2.1 Suicídio

Na carta LXXVI, Usbek escreve ao amigo Ibben, afirmando serem injustas as leis europeias que punem o suicídio. Critica e repudia as leis que previam para o suicídio, dentre outras medidas, e.g., que o corpo fosse arrastado pelas ruas para vilipêndio e o confisco dos bens.

O matiz humanista, ao tratar dos temas penais, salta aos olhos para o leitor de Montesquieu: "(...) As leis da Europa são furiosas contra os que se matam a si mesmos: os faz morrer, por assim dizer, uma segunda vez; são arrastados indignamente pelas ruas; declaram-nos infames; confiscam-lhes os bens. Parece-me, Ibben, que estas leis são muito injustas. Quando estou acabrunhado de dor, de miséria, e de afrontas, por que querem me impedir de pôr fim às minhas penas, e privar-me

15. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., XII, 4, p. 198, *in verbis*: "C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime".

16. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*; teoria del garantismo penal. Bari: Laterza, 1990. p. 385, considera tal concepção da relação entre o delito e a pena naturalista e primitiva por conduzir ao princípio do Talião, bem como por obstacular o processo de tipificação das penas em relação aos delitos.

17. ABBAGNANO, Nicola. *Storia della filosofia;* la filosofia moderna: dal rinascimento all'iluminismo. Torino: Utet, 2011. vol. 2, p. 429.

cruelmente de um remédio já em minhas mãos? (...) Eu sou obrigado a respeitar as leis quando vivo sob a lei, mas quando não vivo mais, podem ainda me obrigar? (...) Todas estas ideias, caro Ibben, provêm apenas do nosso orgulho: nós não sentimos a nossa pequenez e qualquer inconveniente que nos aconteça, queremos sobressair no universo, nele representar um papel, e ser muito importante. Imaginamos que a aniquilação de um ser perfeito como nós degradaria toda a natureza, e não admitimos um homem a mais ou a menos no mundo – que digo eu? – todos os homens juntos, cem milhões de terras como a nossa, não são outra coisa que um átomo sutil, isolado, que Deus percebe apenas pela imensidade de seus conhecimentos".[18]

Posteriormente, Beccaria se deteve sobre a matéria postulando sua descriminalização. Referindo-se ao legislador como o "sábio distribuidor público da felicidade", conclui que a pena para o suicídio é injusta e inútil, uma vez que, "(...) conquanto seja uma culpa que Deus pune, porque só se pode punir após a morte, não é um delito diante dos homens, porque a pena, ao invés de recair sobre o réu, recai sobre sua família".[19]

As questões penais relativas ao suicídio foram duramente combatidas também por Voltaire. Ainda em face da obscuridade existente entre pecado e crime e, portanto, da confusão entre normas religiosas e penais, o filósofo criticou a lei penal aplicada aos suicidas, em especial, o confisco de seus bens.[20]

Segundo Voltaire, Virgílio censurava os suicidas, mas não os condenava. Em Roma, "(...) O imperador Marco Aurélio ordena que suas cinzas não sejam perturbadas, e que seus testamentos sejam considerados válidos (*Loi Du duvin Marc-Antonin*, code, liv. IX, tít. L.)".[21]

---

18. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*. Rotolito Lombarda: Larrousse, 2006. Lettre LXXVI, p. 187-188, *in verbis*: "Les lois sont furieuses em Europe contre ceux qui se tuent eux-mêmes: on les fait mourir, pour ainsi dire, une seconde fois; ils sont traînés indignement par les rues; on les note d'infamie; on confisque leurs biens. Il me paraît, Ibben, que ces lois sont bien justes. Quand je suis accablé de douleur, de misere, de mépris, pourquoi veut-on m'empêcher de mettre fin à mes peines, et me priver cruellement d'un remede qui est em mes mains? (...) Je suis obligé de suivre la loi, quand je vis sous les lois. Mais, quand je n'y vis plus, peuvent-elles me lier encore? (...) Toutes ces idées, mon cher Ibben, n'ont d'autre source que notre orgueil: nous ne sentons point notre petitesse et, malgré qu'on en ait, nous voulons être comptés dans l'univers, y figurer, et y être un objet important. Nous nous imaginons que l'anéantissement d'un être aussi parfait que nous dégraderait toute la nature, et nous ne conservons pas qu'on homme de plus ou de moins dans le monde – que dis-je? – tous les hommes ensemble, cent million de têtes comme la notre, ne sont qu'on atome subtil e délié, que Dieu n'aperçoit qu'a cause de l'immensité des ses connaissances".
19. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*... cit., XXXII, p. 58.
20. VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 22-23.
21. Idem, p. 23.

Essa posição de Voltaire é reafirmada ao comentar o livro de Beccaria. Após esclarecer que não pretende fazer apologia de um fato que as leis daquele tempo puniam, Voltaire afirma que, na Bíblia, nem o Novo nem o Velho Testamento trazem passagens que impõem à pessoa subtrair-se a vida quando não mais a tolera. As leis romanas jamais condenaram o suicida, diz ele. Assim, se um pai ou um irmão tirasse a própria vida por desespero, loucura, ou para fugir da dor ou, ainda, por ter ela se tornado um tédio, seu testamento deveria ser considerado válido ou os herdeiros deveriam suceder àquele que se suicidou *ab intestato*.[22] Mesmo diante da dimensão humanista desta lei, "(...) punimos o filho por ter perdido o pai e a viúva por lhe ter sido tirado o marido. Chegamos até mesmo a confiscar os bens do morto; o que significa, em definitivo, furtar o patrimônio dos vivos.[23] (...) 'Quem confisca o corpo, confisca os bens'; uma máxima vigente nos países em que o costume faz a lei. Como dissemos pouco antes, fazem morrer de fome os filhos daqueles que colocaram voluntariamente um fim aos seus próprios dias tristes".[24]

Montesquieu repudiou as leis aplicadas aos suicidas, que os fazia morrer "uma segunda vez". O morto era declarado infame, seu cadáver era arrastado pelas ruas, seus bens confiscados. Eram impostas, portanto, sanções penais infamantes para a família do suicida e simbólicas ao cadáver. À pessoa que praticava o tentado suicídio impunham-se, a um só tempo, penas infamantes e simbólicas.

A inicial crítica de Montesquieu se voltou para as leis europeias que, mesmo à pessoa livre, aprisionam a alma. Apontou não apenas a contrariedade dessas leis com o senso de humanidade do qual deveriam se revestir as sanções penais, mas também a violência por elas gerada em relação ao suicida e sua família.

Assim, antes de Beccaria e Voltaire, Montesquieu tratou os aspectos penais do suicídio, tema que, posteriormente, foi recorrente no Iluminismo Penal.

2.2 Contra a criminalização do duelo

Montesquieu também se insurgiu contra a criminalização do duelo. Na França, segundo o filósofo, a única forma de colocar fim às desavenças sobre uma "questão de honra" era o duelo. Mas essa solução era injusta, porque ser mais rápido ou mais forte que o outro não implica que suas razões sejam as que devam prevalecer.

---

22. Cf. VOLTAIRE. Commento intorno al libro "Dei delitti e delle pene" (di Beccaria). In: BECCARIA. *Dei delitti e delle pene;* e commento di Voltaire. Roma: Newton Compton, 1994. XIX, p. 91.
23. Idem, XIX, p. 92.
24. Idem, XXI, p. 92.

Os reis daquela época proibiram, em vão, o duelo, com severas penas. Segundo Montesquieu, tal prescrição não era observada, pois a "questão de honra" era mais forte que a lei. Por isso, diz Usbek a Ibben que os franceses ficaram em situação difícil, pois as leis da honra diziam que a ofensa deveria ser vingada, mas a justiça os punia, nesse caso, com penas muito cruéis. Assim, "(...) Se seguem as leis da honra, morrem sobre o cadafalso; se seguem aquelas da justiça, são para sempre banidos da sociedade. Não permanece, pois, nada mais que uma cruel alternativa: ou morrer, ou ser indigno de viver".[25]

Com o sutil e, ao mesmo tempo, profundo contraste entre as duas espécies de leis e o consequente raciocínio sobre o duelo, Montesquieu demonstra a situação violenta e contraditória criada pela sua criminalização, colocando as bases para tratar as questões penais no *Espírito das leis*.[26]

Posteriormente, Beccaria escreveu sobre a descriminalização do fato, e destacou que a melhor maneira de combater referido crime seria punindo o agressor, isto é, a pessoa que provocou o duelo.[27]

2.3 Acerca da severidade das penas

Na Carta LXXX, Montesquieu realiza uma crítica sobre a excessiva severidade das penas.

Usbek, ao escrever a Rhedi, afirma não ser a atrocidade ou brandura das penas a beneficiar ou favorecer a observância das leis. Nos países onde os castigos são menos severos, as pessoas teriam o mesmo temor que aquelas de países onde os castigos são tirânicos e horrendos: "(...) Num Estado, não são as penas mais ou menos cruéis que levam à obediência das leis. Nos países onde as penas são moderadas, elas são temidas do mesmo modo como naqueles onde são severas e tirânicas. Seja o governo suave ou cruel, as penas são sempre graduais; inflige-se um castigo mais ou menos grave, segundo a maior ou menor gravidade do delito. A imaginação se adapta por si mesma aos costumes do país onde se vive: oito dias de prisão ou uma pequena multa produzem tanta impressão no espírito de um europeu, crescido em um país de clemência, como a perda de um braço intimida um asiático".[28]

---

25. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*... cit., XC, *in verbis*: "Si l'ont suit les lois de l'honneur, on périt sur un échafaud; si l'on suit celles de la justice, on est banni pour jamais de la société dês hommes. Il n'y a donc que cette cruelle alternative, ou de mourir, ou d'être indigne de vivre".

26. Assim, cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 57.

27. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*... cit., X, p. 29.

28. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*... cit., LXXX, p. 197, *in verbis*: "Soit que le gouvernement soit doux, soit qu'il soit cruel, on punit tourjours par degrés: on inflige

Nos casos dados, as penas interligam um nível de temor, individual ou coletivo, à espécie de pena, mas cada país regula essa interligação a seu modo: "(...) a desesperação da infâmia desola um francês condenado a uma pena, e a um turco não faria perder um quarto de hora de sono".[29]

No entanto, prossegue Usbek, a severidade das sanções não faz com que se cometam menos crimes na Turquia, na Pérsia, em relação a outros países, tais como a Holanda e a Inglaterra: "(...) e que os homens, temerosos da gravidade dos castigos, sejam mais submissos à lei. Ao contrário, noto nestes Estados uma fonte de injustiças e de vexações. Acho até mesmo que o soberano, que é a personificação da lei, aqui é menos senhor do que em qualquer outro lugar".[30]

Com base nessa carta, é possível afirmar que o traço mais marcante do pensamento iluminista em matéria penal – como o é a sua característica humanista – está presente, ainda que implicitamente.

A suavidade das penas, segundo Montesquieu, é adequada às sociedades mais evoluídas. A gravidade e o rigor das penas previstas e aplicadas nem sempre atuam de forma decisiva e concreta para fins preventivos.

2.4 Proporcionalidade das penas

Na carta CII, Montesquieu critica a desproporcionalidade das penas aplicadas aos delitos, referindo-se aos sultões asiáticos: "O costume de mandar à morte, com um único sinal, todos aqueles que os desagradam, inverte a proporção que deveria existir entre delitos e penas, que é como a alma dos Estados e a harmonia dos impérios; enquanto a inobservância escrupulosa desta proporção dá aos príncipes cristãos uma enorme vantagem sobre os nossos sultões".[31]

---

un châtiment plus ou moin grand à um crime plus ou moin grand. L'imagination se plie d'elle même aux moeurs du pays ou l'on est: huit jours de prision ou une légére amende frappent autant l'esprit d'un européen, nourri dans um pays de douceur, que la perte d'un brás intimide um Asiatique".

29. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*... cit., LXXX, p. 197, *in verbis*: "(...) le despoir de l'infamie vient désoler un Français condamner à une peine qui n'ôterait pas un quart d'heure de sommeil à un Turc".

30. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*... cit., LXXX, p. 198, *in verbis*: "(...) et que les hommes, intimidés par La grandeur des châtiments, y soient plus soumis aus lois. Je remarque, au contraire, une source d'injustice et de vexations aux milieu de ces mêmes États. Je trouve même le prince, qui est la loi même, moins maître que partout ailleurs".

31. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Lettres persanes*... cit., CII, p. 233, *in verbis*: "L'usage où ils sont de faire mourir tous ce qui leur déplaisent, au moindre signe qu'ils font, renverse la proportion qui doit être entre les fautes et les peines, qui est comme l'âme dês États

Portanto, desde sua juventude, o filósofo demonstrava preocupação com o poderio dos monarcas e o princípio da proporcionalidade das penas, tema ao qual retornou posteriormente, no *Espírito das leis*.[32]

3. O DIREITO PENAL NO *ESPÍRITO DAS LEIS*

3.1 Considerações iniciais

Certo é que grande parte das reflexões penais de Montesquieu nas *Cartas Persas* foi exposta, de forma mais detida, no *Espírito das leis*.

Alguns intérpretes de Montesquieu afirmam que o *Espírito das leis* apresenta carência de sistematização,[33] o que não retira, entretanto, a grandeza dos propósitos da obra, cuja elaboração durou 20 anos.[34]

A vida de Montesquieu foi um esforço contínuo para compreender o homem e as leis que regulam sua existência no cosmos físico, na sociedade humana, suas relações com Deus, com a natureza e com os seus semelhantes. As leis expressam uma cadeia de relações constantes, às quais são subordinadas e das quais surgem. Isto é, as leis derivam da natureza das coisas.[35]

Tendo em vista que as leis encontram a "pauta" para sua feitura na natureza das coisas, não é inexato falar de jusnaturalismo em Montesquieu. Jusnaturalismo historicista, pois as leis de relação às quais as leis positivas devem se adaptar, para não serem arbitrárias, são uma razão extraída da história, isto é, uma "razão histórica".[36] Nesse sentido, afirma o filósofo que a lei deve ser expressão da razão humana, que rege todos os povos.[37]

---

et l'harmonie dês empires; et cette proportion, scrupuleusement gardée par le princes chrétiens, leur donne un avantage infini sur nos sultans".

32. Sobre o ponto, cf. item 3.7, *infra*. Ao comentar esta carta, CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 56, afirma que o raciocínio de Montesquieu se insere na contraposição entre Estados asiáticos e mulçumanos e Estados europeus e cristãos.

33. TRUYOL Y SERRA, António. *Historia da filosofia do direito e do Estado*. Trad. Henrique B. Ruas. Lousã: Tipografia Lousanense, 1990. vol. 2, p. 271.

34. Cf. CHEVALIER, Jean-Jacques. *Le grandi opere del pensiero politico*. Trad. Daniela Barbagli. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 128.

35. Para MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, I, 1, p. 5, "Le lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois; la Divinité a ses lois; le monde matériel a ses lois; les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois; le bêtes ont leur lois; l'homme a ses lois".

36. TRUYOL Y SERRA, António. *Historia da filosofia do direito e do Estado*... cit., p. 272.

37. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, I, 3, p. 10, *in verbis*: "La loi, en general, est la raison humaine, en tant qu'elle regule tous les peuples de la terre".

3.2 Sobre a elaboração das leis

Montesquieu cuidou especificamente da elaboração das leis e, portanto, também das leis penais: "É da bondade das leis criminais que depende principalmente a liberdade do cidadão".[38]

Nesse fragmento, o filósofo aponta para uma ética da legislação. Sobre a matéria, Ferrajoli nos diz ser legítima a "separação entre direito e moral que impõe, de um lado, o ônus da justificação das proibições e consente, por outro, de falar em uma ética da legislação, a fim de criticar as leis como imorais e, portanto, injustificadas".[39]

Para Montesquieu, "(...) o espírito de moderação deve ser aquele do legislador; o bem político, como o bem moral, se encontra sempre entre dois limites".[40]

O legislador deve ter estilo conciso e simples ao elaborar as leis. Imprescindível que as palavras desvelem para todos os mesmos significados, as mesmas ideias. Expressões vagas não devem ser utilizadas: "As leis não devem ser sutis, pois são feitas também para pessoas de medíocre entendimento: (...) elas não são uma arte de lógica".[41]

Montesquieu repudiou as leis desnecessárias. Elas esmorecem as normas indispensáveis e, por isso, a promulgação de leis que poderiam ser evitadas debilita a legislação.

Como as leis devem ser conhecidas por todos, elas não podem contrariar a natureza das coisas. Para o filósofo, é imprescindível que as leis tenham "uma certa candura. Feitas para punir a maldade dos homens, elas devem ter uma certa inocência".[42]

É interessante notar que Montesquieu escreveu sobre as presunções legais, ainda hoje presentes nas legislações penais. No âmbito das presunções, diz Montesquieu que elaborá-las em lei é melhor que deixá-las ao arbítrio dos homens.[43]

Na doutrina penal contemporânea, reconhece-se que o ideal de simplicidade, clareza e da limitação do número de leis, conatural ao iluminismo, já era presente na obra de Montesquieu.[44]

---

38. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 2, p. 197.
39. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*... cit., p. 461.
40. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, XXIX, 1, p. 279.
41. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, XXIX, 16, p. 291, *in verbis*: "Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour dês gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique".
42. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, XXIX, 16, p. 294, *in verbis*: "Il faut dans les lois une certaine candeur. Faites pour punir la méchanceté des hommes, elles doivent avoir elles-mêmes, la plus grande innocence".
43. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, XXIX, 16, p. 292, *in verbis*: "En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme".
44. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*... cit., p. 99 e 162, nota 10.

3.3 *A tortura*

O nobre francês dedicou um sucinto capítulo à tortura, rejeitando-a veementemente. O tema foi tratado de forma breve, na seara do direito penal, num período em que a tortura era compreendida e utilizada como instituto processual penal, como meio para obtenção de provas.

Montesquieu limita-se à consideração de que grandes gênios escreveram sobre a prática por ele considerada apropriada aos governos despóticos, que se perpetuam no poder servindo-se do temor. A tortura nada mais era que uma prática usual, como o é indevida a utilização do sofrimento, para a "procura da verdade", no curso do processo penal. Repudiou a tortura, com suas palavras e com seu silêncio, a um só tempo.

Após afirmar que a tortura é desnecessária, "por sua própria natureza",[45] ele mesmo se interrompe, renunciando a escrever sobre a matéria: "(...) eu ouço a voz da natureza, que grita contra mim".[46]

Nessa passagem, Montesquieu expressa toda a sua angústia, repulsa e compaixão relacionadas à matéria que lhe causa tanto tormento, pela crueldade que lhe é peculiar. Ao se referir à "voz da natureza", desvela a melhor acepção do jusnaturalismo, expressando todo o seu respeito pela dignidade da pessoa humana.[47]

Segundo Graven, um de seus mais autorizados intérpretes, "esta voz que Charles de Secondat de La Brède, o grande Montesquieu, que pertence à França, mas que pertence a todos nós, contribuiu mais que qualquer outra coisa a se fazer ouvir na Europa e em todo o mundo. Ao lado desta voz tão alta da razão, não se pode negar que se ouve também, algumas vezes de forma um pouco mais perceptível, a voz ou o tom do espírito".[48]

O filósofo não elencou os diversos argumentos contra a tortura. Mas sobre eles escreveram, após Montesquieu, Beccaria[49] e Pietro Verri.[50]

3.4 *Certeza do direito, liberdade política e o poder dos juízes*

No pensamento de Montesquieu, o conceito de liberdade dos cidadãos está intrinsecamente ligado ao problema penal. A lei penal deve se inspirar na noção de "liberdade política".

---

45. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, 17, p. 99.
46. Idem, p. 99.
47. Cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 49.
48. GRAVEN, Jean. Montesquieu et il diritto penale... cit., p. 245.
49. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*... cit., XII, p. 84.
50. VERRI, Pietro. *Osservazioni sulla tortura*. Roma: New Compton, 1994.

A liberdade não é fazer o que se quer, como poderia parecer nas democracias. É necessário ter clara a distinção sobre o que é a independência e o que é a liberdade: "A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem".[51]

A lei penal deve ser precisa e o magistrado deve estar vinculado ao seu conteúdo, para que seja assegurada a liberdade política, como concebida por Montesquieu.

Nos países moderados, diz o filósofo, priva-se um cidadão de sua honra e de seus bens tão somente após uma longa indagação, e a ele são conferidos todos os possíveis meios para sua defesa.[52] Porém, "Nos Estados despóticos, não existe lei. O juiz é ele mesmo a regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: onde ela é precisa, o juiz a segue; onde ela não o é, o juiz procura seu espírito. Nos governos republicanos, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, sua honra ou sua vida".[53]

Enquanto nas monarquias os juízes atuam como verdadeiros árbitros, à medida que um governo se aproxima de uma república, a maneira de julgar vai se modificando para atender ao princípio da legalidade: "Em Roma os juízes pronunciavam apenas que o acusado era culpado de um certo crime e a pena se encontrava dentro da lei, como vemos em diversas leis que foram feitas. Do mesmo modo, na Inglaterra, os juízes decidem se o acusado é culpável ou não do fato que o levou diante deles; e, se ele é declarado culpável ou não do fato que o levou diante deles, o juiz pronuncia a pena que a lei inflige por este fato: e, para isso, ele só precisa ter olhos".[54]

Montesquieu se expressa, assim, não apenas em favor da legalidade, mas também da certeza do direito, sempre em vista da liberdade política. A lei penal

---

51. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, XI, 6, p. 162, *in verbis*: "La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent (...)".

52. Cf. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, VI, 2. Para crítica ao ponto, em especial sobre a forma como se compunham os conflitos na Turquia, cf. VOLTAIRE. *Commentario sullo "Spirito delle legge"*... cit., XXX, p. 115.

53. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, VI, 3, p. 82, *in verbis*: "Dans les États despotiques, il n'y a point de loi. Le juge est lui-même as règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi: et là où elle est precise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement republicain il est de la nature de la constitution que le juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de sés biens, de son honneur, ou de sa vie".

54. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, VI, 3, p. 82, *in verbis*: "A Rome les juges prononçaient seulement que l'accusé était coupable d'un certain crime, et la peine se trouvait dans la loi, comme on le voit dans diverses lois qui furent faites. De meme, en Angleterre, les juges décident si l'accusé est coupable, ou non, du fait qui a été porté devant eux; et, s'il est declaré coupable, le juge pronounce la peine que la loi inflige pour ce fait: et, pour celà, il ne lui faut que des yeux".

deve, portanto, ser inspirada na noção de liberdade política originada da ordem constitucional.

A lei, e apenas ela, deve prever as penas. Afirma Montesquieu, dessa forma, o axioma *nulla poena sine lege*. A formalização legal da pena torna-se um pressuposto básico para reduzir o direito penal naquele período.

Ao juiz compete apenas julgar sobre a existência do crime e declarar culpado o seu autor, aplicando-lhe a pena prevista em lei.

O exemplo de Roma, antes transcrito, nos é dado por Montesquieu como forma de evitar o arbítrio, ou como o arquétipo do poder de julgar.

Esses fragmentos da obra de Montesquieu, que atualmente poderiam ser considerados óbvios e/ou banais, foram revolucionários em seu tempo e recebidos na Declaração de 1789 e nas primeiras constituições.

Naquele período, Montesquieu caracterizou de forma significativa a ideia de certeza do direito, mesmo sem ter utilizado tal expressão, em diversas passagens do *Espírito das leis*. Em toda a sua doutrina, a posição do juiz é de absoluta subordinação à lei, para garanti-la: "(...) os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor".[55]

Essa é a célebre passagem do *Esprit des lois*, na qual os intérpretes de Montesquieu afirmam ter ele reduzido a função judicial a puro mecanicismo, identificando o juiz tão somente como *la bouche de la loi*.[56]

O que se percebe diante da realidade do problema penal ao tempo de Montesquieu é sua abnegação em defender os cidadãos do arbítrio, inclusive judicial. Essa exigência foi advertida pelo filósofo, que exaltou o vínculo do juiz à lei. É num espectro garantista, tendo em vista o período histórico no qual viveu, que deve ser interpretada essa passagem do *Espírito das leis*.

Porém, no direito penal contemporâneo, Ferrajoli assevera não ser apenas estranha, "mas também incompatível com a epistemologia garantista a ideologia mecanicista da aplicação da lei expressa pela célebre frase de Montesquieu".[57]

Na realidade, tem sido reconhecido que "o aparato disposto para esta fundamental função social permanece sendo um aparato humano, com suas inevitáveis

55. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., Livro XI, 6, *in verbis*: "(...) les juges de la nation ne sont, come nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi".

