Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 104 • set.-out. / 2013

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 104 • set.-out. / 2013

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, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, 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, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, 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 Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 104 • set-out. / 2013

Coordenação
HELOISA ESTELLITA

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 4.ª e 5.ª Regiões.

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 104 • out.-set. / 2013

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 Responsável
GISELLE TAPAI

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: [09-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.09.2013]



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
Suplente
Átila Pimenta Coelho Machado
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
Suplente
Cecília de Souza Santos
1.º Secretária
Heloisa Estellita
Suplente
Leopoldo Stefanno G. L. Louveira
2.º Secretário
Pedro Luiz Bueno de Andrade
Suplente
Fernando da Nobrega Cunha
1.º Tesoureiro
Fábio Tofic Simantob
Suplente
Danyelle da Silva Galvão
2.º Tesoureiro
Andre Pires de Andrade Kehdi
Suplente
Renato Stanziola Vieira
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Eleonora Rangel Nacif
Suplente
Matheus Silveira Pupo
Assessor da Presidência
Rafael Lira

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

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 Projetos Legislativos
Leandro Sarcedo
Iniciação Científica
Ana Carolina Carlos de Oliveira
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
Tribuna Virtual IBCCrim
Bruno Salles Pereira Ribeiro

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
Estudos sobre o Habeas Corpus
Pedro Luiz Bueno de Andrade
Justiça e Segurança
Alessandra Teixeira
Política Nacional de Drogas
Sérgio Salomão Shecaira
Sistema Prisional
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

17.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCrim
Fernanda Regina Vilares
19.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Ana Lúcia Menezes Vieira
Secretário-geral
Rafael Lira

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 21 • vol. 104 • set.-out. / 2013

Diretora Responsável
Giselle Tapai

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Equipe de Produção Editorial

Coordenação Editorial
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Documentais: Emine Kizahy Barakat, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial
Luiz Carlos de Souza Auricchio

Analistas Documentais: Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Juliana Teles Pontes, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Assistente Editorial: Maurício Zednik Cassim

Estagiária: Leticia Franco

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa
Renata Costa Palma e Rosangela Maria dos Santos

Assistente: Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
Roseli Campos de Carvalho

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação
Caio Henrique Andrade

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal Geral

1. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993): interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do Gestor Público e a relevância jurídica da opinião técnica da Procuradoria do Município (STF, Inq 2.482)
   Alaor Leite 13
2. "Uma linguagem antijurídica": as críticas ao projeto de parte geral de Código Criminal italiano da comissão Enrico Ferri na *Rivista Penale* (1919-1923)
   Ricardo Sontag 31
3. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial
   Tatiana de Oliveira Stoco 53

Direito Penal Especial

1. Crimes de direção sob a influência de álcool (*DUI Offenses*) no direito americano: perspectivas de direito comparado
   Thiago Zucchetti Carrion 103

Processo Penal

1. Um olhar para além dos sistemas processuais penais
   Clara Maria Roman Borges 147
2. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 194.225)
   Frederico Gomes de Almeida Horta 173

Crime e Sociedade

1. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial
   Brund Amaral Machado 205

2. Indicadores de saúde pública: taxa de mortalidade específica por causas externas - TME/homicídios
ELIETE GONÇALVES RODRIGUES ALVES E ROBERTO MINADEO 235

3. Homicídios de adolescentes nas cidades da faixa de fronteira do Brasil: reflexões em torno da questão da vulnerabilidade
FERNANDO SALLA E PAULO MALVASI 261

4. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais
SALO DE CARVALHO 279

SISTEMA PRISIONAL

1. Evasões durante as saídas temporárias: estudo empírico do desempenho do instituto e do perfil do evadido
DANIEL NICORY DO PRADO 307

O DIREITO EM AÇÃO

1. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis
CLAUDIA ROSANE ROESLER E LEONARDO ALMEIDA LAGE 347

DIREITO POR QUEM O FAZ

1. ADPF 187 - Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: liberdade de expressão e manifestações a favor da legalização de substância entorpecente específica 393

RESENHA

1. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, de Wolfgang Frische, Ricardo Robles Planas
Resenha por ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA 409

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 419

TEMAS 420

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 425

64012

DOLO E O CRIME DE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA ILEGAL DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI 8.666/1993)

1

Interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do Gestor Público e a relevância jurídica da opinião técnica da Procuradoria do Município (STF, Inq 2.482)

Intent and the illegal waiver of public bids (art. 89, Law n. 8.666/1993): strict interpretation of criminal offenses, criminal liability of public servants and the significance of legal advice by public counsel in criminal matters (STF, Inq 2.482)

ALAOR LEITE

Mestre e Doutorando pela Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Penal

RESUMO: O estudo comenta decisão do Supremo Tribunal Federal que não recebeu denúncia em face de Gestor Público e de secretário de esportes e lazer de um determinado município, por terem ambos atuado sem dolo ao inexigirem licitação para contratação de bandas musicais, na medi-

ABSTRACT: The article studies a Supreme Court decision to dismiss charges brought against a Mayor and his Secretary of Sport who were accused of the illegal waiver of public bids when contracting music bands. The decision affirmed the lack of intent as the waiver was based on

da em que atuaram conforme a parecer jurídico prévio emitido pela procuradoria do município, que confirmou a licitude da inexigência. O estudo confirma a correção do resultado a que chegou a decisão, mas critica os seus fundamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo - Erro de tipo - Erro de proibição - Dispensa ou inexigibilidade de licitação.

legal advice provided by The Public Counsel Office. The study agrees with the decision of the Court, but criticizes the grounds for it.

KEYWORDS: Intent - Mistake about factual elements of the criminal offense - Mistake about legal aspects of the criminal offense - Illegal waiver of public bids.

SUMÁRIO: 1. A decisão do STF no Inq 2.482/MG - 2. O tipo objetivo do crime de dispensa ilegal de licitação exige a existência de prejuízo à Administração Pública?: 2.1 Interpretação restritiva referida ao bem jurídico?; 2.2 O art. 99 da Lei 8.666/1993 como supedâneo da interpretação dominante; 2.3 Crime de mera conduta ou crime de resultado? Crime de lesão ou crime de perigo?; 2.4 Dolo como "vontade livre e consciente de praticar o ilícito-penal"?; 2.5 Conclusão intermediária - 3. A relevância jurídica da consulta prévia à Procuradoria do Município e os reflexos da atuação conforme a parecer jurídico para a responsabilidade penal do Gestor Público: 3.1 O sujeito que solicita a informação; 3.2 O sujeito que repassa a informação; 3.3 A informação; 3.4 Erro de proibição inevitável?; 3.5 Erro de proibição causado por erro de tipo? - 4. Conclusão.

1. A DECISÃO DO STF NO INQ 2.482/MG

Ao STF, sob a relatoria do Min. Carlos Britto, coube decidir a respeito do recebimento da denúncia em face de um Prefeito Municipal[1] e seu secretário de esportes e lazer.[2] Ao inexigirem a licitação para contratar bandas musicais para os eventos carnavalescos, os denunciados teriam descumprido as regras da Lei 8.666/1993 e cometido o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993: "Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade"). Tal proceder foi adotado somente após audição prévia da Procuradoria Jurídica do Município, que confeccionou parecer indicando que era o caso de inexigibilidade. Não houve, segundo a decisão, denúncia em face daqueles que emitiram o parecer jurídico.

O Min. Carlos Britto votou pelo recebimento da denúncia, mas acabou vencido. O argumento que prevaleceu, enunciado pelo relator para o acórdão Min.

1. Que após se tornou Deputado Federal, razão pela qual, a competência para julgamento era do STF.
2. STF, Inq 2.482/MG, Pleno, j. 15.09.2011, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, *DJe* 17.02.2012.

Luiz Fux, foi o de que, em razão da consulta prévia e da obtenção de parecer jurídico, os Gestores Públicos (Prefeito e Secretário Municipal) *atuaram sem dolo*, ou seja, em erro de tipo (art. 20 do CP): "O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal,[3] não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 (...) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação", é o que consta da ementa da decisão.[4] Inexiste dispensa ou inexigência ilegal de licitação culposa, de modo que a decisão foi no sentido de não recebimento da denúncia.

Outro aspecto relevante do caso é o relativo à estrutura típica do delito. A opinião dominante, reafirmada neste julgamento, é a de que o tipo objetivo do delito em questão exige "o prejuízo à Administração Pública".[5] Caso essa posição esteja correta, ter-se-á de admitir que o dolo deva abranger também esse elemento. Afinal, o dolo não deve compreender apenas o resultado ou a lesão ao bem jurídico,[6] mas os todos os elementos do tipo objetivo.[7]

Quero começar por esse primeiro aspecto (subtítulo 2), relativo ao conteúdo do dolo no delito em questão, e, num segundo momento, analisar a relevância da consulta jurídica prévia para o conteúdo do dolo e da consciência da ilicitude no crime de dispensa ilegal de licitação (subtítulo 3). A ciência, como se sabe, não deve se ocupar apenas da explicação exegético-superficialdos resultados do caso concreto (absolvição ou condenação), mas também dos caminhos que conduzem às decisões futuras, cumprindo a imprescindível "função crítica de controle e vigilância das decisões judiciais" enunciada por Kriele,[8]

---

3. Sobre esse conceito equivocado de dolo ver abaixo subtítulo 2.
4. "Mas, o mais importante, é que o dolo, evidentemente, como é de sabença, manifesta-se por vontade livre e consciente de praticar um ilícito. Ora, quem consulta se pode fazer algo, não tem vontade de praticar o ilícito; e o que é pior, quem consulta e recebe uma resposta de um órgão jurídico no sentido de que a licitação é inexigível, evidentemente que não tem uma manifestação voltada à prática de um ilícito. Eventualmente, quem entende inexigível a licitação, quando muito, terá cometido algo que não é punível no Direito brasileiro, que é o crime de exegese" (p. 16 e ss., voto do Min. Luiz Fux, redator para o acórdão).
5. Reafirmada na presente decisão.
6. Quando o crime em questão for de resultado, o que não é o caso (abaixo, subtítulo II).
7. Ver *Greco*, Luís. Dolo e gestão temerária. *Boletim do IBCCrim*. vol. 19. n. 229. p. 7 e ss. São Paulo, 2011.
8. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 39. Ver também o interessante estudo metodológico de SILVA, Virgílio Afonso

especialmente relevante em relação às decisões das Cortes Supremas, numa tentativa de impedir a consolidação de um "positivismo referido aos tribunais constitucionais".[9] Esta a razão que justifica este breve e modesto estudo, com votos de que a crítica criteriosa e descomprometida das decisões judiciais ingresse verdadeiramente nas preocupações científicas entre nós.[10]

2. O TIPO OBJETIVO DO CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO EXIGE A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

É dominante, na doutrina[11] e na jurisprudência – confirmada pela decisão do Inq. 2.482/STF –, a ideia de que o tipo objetivo do crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação requer a existência de prejuízo concreto à adminis-

---

da; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Revista Direito GV*. vol. 11. p. 95 e ss. São Paulo: FGV, 2010, que enunciam que um dos vícios mais graves da atualidade é "o respeito excessivo ao argumento de autoridade e a falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias".

9. Na expressão de JESTAEDT, Matthias. *Das mag in der Theorie richtig sein*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 5; _____. Verfassungsgerichtspositivismus: Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter (Hrgs.). *Nomos und Ethos: Hommage an Josef Isensee zum 65*. Geburtstag, Berlin, 2002. p. 183 e ss. Bem próximo, IPSEN, Jörn. Richterrechtund Verfassung. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 241.

10. Afinal, como enunciam vez mais Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wang, "à percepção de que o estudo das decisões judiciais não tem sido proporcional à importância cada vez maior que o Judiciário – o Supremo Tribunal Federal, em especial – tem tido na vida jurídica, social, econômica e política do país. Durante o curso de direito, os estudantes não costumam ter muitas oportunidades de ler decisões judiciais e – o que nos parece ainda mais grave – não são treinados para analisá-las criticamente", SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 95 e ss. e 99. Antes de resolver os temas atmosféricos é preciso pensar a resolução dos problemas reais.

11. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1034: "Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos"; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176 e ss., que afirma a necessidade um prejuízo, entendendo que o crime não se consuma apenas com o ato administrativo de dispensa ou inexigência, pois nesse caso: "A resposta inevitavelmente será que não houve nenhum prejuízo, dano ou ofensa ao interesse ou patrimônio público protegido! (...). Por isso, a infração somente se consuma com a obtenção da vantagem da dispensa ou inexigibilidade". Essa posição, evidentemente defensável, parece ser incompatível com

tração pública, o que, além de significar que esse elemento deve objetivamente estar preenchido, implica que o dolo deve abrangê-lo. Essa posição, embora dominante, está equivocada.

2.1 *Interpretação restritiva referida ao bem jurídico?*

A razão para tal exigência não estaria na redação oferecida pelo legislador. Embora não esteja formulada dessa forma, a verdadeira razão seria a necessidade de uma *interpretação restritiva referida ao bem jurídico*[12] protegido pelo tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/1993. Segundo essa concepção, o crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 protegeria o patrimônio da administração.[13] Desse método de interpretação lança-se mão quando a interpretação semântica não oferece solução adequada para o dilema do aplicador (a chamada "relativa preferência pela interpretação semântica", especialmente relevante no direito penal).[14] Como se sabe, a não ser que se parta de um ceticismo de regras fundamentalista,[15] as palavras escolhidas pelo legislador possuem, sim, um significado – uma intensão e uma extensão[16] – antes do ato de aplicação, o que não deve ser confundido com a compreensão de que todo o significado já está desde sempre contido nas palavras da lei. Nem um platonismo de regras, que concebe o ato de subsunção como ato mecânico[17] – a imagem de Heck de uma "obediência de cadáver"[18] é oportuna –; nem um ceticismo de regras, uma verdadeira *reductio ad absurdum* da já antiga tradição hermenêutica: está

---

a consideração segundo a qual o bem jurídico protegido pelo delito do art. 89 é a "moralidade administrativa" (p. 130 e ss.).