56. Sobre o ponto, cf. FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2011. p. 112 e CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 36.

57. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*... cit., p. 11-12.

limitações e faltas e, por outro lado, a ideal certeza no regulamento das relações objeto das normas se choca com a realidade, que não tolera a redução dos fenômenos da vida, variáveis e complexos, em esquemas rígidos – mesmo se tecnicamente refinados – das normas jurídicas. A *relatividade* da ideia de *certeza* do direito se apresenta, assim, como uma obrigada resposta".[58]

E, com efeito, nos códigos penais da atualidade, há sempre uma margem deixada para a integração, a ser realizada pelo intérprete da norma.

Algumas vezes é oportuno deixar ao intérprete a faculdade de expressar-se em face das situações concretas, como ocorre, e.g., na utilização dos elementos normativos na espécie de fato incriminada, que enviam o intérprete a outras normas jurídicas, ou às normas sociais ou de costume. Nesse sentido, a expressão "ato obsceno", contida no art. 233 do CP brasileiro, é emblemática. Os elementos normativos do tipo, sem dúvida, deixam um rastro de indeterminação nos tipos penais, em contraste com o princípio de legalidade.

Tais elementos foram comparados a uma espécie de "órgãos respiratórios" do sistema penal, permitindo uma constante adequação da norma penal à realidade social, mesmo reconhecendo-se que violam o cânone da legalidade penal.[59]

Muitas vezes, a indeterminação da lei é involuntária, mas isso não significa que deva obrigatoriamente nos conduzir à incerteza ou à impossibilidade de controle, inclusive no âmbito do direito processual penal.

Acentue-se que atualmente atribui-se ao juiz penal uma margem de discricionariedade penal e não de arbítrio judicial;[60] como exemplos, mencione-se a discricionariedade do juiz na fixação das penas, na aplicação das medidas de segurança, dentre tantos outros institutos que poderiam ser indicados.

Por isso, a ideia de reduzir o juiz a mero executor da vontade legislativa, e assim, o ideal de representá-lo como *la bouche de la loi* é visto como uma ilusão: muitas vezes o juiz deve realizar indagações que vão além do simples teor da fórmula linguística contida na lei para individuar o objeto da tutela penal e aplicá-la (ou não aplicá-la) dentro de seus estreitos confins; outras vezes, por mais atento que seja o legislador, nos deparamos com os limites objetivos inerentes ao uso da linguagem legal, sendo inevitável uma dose de imprecisão; finalmente – e infelizmente – não podemos cogitar da uniformidade entre a linguagem da lei e a linguagem comum, que realmente asseguraria maior aderência do direito penal à realidade social.

---

58. RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 192.

59. Cf. FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*... cit., p. 83-84.

60. Sobre a matéria, cf. conciso e substancioso escrito de LATAGLIATA, Angelo Raffaele. Considerazioni sul concetto di discrezionalità del giudice penale. *Rivista trimestrale della scuola di perfezionamento delle forze di polizia*, Roma: IPZS, jan.-mar. 1988, p. 33-58.

Em todos esses casos, a interpretação se torna imprescindível para escolher, dentro do espaço semântico da lei, seu justo significado, não apenas em seu contexto, mas de forma sistêmica.

Assim, o cuidado do legislador em matéria penal e, em especial, as diversas teorias construídas pela doutrina penal dos Estados Democráticos sempre se direcionam – embora nem sempre consigam – no sentido de elaborar leis claras e precisas, bem como de fixar princípios e critérios idôneos para sua aplicação garantista, observante aos direitos fundamentais.

3.5 Legitimidade da intervenção penal, função preventiva da pena e princípio da intervenção mínima

Ao tratar das relações das leis com os princípios que formam o espírito geral, os costumes e as maneiras de uma nação, Montesquieu concebeu alguns critérios com a finalidade de radicar o direito penal sobre a liberdade.

Para Montesquieu, a intervenção penal é ilegítima quando ausente um crime. A legitimidade das penas se faz sentir tão somente quando postas para impedir delitos: "Existem meios para impedir os crimes: são as penas; e elas existem, para mudar as maneiras: são os exemplos"[61] (...) "Toda pena que não derive da necessidade é tirânica".[62]

A ideia de aterrorizar e amedrontar pela ameaça da sanção penal gozava de extrema credibilidade no direito penal daquela época. A pretensão de disseminá-la cada vez mais e de exacerbar o rigor punitivo levou a graves excessos, tanto na Idade Média como nos séculos posteriores.

A pena era exemplar e simbólica. Sua execução era brutal e violenta, a ponto de provocar em quem a assistisse o pânico e o medo. Ao tempo de Montesquieu, instaurou-se um sistema repressivo de iniquidades, que conduziu, sem dúvida, ao embrutecimento dos hábitos normais de convivência àquela época.

Para o filósofo, somente aos governos despóticos pode servir a severidade das penas, pois esses governos têm como princípio o terror.

É significativa, a propósito, a observação de Montesquieu relativa aos Estados despóticos, onde é grande a infelicidade das pessoas. Neles, as sanções penais devem ser severas. Nos Estados moderados, ao contrário, bastam os suplícios simples, pois nesses Estados a sensação que domina os cidadãos é o temor de perder a vida:

---

61. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, XIX, 14, p. 326, *in verbis*: "Il y a des moyens pour empêcher les crimes: ce sont les peines; il y en a pour faire changer les manières: ce sont les exemples".

62. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, Livro XIX, 14, p. 326, *in verbis*: "Toute peine qui ne derive pas de la necessité est tyranique (...)".

"Nos países despóticos as pessoas são tão infelizes que elas temem mais a morte do que lamentam a perda da vida; aqui os suplícios devem ser mais rigorosos. Nos Estados moderados teme-se mais perder a vida do que se receia a morte em si mesma; os suplícios que simplesmente suprimem a vida são, portanto, suficientes".[63]

Nos Estados moderados, serão o temor, a vergonha e o amor à pátria a evitar os crimes. Por isso, nesses Estados "(...) um bom legislador será menos preocupado em punir os crimes que em preveni-los; ele se aplicará mais a moderar do que em infligir suplícios".[64]

Nesses fragmentos, Montesquieu se insurgiu contra o simbolismo e a exemplaridade das penas.

Posteriormente, Beccaria sedimentou o "direito de punir" no fragmento do *Espírito das leis* que afirma ser tirânica toda pena que não derive da absoluta necessidade, antes transcrito.[65]

Nessa passagem de sua obra, Montesquieu, para além de elaborar o princípio da necessidade da pena, introduz a ideia de outro princípio não menos importante, que é aquele relativo a intervenção mínima, isto é, o recurso à sanção penal só deve ser realizado como *ultima ratio*.

Segundo Ferrajoli, essa formulação de Montesquieu, tal como aquelas construídas por iluministas que o sucederam, traduz-se em uma concepção utilitarista e secularizada da pena, que serve de modelo de justificação para o direito penal. No entanto, por permanecerem ancoradas na ideia de prevenção dos crimes, são impróprias para "fundamentar critérios de efetiva delimitação e minimização do direito penal".[66]

Se essa passagem de Montesquieu não serve como critério a tal fim, é impossível desconhecer que, diante da realidade de sua época, o filósofo foi reducionista e minimalista.

---

63. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, 9, p. 89, *in verbis*: "Dans les pays despotiques on est si malheurer, que l'on y craint plus la mort qu'on ne regrette la vie; les supplices y doivent donc être plus rigoureux. Dans les États modérés, on craint plus de perdre la vie qu'on ne redoute la mort en elle-même; les supplices qui otent simplement la vie y sont donc suffisants". Ao concluir o capítulo IX, Montesquieu usa uma frase que expressa seu sentimento de dor pela humanidade, quando submetida a atrocidades pelo arbítrio dos poderosos: "Lorsque nous lisons, dans les histoires, les exemples de la justice atroce des sultans, nous sentons avec une espèce de doleur les maux de la nature humaine".

64. *De l'Esprit de lois*... cit., vol. 1, VI, Capítulo 9, p. 88-89, *in verbis*: "(...) un bon législateu s'attachera moins a punir les crimes qu'à les prevenir; il s'appliquera plus à donner des moeurs qu'a infliger des supplices".

65. Cf. no presente texto, item 1, *retro*.

66. *Diritto e ragione*... cit., p. 249.

Portanto, mesmo reconhecendo que em Montesquieu não se encontram critérios para concretizar o reducionismo penal na atualidade, o filósofo estabeleceu critérios para delimitação da matéria penal, tendo em vista as circunstâncias históricas do seu tempo.

As concepções reducionistas do direito penal têm encontrado limites intransponíveis na hiperinflação de leis penais. Assistimos atualmente a uma abusiva expansão do direito penal, em muito condicionada pela tutela de funções, pela sociedade do risco e pela paulatina administrativização do direito penal, dos movimentos de Lei e Ordem e sua influência nas legislações penais, bem como do crescente clamor social por punição, em virtude do déficit de segurança pública nos Estados contemporâneos.

Ao dizer que o bom legislador deverá empenhar-se a prevenir delitos e não a puni-los, Montesquieu refere-se a atividades destinadas a evitar delitos servindo-se de medidas sociais em vez de intervir com sanções penais, prática esta denominada por alguns prevenção indireta.[67]

A propósito, Ferrajoli reconhece que "o projeto da prevenção dos delitos por meios não punitivos e dirigidos a combater as causas sociais da criminalidade é recorrente na literatura penal do Iluminismo".[68]

Desvela-se na obra de Montesquieu a função preventiva da pena e do inteiro sistema jurídico daquele período. A lei penal será apenas um instrumento da legislação em geral, pois toda ela deve servir a demover os cidadãos da prática de crimes.

Em um sistema jurídico preventivo, portanto, a sanção penal assumiria caráter *acessório*.[69]

3.6 Da impunidade como fator criminógeno

A humanização das penas, tema candente no Iluminismo Penal, encontra posição central na obra de Montesquieu.

O filósofo foi precursor do princípio da humanidade das penas. E assim se manifestou ao tratar da severidade das sanções penais de seu tempo.

Diz o filósofo que os governos violentos se preocupam mais em combater os inconvenientes infligindo penas cruéis, que em despertar o respeito às leis.

Segundo Montesquieu, a mente humana se habitua à gravidade da pena, diminuindo, assim, o temor a ela. Não é necessário, para dissuadir de crimes, a impo-

67. Nesse sentido, cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 63, que fala em "(...) opera volta a impedire i delitti com mezzi sociali prima, invece di intervenire com le pene".

68. *Diritto e ragione*... cit., p. 542, nota 23.

69. Cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 63, nota 13.

sição de medidas extremas. Por isso, os meios oferecidos para tal fim devem ser utilizados de forma cautelosa, com moderação: "Examinemos as causas de todos os relaxamentos e veremos que elas vêm da impunidade dos crimes, e não da moderação das penas".[70]

A severidade das penas, pois, não é o maior nem o melhor instrumento para conter a prática de crimes, mas sim a certeza de que, uma vez praticados, serão efetivamente punidos.

Posteriormente, Beccaria retomaria essa ideia, afirmando que "(...) A certeza de um castigo, ainda que moderado, fará sempre uma maior impressão que não o temor de outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade".[71]

Assim, mais uma vez Montesquieu confirma a presença e a força do sentimento iluminista, como movimento filosófico também fundado sobre a razão.[72] Essa inter-relação entre sentimento e razão no iluminismo penal foi encontrada com maior vigor na obra de Beccaria.

3.7 A proporcionalidade das penas e a graça

Nessa passagem, o filósofo retoma o tema da proporcionalidade das penas, por ele tratado nas *Cartas Persas*.[73]

Montesquieu, em conciso capítulo, trata a lei do talião. Afirma ser ela recorrente nos Estados despóticos. Apenas algumas vezes é utilizada nos Estados moderados.[74]

Porém, aqui se deteve, explicitamente, sobre o problema da indispensável proporção das penas a serem previstas, em vista do crime praticado. Afirma não ser correto aplicar a mesma pena àquele que apenas furta e àquele que furta e mata. Para a segurança pública, é imprescindível diferençar as penas. Quando essa diferença não existe, diz Montesquieu, a esperança é a graça soberana, ausente nos Estados despóticos.

Punir com a mesma pena os agentes de um furto e de um furto seguido de morte da vítima favorece a prática do crime mais grave.

---

70. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, 12, p. 91, *in verbis*: "Qu'on examine le cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines".

71. *Dei delitti e delle pene*... cit., XXVII, p. 46, *in verbis*: "La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità".

72. KANT, Immanuel e FOUCAULT, Michel. *Kant, Foucault;* che cos'è l'illuminismo? Milano: Mimesis, 2012, passim.

73. Cf. item 2.3, *retro*.

74. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, 19, p. 98.

Para exemplificar sua afirmação, Montesquieu narra que em Moscóvia, onde as penas previstas para os ladrões e assassinos são idênticas, os assassinatos continuam: "Os mortos, dizem, não contam nada".[75]

Mesmo ao tratar da justa proporcionalidade da pena, Montesquieu o faz dentro de uma perspectiva da função preventiva das sanções penais.

Ainda nessa passagem, o filósofo escreve em favor da ampliação do espectro de aplicação da graça, atribuída pelo soberano ao autor de crimes. Esse poder do príncipe de perdoar é importante e surte efeitos vantajosos. Mas Montesquieu não esclarece quais são esses efeitos.[76]

Voltaire diz que a conclusão de Montesquieu sobre a graça torna "*l'Esprit des lois* um bem precioso. Eis que não a possuem nem Grotius, nem Pufendorf, nem todos os compiladores sobre os direitos das gentes".[77]

Para Beccaria, ao contrário, a graça será necessária apenas onde as leis e as condenações são atrozes. A concessão da graça faz com que as pessoas sintam que os crimes podem ser perdoados, e que a sanção penal não é sua inevitável consequência, favorecendo, dessa forma, a impunidade:[78] por isso, as leis e seus executores devem ser inexoráveis, mas o legislador deve ser "doce, indulgente e humano".[79]

3.8 A natureza dos crimes

Montesquieu também se deteve em questões mais precisas acerca do direito penal.

Elaborou uma hierarquia para os delitos, dividindo-os em quatro grupos. Com base na natureza de cada um dos grupos em que classificou os crimes, indica as respectivas espécies de penas a serem a eles individuadamente cominadas.

Apesar disso, excetuando os crimes contra a religião, a nosso ver, tal classificação, aparentemente simples, é um dos pontos obscuros e imprecisos de sua doutrina penal.[80]

---

75. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, Capítulo 16, p. 98, *in verbis*: "Les morts, y dit on, ne racontent rien".

76. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, VI, Capítulo 21, p. 101, trata de forma mais detida sobre a clemência dos soberanos.

77. VOLTAIRE. *Commentario sullo "Spirito delle leggi"*... cit., bifronte, XXXIII, p. 121, *in verbis*: "Une telle décision et celles qui sont dans ce goût rendent, a mona vis, *l'Esprit des lois* bien précieux. Voilá CE que n'on dit ni Grotius, ni Pufendorf, ni toutes les compilations sur le droit des gens".

78. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*... cit., p. 69.

79. Ibidem.

80. Também nesse sentido, referindo-se aos crimes da segunda espécie elencados por Montesquieu, cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 72.

Ao tratar a matéria, as palavras de Montesquieu soam como uma denúncia. Em especial quando pensamos que, na história do direito penal, muitas vezes prevaleceu (e prevalece) a "violência do homem sobre o homem", parafraseando o filósofo.

Um dos triunfos da liberdade, segundo Montesquieu, aconteceria quando as leis penais determinassem cada pena, tendo em vista a natureza peculiar do crime. Todo o arbítrio cessa, diz ele, se a sanção penal não depender do capricho do legislador, mas sim da natureza das coisas.

Nesse fragmento do *Esprit des lois*, afloram os princípios da proporção e da humanidade das penas, próprias do pensamento iluminista, como o âmago de toda a doutrina de Montesquieu criminalista.

Se é certo que com a separação de poderes findou o arbítrio dos homens, Montesquieu agora cuida de colocar fim ao arbítrio dos legisladores, estabelecendo que as leis devem extrair a pena da natureza do delito, criando a proporção entre delito e pena. Ele coloca uma limitação legislativa para o Estado que tem como finalidade a liberdade, em matéria penal, ao esboçar um critério objetivo e natural para a concretização da proporcionalidade.

É com essa determinação que Montesquieu agrupa quatro espécies de crimes: contra a religião, os costumes, a tranquilidade e a segurança dos cidadãos.[81]

3.8.1 Crimes contra a religião, secularidade e laicidade do direito penal

A primeira classe de crimes compreende apenas os crimes contra a religião, que a lesam de forma direta. São os "sacrilégios simples", como Montesquieu os denomina. Estão excluídos dessa categoria os crimes que ofendem a prática da religião que, para Montesquieu, têm a mesma natureza daqueles que turbam a tranquilidade ou a segurança dos cidadãos.

As penas a serem previstas para o sacrilégio devem ser estribadas na natureza das coisas e, por isso, elas devem consistir na perda de todas as vantagens advindas da religião, tais como a expulsão dos templos, a privação da sociedade dos fiéis – que pode ser temporal ou perpétua – e a execração, dentre outras.

A prática de fatos contra a divindade, diz Montesquieu, não é matéria criminal. Nesses casos, as questões devem permanecer entre o homem e Deus, que sabe qual será o tempo e a medida de sua própria vingança.

Se o magistrado, ainda assim, procura o sacrilégio escondido, ele aniquila a liberdade dos cidadãos. Para Montesquieu, o erro reside em estabelecer a necessidade de vin-

81. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 4, p. 198, *in verbis*: "Il y a quatre sortes de crimes: ceux de la première espèce choquent la religion; ceux de la seconde, les moeurs; ceux de la troisième, la tranquilité; ceux de la quattrième, la sûreté des citoyens".

gar a divindade que, ao final, não deve ser vingada, mas sim honrada. Por isso, se as leis humanas quisessem vingar um ser infinito, estas deveriam ser graduadas sobre sua infinidade e não sobre as ignorâncias, as fraquezas e os caprichos da natureza humana.[82]

Nesse fragmento, ainda que implicitamente, desvela-se o reclamo contra a religiosidade jurídico-penal, em favor de um direito penal secularizado[83] e laico.

Fiel ao princípio de separação entre Estado e Igreja, ele não considera as ofensas à religião como crimes, mas, sim, pecados, reservando sua punição a Deus.[84]

Montesquieu se mostra claramente contrário à punição por violação de leis meramente religiosas: "É necessário evitar leis penais em matéria de religião".[85]

Assim, mesmo sem utilizar as expressões secularidade e laicidade, já as afirmava no *Esprit des lois*.

O princípio da laicidade impõe aos atuais Estados democráticos uma posição de neutralidade perante as religiões, o que não significa sua indiferença a elas. O Estado não pode deixar de atribuir relevo às religiões e nem mesmo ignorar sua presença na sociedade. Ao invés, deve garantir aos cidadãos liberdade de culto, como inscrito nas Constituições da atualidade.

Por isso mesmo, devem conviver, com igualdade e liberdade, os mais diversos credos, a fé, a cultura e as diferentes religiões. Ao direito penal cumpre tão somente assegurar a liberdade no exercício da fé, não importa qual seja a religião professada. As leis penais não podem criminalizar fatos proibidos pelas diversas religiões (pecados) ou dogmas religiosos.

---

82. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 4, p. 199: "Si les lois des hommes ont à venger un être infini, elles se régleront sur son infinité, et non pas sur les faiblesses, sur les ignorances, sur les caprices de la nature humaine".

83. Nesse sentido, cf. BORGHERO, Carlo. L'ordine delle legge e la natura delle cose... cit., p. 193 e CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 71-72. Interessante notar que os estudiosos mencionados, que são autorizados intérpretes de Montesquieu, sustentam que os fragmentos tratados neste capítulo referem-se apenas ao secularismo do direito penal, sem cogitar, de forma explícita, do princípio jurídico da laicidade.

84. Cf. BORGHERO, Carlo. *L'ordine delle legge e la natura delle cose*... cit., p. 193.

85. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, XXV, 12, p. 163, *in verbis*: "Il faut éviter les lois pénales en fait de religion". Entretanto, é importante acentuar que Montesquieu via com bons olhos a religião. Segundo ele, "Dans un pays ou l'on a le malheur d'avoir une religion que Dieu n'a pás donnée, il est toujours nécessaire qu'elle s'accorde avec la morale; parce que la religion, même fausse, est le meilleur garant que les hommes puissent avoir de la probité des hommes. Les points principaux de la religion de ceux de Pegu sont de ne point tuer, de ne point voler, d'éviter l'impudicité, de ne faire aucun deplaisir à son prochain, de lui faire, au contraire, tout le bien qu'on peut. Avec cela ils croient qu'on se sauvera dans quelque religion que ce soit: ce qui fait que ces peuples, quoique fiers et pauvres, ont La douceur et la compassion pour les malheureux" (*De l'esprit des lois*... cit., vol. 2, Livro XXIV, capítulo VIII, p. 139).

É importante relevar que, atualmente, o conceito de laicidade é bastante controverso na filosofia. Alguns realizam a contraposição entre laicidade e laicismo, outros entre laicidade fraca e laicidade forte[86] Enfim, o léxico é variado e também o seu significado filosófico.

Ao espectro do jurista interessam apenas a secularidade, isto é, o direito penal deve perseguir finalidades terrenas – e não espirituais –, assumindo uma posição de neutralidade em relação às diversas religiões, e a laicidade, segundo a qual ao direito penal não cumpre prescrever princípios morais e religiosos.

Ainda assim, é importante ressaltar uma vez mais que secularização e laicidade não significam ausência de valores ou indiferença a eles. Secularização e laicidade são – ou deveriam ser – garantias normativas nos Estados contemporâneos, que são pluralistas, multiétnicos e multiculturais, abertos às diferentes culturas e religiões, garantindo o reconhecimento dos direitos, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, foi ao secularismo e à laicidade que se referiu Montesquieu – ainda que com outras palavras – ao afirmar que as leis penais não devem tratar de matéria religiosa.

Posteriormente, também Beccaria demarcou a distinção entre pecado e crime, postulando a secularidade do direito penal: "Falo dos delitos que emanam da natureza humana e do pacto social e não dos pecados em relação aos quais as penas, mesmo temporais, devem regular-se com outros princípios diversos daqueles de uma limitada filosofia".[87]

É necessário, portanto, não confundir as diferentes religiões professadas no Estado, suas diretivas morais e suas proibições, suas concepções do mundo com as leis e os costumes, como a história demonstra ter ocorrido, em especial na China, segundo o filósofo.[88]

3.8.2 Crimes contra os costumes

A exposição de Montesquieu sobre quais seriam esses crimes é realizada de forma imprecisa e inconsistente. Por isso, seus comentadores ou não os indicam,[89]

---

86. Sobre a diversidade terminológica, as dificuldades e as diversas controvérsias suscitadas pela expressão na filosofia, cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Torino: Utet, 2009. p. 624-626 e ROMANO, Mario. Principio di laicità dello Stato, religioni e norme penali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 470-492.

87. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*... cit., XXXIX, p. 64.

88. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XIX, 16, 17 e 18, p. 326-329.

89. Assim o faz GRAVEN, Jean. Montesquieu et le droit penal... cit., p. 231, que se limita a expor as penas que devem ser prescritas, segundo Montesquieu.

ou o fazem registrando a incerteza relativa aos crimes que seriam compreendidos nesta classe.[90]

O filósofo limita-se a dizer que se insere nesta classe a violação da continência pública ou particular, da forma como se deve usufruir os prazeres que nos são dados pelo uso dos sentidos e pela união dos corpos.[91]

Os crimes que perturbam o exercício da religião, segundo Montesquieu, não se inserem nesse grupo, mas são da mesma natureza daqueles que lesam a segurança e a tranquilidade das pessoas e, por isso, devem ser remetidos a essa classe.

As penas a serem previstas para esses crimes, do mesmo modo, devem ser extraídas da natureza das coisas, como, e.g., as multas, a vergonha, a obrigação de se esconder, a infâmia pública, a expulsão da cidade, isto é, penas da jurisdição correcional.[92]

Segundo Cattaneo, essa classe de crimes compreende apenas as ofensas contra a moral sexual que, em face do princípio da secularização, não deveriam ser criminalizadas, isto é, deveriam restar fora do direito penal.[93]

Interessante notar que o estupro e o rapto, segundo Montesquieu, não se incluem nessa classe de crimes, por ofenderem também a segurança pública. São por ele inseridos na quarta espécie de crimes.[94]

3.8.3 Crimes contra a tranquilidade dos cidadãos

Tais crimes são aqueles que violam a tranquilidade dos cidadãos. Montesquieu restringe esta classe aos delitos que encerram um simples dano à ordem. Os crimes que lesam a tranquilidade e, ao mesmo tempo, a segurança são insertos no último grupo.[95]

Para o filósofo, esses crimes são "uma simples lesão de polícia",[96] mas não especificou quais são os delitos que o integram.

Para serem compatíveis com a natureza das coisas, as sanções penais sugeridas pelo filósofo para esses crimes são, e.g., a privação da liberdade, o exílio, as

90. Assim, cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 72.

91. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 6, p. 199.

92. Idem, vol. 1, XII, capítulo 4, p. 199-200.

93. Cf. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 72.

94. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, capítulo 4, p. 200. Segundo BORGHERO, Carlo. L'ordine delle leggi e la natura delle cose nel libro XXVI dell'Esprit des lois... cit., p. 193, neste capítulo Montesquieu "(...) mostra orrore nei confronti Del rogo cui erano condannati gli omosessuali".

95. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 4, p. 200.

96. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, Livro XII, capítulo 4, p. 200, *in verbis*: "(...) une simple lésion de police".

correções, dentre outras sanções que teriam como finalidade acalmar os espíritos inquietos e reestabelecer a ordem turbada.[97]

3.8.4 Crimes contra a segurança dos cidadãos e teoria retributiva da pena

Finalmente, ao tratar desta categoria de crimes, Montesquieu se detém muito mais sobre a natureza das penas do que propriamente da indicação dos delitos nela compreendidos.

As penas por ele sugeridas seriam os suplícios, considerando serem eles extraídos da natureza das coisas, tiradas da razão e das fontes do bem e do mal: uma "espécie de talião".[98]

A sociedade deve retirar a segurança daquele que a destituiu dela. A pena dos crimes contra a segurança dos bens deve ser a perda desses mesmos bens, pois assim ela será conforme a natureza. Referindo-se claramente ao homicídio, sustenta que ao agente que o pratica ou tenta praticá-lo deve ser aplicada a pena de morte, como "le remede de la société malade".[99]

Lamentavelmente, com essa fundamentação, legitimou a pena de morte para esses crimes, cuja abolição foi posteriormente defendida por Beccaria.[100]

Interessante notar que Montesquieu fez referências à lei do talião, afirmando ser ela recorrente nos Estados despóticos e apenas algumas vezes adotada nos Estados moderados.[101]

O filósofo também justifica a pena de morte ao criticar a origem do direito de escravidão em Roma. Para Montesquieu, a lei que pune um homicida com a pena de morte é lícita, teria sido feita em seu favor, pois teria sido essa mesma lei a proteger sua vida: "o que faz com que a morte de um criminoso seja uma coisa lícita, é que a lei que o pune foi feita em seu favor. Um assassino, por exemplo, gozou da lei que o condena; ela conservou sua vida em todos os instantes, ele não pode reclamar contra ela. Não acontece o mesmo com o escravo: a lei do escravo nunca lhe pode ser útil; ela é em todos os casos contra ele, sem jamais ser por ele: o que é contrário ao princípio fundamental de todas as sociedades".[102]

---

97. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, Livro XII, capítulo 4, p. 200.

98. Ibidem.

99. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 4, p. 200. Sobre o ponto, cf. GRAVEN, Jean. *Montesquieu et le droit penal*... cit., p. 231 e CATTANEO, Mario M. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 73.

100. Cf. *Dei delitti e delle pene*... cit., XXVIII, p. 47-51.

101. Cf. item 3.5, *retro*.

102. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XV, 2, p. 256, *in verbis*: "Ce qui fait que la mort d'un criminel est une chose licite, c'est que la loi qui le punit a été

Os intérpretes de Montesquieu apresentam posições diferenciadas quanto ao tema.

Cattaneo diz ter sido essa a única passagem em toda a sua obra na qual se encontra referência à teoria retributiva da pena.[103]

Para Tarello, "a propósito dos estados moderados, Montesquieu introduz a conveniência do critério da proporcionalidade: um critério sem dúvida fundado sobre a concepção da pena como retribuição que, no entanto, é também justificado sobre a base do critério da utilidade, enquanto a mesma punição por um crime mais grave e por um menos grave torna impune (...) a prática do crime mais grave por parte de quem o cometeu ou de qualquer forma pretenda cometer um crime menos grave".[104]

No direito brasileiro, Dal Ri Júnior, ao tratar do crime político, reconhece que "(...) a contribuição oferecida por Montesquieu apresenta características do discurso iluminista. Entre estas, a defesa da superioridade da prevenção, da necessidade de melhor proporcionar as penas e da utilização da pena de morte somente em hipóteses restritas".[105]

Na Itália, Cattaneo nos lembra que, "em relação ao problema da pena de morte, Montesquieu segue a mesma linha de outros filósofos e juristas, cujo pensamento está na base do moderno Estado de Direito".[106]

---

faite en sa faveur. Un meurtrier, par exemple, a joui de la loi qui le condamne; elle lui a conservé la vie à tous les instants, il ne peut donc pas réclamer contre elle. Il n'en est pas de même de l'esclave: la loi de l'esclave n'a jamais pu lui être utile; elle est dans tous le cas contre lui, sans jamais être pour lui: ce qui est contraire au príncipe fondamental de toutes les societés".

103. Assim, cf. CATTANEO, Mario M. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 74. Por sua vez, Jean Graven (*Montesquieu e le droit penal*... cit., p. 232), penalista francês que interpretou com maior profundidade os temas penais em Montesquieu, limita-se a citar o trecho relativo à pena de morte, sem tecer considerações. Ao invés, diz apenas, após a citação: "Mais le penes ne doivent pas uniquement êtres justes, elles doivent être modérées, elles ne doivent pas être excessives dans leur principe".

104. TARELLO, Giovanni. Montesquieu criminalista. *Materiali per uma storia della cultura giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1975. vol. 5, p. 243, *in verbis*: "a proposito degli stati moderati, Montesquieu introduce la convenienza del criterio proporzionalistico: um criterio indubbiamente fondato sulla concezione della pena come retribuzione, che però viene anche giustificato sulla base del critério di utilità (appena adombrato), in quanto la stessa punizione per un reato più grave da parte di chi ha commesso o comunque intenda commettere il meno grave".

105. DAL RI JÚNIOR, Arno. Entre lesa-majestade e lesa-república. A transfiguração do crime político no iluminismo. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 51, dez. 2005.

106. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 76, *in verbis*: "In rapporto al problema della pena di morte, Montesquieu è sulla linea di altri filosofi e giuristi, il cui pensiero sta pure alla base del moderno Stato di diritto, quali Kant e Feuerbach".

Por tudo isso, é preciso reconhecer que Montesquieu apenas referiu-se à lei do talião e, quanto à pena de morte, limitou-se a defender que fosse reduzido o âmbito de sua aplicação. É importante reafirmar que em momento algum a defendeu com ardor.

Em toda sua obra, o filósofo preocupou-se muito mais em escrever contra a severidade das penas e em afirmar, num só tempo, a necessidade de sua proporcionalidade, humanização e mitigação.

3.9 A magia, a heresia e o crime contra a natureza

Outros crimes são tratados, ainda que sucintamente, por Montesquieu.

Na doutrina penal de Montesquieu, o juiz deve ser vinculado à lei, para que seja garantida a certeza do direito. Mas tal vinculação é insuficiente, pois a certeza do direito impõe que o legislador realize uma formulação clara e taxativa das leis penais. Em diversas passagens do *Espírito das leis*, implícita ou explicitamente, tais assertivas são consideradas.[107]

Por isso, Montesquieu nos fala do perigo para a certeza do direito em certos "crimes" característicos do *Ancien régime*, tais como a magia, a heresia e o crime contra a natureza.

Uma vez que tais "crimes" não recaem sobre a conduta posta no mundo exterior, mas sobre as ideias de uma pessoa, a cautela na sua persecução deve ser absoluta, pois eles dão lugar à opressão própria das tiranias, "se o legislador não souber limitá-la".[108]

Mais uma vez, está presente o tema da certeza do direito. Afirma Montesquieu, em relação aos dois primeiros crimes, ser possível provar que a magia não existe e que a heresia pode se apresentar dos mais diversos modos, de maneira a ter uma profusão de interpretações e distinções.

Os crimes contra a natureza são considerados por Montesquieu como "obscuros",[109] por serem crimes que se praticam de forma encoberta, às escondidas, o que leva os legisladores a puni-los com base no testemunho de uma criança ou de um escravo, o que significa dar ensejo ao crime de calúnia. E todos eles são punidos com a pena do fogo, sem dúvida, cruel.

A solução para o crime de heresia é clara no pensamento de Montesquieu: "Não estou dizendo aqui que não se deve punir a heresia; estou dizendo que é necessário ser muito circunspecto para punir".[110]

---

107. Sobre o ponto, cf. item 3.4, *retro*.

108. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 5, p. 201.

109. Idem, vol. 1, XII, 6, p. 202-203.

110. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 5, p. 202, *in verbis*: "Je ne point dit ici qu'il ne fallait point punir l'eresie; je dis qu'il faut être très circonspect à la punir".

Ainda assim, um dos mais autorizados intérpretes de Montesquieu em matéria penal diz que aí reside implicitamente a ideia segundo a qual inexistente é o crime de magia, bem como que os dois crimes restantes não devem ter relevo para fins de punição.[111]

A nosso ver, ao tratar dessas violações, mesmo havendo a ressalva relativa à heresia, o filósofo não foi suficientemente claro, o que torna possível, cotejando essas passagens com a sua obra *in totum*, chegar à mesma conclusão de seus intérpretes.

3.10 Crime de lesa-majestade

Montesquieu se deteve no estudo do crime de lesa-majestade, contextualizado em seu tempo. Nesta matéria, sua contribuição se concretizou em dois grandes pilares do direito nos Estados Democráticos contemporâneos, como o são o direito penal prevalentemente baseado sobre fato e a descriminalização dos crimes de opinião.

Em virtude dos princípios que norteiam o *Espírito das leis*, que se volta contra a elaboração vaga e indeterminada das leis penais ao definirem esses crimes e, de consequência da punição indiscriminada das mais diversas ações como *lése-majesté* naquele preciso momento histórico, Montesquieu os combateu duramente.

Restringiu ao máximo sua noção. Segundo o filósofo, é suficiente que o crime de lesa-majestade seja de definição vaga e imprecisa para que qualquer governo se torne despótico.[112]

O nobre francês também criticou severamente uma lei de seu tempo que considerava crime de lesa-majestade atentados aos ministros e oficiais do príncipe, sempre com a finalidade de delimitar esses crimes. Teria sido com base nessa lei o relatório realizado com o intuito de condenar o senhor *Cinq-Mars* por crime de *lèse-majesté*, que, ao pretender expulsar o cardeal de Richelieu dos negócios, teria afirmado: "O crime que diz respeito à pessoa dos ministros dos príncipes é considerado, pelas constituições dos imperadores, de peso igual àquele relativo à sua pessoa. Um ministro serve bem a seu príncipe e seu Estado; é retirado dos dois; é como se o privassem, o primeiro de um braço, e o segundo de uma parte de seu poder".[113]

Também era considerado por ele um "abuso violento" dar essa denominação "a une action qui ne l'est pas",[114] tais como pensamentos e sonhos.

---

111. CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 78.

112. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 7, p. 203.

113. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 8, p. 204, *in verbis*: "Le crime qui touche la personne des ministres des princes est reputé, par les constitutions des empereurs, de pareil poids que celui que touche leur personne. Un ministre sert bien son Prince e son État; on l'otê à tous les deux; c'est comme si l'on privait le premier d'un bras, et le second d'une partie de sa puissance".

114. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 8, p. 204.

A propósito, Montesquieu narra um fato por ele julgado tirânico, porque não fora nem mesmo tentado. Um homem de nome Marcyas sonhou que cortava o pescoço de Dionísio. Dionísio mandou matá-lo, sob a assertiva de que, se não tivesse pensado nesse fato durante o dia, não teria sonhado com ele, à noite. Conclui Montesquieu que as leis se "encarregam de punir apenas as ações exteriores".[115]

Nesse fragmento, Montesquieu se refere, de forma mais contundente, a um dos princípios basilares do direito penal nos Estados Democráticos contemporâneos: a sanção penal deve recair sobre o fato praticado pelo agente e não sobre intenções, ideias.

No direito penal, o crime é um fato material, um acontecimento no mundo exterior. Assim, restam impunes a mera vontade, os desejos, as intenções apenas declaradas, os sentimentos, o modo de ser ou o caráter da pessoa, ou ainda um estado de perigosidade, individual ou social.

O princípio de materialidade do crime no direito penal contemporâneo é normalmente expresso pela máxima de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur* ou com o axioma *nulla poena sine crimine*, ou, ainda, com a locução *nullum crimen sine actione*: o fato é o primeiro e imprescindível pilar de qualquer juízo que se possa fazer no âmbito criminal.[116]

Montesquieu criticou as leis penais daquele período mencionando interessante exemplo de uma lei inglesa existente ao tempo de Henrique VIII, que punia por alta traição quem porventura predissesse a morte do rei. Relata que Henrique VIII ficou gravemente enfermo, mas, devido à severidade dessas leis, os médicos nem mesmo tiveram coragem de dizer que ele estava em perigo.[117]

O filósofo ainda questionou e demonstrou o despropósito de tornar palavras indiscretas, escritos e discursos em crimes de lesa-majestade.

As palavras indiscretas e os discursos sempre podem ser submetidos à interpretação e, por isso, não devem ser submetidos à pena capital: "As palavras não

---

115. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 9, p. 206, *in verbis*: "Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures". Sobre o ponto, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*... cit., p. 485.

116. Sobre a erosão da certeza do direito, bem como o direito penal de autor ao qual conduzem a inobservância de tal princípio nos totalitarismos penais do século passado – direito penal socialista e o direito penal no nacional socialismo alemão –, cf. BETTIOL, Giuseppe. A propósito di diritto penale socialista. *Scritti di diritto penale*. Padova: Cedam, 1966. vol. 2, p. 708-712 e, no mesmo livro, *Aspetti politici del diritto penale contemporâneo*, p. 783-828; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale;* parte generale. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. XXXVII-LX; OÑATE, Flavio Lopes de. *La certezza del diritto*. A/c de Guido Astulti. Milano: Giuffrè, 1968. p. 81-89. Sobre as tendências autoritárias em geral e sobre a orientação dogmática denominada direito penal do inimigo na contemporaneidade, cf. AA.VV. *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. A\c de Alfonso M. Stile. Napoli: ESI, 2011, passim.

117. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 10, p. 206.

formam um corpo de delito; elas ficam apenas na ideia. A maior parte das vezes elas não significam por si mesmas, mas pelo tom pelo qual são ditas. Frequentemente, redigindo as mesmas palavras, não se dá a elas o mesmo sentido, que depende da ligação que elas possuem com outras coisas. Às vezes, o silêncio exprime mais que todos os discursos... Como, então, fazer delas um crime de lesa-majestade?"[118]

Para mitigar o despotismo, diz o filósofo que uma punição correcional será mais adequada que uma imputação por crime de lesa-majestade,[119] cuja pena era sempre atroz.

Quanto aos escritos satíricos, eles são quase desconhecidos nos Estados despóticos em virtude da ignorância e de outros fatores. Nas democracias, eles são permitidos.

Nas monarquias, diz Montesquieu serem eles proibidos. Os escritos satíricos são vistos como um caso de polícia, e não como crimes.[120] O governo aristocrático é o que menos suporta as obras satíricas. Os decêmviros castigavam com a pena de morte os escritos satíricos.

Ao tratar a matéria, Montesquieu nada mais fez que postular a liberdade de pensamento e de crítica às instituições e ao poder político de seu tempo,[121] conaturais ao Estado Democrático.

Nos crimes de lesa-majestade, Montesquieu afirma ser melhor perdoar do que punir, deixar os bens ao acusado, em vez de confiscá-los. Exilar pouco, em vez de fazê-lo frequentemente. Insurgiu-se, pois, contra o confisco de bens e o exílio.

Deve-se fazer tudo o que for necessário para que se torne à normalidade, "onde as leis protegem todos e não se armem contra as pessoas".[122]

---

118. Montesquieu, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 12, p. 207, *in verbis*: "Les paroles ne forment point un corps de délit; elles n restent que dans l'idée. La plupart du temps elles ne signifient point par elles-même, mais par Le ton dont on les dit. Souvent, en redisant les mêmes paroles, on ne rend pas le même sens, ce sens dépend de la liason qu'elles ont avec d'autres choses. Quelquefois le silence exprime plus que tous les discours. Il n'y a rien de si equivoque que tout cela. Commant donc en faire un crime de lese-majesté?".

119. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 12, p. 207, *in verbis*: "mais je dirai bien que, si l'on veut moderer le despotisme, une simple punition correctionelle conviendra miex dans ces occasion, qu'une accusation de lese-majesté toujours terrible à l'innocence même".

120. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, capítulo 13, p. 208.

121. Nesse sentido, cf. TARELLO, Giovani. Montesquieu criminalista... cit., p. 258; CATTANEO, Mário A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 78. Sobre o crime de lesa-majestade no pensamento de Montesquieu, no direito brasileiro, cf. DAL RI JÚNIOR, Arno. Entre lesa-majestade e lesa-república... cit., p. 113-114.

122. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, capítulo 18, p. 212.

Ao punir os crimes de lesa-majestade, a república deve ser rápida para cumprir as penas, colocando fim nas vinganças e nas recompensas.

3.11 Violação do pudor na execução das penas: o princípio da humanidade na execução penal

Montesquieu não se limitou a escrever sobre as sanções penais. Falou também sobre o princípio da humanidade no momento de sua execução.

O filósofo afirma a existência de regras de pudor observadas na execução das penas em quase todos os países do mundo. Seria absurdo violá-las ao punirem-se os crimes, pois ela deve ter sempre como objetivo o restabelecimento da ordem.

Por isso denuncia e condena a prática da violação do pudor na execução das penas, em alguns países do mundo, e.g., o Japão e os romanos, no governo de Tibério.

No governo de Tibério, narra Montesquieu, um costume dos romanos proibia matar as jovens que não fossem virgens: "Tibério encontra o expediente de fazer com que elas fossem violadas pelo carrasco, antes de enviá-las ao suplício. Tirano sutil e cruel, ele destruía a moral para conservar os costumes".[123]

A magistratura japonesa colocou em praça pública mulheres nuas, constrangendo-as a andar como os animais, fazendo, assim, com que o pudor estremecesse, prossegue Montesquieu: "mas quando quis obrigar uma mãe...; quis constranger um filho...; não consigo terminar, ela fez estremecer a própria natureza".[124]

Nesse fragmento impregnado de subjetivismo, em que o filósofo fala de seus próprios sentimentos, quem nos fala uma vez mais é o *Montesquieu humanista*. A propósito, há muito foi reconhecido o humanismo que permeia toda a obra de Montesquieu: "humanismo no método, nos fins, nas ideias diretrizes".[125]

O filósofo pronuncia-se não apenas em favor da mitigação das sanções penais e do princípio da humanidade das penas que ele estende, também, à execução penal.

---

123. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, capítulo 14, p. 209, *in verbis*: "Un ancien usage des romains défendait de fair mourir les filles qui n'étaient pas nubiles. Tibère trouva l'expédient de les faire violer par le bourreau avant de les envoyer au supplice; tyran subtil et cruel, il détruisait le moeurs pour conserver les coutumes".

124. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*... cit., vol. 1, XII, 14, p. 210, *in verbis*: "(...) mais lorsqu'elle a voulu contraindre une mére...; lorsqu'elle a voulu contraindre um fils..., je ne puis achever, elle a fait fremir la nature même".

125. BARRIÈRE, Paul. *L'humanisme de l'Esprit des lois*... cit., p. 113. Também CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*... cit., p. 87 relaciona o humanismo ao jusnaturalismo: "il giusnaturalismo como umanesimo, appunto, come dottrina fondatta sul principio della dignità umana, al di là di molte sterili controversie sulla natura di questo tipo di filosofia giuridica. L'umanesimo di Montesquieu si palesa in modo molto chiaro próprio in riferimento al tema del diritto penale".

Montesquieu se pronuncia, ainda, sobre a humilhação a que eram submetidos os condenados no momento da execução, com inequívoca referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, tão caro às Constituições contemporâneas nos Estados Democráticos.

Montesquieu despertou a atenção para o problema moral da humanização no momento da execução das penas, num período histórico no qual os homens permaneciam insensíveis diante desses fatos. De forma implícita, uma vez mais, combate o simbolismo das sanções penais e de sua execução.

4. À GUISA DE CONCLUSÃO

Em interessante escrito sobre a humanização do direito penal, Bettiol afirma que o tema não é técnico jurídico, mas que pertence à metafísica do direito penal, à Filosofia.[126]

Barriére, ao tratar do humanismo de Montesquieu, considera que ele se estende a todas as instituições, a todos os aspectos da vida da pessoa e ao exercício de sua liberdade, bem como à doutrina penal do filósofo.[127]

Por isso, seguramente, em matéria criminal, a obra de Montesquieu figura dentre os mais preciosos títulos para a filosofia do direito penal e para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana: sua obra "é uma obra humanista".[128]

Ao inserir na doutrina penal as ideias de liberdade política, certeza do direito, secularização do direito penal, humanização das penas e sua execução e do direito penal compreendido como *ultima ratio*, foi um dos primeiros filósofos a impregnar todo o seu pensamento com a ideia de dignidade humana.

Diversos são os méritos a serem atribuídos à sua obra e diversas foram suas contribuições ao direito penal, como exposto.

Porém, destacamos, à guisa de conclusão, algumas contribuições, que formam a parte mais substanciosa da doutrina penal de Montesquieu examinadas neste escrito, e o caracterizam como um filósofo penal humanista, como dizem seus intérpretes.

- O conteúdo das leis e, de consequência, das leis penais deve ser caracterizado pela concisão, pela clareza; elas devem ser equitativas e humanas.
- A mitigação e a suavidade deveriam caracterizar as sanções penais, em lugar da crueldade e do simbolismo das penas de sua época.

---

126. BETTIOL, Giuseppe. Sull'umanizzazione del diritto penale. *Scritti di diritto penale*. Padova: Cedam, 1966. vol. 2, p. 740.

127. BARRIÈRE, Paul. *L'humanisme de l'esprit des lois*... cit., p. 112-113.

128. Idem, p. 98-99.

• A ideia de proporcionalidade entre os crimes e suas sanções deve nortear o direito penal.

• A ideia de humanidade das penas deve estender-se, também, à fase de sua execução.

• Pela primeira vez, em matéria criminal, referiu-se à impunidade como fator criminógeno.

• Estabeleceu uma classificação dos crimes e sua hierarquização.

• Defendeu a secularização e a laicidade do direito penal.

• Insurgiu-se contra a tortura, o duelo e postulou a redução máxima da aplicação da pena de morte.

• Introduziu no direito penal a ideia de tolerância e liberdade de opinião.

• Impôs restrições aos crimes de lesa-majestade.

• Postulou o rigoroso respeito pela certeza do direito e, repudiando o arbítrio, elaborou o critério de submissão do juiz à lei.

Por isso, muito nos agrada a expressão "Montesquieu humanista". Sua elaboração penal é caracterizada pelo humanismo, como reconhecem seus intérpretes, e, sobre esse pilar, escolhemos a denominação deste sucinto texto sobre sua doutrina penal. É necessário reconhecer que a contribuição de Montesquieu ao direito penal torna sua obra de consulta obrigatória àqueles que se dedicam ao estudo e à aplicação do direito criminal, como foram consultadas e estudadas por Beccaria e Voltaire.

Liberdade *versus* arbítrio, humanismo *versus* crueldade e o triunfo da liberdade sobre a força caracterizam a doutrina penal de Montesquieu.

5. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. 3. ed. Torino: Utet, 2009.

_____. *Storia della filosofia*: la filosofia moderna: dal rinascimento all'iluminismo. Torino: Utet, 2011. vol. 2.

ALTHOUSER, Louis. *Montesquieu la politique e l'histoire*. 3. ed. Paris: PUF, 1959.

AA.VV. *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. A\c de Alfonso M. Stile. Napoli: ESI, 2011.

AA.VV. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu*. Paris: Recueil Sirey, 1952.

AA.VV. *Leggere l'Esprit des Lois*: società e storia nel pensiero di Montesquieu. A/c D. Felice. Napoli: Liguori, 1998. vol. 1.