12. Uma espécie do gênero conhecido como interpretação teleológica na discussão da metodologia do direito. Ver por todos PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2011. p. 90 e ss.
13. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 1034: lesão patrimonial.
14. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 106 e ss.
15. Sobre essa posição cética ver GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 134 e ss.
16. Sobre esses conceitos ver BUND, Elmar. *Juristische Logikund Argumentation*. Freiburg: Rombach, 1983. p. 14 e ss.: a *intensio* como o conteúdo do conceito (os elementos que o compõem) e a *extensio* como o que o conceito compreende ou quais objetos recaem sob o conceito.
17. O "dogma do juiz instrumento" de que fala KANTOROWICZ, Hermann. *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*. Mannheim: J. Bensheimer, 1925. p. 5.
18. HECK, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Berlin/Zürich: Bad Homburg v.d.H., 1968 (original 1932). p. 169 e ss. e 174.

claro, e esse deve ser o ponto de partida em um ramo do direito em que a proibição de analogia é absoluta e impassível de cair na irresistível dinâmica das ponderações,[19] que a legitimidade da decisão deve ser buscada com alguma referência à decisão do legislador.[20]

Ocorre que essa interpretação, de que o prejuízo econômico é de se exigir, afasta-se em muito da redação do tipo. Não há nenhum indício, a partir do sentido literal possível,[21] de que o tipo exija um prejuízo concreto à Administração Pública e, como já se sabe, o ponto de partida da interpretação é a redação do tipo, e não a referência ao bem jurídico protegido. Estamos diante de um caso em que, com muita evidência, a jurisprudência criou, sem se apoiar na decisão do legislador, um requisito típico, fato que não pode ser negado apenas pela

19. Essa expressão é de Luís Greco, em texto ainda não publicado no Brasil, de título "Direito Penal e Constituição".

20. Sei da complexidade do tema, mas creio que é possível partir desse consenso. Estou desenvolvendo essas reflexões com maior detalhamento em estudo a ser publicado em 2014. Esse ponto de vista que acabo de expor pode ser encontrado, por exemplo, em Neumann e sua teoria da argumentação jurídica, que defende uma posição "que encare a decisão judicial nem como pura 'aplicação' da lei, nem como ato de arbitrariedade judicial, mas como uma decisão que, se bem que não determinada 'completamente' pela lei, ainda assim racional (passível de uma fundamentação racional)" (NEUMANN, Ulfrid. *Juristische Argumentation*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986. p. 2 e s.

21. Sobre as limitações desse conceito, que não afastam, a meu ver, sua utilidade e mesmo imprescindibilidade na teoria da interpretação nas leis penais, VELTEN, Petra; MERTENS, Oliver. Zur Kritik des Grenzenlosen Gesetzes Verstehens. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*. vol. 76. h. 4. p. 516 e ss. Stuttgart: Franz Steiner , 1990; KREY, Volker. Gesetzestreue und Strafrecht. *ZStW* 101. p. 838 e ss. 1989; NEUMANN, Ulfrid. Der "mögliche Wortsinn" als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenatedes BGH. In: NEUMANN, Ulfrid; RAHLF, Joachim; VON SAVIGNY, EIKE (Hrgs.). *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*. München: Beck, 1976. p. 42 e ss.; KUDLICH, Hans. "Regeln der Grammatik", grammatische Auslegung und Wortlatgrenze. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Hrgs.). *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 123 e ss.; KUDLICH, Hans; CHRISTENSEN, Ralph Aufsatz. Wortlaut, Wörtebuch und Wikipedia – wo findet man die Wortlautgrenze? *Juristiche Rundschau*. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. p. 146 e ss. No direito penal, o problema da vinculação do juiz à lei é "especialmente sensível": CHRISTENSEN, Ralph Aufsatz; KUDLICH, Hans. *Gesetzesbindung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 184; ver também a monografia de Klatt especialmente dedicada a esse aspecto: KLATT, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation. Baden-Baden: Nomos, 2004. passim.

circunstânciade que essa exigência se reverte, primariamente, em favor do acusado.[22] Pode-se criticar, sem dúvida, a redação um tanto lacônica do legislador, mas introduzir inauguralmente um requisito típico sem que sejam oferecidas fortíssimas razões jurídicas não é permitido ao juiz.[23]

Uma comparação com outros tipos, ou seja, um recurso à interpretação sistemática,[24] pode ajudar esclarecer o argumento. O juiz não pode, por exemplo, exigir que no delito de invasão de domicílio (art. 150 do CP: "Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências"), ocorra um resultado de "causação de temor e intranquilidade no dono do domicílio"

22. Nem Friedrich Müller, conhecido pela distinção entre texto e norma, abriu mão da exigência de que a norma se apóie no texto que, apesar de em si "sem significado", permanece como ponto de referência: a necessidade de "metodologicamente poder-se imputar a ação de decidir ao texto", ou seja, que a interpretação *ex post* possa retrospectivamente explicada com referência ao texto: MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik I.* 9 th. Berlin: Dunckler & Humblot, 2004. p. 259. Também MÜLLER, Friedrich. *Richterrecht.* Berlin: Duncker & Humblot, 1986. p. 9 e ss. (Elemente einer Verfassungstheorie). Ver a resenha de Neumann ao livro de Müller/Christensen, apontando exatamente para esse aspecto, NEUMANN, Gregory A., 2000, p. 41 e ss.; 43 e s. A condução mais exagerada desses argumentos foi a construção de ISAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung.* Berlin: Vahlen, 1929. p. 20 e ss.;. 25 e ss.; 184 e ss.; 335 e ss., que absolutizava a decisão jurídica como *prius* em relação ao texto legal. Algo muito próximo defendeu também SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis.* 2. ed. München: C.H. Beck, 1969 (1912 original). p. VII; 45 e ss.; 71 e ss.; 90 e ss.; 108 e ss. Sobre esse dilema entre "criatividade" e "vínculo à lei", na doutrina italiana, ver di GIOVINE, Ombreta Di. *L'interpretazione nel diritto penal. Tra creatività e vincolo alla lege.* Milano: Giuffrè, 2006. p. 6 e ss. Entre os penalistas, Silva Sánchez aponta com muita clareza para a necessidade de que um texto preexistente, ou seja, a decisão do legislador, deve ser sempre o ponto de referência da interpretação (ou da "norma"), pois assim colhe a decisão sua legitimidade, ainda que mediata: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Zur Sogenannte teleologischen Auslegung.* FS-Jakobs 2007, p. 645 e ss.; 658; sobre alguns riscos da tradição hermenêutica mais fundamentalista ver o recente e esclarecido trabalho de MARTINS, Antonio. *Flüchtige Grenzen.* Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 25 e ss.; 114 e ss., 125 e ss.; 336 e ss.