AA.VV. *Montesquieu e i suoi interpreti*. A/c de Domenico Felice. Pisa: ETs, 2005. vol. 1.

AA.VV. *Politica, economia e diritto nell'Esprit de lois du Montesquieu*. A/c de Domenico Felice. Bologna: Clueb, 2009.

BARRIÉRE, Pierre. L'humanisme de l'Esprit des lois. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu*. Toulouse: Recueil Sirey, 1952.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene;* e commento di Voltaire. Roma: Newton Compton, 1994.

BETTIOL, Giuseppe. A propósito di diritto penale socialista. *Scritti di diritto penale*. Padova: Cedam, 1966. vol. 2.

_____. Aspetti politici del diritto penale contemporâneo. *Scritti di diritto penale*. Padova: Cedam, 1966. vol. 2.

_____. Sull'umanizzazione del diritto penale. *Scritti di diritto penale*. Padova: Cedam, 1966. vol. 2.

BORGHERO, Carlo. L'ordine delle leggi e la natura delle cose nel libro XXVI dell'esprit des lois. In: AA.VV. *Politica, economia e diritto nell'Esprit de lois du Montesquieu*. A/c de Domenico Felice. Bologna: Clueb, 2009.

CASSIN, René. Montesquieu et les droits de l'homme. In: AA.VV. *La pensée politique e constitutionnelle de Montesquieu*. Paris: Recueil Sirey, 1952.

CATTANEO, Mario A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

_____. L'umanizzazione del diritto penale tra Montesquieu e Beccaria. *Montesquieu e i suoi interpreti*. Pisa: ETs, 2005. vol. 1.

CHEVALIER, Jean-Jacques. *Le grandi opere del pensiero politico*. Trad. Daniela Barbagli. Bologna: Il Mulino, 2011.

COTTA, Sergio. *Montesquieu e la scienza della società*. Torino: Giappichelli, 1953.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Entre lesa-majestade e lesa-república. A transfiguração do crime político no iluminismo. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 51, dez. 2005, p. 107-140.

DERATHÉ, Robert. Le droit de punir chez Montesquieu. *Atti del convegno Internazionale su Cesare Beccaria*. Torino: Accademia delle Scienze, 1965.

FELICE, Domenico. Una forma naturale e mostruosa di governo: Il dispotismo nell'Esprit des lois. *Leggere l'esprit des lois*. A/c D. Felice. Napoli: Liguori, 1998. vol. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione;* teoria del garantismo penale. Bari: Laterza, 1990.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale;* parte generale. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

GRAVEN, Jean. Montesquieu et le droit penal. *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu;* Bicentenaire de l'esprit des lois – 1748-1948. Toulouse: Recueil Sirey, 1952.

GRENIEU, Abel. Introdução: Montesquieu. *Cartas Persas*. Trad. Mário Barreto. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

KANT, Immanuel e FOUCAULT, Michel. *Kant, Foucault;* che cos'è l'illuminismo? Milano: Mimesis, 2012.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele. Considerazioni sul concetto di discrezionalità del giudice penale. *Rivista trimestrale della scuola di perfezionamento delle forze di polizia*, Roma: IPZS, vol. 1, jan.-mar. 1988, p. 33-58.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale;* parte generale. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Cartas persas*. Trad. Mario Barreto. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

_____. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, 1949. vol. 1 e 2.

_____. *Lettres persanes*. Rotolito Lombarda: Larrousse, 2006.

_____. *Saggio sulle cause che possono agire sugli spiriti e sui caratteri*. A/c de Domenico Felice. Pisa: Edizioni ETs, 2004.

OÑATE, Flavio Lopes de. *La certezza del diritto*. A/c de Guido Astulti. Milano: Giuffrè, 1968.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

ROMANO, Mario. Principio di laicità dello Stato, religioni e norme penali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 470-492.

SCOTT, George Riley. *Storia delle punizioni corporali*. Trad. Silvia Denicolai. Milano: Mondadori, 2006.

TARELLO, Giovanni. Montesquieu criminalista. *Materiali per uma storia della cultura giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1975. vol. 5.

TRUYOL Y SERRA, António. *Historia da filosofia do direito e do Estado*. Trad. Henrique B. Ruas. Lousã: Tipografia Lousanense, 1990. vol. 2.

VERRI, Pietro. *Osservazioni sulla tortura*. Roma: New Compton, 1994.

VOLTAIRE. *Commentario sullo "Spirito delle legge"*. A/c Domenico Felici. Pisa: ETs, 2011.

_____. *O preço da justiça*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Commento intorno al libro "Dei delitti e delle pene" (di Beccaria). In: BECCARIA. *Dei delitti e delle pene;* e commento di Voltaire. Roma: Newton Compton, 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Fundamentos filosóficos do sistema penal como embasadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num direito penal do autor, de Marcelo Cunha de Araújo – *RT* 874/429 (DTR\2008\538);
- O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar, de José Laurindo de Souza Netto – *RT* 801/422 (DTR\2002\630); e
- Sobre a organização de Poderes em montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de o Espírito das leis, de José Levi Mello do Amaral Júnior – *RT* 868/53 (DTR\2008\163).

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do STF: análise e reflexões

Termination of Anencephalic Pregnancies in Brazilian Supreme Court: Analysis and Reflection

Carolina Alves de Souza Lima

Mestre, Doutora e Livre-docente em Direito pela PUC-SP, na qual é professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direitos Humanos. Advogada.

Área do Direito: Constitucional; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo analisa a ADPF 54, julgada em 2012 pelo STF, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como aborto no ordenamento jurídico penal brasileiro. Tece reflexões e comentários a respeito dos fundamentos jurídicos que embasaram os votos dos ministros, assim como analisa as consequências e as repercussões da referida ação no âmbito da proteção dos direitos da mulher na sociedade brasileira.

Palavra-chave: Aborto – Anencefalia – Direitos Humanos – STF – ADPF 54.

Abstract: The article analyses the Claims of Non-Compliance with Fundamental Precept number 54, judged in 2012 by Federal Supreme Court, which acknowledges the unconstitutionality of the interpretation of the termination of anencephalic pregnancies being a procedure that is considered abortion by the Brazilian Criminal Law. This article displays reflections and comments about the fundaments that supported the votes of the Ministers, as well as analyses the consequences and repercussions of the afore mentioned action in matters of the protection of the woman in the Brazilian society.

Keywords: Abortion – Anencephaly – Human Rights - Federal Supreme Court – Caim of Non-Compliance with Fundamental Precept number 54.

Sumário: 1. Introdução – 2. Exposição dos principais fundamentos dos votos dos Ministros do STF na ADPF 54 – 3. Comentários e reflexões a respeito da decisão na ADPF 54: 3.1 Anencefalia e morte cerebral; 3.2 Atipicidade ou colisão de direitos fundamentais; 3.3 Competência do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas reflexões sobre a importância do julgamento da ADPF 54, julgado em 2012 pelo STF.[NE] As conse-

NE. Nota do Editorial. A íntegra dessa decisão (ADPF 54) está disponível, para assinantes, no RT Online [www.revistadostribunais.com.br] e em Proview, bem como no site do Tribunal [www.stf.jus.br].

quências e as repercussões dessa ação representam mudanças significativas no âmbito da proteção dos direitos da mulher na sociedade brasileira. Segundo o acórdão, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuizou referida ação em 2004, com o pedido da declaração da inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP. Para tanto, pleiteou-se a atipicidade do fato nos casos de interrupção da gestação de feto anencéfalo, com a consequente prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde e à liberdade da gestante.[2]

A inicial indicou como preceitos fundamentais violados: o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito brasileiro; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade e do direito de liberdade; assim como o direito à saúde, todos com respaldo constitucional.[3]

Pleiteou o reconhecimento do direito subjetivo da mulher de realizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, quando diagnosticado por médicos habilitados, para que ela possa submeter-se a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. A fundamentação da inicial parte do pressuposto da diferenciação entre antecipação terapêutica do parto e aborto, o que será objeto de análise neste artigo.[4]

Em abril de 2012, após longo processo judicial, o STF decidiu a demanda, e prevaleceu o voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello. Por maioria de votos, o plenário do Tribunal julgou procedente o pedido contido na ADPF 54 para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, todos do CP. Acompanharam o voto do relator os Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ação improcedente.[5]

A seguir, vamos expor os principais fundamentos jurídicos apresentados pelos senhores ministros em seus respectivos votos, com destaque aos argumentos

2. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091]. Acesso em: 27.03.2014.
3. Idem.
4. Idem.
5. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878]. Acesso em: 08.04.2014.

apresentados pelo voto do ministro relator, uma vez que foi o prevalente na decisão final.

Antes de iniciarmos a análise da referida decisão, cabe pontuar que, apesar de não compartilharmos de todos os fundamentos jurídicos que prevaleceram na decisão da ação em foco, não podemos deixar de destacar sua importância e pioneirismo. Independentemente do nosso posicionamento quanto à fundamentação jurídica de alguns pontos, entendemos que autorizar a interrupção da gestação nos casos de anencefalia representa importante avanço para a sociedade e para o Poder Público brasileiros.

2. EXPOSIÇÃO DOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA ADPF 54

O Min. Marco Aurélio Mello foi o relator do processo e seu voto prevaleceu na decisão final. Dentre os pontos levantados, o ministro destaca que a arguente – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – não postula a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais do aborto, o que os retiraria do sistema jurídico. Pleiteia a interpretação dos referidos tipos penais conforme a Constituição, nos casos específicos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Por isso, expõe o ministro que o Tribunal não analisará a descriminalização do aborto, especialmente porque ele, Ministro, já parte da compreensão que há distinção entre o aborto e a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia.[6]

Para chegar à diferenciação entre aborto e antecipação terapêutica do parto, o voto apresenta a definição de anencefalia, em termos médicos e com base nas informações apresentadas na audiência pública convocada para esse fim. Segundo o Ministro, a interrupção da gestação nos casos de anencefalia não configura o crime de aborto. O que há é a antecipação terapêutica do parto, porquanto entende que, nos casos de anencefalia, há um natimorto cerebral, ou seja, não há vida humana protegida. Isso se fundamenta em parte da doutrina médica que entende ser o anencéfalo um natimorto cerebral. No entanto, cabe ressaltar que parte da doutrina médica considera o anencéfalo um ser humano vivo, não obstante a precariedade da sua existência. Ao final do artigo, teceremos observações sobre esse controverso ponto.

Com base nos posicionamentos médicos que concebem o anencéfalo como um natimorto, entendeu o ministro Marco Aurélio Mello que não há que se invocar o direito à vida dos anencéfalos, porquanto anencefalia e vida são termos antitéticos. Expõe que o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à

6. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf]. Acesso em: 03.04.2014.

vida. De acordo com o voto: "Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida".[7]

Sustenta o voto do ministro relator que não há sequer colisão de direitos fundamentais, em razão de o anencéfalo não titularizar o direito fundamental à vida. Argumenta que o anencéfalo juridicamente é morto e não goza de proteção jurídico-penal. Como o aborto é um crime contra a vida, entende o ministro que a interrupção da gestação de feto anencéfalo não configura crime contra a vida e revela uma conduta atípica.[8]

Na sequência, defende o voto, a título de tese subsidiária, que mesmo que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos, premissa com a qual o ministro ressalta não concordar, devem prevalecer os direitos da mulher. Considera ser um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral a um feto saudável nas situações de colisão de direitos fundamentais. Acrescenta que se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com os direitos da mulher, como nas hipóteses do art. 128 do CP, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo, uma vez que este, segundo o entendimento do voto, é um natimorto.[9]

Para Marco Aurélio Mello, o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No entanto, entende que não há colisão real entre direitos fundamentais. Há apenas conflito aparente, porquanto o feto anencéfalo é um natimorto e, por isso, desprovido de qualquer proteção jurídico penal.[10]

De acordo com o voto, cabe perquirir se há justificativa para a lei penal compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto nos casos de anencefalia. Expõe que a questão fundamental é saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. O ministro entende que não há justificativa para a lei penal compelir a mulher a manter a gestação nos casos de anencefalia, caso não deseje prosseguir com ela.[11]

---

7. Idem.
8. Idem.
9. Idem.
10. Idem.
11. Idem.

Quanto à caracterização do Estado, conclui o douto ministro que o Estado brasileiro é laico e que a discussão central da ação não pode ser examinada do viés religioso. Assevera, todavia, que em uma democracia todos os atores sociais devem ser ouvidos. No entanto, para tornarem-se plausíveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente compreendidos em termos de razões públicas, o que significa, de acordo com o voto, que os argumentos devem ser colocados em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.[12]

Defende o voto que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade impor um sofrimento tão desarrazoado e desmedido à mulher por meio da manutenção da gestação do feto anencéfalo, na qual não há sequer expectativa de vida extrauterina. Por isso, entende o ministro que a imposição estatal da manutenção de gravidez nos casos de anencefalia ofende princípios basilares do sistema constitucional. Expõe o ilustrado voto que o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, coloca-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, o que se assemelha à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido ou exigido a qualquer pessoa.[13]

O voto esclarece e enfatiza que o pedido da inicial pleiteia o reconhecimento do direito de escolha da mulher. Ressalta que a arguente pretende que se assegure a cada mulher o direito de viver suas próprias escolhas com base em seus valores e suas crenças. O que está em pleito, de acordo com o voto, é o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade em um caso no qual há absoluta inviabilidade de vida extrauterina. O voto deixa claro que deverá ser garantido o direito de escolha da mulher. Por isso, deverão ser respeitadas tanto as mulheres que optam por prosseguir com a gravidez, como também as que preferem interromper a gravidez.[14]

O Min. Marco Aurélio Mello finaliza seu voto ressaltando que: "Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto".[15]

---

12. Idem.
13. Idem.
14. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf]. Acesso em: 03.04.2014.
15. Idem.

A Min. Rosa Weber acompanhou o voto do relator. Expôs que se trata de tema de delicadeza ímpar a ser enfrentado e que, no seu entender, deve prevalece o direito de escolha da mulher. Ao explanar sobre sua compreensão a respeito da dimensão do direito à vida e a não configuração do crime de aborto nas hipóteses de interrupção de gestação de anencéfalo, defendeu que a proteção à vida no Direito está relacionada: "com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico".[16] Prossegue alegando que: "a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito".[17]

O Min. Joaquim Barbosa, por seu turno, também, acompanhou o voto do relator. Iniciou sua análise afirmando que, no seu entender, a antecipação terapêutica do parto, nos casos de anencefalia, deveria ser analisada de dois ângulos. O primeiro deles era a apreciação da liberdade de autodeterminação da gestante e o segundo era o exame dos diferentes graus de tutela penal da vida humana.[18]

Em relação ao primeiro ângulo, considerou que os direitos reprodutivos da mulher são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, e que cumpria ao STF garantir seu legítimo exercício, nos limites esposados na ação em análise.

O segundo ângulo de análise do Ministro referia-se ao possível cometimento do crime de aborto, previsto no art. 124 do CP, nas situações nas quais a gestante optasse por interromper a gestação do feto anencéfalo. O ministro entendeu pela atipicidade do fato, seguindo o voto do ministro relator.

Explanou que a tutela da vida humana apresenta graus diferentes de proteção jurídica, e por isso há penas diversas para os crimes de aborto, infanticídio e homicídio. Enfatizou que deveria haver distinção entre a situação do feto que se encontra em desenvolvimento, as situações em que ele está biologicamente morto, e aquelas em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto, sendo esta última situação, no seu modo de ver, a realidade do feto portador de anencefalia.[19]

O Ministro asseverou que uma interpretação que tipifique como aborto a interrupção da gestação nos casos de anencefalia seria de flagrante desproporcionalidade se comparada às hipóteses permitidas pelo Código Penal. De acordo com ele:

16. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 111-112. Acesso em: 14.04.2014.
17. Idem, p. 111 e 112.
18. Idem, p. 147.
19. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 151-152. Acesso em: 14.04.2014.

"Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher".[20]

O Min. Luiz Fux, por sua vez, também acompanhou o voto do ministro relator. Para ele, criminalizar a conduta de interromper a gestação nos casos de anencefalia "não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas, antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado Democrático de Direito e garantia revestida da categoria de direito fundamental".[21] E prossegue: "não se coaduna com a sociedade moderna nacional e organizada o intuito punitivo, desenfreado e desconectado da função preventiva da reprimenda e da necessidade de reservar para o Direito Penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade".[22]

O Ministro acentuou o argumento no sentido de compreender que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia era também matéria de saúde pública e que afetava, em sua maioria, as mulheres das camadas menos abastadas da sociedade. Por isso, entendeu que as gestantes deveriam ter garantida a assistência social adequada para a interrupção da gestação com segurança.[23]

A Min. Cármen Lúcia também acompanhou o voto do ministro relator. Verifica-se no seu voto, como também nos votos dos ministros que acompanharam o ministro relator, a preocupação em consignar que a discussão em foco era referente exclusivamente à interrupção da gestação nos casos de anencefalia. A nós nos parece uma preocupação por parte dos ministros em não abrir qualquer possibilidade de precedente para ampliar a permissão do aborto pelo sistema jurídico nacional.

A ministra realçou a questão do direito à saúde da mulher: "A anencefalia é uma sentença que assegura a morte imediata do futuro filho. É diante dessa certeza e da total impossibilidade de recurso que se deve entender o dever da gestação como uma ameaça ao direito à saúde da mulher".[24]

Ao analisar a difícil e sofrida realidade vivida pela gestante de feto anencéfalo e a postura do Estado diante dessa situação, manifestou-se da seguinte forma: "Não há a quem imputar a responsabilidade pela injustiça de uma mulher gestar um feto inviável. A injustiça não está no sofrimento involuntário, mas na tortura do dever

20. Idem, p. 149-150.

21. Idem, p. 169.

22. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 169. Acesso em: 14.04.2014.

23. Idem, p. 170.

24. Idem.p. 189.

da gestação de um feto inviável provocada pelo Estado ao impedi-la de interromper a gestação".[25] A ministra também apontou a desatualização da legislação penal sobre o tema, e alegou que a lei não pode desconhecer os tempos vividos.[26]

O Min. Carlos Ayres Britto, outrossim, acompanhou o voto do ministro relator. Portanto, posicionou-se pela atipicidade do fato: "Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estádio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez 'é destinada ao nada' – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer".[27]

Frisou inclusive, no seu entendimento, a diferenciação do aborto e da interrupção da gravidez para fins penais: "se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais".[28] Analisou também os direitos à saúde física e psíquica da mulher, assim como sua liberdade de escolha quanto à gestação nessas circunstâncias. Explanou, com base no pensamento de Charles Fourier, que "o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da mulher".[29]

O Min. Gilmar Mendes também julgou procedente a ação em foco, mas entendeu que a interrupção da gestação nos casos de anencefalia configura outra causa de exclusão da ilicitude, além das já previstas no art. 128 do CP. Por isso, votou no sentido da interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos ao art. 128 do CP, para estabelecer que, além do aborto necessário e do aborto sentimental, não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde. Não seguiu o entendimento da maioria no sentido da atipicidade do fato.[30]

Em sua exposição, o ministro apresentou breve panorama do direito comparado a respeito do tema. Segundo ele: "Estudos indicam que praticamente a metade dos

25. Idem, p. 189.
26. Idem, , p. 217.
27. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 259 e 269. Acesso em 14.04.2014.
28. Idem, p. 260.
29. Idem, p. 264.
30. Idem, p. 306-307.

países membros da Organização das Nações Unidas reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto. Das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal".[31] Argumentou também que em todos esses países a discussão enfrentou a existência de vida intrauterina do feto, que deve receber proteção estatal, e cujos direitos podem colidir com os da gestante.[32]

Gilmar Mendes entendeu que morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos. Argumentou que: "na anencefalia, a pessoa tem autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa só permanece viva com a ajuda de aparelhos".[33] Cabe observar que esse não foi o posicionamento da maioria dos ministros que acompanharam o voto do relator. O entendimento que prevaleceu, por força do voto do ministro relator, foi igualar a anencefalia com a morte cerebral.

Ao analisar o Ordenamento Jurídico brasileiro, o ministro entendeu que a interrupção da gestação nos casos de anencefalia configura causa de exclusão da ilicitude. Assim rebateu o argumento da atipicidade: "De fato, a ausência concreta de violação ao bem jurídico é causa de atipicidade da conduta. Ocorre que a tese pressupõe a aceitação – não consensual – de que o feto anencéfalo não merece proteção jurídica, mormente em face de sua 'inviabilidade fisiológica'. É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores)".[34]

Segundo o Ministro, não incluir a permissão para interromper a gestação de fetos anencéfalos na legislação penal pode ser considerado omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e da Constituição Federal. Entende que a interpretação da Legislação Penal deve ser pautada na proteção à integridade física e psíquica da mulher, assim como na tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, juntamente com a garantia da sua autonomia da vontade. Entendeu o ministro que a proteção desses direitos garante a liberdade de escolha da mulher nos casos de gestação de feto anencéfalo.[35]

---

31. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 276-277. Acesso em: 14.04.2014.
32. Idem. Ibidem, p. 284.
33. Idem, p. 286.
34. Idem, p. 288.
35. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 294-295. Acesso em: 14.04.2014.

Ao final do seu voto, Gilmar Mendes considerou que o Tribunal estaria criando, ao lado das já existentes causas excludentes da ilicitude, previstas no art. 128 do Código Penal, uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto, para os casos de anencefalia. Trata-se, segundo ele, de decisão com efeitos aditivos.[36]

O Min. Celso de Mello, por seu turno, também acompanhou o voto do ministro relator. Manifestou-se pela atipicidade do fato porque entendeu que o anencéfalo é um natimorto cerebral. Por isso, no seu entender, devem prevalecer os direitos da mulher para que seja garantida a ela a liberdade de escolha quanto à interrupção da gestação de feto comprovadamente portador de anencefalia.[37]

O magistrado iniciou sua argumentação destacando a luta das mulheres pelos seus direitos, assim como suas conquistas ao longo dos tempos. Dentre os pontos levantados pelo ministro, verifica-se a ênfase nos tratados de direitos humanos que tutelam os direitos da mulher, em especial os direitos reprodutivos e sexuais. Ressaltou a importância do papel dos governos na adoção de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento contra a mulher tanto na vida privada quanto na pública.[38]

Discorreu também sobre a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado laico brasileiro e da importância do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. O Ministro também expôs a importância de se analisar o presente tema da ótica da bioética e apontou de forma detalhada as inúmeras visões do início da vida nos âmbitos científico, religioso e filosófico.

Já os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência da ação em foco. O Min. Ricardo Lewandowski levantou algumas questões em sua argumentação, dentre elas o fato de a legislação penal excepcionar apenas duas modalidades de aborto permitido, as quais estão no art. 128 do CP. Para ele, uma terceira hipótese permitindo o aborto somente poderá existir quando o Congresso Nacional legislar sobre o tema. Entendeu que caso fosse autorizado o aborto nos casos de anencefalia, o STF estaria abrindo um precedente para autorizar outras possibilidades de aborto.[39]

Diante desses argumentos, Ricardo Lewandowski julgou improcedente a ação e considerou que o pedido da autora seria para que o Tribunal elaborasse norma abstrata autorizadora do aborto nos casos de anencefalia, o que, no seu entender, usurparia a competência privativa do Congresso Nacional, instituição constitucionalmente legitimada para legislar sobre direito penal. Cezar Peluso também se po-

36. Idem, p. 302 a 306.

37. Idem, p. 355-356, 365-366.

38. Idem., p. 321-322.

39. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 241, 247-248. Acesso em: 14.04.2014.

sicionou nesse sentido quanto ao tema. Para ele, o foro adequado para discutir e resolver a questão é o Legislativo e não o Judiciário.[40]

O Min. Cezar Peluso julgou improcedente a ação em análise. Segundo ele, nos casos de gestação de fetos com anencefalia não há dúvida que há vida humana resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro e a configuração do crime de aborto. A vida, segundo sua compreensão, tem valor absoluto, seja ela intrauterina ou extrauterina e não depende de sua qualidade ou duração. Por isso, mesmo nos casos de gestação de fetos com anencefalia, considerou que sua interrupção configura o crime de aborto. A interrupção da gestação nessas circunstâncias se assemelha à prática eugênica e poderia dar causa ao surgimento de outras práticas eugênicas. Para ele, morte encefálica e anencefalia não se confundem e, por isso, o anencéfalo não poderia ser equiparado ao natimorto cerebral. Também defendeu que dentre os direitos reprodutivos e sexuais não se engloba o suposto direito de interromper a gestação nos casos de anencefalia, o que no seu entender representa a coisificação do concepto e a negação da sua dignidade.[41]

3. COMENTÁRIOS E REFLEXÕES A RESPEITO DA DECISÃO NA ADPF 54

Apresentados os principais argumentos expostos pelos ilustrados ministros do STF, no julgamento da ADPF 54, faremos breve exposição a respeito do nosso posicionamento quanto ao tema.

Os votos dos Senhores Ministros que se manifestaram favoravelmente ao direito de liberdade de escolha da mulher se mostraram carregados de conteúdo humanista, uma vez que os ministros conseguiram compreender a realidade ímpar vivenciada por todas as mulheres que se encontram gestantes de fetos com anencefalia. Constata-se, diante tanto do julgamento quanto das manifestações da sociedade como um todo em relação a esse julgamento, que um dos grandes desafios da existência humana representa saber se colocar no lugar do outro e compreender a diversidade, o pluralismo e a amplitude da existência humana e dos seus caminhos.

Por isso, consideramos que a decisão da nossa mais alta Corte trouxe importante avanço para a proteção dos direitos da mulher. O STF garantiu não só o direito constitucional de liberdade de escolha das mulheres, mas também a segurança jurídica para elas e para os médicos, que podem realizar a interrupção da gestação dos fetos anencéfalos de forma segura.

Não obstante o brilhantismo dos votos brevemente analisados, não podemos deixar de consignar que este estudo não concorda com alguns dos fundamentos

40. Idem, p. 251-252, 411-412.

41. Idem, p. 380, 394, 414-415.

jurídicos que prevaleceram na decisão final. Por isso, faremos a seguir algumas reflexões sobre nossa compreensão.

3.1 Anencefalia e morte cerebral

No nosso entender, não há fundamento nem médico nem jurídico para se equiparar o feto anencéfalo à morte cerebral. Conforme explicam as ciências médicas, o anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico, ou parte dele, mantém as funções vitais, tais como o sistema respiratório e o cardíaco. É também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sugação e de deglutição. No entanto, as reações são exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo.[42]

A malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Ele não apresenta qualquer grau de consciência e, por isso, jamais compartilhará da experiência humana. No entanto, apesar de toda precariedade e efemeridade da sua vida, para expressiva parte das ciências médicas, ele é um ser humano vivo.[43]

Por ser malformação letal, a sobrevida extrauterina é geralmente por pequeno período de tempo. Aproximadamente 75% dos conceptos nascem mortos e o restante, salvo raríssimas exceções, falece no período neonatal. Assim, apesar de os anencéfalos que nascem com vida sobreviverem geralmente poucas horas ou dias após o parto, há alguns registros de sobrevivência durante meses. Nos casos de sobrevivência após o parto, o prognóstico é certo. Há progressiva deterioração do organismo, até seu perecimento. Por ser um quadro irreversível, a manutenção da vida extrauterina de crianças nascidas com anencefalia é praticamente impossível.[44]

Quanto ao conceito de morte, atualmente, a comunidade científica mundial aceita a constatação da morte encefálica como morte humana. Não obstante algumas divergências no âmbito da medicina quanto ao diagnóstico da morte encefálica, expõe Getúlio Daré Rabello que: "É de larga aceitação atual o conceito de que a confirmação da morte encefálica deve se basear em três princípios fundamentais:

---

42. MINAHIN, Maria Auxiliadora. A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. ano 2. vol. 3. p. 119. São Paulo: Ed; RT, jul.-dez. 2005.

43. GHERPELLI, José Luiz Dias. As principais causas pré e perinatais do desenvolvimento anormal do sistema nervoso central – Malformações. In: NITRINI, Ricardo; BACHESCHI, Luiz Alberto (orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2. ed. São Paulo: Atheneu. 2003. Capítulo 24.1. p. 418; MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. 5. ed. Trad. Fernando Simão Vugman. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994. p. 379; REZENDE, Jorge de. *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 1998. p. 1.073.

44. Idem, ibidem.

irreversibilidade do estado de coma, ausência de reflexos do tronco encefálico e ausência de atividade cerebral cortical".[45]

Com a morte encefálica, as funções vitais não permanecem por mais de duas semanas, independentemente das medidas médicas tomadas. A partir dela, é possível interromper a administração de medicamentos, a utilização de aparelhos e, com a lei de transplantes – Lei n. 9434/1997, que elegeu a morte encefálica como momento jurídico da morte humana –, há a possibilidade de removerem-se órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Referida lei determinou que cabe ao Conselho Federal de Medicina definir, por meio de resolução, os critérios clínicos e tecnológicos para diagnosticar a morte encefálica. O referido Conselho editou a Res. 1.480/1997 e estabeleceu os critérios para diagnosticar a morte encefálica. De acordo com essa resolução, a morte encefálica dá-se com a parada total e irreversível das funções encefálicas e, por isso, engloba as funções do tronco encefálico.

Diante da lei de transplantes e da Res. 1.480/1997, a condição do anencéfalo não é equiparada à morte encefálica. Por isso, o anencéfalo não pode ser equiparado ao natimorto, uma vez que preserva o funcionamento do tronco encefálico, o que lhe permite manter as funções vitais vegetativas. No nosso entender, o argumento da inexistência de vida humana no anencéfalo é equivocado.

Ademais, a relevância da discussão quanto à permissão legal para interromper-se a gestação do anencéfalo só existe e faz-se essencial porque se trata de ser humano vivo. Caso ele fosse um ser morto, não caberia indagar se houve ou não crime de aborto e não haveria nenhuma questão ética a ser levantada. Conforme nossa legislação, nenhuma mulher é obrigada a permanecer com um concepto morto em seu ventre.[46]

O anencéfalo sobrevive por curto período de tempo porque preserva o tronco encefálico ou parte dele, o que permite a ele manter as funções vegetativas. Um ser desprovido de encéfalo não poderia, com certeza, sobreviver ou mesmo existir. No entanto, não é o seu caso. Dessa forma, não obstante a morte encefálica ser considerada o momento da morte humana segundo a legislação brasileira, não podemos concordar com a equiparação da anencefalia com morte encefálica, diante dos argumentos expostos.

3.2 Atipicidade ou colisão de direitos fundamentais

Outra questão debatida na ação em análise foi se a interrupção da gestação nos casos de anencefalia era considerada, para o direito penal, fato atípico ou colisão de

45. RABELLO, Getúlio Daré. Coma e estados alterados de consciência. In: NITRINI, Ricardo; BACHESCHI, Luiz Alberto (orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2. ed. São Paulo: Atheneu. 2003. Capítulo 7. p. 167.

46. Discutimos e analisamos o presente tema na obra *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão* da editora Juruá, conforme consta na bibliografia final.

direitos fundamentais. Prevaleceu na decisão final o voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello, que defendeu a atipicidade, por compreender que o anencéfalo é um natimorto cerebral. Dessa forma, prevaleceu o entendimento que se não há vida humana, não há que se tratar de crime de aborto.

Cogitamos a possibilidade de o STF não ter querido efetivamente enfrentar a difícil e polêmica questão do aborto. Isso porque, partindo da ausência de vida humana, não há dúvida que não se configura crime de aborto, uma vez que esse é um crime doloso contra a vida.

No entanto, diante dos ensinamentos que prevalecem nas ciências médicas, o anencéfalo tem vida sim. Vida precária e efêmera, todavia vida humana. Diante dessa constatação, indagamos: Qual o caminho jurídico? Compreender a interrupção da gestação do feto anencéfalo como crime de aborto ou não?

As constituições dos Estados Democráticos de Direito – e a Constituição brasileira é uma delas – positivam certos valores éticos considerados fundamentais para a construção de um sistema penal harmonizado com os pressupostos desse modelo de Estado. Esses valores, transformados em princípios, são o respeito à dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, a legalidade, a liberdade, a igualdade, a justiça ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, dentre tantos outros previstos na Constituição de 1988. Por meio desses novos valores, a atual Constituição estabeleceu um novo paradigma na relação entre o direito constitucional e o direito penal.

Para o direito, a proteção à vida humana dá-se, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, em geral, a partir da concepção. Observa-se que o Brasil é signatário da referida convenção desde 1992. O sistema jurídico brasileiro também tutela igualmente os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, este último previsto em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, por força do § 2.º do art. 5.º da Lei Maior. Diante da coexistência desses direitos fundamentais do feto e da mulher, o ordenamento jurídico encontra-se diante de uma colisão de direitos fundamentais. Por um lado, há o direito à vida do feto anencéfalo e de outro há o direito à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, ou seja, há seu direito de escolha em prosseguir ou não com a gestação nessas circunstâncias.

Observa-se que, em decorrência da proteção do direito à vida, o aborto doloso é conduta criminosa no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de configuração do crime ocorre nos casos previstos de exclusão de ilicitude segundo o art. 128 do CP, ou em outras hipóteses de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, a serem verificadas diante de situações fáticas concretas.

Diante da análise desses dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, surge a seguinte indagação: há situações na qual o direito à vida intrauterina cede diante dos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, para que ela tenha o direito de realizar licitamente o aborto nos casos de anencefalia?

A gestação de anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em colisão. Diante dessa realidade, duas situações podem ocorrer. Na primeira, a mulher, consciente da malformação fetal letal, deseja prosseguir com a gestação. Não há dúvida que ela receberá todo o atendimento médico-hospitalar necessário para seu bem-estar físico e psíquico, assim como o nascituro terá todo o cuidado médico necessário, em decorrência de sua condição especial. Caso nasça vivo, receberá todo o suporte médico-hospitalar indispensável para viver o pouco que lhe resta. Isso porque a dignidade da pessoa humana independe do quanto e em quais condições ela vive. Quando o anencéfalo nasce com vida, ele é uma criança e, por isso, titular de todos os direitos inerentes a ele. No nosso entender, ele tem dignidade, como todo ser humano. No entanto, não tem vida digna em razão da precariedade da sua existência.

Quando a mulher deseja prosseguir com a gestação não há colisão de direitos fundamentais e, por isso, a solução é notória. Complexa é a segunda situação, que se dá quando a mulher, consciente da gestação de anencéfalo, deseja interrompê-la. Nesse caso, o ordenamento jurídico defronta-se com verdadeira colisão de direitos fundamentais e que será resolvida com base na hermenêutica dos direitos fundamentais, com respaldo tanto na Constituição quanto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Por um lado, há a precariedade e a efemeridade da vida do anencéfalo e sua total impossibilidade de conhecer a experiência humana, uma vez que não apresenta qualquer grau de consciência e interação. Por outro, há uma gestação de alto risco para a saúde física e psíquica da mulher e a possibilidade de escolha em prosseguir ou não com a gestação nessas circunstâncias. Compreendemos que a escolha deve ser legitimada à mulher e não ao Estado, porquanto se trata de decisão que pertence ao campo das relações privadas, ou seja, ao foro íntimo da mulher, segundo suas convicções. Não se legitima tamanha interferência do Estado na vida privada.

Esse caminho hermenêutico é encontrado na teoria geral dos direitos fundamentais por meio da máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade visa a aferir a constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por meio da sua aplicação, o intérprete avalia a correlação entre os fins visados e os meios empregados nos atos do Poder Público, nas situações de colisão de direitos fundamentais.[47]

Ao prevalecerem os direitos da mulher, compreendemos que a permissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se no exercício regular de direito, causa excludente da ilicitude, conforme

47. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 319.

o inc. III do art. 23 do CP. Agir no exercício regular de direito é realizar conduta autorizada pelo sistema jurídico e que torna lícito um fato típico.[48]

O aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, é conduta típica, uma vez que há vida intrauterina; no entanto, é permitida porque se encontra acobertada pelo exercício regular de um direito. Não se trata de inexigibilidade de conduta diversa, porque constitui conduta lícita e amparada pela Constituição. As hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa são causas que excluem a culpabilidade e, por isso, condutas ilícitas. Uma vez que se trata de um direito constitucional, este, como qualquer outro direito, não pode se legitimar em uma conduta ilícita. Ademais, se já se constatou tratar-se de causa excludente da ilicitude, não há que se investigar a culpabilidade.

Diante de todo o exposto, compreendemos também que não se justifica a diferenciação entre antecipação terapêutica do parto e aborto. Entendemos e até apreciamos a técnica de defesa tão brilhantemente desenvolvida ao longo do processo da ação em foco. Tratou-se de excelente estratégia de argumentação e de defesa. No entanto, compreendemos que suposta diferenciação entre aborto e antecipação terapêutica do parto não passa de um eufemismo.

3.3 Competência do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário

Uma das questões levantadas no julgamento em análise diz respeito à competência do STF para criar outras hipóteses no sentido de permitir a interrupção da gestação, além das duas já previstas no art. 128 do CP. Especialmente os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram pela improcedência da ação, entenderam que não seria da competência do STF criar outras hipóteses para permitir a interrupção da gestação, como no caso dos fetos anencéfalos. Para eles, trata-se de competência do Poder Legislativo.

No nosso entender, não há dúvida de que cabe ao Poder Legislativo, em especial ao Congresso Nacional, legislar sobre direito penal, por força de determinação constitucional. No entanto, nos valemos do fundamento do ministro Celso de Mello para rebater referido argumento apontado pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso na ação em análise.

Celso de Mello, ao justificar a atuação do Supremo na questão em foco, expôs: "O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o

48. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – Parte geral e parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 238-239.

que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito".[49]

E conclui: "para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados".[50]

4. CONCLUSÃO

Por fim, compreendemos que a Constituição de 1988 apresenta sim elementos para a interpretação no sentido da possibilidade de haver outras hipóteses de aborto permitido, por meio da hermenêutica constitucional, pautada em princípios constitucionais e na teoria geral dos direitos fundamentais. Por isso, defendemos que a interrupção da gestação nos casos de anencefalia configura exercício regular de um direito.

As sociedades democráticas devem pautar-se por escolhas conscientes e responsáveis. O enfrentamento jurídico da possibilidade de interromper-se a gestação nos casos de anencefalia, indubitavelmente, deve pautar-se por tais critérios. Trata-se de questão complexa, polêmica e de difícil enfrentamento. Seu enfrentamento representa uma escolha. No nosso entender, tal escolha precisa e deve ser feita pela nossa sociedade, sempre com respeito à Constituição e a seus valores maiores.

Por mais difícil que sejam as escolhas, elas precisam ser feitas e é papel do direito se posicionar, sob pena de se cometerem grandes injustiças. O STF enfrentou a questão de forma pioneira. Por isso, ressaltamos que, não obstante nossas divergências quanto aos fundamentos jurídicos, a decisão da Corte foi imprescindível para garantir os direitos da mulher e fortalecer os direitos fundamentais no Brasil.

---

49. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. p. 359-360. Acesso em: 14.04.2014.

50. Idem, p. 364.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GHERPELLI, José Luiz Dias. As principais causas pré e perinatais do desenvolvimento anormal do sistema nervoso central – Malformações. In: NITRINI, Ricardo; BACHESCHI, Luiz Alberto (orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2. ed. São Paulo: Atheneu. 2003. Capítulo 24.1.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2008.

MINAHIN, Maria Auxiliadora. A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. ano 2. vol. 3. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. 5. ed. Trad. Fernando Simão Vugman. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – Parte geral e parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

RABELLO, Getúlio Daré. Coma e estados alterados de consciência. In: NITRINI, Ricardo; BACHESCHI, Luiz Alberto (orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2. ed. São Paulo: Atheneu. 2003. Capítulo 7.

REZENDE, Jorge de. *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 1998.

Sites consultados:

[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091]. Acesso em: 27.03.2014. [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878]. Acesso em: 08.04.2014.[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf]. Acesso em: 3.04.2014.[http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf]. Acesso em: 14.04.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ADPF e a possibilidade de antecipação terapêutica do parto: um estudo jurídico-constitucional sobre a anencefalia fetal, de Claudio José Amaral Bahia e Aline Panhozzi – *RT* 843/415 (DTR\2006\140);
- Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como meio de defesa dos direitos humanos e o caso dos fetos anencéfalos, de Patrícia Marques Freitas – *RDCI* 58/235 (DTR\2007\84); e
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Declaração de inconstitucionalidade da incidência sobre a hipótese de antecipação de parto de feto comprovadamente anencefálico, de Clèmerson Merlin Clève – *Soluções Práticas* 1/19 (DTR\2012\450410).

Casa de prostituição
A adequação social e a moral pública

Brothels
Social adequacy and public moral

João Paulo Orsini Martinelli

Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense (UFF).

Área do Direito: Penal

Resumo: Desde 2009, os crimes sexuais não são mais considerados atentados aos bons costumes e à moral pública e passaram à condição de lesões à dignidade sexual. O legislador confirmou entendimento defendido pela doutrina segundo o qual não cabe ao Direito Penal tutelar questões meramente morais. Entretanto, o STF voltou no tempo ao considerar a moral pública como bem jurídico tutelado pelo crime de manutenção de casa de prostituição. Além disso, houve confusão entre revogação e interpretação restritiva da norma penal quando o Tribunal afastou a incidência da adequação social.

Palavras-chave: Prostituição – Moralidade – Ofensividade – Adequação Social.

Abstract: Since 2009, sexual crimes have no longer been considered attacks against good manners and public morality but instead became offenses against one's sexual dignity. The legislator confirmed this view, which was expressed by the doctrine that defended that it's not the role of Criminal Law to protect issues that are purely moral. However, the Brazilian Supreme Court has stepped back in time by considering public morality as a protected legal interest for the crime of owning a brothel. Furthermore, there was confusion between the withdrawal and the restrictive interpretation of the criminal norm when the Court rejected the incidence of social adequacy.

Keywords: Prostitution – Moralism – Offense – Social Adequacy.

Sumário: A) Acórdão – B) Comentário: 1. Resumo da decisão – 2. Críticas à decisão: 2.1 A moral pública como bem jurídico; 2.2 Adequação social – 3. Casa de prostituição e criminalização – 4. Referências bibliográficas.

A) Acórdão

STF – *HC 104.467/RS* – 1.ª T. – j. 08.02.2011 – v.u. – rel. Min. Cármen Lúcia – *DJe* 09.03.2011 – Área do Direito: Penal.

CASA DE PROSTITUIÇÃO – Caracterização – Proteção da moralidade sexual e dos bons costumes que não permitem a aplicação do princípio da fragmentariedade – Princípio da adequação social que não tem o condão de revogar tipos penais – Inteligência do art. 229 do CP.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 892/669, *RT* 889/636, *RT* 885/556, *RT* 883/609 e *RT* 882/651.

Veja também Doutrina

- Casa de prostituição, de Ariosvaldo de Campos Pires – *RT* 703/406;
- Delitos relativos à prostituição no código penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 12/177;
- Moral e justiça no direito penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 864/460;
- Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133; e
- Prostituição regulamentada, de Paulo José Costa Júnior – *RT* 684/408.

Legislação citada

- art. 1.º da CF/1988; art. 229 do CP; art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei 12.015/2009; e Lei 12.376/2010.

Jurisprudência citada

- STF: RHC 65.391; e
- STJ: AgRg no REsp 1.167.646.

HC 104.467 – Rio Grande do Sul.
Relatora: Min. Cármen Lúcia.
Pacientes: Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva.
Impetrante: Defensoria Pública da União – Procurados: Defensor Público-Geral Federal.
Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Ementa: Habeas corpus. *Constitucional. Processual penal. Casa de prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social: impossibilidade. Conduta típica. Constrangimento não configurado.*

1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução às Nor-

mas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), "não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

3. Mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

4. Habeas corpus *denegado.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em 1.ª T., sob a presidência da Min. Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 8 de fevereiro de 2011 – CÁRMEN LÚCIA, relatora.

HC 104.467 – Rio Grande do Sul.
Relatora: Min. Cármen Lúcia.
Pacientes: Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva.
Impetrante: Defensoria Pública da União – Procurados: Defensor Público-Geral Federal.
Coator: Superior Tribunal de Justiça.

RELATÓRIO – *A Sra. Min. Cármen Lúcia* (relatora):

1. *Habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de A.F.M. e J.S., contra julgado da 6.ª T. do STJ, que, em 27.04.2010, negou provimento ao AgRg no REsp 1.167.646, relator o Min. Haroldo Rodrigues.

2. Tem-se nos autos que, em 09.05.2006, o Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou os pacientes pela suposta prática do crime de manter casa de prostituição (art. 229 do CP – f.).

Em 29.01.2009, o juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Tramandaí/RS absolveu os pacientes ao fundamento de que *"casa de prostituição é conduta que vem sendo descriminalizada pela jurisprudência em razão da liberação dos costumes, sendo a conduta atípica"* (f.).

3. Contra essa decisão o Ministério Público interpôs apelação. Em 04.06.2009, a 6.ª Câm. Crim. do TJRS negou provimento ao recurso para manter a absolvição dos pacientes, nos termos seguintes:

"Apelação criminal. Manutenção de casa de prostituição. Adequação social do fato. Atipicidade. apelo [não] provido. Absolvição mantida. À unanimidade, negaram provimento ao apelo ministerial" (f.).

4. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que, em 11.3.2010, foi provido monocraticamente pelo Ministro relator do STJ Haroldo Rodrigues:

"Penal. Casa de prostituição. Tolerância ou desuso. Tipicidade.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do art. 229 do CP.

2. Precedentes.

3. Recurso especial provido" (f.).

5. Contra essa decisão a Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, sobrevindo, em 27.04.2010, a decisão objeto da presente impetração, cuja ementa é a seguinte:

"Penal. Casa de prostituição. Tolerância ou desuso. Tipicidade.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do art. 229 do CP.

2. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (f.).

6. No presente *habeas corpus*, a impetrante sustenta que, pela aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social, a conduta praticada pelos pacientes não seria materialmente típica.

Alega que, "apesar da norma penal incriminadora prevista no art. 229 do CP estar em plena vigência, é necessário interpretá-la de forma cuidadosa para que possa ter validade e aplicabilidade em relação aos fatos da vida real" (f.).

7. Este o teor dos pedidos:

"1. seja concedida liminarmente medida cautelar, a fim de suspender a decisão do STJ até decisão final de mérito, informando-se o Juízo de primeira instância;

(...)

5. seja concedida a ordem de habeas corpus, para cassar a decisão do STJ, restabelecendo-se a absolvição conferida nas decisões de primeira e segunda instâncias, haja vista a atipicidade da conduta dos assistidos A.F.M. e J.S., em face da aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social ao art. 229 do CP" (f.).

8. Em 23.06.2010, indeferi o pedido de medida liminar e determinei vista dos autos ao Procurador-Geral da República (f.).

9. Em 27.08.2010, a Procuradoria-Geral da República opinou "pela denegação da ordem" (f.).

É o relatório.

VOTO – *A Sra. Min. Cármen Lúcia* (relatora):

1. Conforme relatado, a Impetrante pretende a aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social para que a conduta praticada pelos pacientes seja considerada materialmente atípica.

2. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem à denegação da ordem.

3. Na espécie vertente, a denúncia imputa aos paciente a seguinte conduta:

"Em 30.12.2004, por volta das 09h30min, na 'Boate Pantera', localizada na Estrada da F., n. X, em Cidreira/RS, nesta Comarca, os denunciados A. F. M. e J. L. mantinham, por conta própria, casa de prostituição destinada a encontros para fins libidinosos, com intuito de lucro. Na ocasião, Policiais Civis, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, deslocaram-se até o local supramencionado, oportunidade em que constataram a prática de prostituição, com exploração sexual. Os

denunciados quando inquiridos na Delegacia de Polícia, confessaram a prática do fato delituoso" (f.).

4. Pelo que se tem na peça inicial acusatória, os acusados praticavam, em tese, espécie de lenocínio ao agirem como proxenetas, mantendo casa de prostituição, no caso concreto, com intuito de lucro.

5. Esse comportamento, à época dos fatos, estava tipificado no art. 229 do CP, nos termos seguintes:

"Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa"

Casa de prostituição é o local destinado à prática de relacionamento sexual habitual mediante remuneração e, consequentemente, com exploração sexual. Já o lugar destinado a fim libidinoso é aquele em que regularmente ocorrem encontros com o objetivo de satisfazer o prazer sexual.

6. O caráter fragmentário do direito penal significa que, para esse ramo da ciência jurídica, interessa tutelar tão somente aqueles bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Todos os demais bens deverão ser protegidos pelos outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o direito civil ou o direito administrativo.