23. KARGL, Walter. Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme. *Juristen Zeitung.* 60. Jahrg. n. 10. p. 503 e ss.; 508 e ss. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005: argumentos unicamente teleológicos "servem mais à crítica da lei". Ver também o esquecido, mas interessante estudo de ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial.* São Paulo: Ed. RT 1989. p. 81 e ss.

24. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 81 e ss.

ou "que o invasor cause um prejuízo econômico". Basta comparar a redação do art. 89 da L. 8.666/1993 com outros tipos construídos como delitos patrimoniais de resultado, que exigem um prejuízo econômico de um terceiro, como o estelionato (art. 171 do CP: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento") ou o próprio delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993: "Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação". Nestes delitos, o legislador explicitamente indica como elemento do tipo objetivo a obtenção de vantagem em prejuízo de um terceiro, algo que não ocorre no art. 89 da Lei 8.666/1993.

A interpretação referida ao bem jurídico possui, ademais, conteúdo dúbio, pois, desde que se entenda que a "moralidade ou higidez administrativa" é o bem jurídico protegido,[25] poder-se-ia argumentar que é justamente em razão da necessidade de garantir a melhor proteção desse bem que não se deve exigir a existência de um resultado "prejuízo econômico à administração pública" e realizar, apenas por essa razão, a leitura mais literal possível da redação do tipo. A interpretação referida ao bem jurídico pode servir, assim, tanto para limitar, como ampliar a extensão da norma proibitiva, e não há nenhuma razão forte que indique a necessidade de o juiz corrigir o legislador nesse caso.

2.2 O art. 99 da Lei 8.666/1993 como supedâneo da interpretação dominante

Quando o que se quer é refutar a interpretação dominante, deve-se levá-la a sério em todas os seus argumentos, sob pena de se contra-argumentar seletivamente, o que é inadmissível na discussão científica.[26] Um dos argumentos sistemáticos utilizados é o de que a redação do art. 99 da Lei 8.666/1993 ("A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente") altera os requisitos do tipo objetivo dos delitos a que se refere. Essa posição causa perplexidade e por algumas razões: de um lado, porque do art. 99 da Lei 8.666/1993 não se pode extrair a conclusão de que o prejuízo

25. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 130 e ss. e 132.

26. "Torne seu adversário forte!", é a máxima indicada por Puppe para evitar uma argumentação seletiva, preguiçosa e, por isso mesmo, desonesta (PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 191 e ss.).

é requisito do art. 89 da Lei 8.666/1993; de outro, e especialmente, porque as razões de agravamento da pena de multa dizem respeito a elementos diversos daqueles que conduzem à formulação da norma proibitiva. A capacidade econômica do agente pode, por exemplo, aumentar a pena de multa, assim dispõe o Código Penal ("Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1.º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo"), mas não insere no tipo objetivo do delito em questão um novo requisito. São perguntas diversas as que dizem respeito ao conteúdo do tipo objetivo e as que importam para a determinação judicial da pena de multa, algo que deveria estar bastante claro na doutrina e na jurisprudência. Novamente, a má técnica do legislador é de se lamentar, mas não conduz à conclusão de que o tipo do art. 89 da Lei 8.666/1993 deve ser alterado pela jurisprudência para a inclusão de um novo elemento.

2.3 Crime de mera conduta ou crime de resultado? Crime de lesão ou crime de perigo?

Mais confusa e tecnicamente equivocada é a posição do Min. Marco Aurélio, que defende a prescindibilidade desse requisito criado pela jurisprudência com base nos seguintes argumentos:

"Dir-se-á que o prefeito não agiu com dolo? Mas indago: será que o tipo do art. 89 da Lei 8.666/1993 requer o elemento subjetivo, que é o dolo? Ou se trata de um crime formal? Outros crimes da lei regedora das licitações, os que se seguem ao definido no art. 89, esses, sim, exigem o dolo (...). Presidente, o preceito não requer o dolo. Basta que fique configurada a dispensa, que se tenha um núcleo, que é dispensar ou inexigir licitação em situação jurídica em que ela se faz indispensável" (p. 29 do inteiro teor, voto do Min. Marco Aurélio).

Nessa frase, revelam-se inúmeros equívocos conceituais. Há uma mescla entre um problema de estrutura do delito (se o crime é formal, ou se é de resultado), os requisitos do tipo objetivo (se há necessidade de ocorrência do prejuízo ou não) e a exigência de dolo, algo que sequer deveria ser colocado em questão. Simplesmente não existe um tipo que, inexistente previsão culposa expressa (vide o que dispõe o art. 18, parágrafo único, do CP) não exija dolo. Um tipo desses representaria uma manifestação de responsabilidade penal objetiva,[27] e não é crível que o Min. Marco Aurélio tenha querido afirmar que o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação, para o qual

27. Algo defendido expressamente, por exemplo, na tradição anglo-saxã.

não está prevista a punição culposa, pode estar preenchido ainda que o autor desconheça completamente os fatos, por exemplo. Apenas os delitos culposos, por obviedade gritante, não exigem dolo, mas ainda assim conectam o sujeito subjetivamente com os elementos do tipo objetivo, escapando da pecha de responsabilidade penal objetiva.

O que o Min. provavelmente quis afirmar é que o delito não é de resultado, mas de *mera conduta* (ou crime formal), isto é, basta a dispensa ilegal da licitação, não se exigindo um resultado espaço-temporalmente separado dessa ação,[28] o que é correto. O dolo, de se exigir em todo caso, deve compreender, portanto, apenas os pressupostos fáticos da ação de dispensar em desconformidade com a lei de licitações e não qualquer aspecto de um resultado, como o prejuízo ou a satisfação dos cidadãos.

No que toca à relação da ação com o bem jurídico, isto é, com a "moralidade" ou "higidez" da Administração Pública,[29] o delito é de *perigo abstrato*:[30] ao desrespeitar o procedimento legal, o Gestor Público pratica uma ação que, em si, coloca em perigo o bem jurídico "higidez da Administração Pública". O procedimento legal visa exatamenteproteger este bem jurídico, e já o desrespeito ao procedimento representa, na visão do legislador, um perigo a esse bem jurídico.[31]

2.4 Dolo como "vontade livre e consciente de praticar o ilícito-penal"?

O dolo, ao contrário do que propõe a ementa da decisão, também não é a "vontade livre e consciente de praticar o ilícito-penal" (subtítulo 1, acima), na

28. Para o conceito, ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. 4. ed. München: Beck, 2006. p. 330. § 10, nm. 102; em mais detalhes, HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002. p. 155 e ss.; ver em detalhes GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. passim.

29. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 1030 e ss., com considerações gerais.