No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

7. Na linha do que exposto e confirmando a importância desses bens para a sociedade, a Lei 12.015/2009 alterou o tipo penal previsto no art. 229 do CP para retirar-lhe a expressão "lugar destinado a encontros para fim libidinoso", mas manteve como típica a conduta imputada aos ora pacientes:

"Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa"

Ao contrário do que ocorria com a redação primitiva do art. 229 do CP, a nova redação do dispositivo, ao adequar o tipo penal ao atual momento da sociedade, tornou atípica a conduta de manter estabelecimento destinado a encontros para fim libidinoso, tais como motéis e casas noturnas, mas conservou, contudo, a criminalização da conduta de manter casa de prostituição, já que nesses locais ocorre exploração sexual.

Na espécie vertente, foi constatada no estabelecimento dos pacientes a prática, em tese, de prostituição. Assim, mesmo com a recente alteração legislativa, a conduta imputada aos ora pacientes permaneceu criminalizada pelo legislador.

8. Em sentido semelhante é o parecer da Procuradoria-Geral da República:

"Ocorre que o Título VI do Código Penal foi recentemente alterado pela Lei 12.015/2009, tendo permanecido típica, em seu Capítulo V, que trata do lenocínio, do tráfico de pessoas para fins de prostituição e outras formas de exploração sexual, a conduta atribuída aos pacientes.

(...)

Bem se vê que após praticamente 70 anos, a prática imputada aos pacientes continua a ser, na visão do legislador ordinário, ofensiva a bem jurídico protegido: não propriamente à alegada 'moralidade pública sexual – até porque, conforme ensinamentos introdutórios de Direito e Filosofia do Direito, direito e moral não se confundem -, mas sim à 'dignidade sexual', inerente à esfera de dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 1.º da CF/1988. Temerário defender-se, assim, interpretação do texto constitucional que, a pretexto de prestigiar o pleno exercício das liberdades públicas, o faz em detrimento de princípio fundamental. Frisamos que a liberdade sexual, inserida aí a disposição do próprio corpo, mediante paga, para fins libidinosos, não se confunde com a exploração da liberdade sexual alheia, lavada a cabo em estabelecimentos quaisquer, paupérrimos ou luxuosos, cuja distinção, por certo, limita-se ao gosto e ao poder aquisitivo da clientela" (f.).

9. De fato, o legislador não poderia ter agido de maneira diferente. No estabelecimento mantido pelo proxeneta ocorre exploração sexual de pessoas, conduta inadmissível que, portanto, merece ser reprimida pelo direito penal.

Ademais, embora a obtenção de lucro com a prostituição de terceiros não seja elemento objetivo do tipo, trata-se de regra nessa espécie de atividade e, inclusive, teria ocorrido no fato concreto imputado aos pacientes.

Por todo o exposto, não há como se aplicar o princípio da fragmentariedade à espécie vertente.

10. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais.

Nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". Somente uma lei pode revogar outra lei.

Assim, mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

11. Em sentido semelhante ao que foi dito, é a jurisprudência do STF:

"Ementa: Casa de prostituição (art. 229 do CP). *Habeas corpus* para trancamento da ação penal por falta de justa causa. indeferimento na instância de origem. recurso de *habeas corpus* improvido. havendo elementos no inquérito, que autorizam a den[uncia; em se tratando de crime permanente, que exige prova de habitualidade, a ser completada no curso da instrução; e não contendo a licença para funcionamento de estabelecimento comercial autorização (aliás, inadmissível) para nele se instalar casa de prostituição; não é caso de trancamento da ação penal, adequadamente proposta" (RHC 65.391, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 06.11.1987).

Tem-se do conteúdo do voto do Min. Sydney Sanches, relator do RHC 65.391:

"Não podem ser colhidas, por último, as considerações no sentido de que, nos tempos atuais, já não se justifica a punição da mantença de casa de prostituição. Ao Ministério Público e ao Juiz competem a interpretação e a aplicação da lei, jamais a negativa de sua vigência. A descriminalização e tarefa do legislador e não daquele, cuja missão é aplicar a lei" (www.stf.jus.br).

12. Pelo exposto, *encaminho a votação no sentido de denegar a ordem.*

VOTO – *O Sr. Min. Ricardo Lewandowski*: Presidente, estou de acordo; considerações de ordem moral não cabem, evidentemente, numa discussão jurídica como esta.

O Sr. Min. Marco Aurélio: Pres., este caso lembrou-me de artigo que li, hoje, no jornal O Estado de São Paulo: Calígula somos todos nós, de autoria de um ator justamente para estampar certa hipocrisia. Agora, a atuação judicial é vinculada, e o tipo do art. 229 do CP está em pleno vigor. Não tenho como fechar a legislação e conceder a ordem, muito embora reconheça a tolerância que vem se verificando nos dias atuais.

Acompanho Vossa Excelência, indeferindo a ordem.

EXTRATO DE ATA – HC 104.467 – Procedência: Rio Grande do Sul; relatora: Min. Cármen Lúcia; pacientes: Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva; impetrante: Defensoria Pública da União – Procurados: Defensor Público-Geral Federal; coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Unânime. Presidência da Min. Cármen Lúcia. 1.ª T., 08.02.2011.

Presidência da Min. Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República – Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian – Coordenadora.

B) COMENTÁRIO

1. RESUMO DA DECISÃO

Trata-se de decisão proferida pelo STF (HC 104.467/RS), em 08.02.2011, em ação penal promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela prática do crime de manutenção de casa de prostituição, previsto no art. 229 do CP. No caso, houve absolvição em primeira instância, que foi mantida pelo Tribunal de Justiça. O Ministério Público recorreu ao STJ, que modificou a decisão anterior e condenou os réus. No STF, a condenação foi mantida.

Destacam-se os seguintes fragmentos da ementa do julgado:

"No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade".

"Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), 'não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue'. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor".

2. CRÍTICAS À DECISÃO

A decisão merece observações críticas quanto ao seu conteúdo, em especial sobre dois aspectos: o bem jurídico tutelado e a revogação da lei pela adequação social. Primeiramente, será feita uma exposição do bem jurídico tutelado pelo crime de "casa de prostituição", utilizando-se como marco teórico referencial as modificações dos crimes sexuais realizadas pela Lei 12.015/2009. A seguir, o princípio da adequação social será analisado pelo histórico de desenvolvimento e suas verdadeiras finalidades.

2.1 A moral pública como bem jurídico

A redação original da Parte Especial do Código Penal previa os crimes sexuais – entre os quais aqueles referentes ao lenocínio – no Título VI denominado "Dos Crimes contra os Costumes". A postura do legislador à época reproduzia uma cultura social da "moral" e dos "bons costumes", particularmente quando o objeto em análise era o padrão de comportamento sexual. Tais conceitos são relativamente vagos, a considerar que as normas penais devem ser interpretadas restritivamente. Hungria, por exemplo, conceituava o *pudor* como "complexo sentimento concernente a toda conduta do indivíduo sob o prisma sexual".[1] A moralidade pública, por sua vez, foi conceituada por Maggiori como "a consciência ética de um povo, em um dado momento histórico e precisamente o seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto".[2]

Partindo-se da premissa de que todo tipo penal precisa, necessariamente, ter um bem jurídico a ser tutelado – entendimento pacificado nos Tribunais superiores – há de se conceituar "costumes" como interesse tutelado pela norma e verificar sua adequação à atual realidade do Direito Penal. Deve-se ressaltar que a moral pública e os bons costumes não poderiam mais sustentar a incriminação de comportamentos, seja pela atual Constituição Federal – bem diferente daquela vigente à época de edição do Código Penal –, seja pelo atual momento histórico. O deslocamento da tutela dos bons costumes para a dignidade sexual revela-se explicitamente na justificação do PLS 253/2004 do Senado Federal, que deu origem à Lei 12.015/2009:[3]

"Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo

1. HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. VIII. p. 92-93.
2. MAGGIORI apud COSTA JR., Paulo José. *Código Penal comentado*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 728.
3. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034]. Acesso em: 12.05.2014.

da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual."

As modificações provenientes da nova lei tornaram explícita a importância da dignidade humana como referência no processo de criminalização. O legislador deu um passo adiante – que poderia ser maior – ao retirar a moralidade como bem jurídico tutelado e substitui-la pela dignidade sexual, conforme já reivindicava parte da doutrina. De acordo com Silveira, "como a moral não é vista como um sistema único, mas sim oriunda de uma relação de consenso – dada a partir de uma argumentação –, ela não pode sustentar um controle de situações que não necessariamente venham a agredir a coletividade como um todo".[4] Faz-se necessário, portanto, uma lesão ao bem jurídico tutelado ou, pelo menos, uma situação real de perigo, o que não se sustenta apenas com o conceito de moral.

Desde a Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é o núcleo do sistema jurídico. A autodeterminação sexual é uma das vertentes da dignidade humana e, por isso, deve ser tutelada pelo Direito Penal. Por isso, as questões referentes à prostituição merecem uma atenção individualizada, não meras considerações generalizadas. Deve-se questionar se aquele que exerce a prostituição o faz com base em sua autodeterminação sexual ou em razão de uma situação de vulnerabilidade. A nova redação do Código Penal refere-se à prostituição como forma de exploração sexual. A utilização recorrente da expressão "prostituição e outras formas de exploração sexual" permite essa interpretação. Pode-se perceber que o legislador generalizou a condição da pessoa prostituída como alguém sempre explorado. Em razão disso, os tipos penais abrangem as situações nas quais, inclusive, há consentimento do ofendido. Não há distinção entre o livre exercício da atividade e as condições de fraude, violência ou grave ameaça.

Diante da legislação brasileira, portanto, a prostituição é sempre considerada uma forma de exploração sexual, o que torna o consentimento inválido. Essa consideração é importante porque aponta para uma discussão. Se o lenocínio é sempre crime, independentemente do consentimento de quem exerce a prostituição, pode-se chegar a duas conclusões: ou o Direito Penal deve reprimir a atividade por ser exploratória, ou porque possui um caráter de imoralidade. Criminalizar o lenocínio apenas pela imoralidade não faria sentido, pois a prestação do serviço sexual pela própria pessoa continua a ser lícita. Da mesma forma, o consumo também teve a legalidade mantida, exceto quando a pessoa prostituída for menor de 18 anos e o consumidor tem consciência da condição (art. 218-B, § 2.º, I, que passou a ser crime hediondo com a edição da Lei 12.978/2014). Somente é crime a atividade do

4. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 36.

terceiro que, de alguma forma, incentiva, intermedeia, aproveita-se ou se sustenta da prostituição alheia.

Extrai-se, daí, que o objetivo da lei penal não é tutelar os bons costumes, mas sim proteger a pessoa prostituída, que possui liberdade de oferecer o serviço sexual em troca de pagamento, desde que livre de qualquer forma de exploração. O próprio PLS 253/2004 do Senado Federal, acima citado, foi o resultado da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instaurada para o combate à exploração sexual de crianças e adolescentes. Apesar de o foco serem os menores de 18 anos, a redação do projeto abrangia, também, as vítimas adultas, ao manter o desprezo pelo consentimento na tipificação do lenocínio.

Importante é buscar um conceito satisfatório de *exploração*, pois é o que se pretende evitar com a criminalização do lenocínio. A exploração, nas palavras de Hoemer, é "um duelo desigual de forças, no qual o mais fraco dificilmente ousa enfrentar o mais forte em busca de novas possibilidades".[5] Há uma espécie de "aceitação" da relação exploratória porque o explorado não encontra alternativas próximas distintas daquelas às quais está submetido. O Direito Internacional reconhece a vulnerabilidade socioeconômica como fator que anula o consentimento da vítima em situações de exploração sexual, conforme disposto no art. 1.º da Convenção para a Repressão do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas, de 1950, e, mais recentemente, o art. 3.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, de 2000.

Não apenas a violência, a grave ameaça e a fraude retiram a autonomia de comportamento da pessoa. A legislação brasileira despreza o consentimento da pessoa prostituída porque presume uma situação de vulnerabilidade que retira sua autonomia e a expõe a uma situação prejudicial por presunção. No entanto, diante da estrutura constitucional, que protege a liberdade individual, a exploração que se pretende reprimir com o Direito Penal deve ser comprovada em cada caso concreto a fim de permitir fundamentação adequada às decisões condenatórias. Uma vez que não seja comprovada a relação de exploração, o exercício da prostituição é a tradução da liberdade de ação de uma pessoa autônoma que decidiu por prestar serviços sexuais em troca de pagamento.

2.2 Adequação social

Outro ponto a ser analisado é a aplicação da adequação social no fundamento do julgado. O julgado afastou a aplicação do "princípio da adequação" porque esta

5. ROEMER, John E. Exploitation, alternatives and socialism. *The Economic Journal*. vol. 92. n. 365. p. 89. Hoboken (EUA), mar. 1992.

não possui o condão de revogar normas, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ademais, uma lei só poderia ser revogada por outra posterior, o que não aconteceu no caso concreto porque o art. 229 do CP ainda está em vigência. Conclui a relatora que "mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor" (f. 04).

Parece haver um equívoco sobre a aplicação da adequação social. Sem entrar no mérito da questão sobre a adequação social ser um princípio, sua finalidade não é a revogação de normas penais pelo costume ou por sua aceitação pela sociedade. Trata-se de critério de interpretação do tipo penal em determinado caso concreto, o que não significa expurgá-lo do ordenamento jurídico. A adequação social, para os que ainda a defendem, "é usada mais como parâmetro de interpretação restritiva".[6] Cabe, aqui, fazer a distinção entre revogação da norma e sua interpretação, em especial no Direito Penal.

Não cabe aqui adentrar nas discussões em torno da interpretação das normas, nem discorrer sobre suas espécies. A interpretação é um processo de comunicação, pelo qual se busca o verdadeiro alcance da norma. Nas palavras de Maximiliano,

"*interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio.* (...) Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta".[7]

No Direito Penal, a interpretação possui importância fundamental para verificar a tipicidade material, uma vez que a tipicidade formal não é suficiente para confirmar o injusto penal. Diferente é a revogação, que consiste na perda da vigência de uma norma. Quer dizer, a revogação possui efeito *erga omnes*, pois é característica da norma jurídico-penal sua generalidade. A interpretação da norma penal é, sobretudo, o exercício de determinar sua força e seu alcance, conforme os dados atuais de um problema, pois a intenção do jurista é conhecer a norma – enquanto diretivo para o comportamento – tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos.[8]

---

6. GRECO, Luis. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *RBCCrim* 92/441.

7. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 09-10.

8. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 255-256.

Atribui-se a Hans Welzel a construção da adequação social como critério de interpretação do tipo penal. Cancio Meliá aponta as fases pelas quais passou o conceito de adequação social na obra de Welzel: Primeiramente, a adequação social é o "significado social" de um comportamento, que só pode ser considerado um injusto penal se ultrapassa essa "adequação". Consideram-se a concepção naturalista-causal de ação e o conceito de bem jurídico para avaliar se o comportamento tipificado possui relevância penal. Segundo o autor, o conteúdo material do tipo penal é fundamental para extrair se dado comportamento concreto é merecedor de pena, desde que os processos vitais da sociedade sejam atingidos. Assim, a referência à sociedade, que Welzel persegue e que a adequação social possibilita, é produzida no marco da teoria do delito no nível do tipo penal.[9]

Posteriormente, Welzel reconhece a adequação social como uma causa de justificação consuetudinária, ou seja, passa a dar tratamento no âmbito da antijuridicidade. Por fim, o autor volta a reconhecer a adequação social na esfera do tipo penal, como "o estado normal de liberdade de atuação social que se encontra na base dos tipos e que estes pressupõem tacitamente, ou seja, é um princípio geral de interpretação".[10] Daí é possível afirmar que a adequação social não é meio de revogação da norma penal, mas sim de interpretação do tipo. A incidência no tipo penal explica-se pela ausência de lesão socialmente reconhecida ao bem jurídico. Não se trata de causa de justificação, pois esta, na verdade, é uma permissão para praticar um comportamento socialmente inadequado.[11]

No Brasil, Bitencourt reconhece a adequação social como um princípio necessário, porém, não suficiente, para interpretar um fato determinado que, apesar de formalmente típico, pode não possuir conteúdo material suficiente para justificar sua punição. Para o autor, a adequação social divide-se em duplo juízo de valoração: um juízo *ex ante*, que pretende excluir do âmbito do injusto a conduta que não seja gerada em condições de previsibilidade de produção de um resultado típico (desvalor da ação) e um juízo *ex post*, que pretende excluir do âmbito do injusto consumado a conduta que, mesmo sendo adequada desde a perspectiva *ex ante*, não se verifica no resultado, pois, conhecidas todas as circunstâncias do caso concreto, fica evidente que outros fatores incidiram para sua produção (desvalor do resultado).[12]

---

9. CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de la adecuación social en Welzel*. ADPCP, Fasc. II, 1993. p. 700.
10. Idem, p. 703.
11. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoria de la antijuricidad*. Ciudad de Mexico: UNAM. 2003. p. 54.
12. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I. p. 55-57.

Além de ressaltar que a adequação social é critério de interpretação do tipo penal, deve-se considerar sua importância na verificação dos requisitos da imputação objetiva. Conforme proposta de Roxin, um resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo foi realizado no resultado concreto.[13] A imputação objetiva considera que o desvalor da ação está relacionado diretamente à criação de um risco juridicamente desaprovado, ou seja, que extrapola o permitido por lei. Desse modo, comportamentos típicos que diminuam o risco ao bem jurídico tutelado ou as autocolocações em perigo do ofendido estão fora do âmbito de proteção da norma. Em âmbito jurisprudencial, há decisões que desconsideram a tipicidade do fato pela falta de imputação objetiva, inclusive no STJ.[14]

A adequação social, portanto, deve ser instrumento de verificação do risco proibido criado pelo agente quando seu comportamento for causa de um resultado lesivo. Não se deve considerar a adequação social como meio de revogação da norma. Desprezar a adequação social simplesmente porque "apenas uma norma pode revogar outra norma" é não compreender o conteúdo dogmático do risco juridicamente proibido no âmbito da imputação objetiva. Aplicar a adequação ao caso concreto – casa de prostituição – é verificar se o agente praticou comportamento que está além do socialmente aceitável e, com isso, foi além do risco permitido.

No mesmo sentido, Cancio Meliá considera a adequação social o ponto de partida da verificação do risco proibido. O autor compreende que as categorias discutidas na atualidade – o risco proibido, proibição de regresso, princípio da confiança, posição de garante – de alguma forma estão relacionadas com a adequação social proposta por Welzel, no mínimo são suas descendentes. Por isso, pode ser útil fazer referência ao atual instituto do risco permitido que, por conta de seu caráter genérico, seja talvez a categoria que esteja mais próxima da ideia original de adequação social.[15]

Enfim, a adequação social não pode ser desprezada pelo Direito Penal. Além de não ser causa de revogação da norma penal, é importante instrumento de interpretação do fato para determinar se o comportamento do agente criou um risco não permitido. Busca-se, assim, delimitar o poder punitivo do Estado e ampliar a liberdade de comportamento pela não configuração da tipicidade material. Muito importante as colocações de Busato, para quem a relevância de um tipo de ação depende de uma dimensão material, além da mera correspondência descritiva, quer dizer, "a conduta há de afligir o interesse protegido pela norma

13. ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I. p. 372.

14. Por exemplo, HC 68.871/PR, j. 06.08.2009, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

15. CANCIO MELIA, Manuel. Op. cit., p. 707.

de modo suficiente a justificar a intervenção penal".[16] Para o autor, a adequação social é um princípio de interpretação da norma penal superado pelos modelos funcionalistas de corte teleológico, pelos critérios de imputação objetiva e pelo princípio da intervenção mínima,[17] ou seja, não há revogação da norma, apenas limites ao seu alcance.

O próprio STF possui um repertório de julgados que reconhecem a falta de lesão suficiente para considerar o fato materialmente típico, em especial no crime de furto. A Corte, inclusive, instituiu requisitos para reconhecer a insignificância da subtração de coisa alheia móvel: "(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada".[18] Apesar da vagueza dos requisitos, estes são prova de que o STF entende que nem todos os fatos formalmente típicos sejam também materialmente típicos, e em qualquer parte dos julgados foi cogitada a revogação do crime de furto. Isto é, o reconhecimento da não aplicação da norma incriminadora no caso concreto não implica sua revogação; trata-se, apenas, de limitar seu alcance pela intervenção mínima.

3. CASA DE PROSTITUIÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO

Diante das considerações anteriores, deve-se pontuar o crime previsto no art. 229 – casa de prostituição – nas questões referentes à liberdade individual e proteção do bem jurídico. Já foi devidamente exposto acima que a moralidade pública isoladamente não pode ser objeto de tutela dos tipos penais. Deve-se, sempre, existir um interesse relevante a justificar a criminalização de um comportamento.

Não se deve recusar, de plano, a condenação pelo crime antes de se analisarem as circunstâncias do caso concreto. As críticas aqui colocadas referem-se, portanto, aos fundamentos da decisão ora em análise. O STF poderia ter como premissa da condenação a dignidade sexual das pessoas exploradas no local, uma vez que o Direito Penal tem legitimidade para reprimir situações de exploração. Da mesma forma, a configuração da tipicidade material exige análise do caso concreto, sem generalizações, pois o exercício da prostituição fora das situações de exploração nada mais é que manifestação da liberdade.

Os dois equívocos da decisão foram considerar a moral pública como bem jurídico a ser tutelado – e essa premissa generaliza a ocorrência do injusto a qualquer casa de prostituição, além de ignorar os avanços inseridos pela Lei 12.015/2009 – e afastar a adequação social por considerá-la causa de revogação da norma penal.

16. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 347-348.

17. Idem, p. 352.

18. Por exemplo, HC 118.853/RS, j. 24.04.2014. rel. Min. Luiz Fux.

A adequação social teria o condão de sustentar uma condenação ao compreender a exploração sexual como uma atividade inaceitável. Somente seria socialmente aceitável – e, por isso, dentro do juridicamente permitido – a manutenção da casa de prostituição em que não houvesse exploração, mas apenas livre exercício da atividade sexual.

A mais alta Corte do país não pode regredir nos fundamentos de suas decisões. A Lei 12.015/2009 substituiu o objeto de tutela dos crimes sexuais para adequar os tipos penais à realidade constitucional de proteção da dignidade humana e prezar pela liberdade individual. O Direito Penal não pode ser regido por meras imoralidades. Por fim, as regras de interpretação do tipo penal no caso concreto são essenciais para analisar a tipicidade material e manter a individualização da aplicação da lei penal. Conforme o entendimento de Greco, "a decisão do STF, ao entender que o bem jurídico protegido pelo art. 229 do CP é a moralidade sexual, manifestou indiferença pelos avanços teóricos do direito penal e pela ampla produção literária da doutrina".[19]

Não se pugna, aqui, pela revogação do art. 229 do Código Penal; porém, deve-se realizar a interpretação conforme os princípios do Direito Penal, dentre os quais a ofensividade, com o objetivo de reprimir somente a exploração sexual. O significado de uma norma criminalizadora no Estado democrático de Direito é o resultado de uma interpretação que não pode ser obtida antes ou fora do próprio processo concreto de interpretação.[20] E a consideração de conceitos meramente morais para explicar a tutela penal impede a individualização da atividade do intérprete, levando-o a tratar de maneira uniforme todas as condutas formalmente típicas, independentemente das diferenças que cada uma delas pode apresentar sob o ponto de vista da tipicidade material.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de la adecuación social en Welzel*. ADPCP, Fasc. II, 1993. p. 697-730.

COSTA JR., Paulo José. *Código Penal comentado*. São Paulo: DPJ, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008.

19. GRECO, Luis. Op. cit., p. 446.

20. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35.

GRECO, Luis. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 92. p. 431-457. São Paulo: Ed. RT, 2011.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. VIII.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoria de la antijuricidad*. Ciudad de Mexico: Unam, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROEMER, John E. Exploitation, alternatives and socialism. *The Economic Journal*. vol. 92. n. 365. Hoboken (EUA), mar. 1992.

ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. I.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer)

Money Laundry in Criminal Procedure 470

Pierpaolo Cruz Bottini
Professor-doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo.

Área do Direito: Penal

Sumário: 1. Notas introdutórias – 2. Crime antecedente: delito contra o sistema financeiro nacional – 3. Crime antecedente: corrupção passiva: 3.1 Da ocultação pelo uso de interposta pessoa. Consunção; 3.2 Ainda da ocultação pelo uso de interposta pessoa. Atipicidade; 3.3 Do uso de movimentações financeiras irregulares como elemento da lavagem de dinheiro – 4. Conclusões.

O presente parecer trata de aspectos da condenação do Consulente pelo crime de *lavagem de dinheiro* (Lei 9.613/1998, art. 1.º, V e VI) nos autos da APn 470.