30. A classificação entre delitos de lesão e delitos de perigo nada tem a ver com a separação espaço-temporal entre ação e resultado, mas sim com a existência de uma lesão ou perigo ao bem jurídico protegido pela norma (art. 250 do CP): no delito de incêndio ("Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem") é possível verificar um resultado (o imóvel incendiado, por exemplo), mas o tipo pode ser de perigo abstrato em relação a possíveis habitantes do imóvel. Para o conceito, ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I* cit., p. 337 e ss., § 10, nm. 123 e ss.; p. 421 e ss., § 11, nm. 146 e ss.

31. ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I* cit., p. 426 e ss., § 11, nm. 153 e ss.; HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 158 e ss.

medida em que a coação moral irresistível excludente da liberdade de vontade, já por força do art. 22 do CP, não exclui o dolo, mas apenas a culpabilidade. Falar em dolo como vontade livre é um equívoco. Essa definição fazia sentido apenas nos tempos em que o dolo posicionava-se na culpabilidade, e pode ser encontrado, por exemplo, nos vetustos manuais italianos, cujos conceitos ainda acriticamente reverberam em parte da doutrina. O dolo também não se refere à prática do "ilícito penal", mas aos elementos do tipo objetivo do delito em questão. Ele não é *dolus malus* – já no plano legislativo distingue-se entre erro de tipo e erro de proibição –, ou seja, não compreende, em regra, a consciência do injusto. A consciência do ilícito é requisito da culpabilidade, excluído por erro de proibição, a teor literal da lei vigente (art. 21 do CP). A impossibilidade de distinguir entre erro de tipo e erro de proibição é fato excepcional, condicionado pela redação ou estrutura de determinados tipos penais (ver abaixo, subtítulo 3.5).

2.5 Conclusão intermediária

O dolo no art. 89 da Lei 8.666/1993 compreende, pois, no mínimo (ver abaixo, subtítulo 3.5), todos os pressupostos fáticos da ação de dispensar ilegalmente a licitação no caso concreto, ou seja, todos os elementos do tipo objetivo e não o resultado "prejuízo à Administração Pública" (ver subtítulo 2.1 e 2.2). O tipo é de mera conduta e perigo abstrato, não se exigindo o resultado "prejuízo à administração pública" como requisito do tipo objetivo a ser abarcado pelo dolo (ver subtítulo 2.3 e 2.4).Fosse assim, seria de se imaginar que o gestor público que, conscientemente dispensasse ilegalmente a licitação, certo de que estaria economizando altas quantias ao aproveitar a oportunidade de um bom contrato para a administração, atuaria sem dolo, uma conclusão que não pode estar correta, já que doutro modo seria desnecessário prever requisitos legislativos para a dispensa ou inexigência e, ademais, a audição prévia da procuradoria. Outro problema fundamental é determinar se o elemento típico "fora das hipóteses previstas em lei" deve ser compreendido pelo dolo, o que implicaria dizer que erros sobre o direito, ou seja, que ponderações jurídicas poderiam excluir não apenas a consciência do injusto, mas já o dolo (ver abaixo, subtítulo 3.5).

3. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONSULTA PRÉVIA À PROCURADORIA DO MUNICÍPIO E OS REFLEXOS DA ATUAÇÃO CONFORME A PARECER JURÍDICO PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DO GESTOR PÚBLICO

O Prefeito do Município e seu Secretário de Esportes e Lazer atuaram conforme a parecer jurídico emitido pela Procuradoria Municipal, mas foram

mesmo assim denunciados. Como a licitação é a regra e a inexigibilidade a exceção, a lei exige que o gestor público cumpra um dever de informação e obtenha uma informação jurídica em uma fonte competente e confiável: os Advogados Públicos.[32] Há um dever de informação obrigatório, instituído por lei no art. 38, VI, da Lei 8.666/1993: "O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...) VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade". Caso o Gestor Público atue em conformidade com o parecer jurídico que indica a licitude da dispensa ou da inexigibilidade da licitação é intuitivo que não se lhe possa impor o reproche do direito penal. Na decisão, a exclusão do dolo como consequência jurídica foi apresentada com ares de obviedade (ver acima, subtítulo 1). A solução está, a meu ver, correta, mas longe de ser óbvia. Mais natural seria pensar em um *erro de proibição* (art. 21 do CP), que não exclui o dolo, mas a consciência da ilicitude e, assim, a culpabilidade (detalhes abaixo, subtítulo 5). Decisiva seria a análise da *evitabilidade* deste erro (art. 21, § 1.°, do CP). Evidentemente, os casos em questão são aqueles em que, segundo as regras do direito administrativo, a licitação era de se exigir, doutro modo, diante da acessoriedade do direito penal em relação ao direito administrativo,[33] não estaria objetivamente preenchido o elemento "inexigência fora das hipóteses da lei". Ou seja, o Gestor recebe uma informação que, a rigor, está equivocada, e atua conforme a ela. Para obter uma solução correta sob o ponto de vista dogmático e que seja aplicável a outros casos semelhantes de atuação conforme a parecer jurídico, é necessário distinguir três planos: (a) as qualidades do sujeito que solicita a informação; (b) as qualidades do sujeito que repassa a informação; (c) e as qualidades da própria informação. A tentativa é enunciar os *topoi*, as diretrizes gerais que devem orientar a solução concreta desses casos.

3.1 O sujeito que solicita a informação

Para que se possa falar em erro inevitável no contexto dos presentes casos, há uma primeira exigência, referida já ao sujeito que solicita a informação: possuir ele o poder de decidir, mas não possuir o domínio da técnica jurídica,

32. Não tratarei do problema da responsabilidade do parecerista.

33. Sobre essa acessoriedade ver JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 1036 e ss.

ou seja, não possuir "formação jurídica".[34] Tal é o caso no delito em questão: como dito, a própria ordem jurídica estipulou legislativamente a necessidade de buscar informação em um órgão técnico (art. 38 da Lei 8.666/1993), no caso concreto, a Procuradoria do Município. Corolário dessa exigência jurídica é que, cumprido o dever de informação e recebida informação no sentido da licitude, o gestor público deve poder atuar, em regra, sem temer uma sanção penal. Foi exatamente o que ocorreu.

3.2 O sujeito que repassa a informação

Em segundo lugar, há de se formular exigências também relativas ao sujeito que informa: ele tem de ser uma fonte confiável. No presente caso, a fonte de informação é determinada legislativamente, e, pois, de inegável confiança (art. 38, VI, da Lei 8.666/1993). Existiria uma contradição insuportável caso a ordem jurídica ordenasse a consulta e a considerasse insuficiente para que sujeito pudesse atuar. Os Procuradores do Município são, mais do que fontes confiáveis, fontes obrigatórias de informação para os gestores públicos em casos de dispensa de licitação. Em verdade, é possível ir além, pois, ao contrário dos outros sujeitos que podem escolher a quem dirigem a consulta jurídica (se para o advogado "X" ou se para determinado Órgão Público), aos Gestores Públicos nos casos de inexigência de licitação cumpre direcionar a consulta à Procuradoria Federal, Estadual ou Municipal, sequer havendo opção. Tudo a atestar a confiabilidade da fonte de informação.