Foi-me formulado o seguinte quesito: a conduta imputada ao Consulente na denúncia e reconhecida pelo Acórdão apresenta os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal de *lavagem de dinheiro*?

A elaboração da opinião legal em questão exige algumas reflexões acerca da natureza do tipo penal de *lavagem de dinheiro*, dos crimes considerados *antecedentes* no caso em questão e de aspectos dogmáticos referentes ao *concurso de crimes* e ao *concurso de normas* aplicáveis à hipótese apresentada.

1. Notas introdutórias

A questão jurídica[1] aqui enfrentada se limita à análise da condenação do Consulente como incurso no crime de *lavagem de dinheiro*, pela prática dos atos descritos na denuncia, decisão controversa, uma vez que cinco Ministros da Suprema Corte votaram pela absolvição neste item específico.

Importa notar que na presente análise não entrarão em consideração questões fático-probatórias sobre autoria e materialidade, tendo o autor tomado como pre-

1. A presente análise contou com a colaboração de Claudia Vara San Juan Araújo.

missa os elementos incontroversos indicados no Acórdão, limitando a reflexão sobre sua qualificação jurídica.

Feitas as considerações necessárias, passemos à controvérsia.

Imputa-se ao Consulente o ato de *receber* certo valor – caracterizado como vantagem indevida obtida em razão de sua função pública – com o emprego de *mecanismo de lavagem de dinheiro,* uma vez que o valor foi retirado por sua esposa em uma agência bancária, sem que se seguissem os trâmites para o saque desta quantia exigidos pelas regras vigentes de controle do sistema financeiro.

Tais valores seriam oriundos, segundo a denúncia e o acórdão dela decorrente, de crimes contra o sistema financeiro e praticados por meio de organização criminosa, ademais de imbricados com o delito de corrupção.

Diante de tais premissas, indaga-se pela adequação da qualificação dos fatos narrados e apreciados como atos de *lavagem de dinheiro* em concurso material com o crime de *corrupção passiva.*

Em sendo o crime de *lavagem de dinheiro* delito *complexo,* que exige *crime antecedente,* faz-se necessário, em primeiro lugar, fixar quais os delitos indicados na decisão como *originários* dos valores supostamente *lavados,* uma vez que a análise da controvérsia jurídica será distinta em relação a cada um deles.

A denúncia que originou o feito em discussão fez menção aos crimes de *corrupção, contra o sistema financeiro nacional* e praticados por meio de *organização criminosa* como crimes antecedentes alternativos da *lavagem de dinheiro,* supostamente praticada pelo Consulente. O Acórdão indicou apenas os crimes de (i) *corrupção passiva* e (ii) crime *contra o sistema financeiro nacional* como referidos aos atos de lavagem, hipóteses que passamos a avaliar.

2. CRIME ANTECEDENTE: DELITO CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

No que concerne ao *crime contra o sistema financeiro nacional* como antecedente da *lavagem de dinheiro* em tela, nota-se dos votos submetidos à nossa apreciação – tanto vencedores quanto vencidos – a inexistência de menção *expressa* ao *dolo* do Consulente, uma vez que – ao que tudo indica – não há qualquer apontamento sobre ele ter *conhecimento* (dolo direto) ou *suspeita* (dolo eventual) da proveniência dos valores *daqueles* ilícitos específicos.

Sabe-se que o elemento subjetivo nuclear da *lavagem de dinheiro* é dolo. Ao contrário de outros países – como a Espanha e o Chile – o tipo penal em discussão não existe no Brasil na forma culposa – consciente ou inconsciente. Apenas o comportamento doloso é objeto de repreensão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e vontade de agir naquele sentido. Logo, não basta a constatação objetiva de ocultação ou dissimulação. É necessário

demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los.[2]

Além de conferir lógica e sistematicidade à teoria do delito, a exigência da constatação de dolo na lavagem constitui importante garantia de imputação subjetiva, que afasta qualquer hipótese de responsabilidade objetiva na seara penal. Por mais que uma pessoa seja responsável por determinada esfera de organização, somente será responsável pelos crimes de lavagem cometidos nessa seara se for demonstrada sua relação psíquica com aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com sua realização.

A conservação do elemento subjetivo do tipo é a "garantia do cidadão contra a responsabilidade objetiva na seara penal, assegurando-lhe que somente serão puníveis os fatos que integram seu espaço psíquico cognitivo e volitivo".[3]

Não por acaso, a doutrina é incisiva ao discorrer sobre o dolo, como ilustra o seguinte trecho das reflexões de Sérgio Moro:

"*O dolo deve abranger o conhecimento de que os bens e direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividades criminosas*, mas não necessariamente o conhecimento especifico de qual atividade criminosa ou de seus elementos ou circunstâncias". *O agente deve acreditar que está lavando produto de atividade criminal relacionada nos incisos do art. 1.º, da Lei 9613/1998.* (...).

Caso o agente realize as condutas típicas do crime de lavagem, ocultando e dissimulando produto de tráfico de entorpecente, mas acreditando que se tratava do produto de corrupção, o erro de tipo será irrelevante, respondendo o agente da mesma forma pela lavagem. *"Caso, porém, realize a mesma conduta, mas acreditando que se tratava de produto de estelionato, haverá erro de tipo relevante, que exclui o dolo".*[4]

No mesmo sentido, outras manifestações – até mesmo mais contundentes:

"O elemento subjetivo destes crimes é o dolo. *Não se pune a ' lavagem' culposa. e o dolo é direto (quando o agente quer o resultado)*, pois não convence o argumento contrário de que possa haver espaço para o dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzi-lo), já que as várias condutas estão ligadas à intencionalidade de ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente, ou então, referem-se às condutas paralelas de colaboração que indicam a *prévia ciência da origem ilícita dos bens*, direitos ou valores, ocorrendo

2. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.* São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 94.

3. Idem, p. 93

4. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

a imputação nesta última hipótese pela incidência do instituto de concurso de pessoas (art. 29, CP).").[5]

Ou:

"*Só poder-se-á enquadrar nos crimes previstos nessa lei quando houver a consciência da ilicitude da conduta.* Dessa forma, *é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro* em movimentação, não precisando que esse agente tenha absoluta certeza sobre o fato, mas apenas a consciência do ilícito. Será de suma importância que se verifique no caso concreto quais os processos que o agente utilizou para lavar o dinheiro oriundo de fontes ilícitas para que se verifique assim se o dolo (elemento subjetivo) está presente."[6]

E também:

"*Deve o agente especificamente conhecer qual o crime anteriormente praticado que ensejou os bens ou valores objetos da lavagem* (hipótese do dolo direto, ressalvando-se a explicação já feita quanto ao dolo eventual), e não apenas conhecer a prática de qualquer 'crime".[7]

Há que se salientar que este é também o entendimento de nossos Tribunais:

"(...)

XII – Não há que se falar em manifesta ausência de tipicidade da conduta correspondente ao crime de "lavagem de dinheiro", ao argumento de que não foi devidamente comprovada a prática de algum dos crimes anteriores arrolados no elenco taxativo do art. 1.º da Lei 9.613/1998, sendo inexigível que o autor do crime acessório tenha concorrido para a prática do crime principal, desde que tenha *conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores.* Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

(...)

Ora, é bem verdade que a tipicidade do delito de "lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores", de natureza acessória, está na dependência da existência de crime principal, prévio, que deve corresponder à definição do tipo penal em que é descrito. O crime prévio deve estar necessariamente relacionado no elenco esgotante e taxativo do próprio art. 1.º, da Lei 9.613/1998. Há entre os crimes antecedentes e o delito de lavagem de dinheiro, uma acessoriedade material, ou seja, sem a ocorrência do crime antecedente é impossível tipificar o crime previsto na Lei 9.613/1998.

---

5. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 101.

6. Conselho da Justiça Federal. Caracterização do crime de lavagem de dinheiro na Lei 9.613/1998. Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro. *Série Pesquisas do CEJ*, n. 9, Brasília, 2002, p. 39.

7. BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

Todavia, não decorre da Lei a exigência de que o autor do crime acessório tenha praticado também o crime anterior, *sendo necessário, isto sim, que o sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro tenha inteira ciência quanto aos elementos do tipo, aí incluído o conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores*" (STJ, HC 49.470, 5.ª T., rel. Min. Félix Fischer, j. 15.08.2006). Grifamos.

Feitas tais considerações, voltemos ao Acórdão, do qual – como indicado – não se extrai uma posição firme no sentido da existência da *ciência* do Consulente acerca de qualquer delito contra o *sistema financeiro nacional*.

No que concerne aos *votos vencedores*, o Min. Luiz Fux indicou que "não é óbice ao reconhecimento da configuração do crime da lavagem de dinheiro o fato de ter o (réu) também praticado o crime antecedente, de *corrupção passiva*" (f. 1539 do ac., grifos nossos).

De igual maneira, o E. Min. Celso de Mello asseverou julgar procedente a denúncia contra o Consulente "quanto ao delito de lavagem de dinheiro em que os *crimes antecedentes referidos são os crimes contra a Administração Pública*" (f. 2459 do ac., grifos nossos).

A ausência de elementos subjetivos referentes a tais antecedentes é ainda mais clara nos votos *vencidos*.

O E. Min. Lewandowski reconhece que restou claro dos autos que "de maneira inequívoca, *o réu não tinha nenhum conhecimento dos crimes antecedentes contra o sistema financeiro nacional ou contra a administração pública*, todos alegadamente praticados por essa associação ilícita, da qual, insisto, ele não fazia parte, como assentou a própria acusação" (f.1009 do ac., sem grifos).

A eminente Min. Rosa Weber:

"Os valores utilizados para pagamento tinham origem, é certo, em contas abastecidas por recursos provenientes dos crimes de peculato praticados no âmbito do Banco do Brasil e crime financeiro. Mas *desses crimes (o réu) não participou, e não há prova para afirmar que, quando do recebimento da propina, ele tivesse conhecimento de que paga com recursos provenientes de outros crimes*" (f. 1263 do ac., grifos nossos).

O E. Min. Dias Toffoli:

"No caso específico, os depoimentos aqui convergem também no sentido de que (o réu), ao determinar que os recursos financeiros destinados ao pagamento de pesquisa eleitoral fossem recebidos por sua esposa, sempre os teve como repasse partidário feito pelo PT; jamais como proveniente de uma das infrações subsumíveis aos incs. V a VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998, razão pela qual não demonstrada, na espécie, a presença do elemento subjetivo do tipo – dolo –, a impossibilitar o reconhecimento, no caso, do cometimento do crime de lavagem de dinheiro" (f.1261 do ac.).

Ainda que se entenda que tais decisões não afastem de forma peremptória a origem dos valores recebidos pelo Consulente em crimes contra o sistema

financeiro nacional, parece incontroversa a inexistência de *dolo* (mesmo na forma eventual) em relação a tais delitos anteriores, pela ausência do elemento *cognitivo*, razão pela qual não parece que a condenação por *lavagem de dinheiro* no caso em tela tenha sustentação no inc. VI da antiga redação do art. 1.º da Lei 9.613/1998.

3. CRIME ANTECEDENTE: CORRUPÇÃO PASSIVA

Em relação ao crime de *corrupção passiva* como *antecedente* a questão parece distinta, uma vez que o Consulente foi também condenado pela sua prática, em *concurso material* com a *lavagem de dinheiro*.

Aqui – partindo-se das premissas fixadas no acórdão – não há que se afastar o *dolo* – na forma do *elemento cognitivo* – uma vez que se imputou a *autoria* do antecedente ao próprio agente da *lavagem de dinheiro*, em punição da *autolavagem*, instituto controverso em diversos países, mas aceito *jurisprudencialmente* no Brasil.

O elemento a ser analisado aqui, a nosso ver, não diz respeito aos aspectos *subjetivos* da *lavagem de dinheiro*, mas à sua própria *existência objetiva*. Em outras palavras, parece necessária uma reflexão sobre subsistência da *tipicidade objetiva* do crime do art. 1.º da Lei 9.613/1998 em face da *corrupção passiva* tomada como crime antecedente.

O deslinde da questão, no entanto, exige observar, nos fundamentos dos votos *vencedores*, o que se entendeu por *lavagem de dinheiro*, uma vez que existe *divergência* sobre o comportamento que efetivamente caracterizou a *ocultação* ou *dissimulação*. Há votos que mencionam ser o recebimento de valores por "*interposta pessoa*" o elemento típico central da *lavagem*.[8] Outros indicam a *dissimulação* no uso de movimentação bancária em desacordo com as normas legais e atos regulamentares, em momento anterior ao próprio *recebimento dos valores*.[9] Tal divergência sobre o *momento* e do *ato caracterizador* da lavagem de dinheiro exige o enfrentamento segmentado da questão.

3.1 Da ocultação pelo uso de interposta pessoa. Consunção

Parte dos Ministros da Suprema Corte entendeu como *ato característico* da *lavagem de dinheiro* o recebimento dos valores com o uso de *interposta pessoa*. Mais precisamente, o fato do Consulente ter recebido os 50 mil reais (vantagem supostamente indevida) por intermédio de sua *esposa*, que retirou os valores em agência

8. Votos dos eminentes Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia.

9. Votos dos eminentes Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

bancária e lhe entregou posteriormente, caracterizaria a *ocultação típica* da *lavagem de dinheiro.*[10]

Assim, segundo alguns dos votos vencedores, o uso da *esposa* para o recebimento dos valores seria o *ato típico* de *ocultação.* Tivesse o *corrompido* recebido *diretamente* o dinheiro, não haveria o crime de *lavagem de dinheiro,* mas apenas *corrupção passiva.*

A questão que se coloca, portanto, é a identificação (ou não) de *concurso material* entre o ato de *corrupção passiva* e de *lavagem de dinheiro,* quando este último é caracterizado pelo recebimento de valores "por interposta pessoa".

Para isso, algumas considerações dogmáticas são relevantes.

Há *concurso material de crimes* quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art. 69). No caso em tela, o Consulente foi condenado pela prática dos crimes de *corrupção passiva* (CP, art. 317) e *lavagem de dinheiro* (Lei 9.613/1998).

Em primeiro lugar, merece análise a possibilidade hipotética da ocorrência de *concurso material* entre os crimes mencionados. E, a nosso ver, é perfeitamente possível tal subsunção, quando presentes elementos autônomos referentes a cada delito, uma vez que os bens jurídicos tutelados pelas diferentes normas penais incidentes são distintos. Outra não é a jurisprudência da Suprema Corte (Inq. 2471, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.09.2011, pleno).

Questão distinta é observar se *no caso em tela* existiu o *concurso material,* ou seja, se das circunstâncias *concretas* expostas na inicial (e levadas em consideração na decisão condenatória) se extrai a ocorrência de *dois crimes distintos e autônomos.*

O exame da questão passa – em primeiro lugar – pela distinção conceitual entre o *concurso material* e as hipóteses de *concurso aparente de normas,* premissa fundamental para o deslinde do problema.

O *concurso de crimes* tem por elemento central a prática de *dois ou mais delitos,* enquanto no *de normas* os comportamentos – ainda que distintos – compreendem um *único crime.* No plano do preceito primário, reconhece-se a incidência de *dois tipos penais* no primeiro caso, e de um *dispositivo único* no segundo. No plano das consequências jurídicas, o primeiro implica a punição por ambos os crimes, enquanto o segundo limita a aplicação de um tipo penal sem qualquer acréscimo sancionatório (para evitar o *bis in idem).*

A distinção entre tais figuras – embora fundamental para a aplicação correta da norma – nem sempre salta aos olhos do intérprete, como aponta Zaffaroni:

10. Por exemplo, o Min. Luiz Fux, às f. 1.539 do acórdão (ainda que não tenha sido esse o único fundamento da condenação por lavagem), da Min. Cármen Lúcia, f. 1.805 e 1.875 do acórdão, do Min. Ayres Britto, às f. 2478 do acórdão.

"Há hipóteses em que parece haver concorrência de vários tipos penais, mas que, observadas com mais atenção, nos revelam que o fenômeno é apenas aparente, porque na interpretação adequada dos tipos a concorrência acaba descartada, dado que um dos tipos exclui o outro ou os outros".[11]

O *concurso aparente de normas* ocorre quando dois ou mais tipos penais descrevem o mesmo comportamento criminoso, de forma que apenas um deles é aplicável. Há hipóteses em que tal situação é evidente, como, por exemplo, nos casos de *especialidade*, onde a mesma conduta delitiva é descrita de forma genérica por um tipo penal e específica por outro (ex.: homicídio culposo, CP, art. 121, § 3.º e homicídio culposo na direção de veículo automotor, CTB, art. 302).

Prevalece, neste caso, a regra especial sobre a geral. Aqui a confusão com o *concurso material* é remota, a uma porque em regra se trata de apenas *uma ação ou omissão*, e a duas porque existe clara identificação de um *mesmo crime*, apenas descrito com mais ou menos *detalhes ou precisão* por cada dispositivo legal. Em geral, o bem jurídico protegido pelas normas em aparente conflito é idêntico (no exemplo citado, a vida).

Porém, há situações mais *complexas* de *concurso aparente de normas*, nas quais a distinção em relação ao *concurso material de crimes* é menos evidente. É o que ocorre nos casos de *consunção*.

Há consunção quando o fato previsto por uma norma está compreendido em outra de âmbito maior e, portanto, só esta se aplica.[12] Há uma relação de *contingência* entre os tipos penais. Nessa situação, a *aparência* da existência de *dois ou mais crimes autônomos* é maior. Os comportamentos estão previstos em tipos penais diferentes que não guardam entre si relação *vertical* de gênero e espécie, mas *horizontal*, sendo *distintos* os *bens jurídicos* tutelados pelas normas penais incidentes.

O exemplo clássico da *consunção* é a relação entre *lesão corporal* e *homicídio*, onde o segundo consome o primeiro pela relação de *progressividade*, uma vez que o crime mais grave tem entre seus elementos *constitutivos* o delito mais simples e menos grave.[13]

Nesses casos, mais complexa a identificação da fronteira entre o *concurso de normas* e o *concurso de crimes*.

O critério de distinção indicado pela doutrina é percepção (ou não) de uma relação de *meio e fim* ou de *contingência* entre os crimes possivelmente praticados. Assim, se entre os delitos existe uma relação de *instrumentalidade direta* – um deles

11. ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. p. 732.

12. NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. vol.1, p. 293.

13. Idem, ibidem.

é *meio* para a consecução do outro – ou de *contingência* – um deles está *compreendido* como fase de preparação ou de execução do outro – haverá a *consunção*, o *concurso de normas*, de forma que um deles será *absorvido* pelo outro, restando apenas adequada a condenação unitária.

A condenação, nesse caso, em *concurso de crimes*, afrontaria a vedação do *bis in idem*, uma vez que – em verdade – se puniria pelo mesmo *ato delitivo* duas ou mais vezes. O crime de *homicídio* compreende a *lesão corporal* (quando prévia e inerente à morte), de forma que a punição na forma do art. 69 do CP (*concurso material*) seria desarrazoada.

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, aponta que nesses casos não há que se falar em concurso de crimes, pois há um claro *"relacionamento entre um ilícito puramente instrumental (crime meio) e o crime-fim correspondente. Por outras palavras, aqueles casos em que um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos*[14]", motivo pelo qual, *"uma valoração autônoma e integral do crime meio representaria uma violação da proibição jurídico-constitucional da dupla valoração"*.[15]

Vale a lição de Celso Delmanto, quem esclarece que a regra da consunção afasta o concurso material, na medida em que "A norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste".[16]

Feitas tais considerações, voltemos ao caso apresentado.

Trata-se dos crimes de *corrupção passiva* e de *lavagem de dinheiro*, cujos tipos penais têm as seguintes redações:

"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".

Lei 9.613/1998: "Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime".

Pois bem. Dos textos legais expostos, e das premissas fixadas, tem-se que se a *lavagem de dinheiro* for *meio* ou estiver *contida* no crime de *corrupção passiva* não existirá *concurso de crimes*, mas *concurso aparente de normas*, resolvido pela *consunção* da segunda na primeira.

Para isso, parece necessária a identificação dos *atos concretos* praticados pelo Consulente classificados como materialmente típicos.

---

14. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I, p. 1018.
15. Idem, ibidem.
16. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313.

Como já assentado, a *lavagem de dinheiro* foi caracterizada pelos votos ora em análise no comportamento de receber valores *sujos* por "interposta pessoa". O uso do *intermediário* seria o ato típico do art. 1.°, *caput*, da Lei 9.613/1998.

Já a corrupção passiva se revelou no ato de "*receber*" a vantagem indevida. Embora o tipo penal da *corrupção passiva* (CP, art. 317) indique também a forma de *solicitar* como comportamento típico, nos parece que, nos fatos em tela, o núcleo do agir deve ser concebido na forma do *recebimento*, e essa questão é fundamental para a análise do *concurso material* em tela.

Em primeiro lugar, nos parece que a única hipótese que admite o reconhecimento do *concurso* da *corrupção passiva* com a *lavagem de dinheiro*, se dá no caso do "*recebimento*", uma vez que o ato de "*solicitar*" não gera produto passível de ocultação ou dissimulação. Vale aqui a lição de BARROS, ao comentar a corrupção como antecedente de *lavagem de dinheiro*: "Impõe-se, também nesta figura delituosa (corrupção) o *recebimento da vantagem indevida*, pois o crime de lavagem somente se consuma com a ocultação ou dissimulação do capital"[17] (grifos nossos).

Porém, há quem diga – e isso restou claro em um dos votos *vencedores* (f. 2.331 do ac.) – que o *recebimento* é mero *exaurimento* do ato anterior de *solicitação*, de forma que o agir típico seria o "solicitar" e não o "receber".

Não nos parece a melhor solução.

A nosso ver, nos casos de *corrupção passiva*, a verificação posterior do *recebimento* torna este o ato típico central da *corrupção passiva*, sendo absorvido o primeiro como comportamento impune. O *ato típico imputado* deixa de ser *corrupção passiva* na forma "solicitar" e passa a ser na forma "receber". Este último ato não é mero *exaurimento* do ato anterior de solicitação, porque previsto *expressa e objetivamente* no texto do tipo penal – o que não ocorre nas situações se exaurimento em que o comportamento é descrito como mera *intenção* ou *objetivo transcendente*.

Noronha, ao analisar o tema do exaurimento, esclarece que: "exaurido se diz um crime, quando, após a consumação, é levado a outras consequências lesivas. Assim, no delito do art. 159, quando, após sequestrar a pessoa com o fim de resgate, o delinquente consegue este. A consecução do resgate *não é elemento do delito*; basta ser o fim do delinquente".[18]

Em outras palavras, o ato que exaure o delito não pode ser elemento do tipo penal.

No crime de *extorsão mediante sequestro* (CP, art. 159) – citado por Noronha – tem-se por *exaurimento* o *recebimento do valor do resgate*, uma vez que tal "re-

17. BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. Com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 103.

18. NORONHA, Magalhães. *Direito penal* cit., p. 119.

cebimento" não é conduta prevista (ou exigida) no tipo penal, sendo indicada no dispositivo apenas a "*intenção do recebimento do resgate*".

Ao contrário, na *corrupção passiva*, o ato de *receber* é *elemento do tipo penal* na forma objetiva. O ato de "receber" seria mero *exaurimento* se o tipo penal indicasse a conduta típica como "*solicitar, com o intuito de receber*". Mas a técnica do *tipo misto alternativo* dispôs o ato de "*solicitar ou receber*", de forma que o último ato não pode ser caracterizado como *exaurimento*, mas modalidade típica alternativa que consome a "solicitação" anterior. É apenas uma forma distinta e progressiva da consumação do tipo penal.

Não é o que ocorre, por exemplo, com a *corrupção ativa* (CP, art. 333), onde o ato de "pagar ou entregar" a vantagem não integra o tipo penal. Nesse caso, a *realização do prometido ou oferecido* é – sem duvida – *mero exaurimento*, o que não ocorre na *corrupção passiva* dada a integração do "recebimento da vantagem" como elemento típico objetivo.

Em outras palavras, para a *corrupção passiva* consumada, basta a "solicitação", não é necessário o "recebimento", mas se este efetivamente ocorrer, consubstancia ato típico novo, que absorve o precedente, e renova inclusive o inicio do prazo prescricional.

É o que ocorre com o crime de tráfico de drogas (Lei 11.343, art. 33). Se o agente comete mais de um dos atos descritos no *caput* do dispositivo, o último caracteriza o ato típico, sendo o anterior afastado como conduta precedente absorvida. Imagine-se que alguém *tem em depósito* produto entorpecente e depois o *fornece* para terceiros. O *fornecimento* não é *exaurimento* do *depósito*, mas *ato típico autônomo* que absorve o precedente e passa a constar como comportamento nuclear do injusto.

Por isso, a conduta *típica* da *corrupção passiva* em análise é o *recebimento* e não a *solicitação* prévia que – embora típica – é absorvida pelo segundo ato. Vale repetir: a *consumação* da corrupção passiva se dá – sem duvida – pela *solicitação*, mas o *recebimento posterior* é *nova consumação*, um ato de *renovação* do fato típico, a partir do qual, inclusive, recomeça a contagem do *prazo prescricional*, sendo este o núcleo típico que justificou a condenação.

Pois bem. Fixado o ato de "receber" como o comportamento típico da *corrupção passiva* e o fato de ser "por interposta pessoa" como elemento da *lavagem de dinheiro*, voltemos à questão central: existe ou não relação de contingência típica?

A nosso ver, o uso de "interposta pessoa" – ato indicado pelos votos em análise como *lavagem de dinheiro* – *integra expressamente* o tipo penal de *corrupção passiva*, uma vez que a redação do art. 317 prevê – como conduta delitiva – o *recebimento indireto* da vantagem indevida:

"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" *(grifos nossos)*

O termo *indiretamente* não figura no dispositivo por acaso. Abrange qualquer recebimento *por etapas,* evitando-se que o agente que se utilize de *intermediários* reste impune pela ausência de adequação típica. Como indicado pela e. Min. Rosa Weber, por ocasião do julgamento ora analisado, "o recebimento da vantagem indevida por interposta pessoa constitui espécie das condutas possíveis atinentes ao recebimento indireto da atual legislação" (f. 1.264 do ac.).

Em outras palavras, o recebimento *por interposta pessoa* está *contido* na redação do art. 317 do CP.

Não é outra a conclusão da doutrina:

"A solicitação, recebimento ou aceitação de promessa, deve ser para si (o próprio agente) ou para outrem (vide tipo subjetivo abaixo). E pode ser solicitada direta (pelo próprio funcionário) ou indiretamente (*mediante interposição de outra pessoa*)"[19] (grifos nossos).

"Existe corrupção ainda que a vantagem *seja entregue* ou prometida não diretamente ao funcionário, *mas a um familiar seu* (mulher, filhos, etc.)[20] (grifos nossos).

"A solicitação e o recebimento podem ser feitos direta ou indiretamente (solicitação tácita, *recebimento através de terceiros* etc.)[21] (grifos nossos).

Nesse sentido – embora não usando dos mesmos termos – o voto da eminente Min. Rosa Weber, que caracterizou o *recebimento do dinheiro* como ato *consumativo* da *corrupção passiva* e de *exaurimento* da *corrupção ativa,* apontando que o uso de *intermediários* seria uma *modalidade de consumação* e não um crime adicional.

"Nessa linha, *a utilização de um terceiro para receber a propina* – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário – *integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva,* núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa. Por isso, a meu juízo, esse ocultar e esse dissimular não dizem necessariamente com o delito de lavagem de dinheiro, embora, ao surgirem como um iceberg, como *a ponta de esquema de proporções mais amplas, propiciem maior reflexão sobre a matéria*" (voto Min. Rosa Weber, f. 1.086 do acórdão)[22] (grifos nossos).

Para além, é possível ainda verificar uma relação de *meio e fim* entre os delitos, por restar evidente que a *ocultação* descrita nos votos indicados foi o instrumento

19. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 908.

20. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal. Parte especial.* São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3, p. 380.

21. STOCO, Rui; STOCO, Tatiana. Dos crimes praticados por funcionário público. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação.* São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1468.

22. A Min. ainda repete o argumento às f. 1.262 do acórdão.

para o recebimento dos valores indevidos, uma vez que o ato de *corrupção* – por suas próprias características – não é consumado às claras, como bem destacou o Min. Revisor Ricardo Lewandowski em seu voto:

"Observo, por oportuno, que o recebimento de numerário por interposta pessoa não caracteriza necessariamente o crime de lavagem de dinheiro. É que tal artifício, com efeito, é largamente utilizado para apercepção da propina. Jamais, quiçá, a vantagem indevida é recebida diretamente, à luz do dia" (f. 3.739 do acórdão).

Parece correta, portanto, a conclusão de que o uso de *interposta pessoa* integra o tipo penal da *corrupção,* autorizando o reconhecimento e a aplicação do *concurso aparente de normas* no caso submetido à análise.

Não parece correta a analogia – mencionada no Acórdão (f. 2.478) – da relação entre os tipos penais em tela com aquela existente entre o crime de *homicídio* (CP, art. 121) com a *ocultação de cadáver* (CP, art. 211). Nestes é evidente a ocorrência de *concurso material,* uma vez que o ato de "*ocultar*" – elemento objetivo do art. 211 – não integra a redação do art. 121 do CP. Não há relação de *contingência* ou de *instrumentalidade* entre os delitos de *homicídio* e *ocultação de cadáver*. Por outro lado, como já apontado, o ato de "*receber por interposta pessoa*" – indicado por alguns votos como o núcleo do ato de *lavagem de dinheiro* – é elemento que integra *expressamente* o tipo penal de corrupção passiva na modalidade de *recebimento indireto.*

Por fim, há quem sustente inviável a *consunção* quando os crimes supostamente praticados afetam *bens jurídicos distintos* – como ocorre no caso em tela com a *corrupção passiva* e a *lavagem de dinheiro.*

Ocorre que na grande maioria dos casos de *consunção* o que ocorre é justamente o aparente conflito de normas que tutelam *bens jurídicos diferentes.* O que autoriza o afastamento de um dos crimes não é a identidade de *bens jurídicos,* mas o fato de um comportamento estar *contido* no outro, ainda que o objeto de proteção da norma seja distinto.

Tome-se como exemplo um caso reconhecido amplamente pela jurisprudência como *concurso aparente de normas:* a hipótese de *falsidade documental* e o *crime fiscal.* Os bens jurídicos protegidos pelas normas em questão (CP, art. 299 e Lei 8.137/1990) são substancialmente distintos (fé pública e ordem tributária), porém, o fato da *falsidade* estar contida em determinadas formas de consumação dos delitos contra a ordem tributária autoriza seu descarte como elemento típico.

Não é outra a orientação desta Suprema Corte:

"Penal. Rejeição da denúncia. Recurso em Sentido Estrito. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal em 1.ª Instância. Réu com prerrogativa de foro. Legitimidade do Procurador-Geral da República. Falsificação de documento Público (GFIP). Sonegação de contribuição previdenciária. Falso utilizado como crime-meio para a sonegação. Princípio da consunção. Ausência de constituição definitiva do crédito. Súmula Vinculante 24 do STF. Recurso não provido.(...)

É da essência do princípio da consunção a necessária convergência de tratamento jurídico-penal no caso de normas que protejam bens jurídicos diferentes. Esse parâmetro, todavia, não é suficiente para solucionar a unidade ou a pluralidade de ações.

(...)

Na hipótese, como destacado pelo magistrado de primeiro grau, o *crime de falso é meio – frise-se, necessário – à consumação do crime de sonegação de contribuição previdenciária.* E a simples leitura dos incisos do art. 337-A do CP evidencia essa afirmação.

Observe-se que o caput do art. 337-A textualmente explicita que a supressão ou redução da contribuição social previdenciária dá-se mediante as seguintes condutas: I) omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurado empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II) deixar de lançar mensalmente, nos títulos próprios da contabilidade da empresa, as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III) omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

É verdade que, ao se omitir da folha de pagamento informações sobre os empregados, meio pelo qual o empregador logra consumar a sonegação de contribuição previdenciária, também se ofende legítimos interesses desses trabalhadores. Esta ofensa, porém, é um minus em relação à sustentabilidade da Previdência Social. Aliás, dessa decorre a própria subsistência do direito daquele trabalhador.

Apesar de a potencialidade ofensiva, de fato, ser distinta, a saber, o crime de falsificação atenta contra a fé pública, ao passo que o de sonegação previdenciária fere a própria saúde financeira da Previdência Social, há de ser averiguada a ofensa da conduta supostamente delitiva, pautando-se na concretude dos fatos narrados na inicial" (STF, Inq 3.102, Plenário, j. 25.04.2013, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.09.2013, grifos nossos).

No mesmo sentido, a doutrina:

"Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1986), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. (...) *Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção*"[23] (grifos nossos).

23. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal, Parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 227.

Vale notar, portanto, que a existência de bens jurídicos distintos protegidos é o núcleo dos casos de *concurso aparente de normas*. É justamente para estes casos que se construiu o instituto da *consunção*.

Assim, se entendida a *ocultação* ou *dissimulação* típica da lavagem de dinheiro como o recebimento "indireto" dos valores (*por meio de interposta pessoa*), necessário reconhecer-se a *contingência* entre os tipos penais, aplicando-se o instituto da *consunção*.

3.2 Ainda da ocultação pelo uso de interposta pessoa. Atipicidade

Por outro lado, e apenas para fins de argumentação, tomemos por premissa que o recebimento "por *interposta pessoa*" não se identifica com o *recebimento indireto* previsto no art. 317 do CP, ou seja, que se trata de um ato *autônomo* de *encobrimento*, com natureza própria, não integrante do tipo penal de *corrupção passiva*.

Nessa hipótese, seria ainda necessário caracterizar este uso "de interposta pessoa" como "ocultação ou dissimulação" típica da *lavagem de dinheiro* para verificar a existência do *concurso material* com a *corrupção passiva*.

Pois bem, vejamos no que consiste a *ocultação* ou *dissimulação* previstas no art. 1.º da Lei 9.613/1998, em definições já apresentadas em obra própria.[24]

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista.[25] A consumação ocorre com o encobrimento, por qualquer meio, desde que acompanhado da *intenção* converter o bem futuramente em ativo licito. A *dissimulação* é o ato – ou conjunto de atos – posterior à *ocultação*. Há quem a caracterize como a *ocultação* mediante ardil,[26] ou como a segunda etapa do processo de lavagem.[27] *Dissimular* é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores.

Conceituados os elementos centrais do crime de *lavagem de dinheiro*, resta verificar a subsunção dos fatos indicados como típicos pelo Acórdão.

Temos para nós que *receber* dinheiro sujo por intermediários nem sempre caracteriza a *ocultação* necessária à *lavagem de dinheiro*. Obter o numerário por meio da *esposa* – como no caso em tela – não corresponde à *ocultação* prevista no tipo penal da *lavagem de dinheiro*. Por mais que o crime não exija *sofisticação* na *dissimulação* – RHC 80.816-6/SP (rel. Min. Sepulveda Pertence) – é necessário que o

24. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*... cit., p. 63 e ss.

25. BARROS, *Lavagem de capitais*, 77 DE CARLI, *Dos crimes*, 194 CEJ, *Uma análise critica*, 33

26. BARROS, *Lavagem de capitais*, p. 76, NUCCI, *Leis penais especiais*, p. 827.

27. BARROS, *Lavagem de capitais*, p. 77, MAIA, *Lavagem de dinheiro*, p. 66.

escamoteamento afete (ou coloque em risco) a administração da Justiça e o labor de rastreamento da origem e do destino dos valores. O recebimento de dinheiro através de pessoas com as quais se tem evidente, clara e direta relação – como 'e o caso da *esposa* – não é capaz de obstaculizar qualquer atividade da Justiça.

Apenas o *encobrimento* apto a conferir *aparência de licitude* ao capital revela o tipo penal. *Lavar dinheiro* é retirar suas manchas, sua ligação com o crime precedente, e o ato de receber o valor pelas mãos da esposa não implica no *encobrimento.*

Mas, ainda que se identifique aqui (o que parece difícil) um ato de *ocultação,* não parece ser aquele indicado normativamente no tipo penal em análise. Existem *ocultações* e *ocultações.* Fosse qualquer *encobrimento* apto a ensejar a lavagem de dinheiro, poucos crimes patrimoniais escapariam a tal caracterização. A *ocultação* somente caracteriza *lavagem de dinheiro* se for o passo inicial para uma posterior *reinserção* dos valores na economia formal, com *aparência de licitude.*

Não é outro o entendimento do e. STJ, revelado em acórdão de lavra do ora Ministro da Suprema Corte, Teori Zavascki:

"Penal. Recebimento de dinheiro decorrente de crime de peculato. 'Lavagem' ou ocultação de valores (Lei 9.613/1998, art. 1.°, § 1.°). Especial elemento subjetivo: propósito de ocultar ou dissimular a utilização. Ausência. Configuração de receptação qualificada (CP, art. 180, § 6.°). *Emendatio libelli.* Viabilidade. Denúncia procedente. No crime de 'lavagem' ou ocultação de valores de que trata o inciso II do § 1.° do art. 1.° da Lei 9.613/1998, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento ('utilização') de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade) descaracteriza-se o crime de ocultação, assumindo a figura típica de receptação, prevista no art. 180 do CP". (STJ – Corte Especial – APn 472 – rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 01.06.2011 – *DJe* 08.09.2011).

Conforme bem esclarece a doutrina, "Ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica de lavagem de dinheiro, é necessário considerar o conjunto das operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos ilegais em si ilegais. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não têm, na realidade, o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico. (...) A ilicitude ocorre quando essas operações são realizadas sobre bens ou valores

ilicitamente obtidos, com a finalidade de ocultar ou dissimular sua origem criminosa, possibilitando que circulem com aparência de legitimidade".[28]

Da mesma forma, Fulbier:

"(...) a origem de um bem é dissimulada quando são aditados artifícios destinados a trazer a aparência de que o bem não seria proveniente de um dos delitos antecedentes de lavagem de dinheiro".[29]

Vale, ainda, a lição de Moro:

"Para a configuração do crime do caput do art. 1.º, é necessária a caracterização de atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime.

A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do *caput*".[30]

A fim de ilustrar a assertiva anterior, tomemos o seguinte exemplo: o ato de enterrar dinheiro ou escondê-lo em fundos falsos, do ponto de vista objetivo, perfaz a *ocultação*, uma vez que o produto da infração foi escamoteado. Mas essa conduta somente caracterizará a *ocultação* da lavagem de dinheiro se acompanhada de elementos objetivos que revelem a sua aptidão para reintegrar os valores à econômica com aparência de licitude. Se alguém rouba um banco e enterra o dinheiro para depois usá-lo para aquisição de bens de consumo pessoal em seu nome, como carros ou imóveis, *oculta* o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não há *tipicidade de lavagem* porque ausente o contexto de *reciclagem do capital*. Não existem elementos *objetivos* ou *subjetivos* que indiquem o *reingresso dos bens* sob um manto de legalidade. Trata-se de mero exaurimento do crime antecedente. O agente não busca conferir aparência lícita aos bens obtidos pelo crime, mas apenas aguardar o melhor momento para usufruí-los.[31]

Por outro lado, se o agente enterra o dinheiro e envia uma missiva a doleiro solicitando providências para uma transação por dólar cabo, haverá lavagem de dinheiro consumada, mesmo que o valor não seja sequer entregue ao cambista. Nesse caso, além da ocultação, existe o *contexto de reciclagem*, a aptidão da conduta para apagar os rastros do capital ilícito e desvinculá-lo de seu passado obscuro.[32]

---

28. DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro – Ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

29. FULBIER, Andreas, apud DE CARLI, Carla Verissimo, Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo; MENDONÇA, Andrei Borges de et al. (coord.). *Lavagem de dinheiro – Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Juridico, 2011, p.193

30. MORO, *Crime de lavagem de dinheiro* cit., p. 34.

31. O mero "*proveito econômico do crime antecedente*" não caracteriza lavagem de dinheiro (DE CARLI, *Dos crimes...* cit., p. 195; PITOMBO, *Lavagem de dinheiro* cit., p. 109.

32. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro...* cit., p. 67.

Assim, não é a *sofisticação da ocultação* que revela a *lavagem de dinheiro*, mas a indicação de elementos *objetivos e subjetivos* que demonstrem a relação desta com um ato posterior de *reciclagem*, de *inserção* do produto do crime na economia. Note-se: a *inserção* do capital no mercado não é necessária à *consumação da lavagem*, uma vez que o tipo penal menciona apenas a *ocultação* como modalidade delitiva completa, mas a descrição da *aptidão* da conduta para uma futura *reciclagem* e a *intenção especifica* do agente nesse sentido são indispensáveis para a materialidade do crime.

Por isso, o recebimento de dinheiro por meio da esposa não caracteriza *objetivamente* a *lavagem de dinheiro* por dois motivos: (i) não se trata de comportamento apto a *ocultar* o bem, e (ii) mesmo que se considere *ocultação*, não restou demonstrado o *contexto de lavagem*, uma vez que inexiste qualquer elemento que vincule o recebimento a uma pretensão de reinserção dos valores na economia, com aparência de licitude. Houvesse no acórdão menção a atos posteriores ao recebimento, voltados ao escamoteamento dos bens, a solução poderia ser outra. Mas a ausência de qualquer indicação de elemento objetivo que indique o risco de *reciclagem* afasta a tipicidade do recebimento "por interposta pessoa".

3.3 *Do uso de movimentações financeiras irregulares como elemento da lavagem de dinheiro*

Os itens anteriores dedicaram-se a demonstrar a *consunção* entre os tipos de *lavagem de dinheiro* e *corrupção*, ou a *atipicidade* da ocultação descrita, levando-se em consideração os argumentos expostos em alguns dos votos vencedores – quais sejam, de que a *lavagem de dinheiro* estaria caracterizada, no caso concreto, pelo uso de *intermediários* para o recebimento dos valores.

No entanto, não foi apenas este o fundamento da condenação pela *lavagem de dinheiro*. O rel. Min. Joaquim Barbosa frisou, em seu voto, que o fato do dinheiro ter sido entregue por terceiros intermediários não foi o elemento central do injusto. A *ocultação* não decorreu do uso de "interposta pessoa", mas do uso de movimentos financeiros irregulares, assim caracterizados: o dinheiro proveniente de *peculato* e de *empréstimos simulados* era depositado na conta corrente de uma empresa de publicidade que, por sua vez, autorizava saques em espécie, indicando ao banco que o dinheiro seria usado pela própria empresa, para pagamento de fornecedores. No entanto, quem retirava o dinheiro não eram prestadores de serviços da empresa, mas representantes dos supostos *corrompidos*, ou os próprios. Ou seja, formalmente a empresa retirava altas somas em espécie para pagamento de fornecedores, quando, na verdade, destinava tais valores para corrupção.

Tal movimentação era a forma de *escamotear* a *origem* dos recursos e seu destino: a *corrupção* do Consulente. Esse seria o processo de *mascaramento*, e não o uso de *intermediários* para a entrega dos valores aos destinatários finais. Assim, na ótica

do Min. Relator, mesmo que o sacador do dinheiro fosse o *próprio corrompido*, ainda existiria *lavagem de dinheiro*, porque seu elemento central foi o *escamoteamento* via instituição financeira, independente que *quem* recebesse os valores:

"*Com esses mecanismos* (sistemática do banco e da empresa de publicidade de ocultar o verdadeiro sacador do dinheiro), *que, por sua eficácia, permitiu que os fatos permanecessem encobertos por quase dois anos, até mesmo se o próprio J.P.C. tivesse se dirigido pessoalmente à agência do Banco R. em Brasília, teria praticado o crime de lavagem de dinheiro*" (voto do Min. Joaquim Barbosa, f. 666 do acórdão, sem grifos no original)

E, mais adiante:

"*Não há, no caso, mero exaurimento do crime de corrupção, pois o meio empregado para receber vantagem indevida configurou, no caso, o crime autônomo de lavagem de dinheiro, que atingiu bem jurídico distinto*" (voto Min. Joaquim Barbosa, f. 668 do acódão).[33]

A nosso ver, tal construção acaba por *inverter* a lógica do tipo penal do art. 1.º *caput* da Lei 9.613/1998. A *lavagem de dinheiro* se identifica pelo uso de sistemas para encobrir o capital *produto de infração*, ou seja, ela acontece *após* a prática delitiva antecedente. Por isso, qualquer mecanismo de *dissimulação* que *anteceda* o delito de *corrupção* não pode ser imputado a título de *lavagem de dinheiro*, ao menos em relação ao *corrompido*.

O próprio voto do eminente relator – ao qual dedicamos respeito e admiração – afirma que o suposto esquema de dissimulação foi *meio* para o *recebimento*. Se não existe *consunção* – que parece clara – há ao menos uma segmentação de atos onde a suposta *lavagem* antecede o *crime antecedente*, o que não parece admissível.

O voto da eminente Min. Rosa Weber, ao tratar do tema, trouxe inúmeros julgados da justiça norte americana "no sentido de que a lavagem de dinheiro somente se aplica para *atos posteriores* à consumação do crime antecedente".[34]

Na mesma linha, o Min. Cezar Peluso apontou que:

---

33. Em sentido similar, o Min. Luiz Fux, às f. 1.540 do acórdão, e o Min. Gilmar Mendes, às f. 2.327 do acórdão.

34. Fls.1264 do acórdão, sem grifos. Vale destacar, no entanto, que ao tratar do núcleo *político* do esquema denunciado, a mesma Ministra admite a *lavagem de dinheiro* na entrega de numerário a parlamentares em troca de apoio político, indicando que "*seu propósito especifico, sem duvida, era receber o dinheiro, e não lavá-lo, mas, concordando em recebê-lo mediante estratagemas de ocultação e dissimulação e, ainda, contribuindo com estes mediante a utilização de pessoas interpostas e a falta de contabilização, praticaram dolosamente o crime de lavagem de dinheiro*" (f. 1.302 do acórdão). Ou seja, aponta – nestes casos – a existência de lavagem fundada em atos *anteriores* ao recebimento do dinheiro.

"Em síntese, creio não se deva confundir o ato de ocultar e dissimular a natureza ilícita dos recursos, presente no tipo penal de lavagem de dinheiro, e que a doutrina especializada descreve como estratagemas comumente adotados para que o produto do crime antecedente – seja progressivamente reintroduzido na economia, agora com aparência de licitude, *com os atos tendentes a evitar-lhe o confisco ainda durante o* iter criminis *do delito antecedente, em outras palavras, para garantir a própria obtenção do resultado do delito*" (f. 2.280 do acórdão, sem grifos).

Ainda que se discuta se o *recebimento da vantagem* é o momento da *consumação da corrupção,* ou mero *exaurimento* de *solicitação anterior* – como alhures indicado – fato é que o *produto* da corrupção só existe para o *corruptor* a partir do momento que este passa a dele *dispor,* seja diretamente, seja por intermediários. Antes disso, qualquer procedimento de tratamento do capital, modificação de seus aspectos, ou translado, estão fora de seu *domínio.* Ele é estranho ao *curso* do dinheiro antes deste chegar às suas mãos, ou nas de alguém que o represente formal ou informalmente. O recebimento dos valores será *corrupção passiva,* mas o processo que o *antecede* não se adequa ao tipo de *lavagem de dinheiro* – ao menos na perspectiva de seu destinatário. Do contrário, para utilizar expressão do Ministro Marco Aurélio, nos autos em questão, estar-se-ia "*barateando em demasia*" o fato típico da lavagem de dinheiro.[35]

Pelo exposto, portanto, não parece que a *engrenagem financeira* pretensamente usada para colocar os valores à disposição do Consulente consubstancie ato de *lavagem de dinheiro* a ele atribuível, uma vez que o crime *antecedente* aconteceu em momento distinto e *posterior.*

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, respondemos *negativamente* à questão formulada. Parece-nos inaplicável, no caso em tela, o tipo penal do art. 1.º, *caput,* da Lei 9.613/1998, dado, alternativamente:

(i) o *concurso de normas* com o crime de *corrupção passiva* (CP, art. 317);

(ii) a inexistência *objetiva* do ato de *ocultar ou dissimular*;

(iii) a impossibilidade de caracterizar a movimentação financeira *anterior* ao *recebimento* como ato de *lavagem de dinheiro* de autoria do Consulente.

É o parecer, s.m.j.

---

35. Citando, por sua vez, expressão de Francisco Rezek (f. 3.723 do acórdão).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Breves anotações sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro, de André Luís Callegari, Carlos Eduardo Scheid e Roberta Lofrano Andrade – *RBCCrim* 92/219 (DTR\2011\4642);
- Crime de lavagem de dinheiro, de Rodrigo de Moura Jacob – *RTrib* 64/212 (DTR\2005\596);
- Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APN 470/MG, de André Luís Callegari – *RT* 933/111 (DTR\2013\3778); e
- Lavagem de dinheiro na APN 470/MG, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RT* 933/383 (DTR\2013\3789).