3.3 A informação

Por fim, há requisitos atinentes à própria informação, que deve, obviamente, atender às formalidades ínsitas aos pareceres jurídicos. Graves erros formais devem ensejar um dever de conferir a informação. Respeitados os procedimentos previstos e caso a informação seja plausível *ex ante*, isto é, caso o Gestor

34. "Ora, um executivo, sem formação jurídica, que confia no parecer da consultoria no sentido da inexigibilidade da licitação, no meu modo de ver, efetivamente, não pretende cometer um ilícito. Ele pode ter até cometido um erro de inépcia, mas a própria Lei de Improbidade Administrativa [Lei 8.429/1992] não se aplica ao administrador inepto, aplica-se ao Administrador desonesto, que tem o interesse de causar o ilícito. Então, *data máxima venia*, entendo que é uma *contraditio in terminis* em se concluir pela existência de uma vontade de praticar o ilícito, antecedida de uma consulta e de uma resposta no sentido da inexigibilidade da licitação" (voto do Min. Luiz Fux, p. 17 e ss.).

Público, inapto para avaliar o conteúdo jurídico da informação, não tenha objetivamente motivos para duvidar de sua correção, deve poder atuar. Apenas diante de informações manifestamente incorretas ou quando a informação não for conclusiva no sentido da licitude ou ilicitude é que o Gestor Público não deve tomá-la como base de sua atuação. Por isso, não há que se reverenciar o temor expressado pelo Min. Marco Aurélio no sentido de que os pareceres sirvam de "*bill* de indenidade" – expressão que remete a um famoso trecho de Nelson Hungria em sua apaixonada defesa do brocardo *error iuris nocet*[35] –, pois, além de ser obrigatória a consulta, o parecer *prima facie* confiável deixa de sê-lo nos casos em que a opinião jurídica é absolutamente implausível.[36]

No caso, a opinião da Procuradoria era *ex ante* plausível, especialmente por duas razões: (a) embora estejam enumerados os casos de inexigibilidade, há, para além da enunciação do critério geral ("quando houver inviabilidade de competição"),cláusulas que permitem grande margem de discricionariedade, como é o caso de bandas musicais, como consta do art. 25, III, da Lei 8.666/1993 ("para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública"), o que ficou estabelecido na ementa da decisão, confirmando a plausibilidade da informação: "na área musical, as obrigações são sempre contraídas *intuitupersonae*, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei 8.666/1993";[37] (b) caso a informação dos Procuradores fosse evidentemente falsa, também eles deveriam ter sido denunciados pelo Ministério Público, o que não ocorreu.

---

35. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1958. vol. I, t. II, p. 217 e ss. e 220 e ss., arts. 11 a 27 do CP.

36. "Apontou-se que haveria um parecer, mas indago: o parecer é um *bill* de indenidade? É um escudo invulnerável do prefeito quanto ao crime previsto no art. 89? O prefeito está obrigado a seguir essa peça, que é opinativa, mas que também gera responsabilidade para quem a emite, como está na Lei de Licitações? Ele está compelido a observar o parecer? A resposta é negativa. Até mesmo a ordem natural das coisas direciona no sentido de assentar-se que a prefeitura não contrataria oito bandas sem a ordem do chefe do Poder Executivo local. O Prefeito, de qualquer forma, é o responsável-mor, maior quanto à administração do município. É o ordenador de despesas, é quem responde, na prestação de contas, ao término do exercício, pelas despesas havidas" (voto do Min. Marco Aurélio, p. 30 do inteiro teor).

37. "Eu só receberia a denúncia, se contivesse acusação de que essas bandas não eram nem consagradas pela crítica especializada da região, nem pela opinião pública. Não há nenhuma referência a isso; supõe-se, pois, que eram as bandas que atendiam aos interesses carnavalescos locais" (voto do Min. Cezar Peluso, p. 36 do inteiro teor).

3.4 *Erro de proibição inevitável?*

Segundo as informações contidas na decisão, os gestores públicos (a) cumpriram o dever legal de informação; (b) buscaram a informação em fonte confiável; e (c) a informação era *ex ante* plausível (não era manifestamente equivocada na percepção do Gestor). Tudo a indicar que o erro de proibição em que incorreram era inevitável, ensejando a exclusão da culpabilidade (art. 21 do CP). Há apenas um ponto controvertido, pouco visto na decisão. O parecer jurídico confirmava a licitude da dispensa, mas se referia, ao que consta, ao gasto de R$ 55.000,00. Os gestores gastaram, todavia, R$ 62.000,00[38] e não atuaram, pois, nos limites da dúvida,[39] ou, no caso específico, nos limites emoldurados pelo parecer. Esse critério, cujas raízes repousam na obra de Karl Binding,[40] é intuitivo e relevante: se, de um lado, o parecer jurídico pode servir de base para a atuação para o consulente, de outro, os limites da opinião jurídica contida no parecer demarcam os limites da legitimidade dessa atuação. O sujeito não pode, pois, exceder-se em sua atuação. Nesses casos, ao menos em relação a uma parte de sua ação, o sujeito atuou sem ter cumprido satisfatoriamente seu dever de informação, e o erro de proibição seria, assim, evitável, ensejando redução de pena (art. 21 do CP). Se essa análise poderia ser realizada em sede de recebimento de denúncia é algo que escapa ao âmbito desta análise.

3.5 *Erro de proibição causado por erro de tipo?*

Como adiantado, creio que a exclusão do dolo como conclusão está correta (acima, subtítulo 1), o que talvez cause estranheza no leitor, já que acabo de afirmar que os gestores públicos estavam em erro de proibição, que em regra deixa intacto o dolo, sendo discutível a evitabilidade deste erro para fins de exclusão ou redução da culpabilidade. Ocorre que tipos penais há em que,

---

38. "No *Diário Oficial do Estado* do dia 29.01.2002, f. 21, foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica para contratação, por inexigibilidade de licitação, das bandas 'Folia do Brasil', 'Becudos do Mota', 'Sete Irmãos', 'Juventude do Samba', 'Modera Samba', 'Grupo Matuto', e 'Olosujos', no valor total de R$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais). Não obstante a publicação ratificando as inexigibilidades, foram contratados, em data de 01.02.2002, através de empresas determinadas e pelo valor global de R$ 62.000,00 (sessenta e dois mil reais) os seguintes grupos musicais" (voto do Min. Ayres Britto, p. 5 do inteiro teor).

39. LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo, 2012. p. 46 e ss. e 154 e ss.

40. Idem, p. 46 e ss. (sobre o surgimento desse conceito em *Binding*).

por força da estrutura de criminalização escolhida pelo legislador, o erro sobre uma regra (ou sobre o direito) pode ser relevante para o dolo. É o caso de tipos penais que, como o art. 89 da Lei 8.666/1993, possuem como elemento do tipo objetivo a "desconformidade com a lei ou com alguma formalidade". Ora, sem conhecimento da lei ou da formalidade, não pode o sujeito ter dolo de dispensar ou inexigir a licitação "em desconformidade com a lei", e é precisamente esse elemento que constitui o conteúdo de injusto do delito, já que caso o sujeito, por razões plausíveis como é a consulta dirigida a fonte confiável, possui a mesma representação que o legislador, no sentido de atuar "em conformidade com a lei". Ou seja, é impossível distinguir erro de tipo e erro de proibição direto nesses casos, pois há uma verdadeira fusão entre dolo e consciência da ilicitude. Só a consciência das hipóteses da lei ou das formalidades é que dão sentido à proibição típica.[41] Assim, todas as considerações acima assumem relevância, excepcionalmente, para o dolo, em função das características próprias do tipo penal de dispensa ilegal de licitação. Ocorreu, assim, um erro de proibição causado por erro de tipo, cuja consequência, na medida em que o erro de tipo é *lex specialis* do erro de proibição,[42] é a exclusão do dolo (art. 20 do CP), o que significa a absolvição diante da inexistência de tipo culposo, independentemente da análise da evitabilidade do erro.[43]

4. CONCLUSÃO

A solução a que chegou o STF – a exclusão do dolo[44] – está correta, mas há, a meu ver, algumas impropriedades técnicas cuja enunciação (acima, sub-

41. Assim recentemente entre nós HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro*. Tese de doutorado, Minas Gerais, UFMG, 2013. p. 15 e ss., 148 e ss. e 267, aproximando-se do conceito de Puppe.

42. Assim NEUMANN, Ulfrid. Regel und Sachverhalt in der strafrechtlichen Irrtumsdogmatik. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Hrgs.). *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 171 e ss.

43. Reconheço que seria necessário avaliar com bastante cuidado o conteúdo cognitivo do dolo nesses casos, especialmente para avaliar se não existira o dolo eventual – a depender da concepção que se defenda. Esse empreendimento, bem mais pretensioso do que este breve comentário, deve ficar reservado para outra sede.

44. Também BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 161 afirma haver exclusão do dolo em caso de atuação conforme a pareceres de *experts*, mas não ingressa em todos os detalhes da problemática, e parece partir de um conceito de dolo como "vontade violar

títulos 2 e 3) servem ao desenvolvimento de critérios racionais, que possam ser aplicados em outros casos com a mesma estrutura – e a realidade é pródiga em demonstrá-lo. O delito do art. 89 da Lei 8.666/1993 é de mera conduta (quanto à relação entre ação e resultado), de perigo abstrato (quanto à relação entre ação e bem jurídico) e não possui como requisito o resultado concreto de prejuízo econômico à administração pública. Se o legislador andou bem ao redigir o tipo tal como o fez, é outra pergunta. O dolo deve compreender todos, mas apenas os elementos do tipo objetivo (subtítulo 2). O parecer que serviu de base à atuação é legalmente obrigatório e, na medida em que a informação era *ex ante* plausível, podia servir de base para a atuação dos gestores públicos (subtítulo 3). Dado que o tipo do art. 89 da Lei 8.666/1993 possui como elemento a "desconformidade com a lei ou com as formalidades", o conhecimento da lei é relevante excepcionalmente para o dolo e não apenas para a consciência da ilicitude. O parecer que confirma a licitude da inexigibilidade no caso exclui, então, o dolo (subtítulo 3.5). Esses são os caminhos que considero corretos, desde o ponto de vista da parte geral do direito penal, e que chegam ao mesmo resultado a que chegou, por vias tortuosas, o STF no julgamento sobre o recebimento da denúncia no Inq 2.482/MG: a exclusão do dolo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise evolutiva das licitações no Brasil, de Regis Fernandes de Oliveira e Ovidio Rizzo Junior – *RTSP* 1/2013; e
- Aspectos penais das licitações e contratos administrativos, de Carlos Roberto M. Pellegrino – *RBCCrim* 42/149.
- Conexão entre atos de improbidade administrativa, de Marcelo Borges de Mattos Medina, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, organizada por Carlos Ari Sundfeld e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 7, p. 1029;

---

a norma penal" ("(...), na medida em que quem age escudado em estudos de experts não pretende violar a norma proibitiva, mas adequar-se a ela"), que está a meu ver incorreto, como demonstrado (acima, subtítulo2.4). Concordamos na conclusão, mas divergimos no caminho.

- Licitações, de José Afonso da Silva, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, organizada por Carlos Ari Sundfeld e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 4, p. 101; e
- Responsabilidade dos prefeitos e vereadores, de Adilson de Abreu Dallari, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, organizada por Carlos Ari Sundfeld e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 7, p. 1175.

64013

2 "Uma linguagem antijurídica"

as críticas ao projeto de parte geral de Código Criminal italiano da comissão Enrico Ferri na Rivista Penale (1919-1923)

"An antijuridical language": the criticism to the project of the general portion of the Italian Criminal Code by the Enrico Ferri Comission in Rivista Penale (1919-1923)

Ricardo Sontag

Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli studi di Firenze. Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Professor de História do Direito na Unochapecó. Integrante do *Ius Commune* - Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/UFSC, coordenado pelo Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior.

Área do Direito: Penal

Resumo: O projeto de parte geral do Código Criminal italiano elaborado pela comissão presidida pelo positivista Enrico Ferri em 1923 tornou-se, no plano internacional, modelo e contramodelo para várias codificações em curso na década de 20 - inclusive para a brasileira. A dimensão de contramodelo é a que nos interessa aqui, isto é,

Abstract: The project of the general portion of the Italian criminal code prepared by the Commission presided by positivist Enrico Ferri in 1923, became in the international arena a model and counter-model for several codifications during the 1920's including the Brazilian one. The counter-model is the one of interest, as

como o chamado projeto Ferri passou a ser conhecido como um projeto de código "exagerado". Para tanto, a abordagem concentra-se nas críticas lançadas e acolhidas pela *Rivista Penale* - conhecida pela sua linha editorial antipositivista - que começaram já em 1919 quando a comissão foi nomeada. A análise dessas críticas pretende enfatizar como elas colocavam em questão as fronteiras do "jurídico" no plano da codificação e da ciência do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito Penal - Codificação penal - Ciência do direito penal - Escola positiva - Projeto Ferri - *Rivista Penale*.

the Ferri's project became known as an "exaggerated" coding project. Therefore the approach will center on the criticism issued and received by *Rivista Penale* - known by its antipositivist editorial line - which started in 1919 when the commission was nominated. The purpose of the analysis of these criticisms is to highlight the way they questioned the boundaries of the "law" in regards to the codification and the science of criminal law.

KEYWORDS: History of Criminal Law - Criminal coding - Criminal law science - Positive school - Ferri project - *Rivista penale*.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. As crônicas - 3. Pareceres e artigos - 4. Conclusões - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A "polêmica das escolas", "escola clássica" *vs.* "escola positiva": a polêmica que teria marcado a história do pensamento jurídico-penal entre o final do séc. XIX e início do século XX, ao menos na Itália e nos países que mantinham grande contato com a penalística italiana, como o Brasil. Uma grade de interpretação histórica reducionista construída, em larga medida, por uma das partes do embate: os positivistas. Isto é, uma grade de interpretação marcada pelo calor do debate, da polêmica, que, justo por isso, afirmava a identidade de escola desejada pelos positivistas. Uma escola: feita de "chefes", "dogmas" fundadores, revista científica, e, em 1923, um projeto de Código Criminal elaborado sob a égide daquele que então era reconhecido como o "chefe" dos positivistas, Enrico Ferri. Um projeto que se tornou modelo e contramodelo para várias codificações em curso na década de 20. A dimensão de contramodelo é a que nos interessa aqui, isto é, como o projeto Ferri passou a ser conhecido como um projeto de código "exagerado". Entre os personagens envolvidos nos projetos de recodificação no Brasil dessa época prevaleceu justamente esta imagem: desde aqueles que deploravam o positivismo até aqueles que admiravam a escola positiva, predominava a ideia segundo a qual o projeto Ferri tinha ido longe demais.[1]

1. Cf., por exemplo, ALMEIDA [1933] 1937; SÁ PEREIRA [1931?] 1934.

Uma análise mais detida da recepção do projeto Ferri no Brasil não caberia no recorte proposto já no título deste artigo, mas, deter-se no lugar e no momento em que ele sofreu as mais ácidas críticas pode ajudar a compreender o comportamento de vários juristas brasileiros da época sobre o assunto. Aqui, portanto, nos limitaremos às críticas lançadas contra o projeto Ferri na *Rivista Penale* dirigida pelo penalista Luigi Lucchini, que ficou famoso, exatamente, pela sua acirrada hostilidade contra o positivismo. Além desse primeiro recorte, para manter a unidade no âmbito da problematização, as críticas abordadas serão aquelas que tocam na questão das fronteiras do "jurídico", tanto no plano da história das codificações, como no plano da história da ciência jurídico-penal, ou, para ser mais preciso, onde esses planos se cruzam.

A abordagem do tema foi dividida em duas partes, de acordo com os "gêneros literários" utilizados na *Rivista Penale* para criticar o projeto Ferri. A primeira trata das crônicas de Luigi Lucchini, e a segunda aborda os pareceres e artigos acolhidos pela revista. Nestas críticas, algumas vezes, a falta de "juridicidade" do projeto era criticada por ser considerada um perigo para as garantias individuais, e, em outras, como um perigo para a imperatividade da normal penal, para a autoridade do Estado. Estes dois tipos de crítica colocam em foco uma ambiguidade do positivismo, uma ambiguidade algumas vezes subvalorizada pela historiografia de matriz foucaultiana e que "achata" – talvez com alguma razão na origem – o pensamento jurídico.

As críticas ao projeto Ferri se vinculavam a outro elemento importante do imaginário político-jurídico da época: o binômio "reforma"/"progresso" *versus* "revolução"/"ruptura. O projeto era considerado uma perigosa revolução que subvertia todas as tradições do direito penal. Este raciocínio resultou na negação da necessidade de uma nova codificação, mas, mesmo assim, pouco tempo depois, o regime fascista começou a colocar em pé o seu código. No Brasil, o mesmo medo de uma "revolução" é verificável, ainda que as vozes contrárias à necessidade de um novo código fossem pouquíssimas, dado o pouco prestígio do Código de 1890.[2] Portanto, a diferença entre Itália e Brasil é que o argumento da necessidade de manter em pé alguns pilares tradicionais do Código vigente pouquíssimas vezes resultou em um discurso contrário a elaboração de um novo Código.

2. AS CRÔNICAS

Entre as batalhas culturais da *Rivista Penale*, nos seus primeiros trinta anos de existência (1874-1904), Mario Sbriccoli elenca, exatamente, a polêmica

2. Cf., por exemplo, MONTEIRO, 1894; BANDEIRA, 1910.

contra a escola positiva (cf. SBRICCOLI, [1987] 2009, p. 905). Nos anos vinte, algumas das palavras mais ácidas contra o projeto Ferri partiram das páginas da revista de Luigi Luccini. Ainda é Sbriccoli quem propõe algumas subdivisões nessa primeira fase da batalha da revista contra a escola de Cesare Lombroso e Enrico Ferri: a primeira culminou com o livro "*I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*" de Luigi Lucchini em 1886 e concluiu-se com o Código Penal de 1889, o primeiro Código Penal unitário italiano (cf. SBRICCOLI, [1987] 2009, p. 916). Depois de 1890, com a fundação da revista "*La scuola positiva*", abre-se uma fase, segundo Sbriccoli, onde o "debate científico foi inteiramente desalojado pela rixa". Mas, prescindindo deste juízo, interessa mais aos nossos fins a descrição da parte da revista denominada "Crônica" – onde uma parcela desta ácida polêmica desenvolveu-se durante esta fase –, um gênero literário que, depois, retornará como um dos instrumentos de Lucchini para os ataques contra o projeto Ferri:

"(...) na revista aparece regularmente, na Crônica de cada fascículo, uma nota colocada pessoalmente pelo diretor, que se intitula *Florilegio 'positivista'*: construída sarcasticamente, frequentemente traziam as 'enormidades' que eram concebidas no campo da 'nova escola', algumas vezes de maneira divertida, essas notas contribuíram para construir em torno de Lucchini a imagem de um jurista difícil, que renuncia inclusive à discussão cerrada para não perder as vantagens retóricas asseguradas por uma atitude zombeteira. Formou-se em torno dele uma aura de 'vingador da verdade' e o papel de primeiro gladiador da 'escola clássica' que não foram positivos para ele, como não foram positivos para a discussão, e, portanto, para o progresso da ciência penalística italiana naquele período de tempo nada breve" (SBRICCOLI, [1987] 2009, p. 916).

Em torno da metade dos anos noventa do século XIX, Sbriccoli verifica uma desaceleração da batalha contra a escola positiva nas páginas da *Rivista Penale* (cf. SBRICCOLI, [1987] 2009, p. 916). Alguns anos depois, o projeto Ferri reacenderia esta polêmica.

Já antes da publicação do projeto, a revista colocou-se em guarda contra os trabalhos da comissão: as polêmicas, de fato, começaram prematuramente com o Decreto de 14 de setembro de 1919, assinado pelo Min. Lodovico Mortara, onde eram indicadas as diretrizes para a reforma e onde era nomeada a comissão encarregada de levá-lo a termo. A lista dos membros da comissão e as diretrizes gerais do decreto bastaram para disparar a reação antipositivista do diretor da *Rivista Penale*. O decreto do Ministro, as notícias sobre o discurso inaugural dos trabalhos da comissão, uma entrevista do presidente da comissão Enrico Ferri: pode parecer pouco, mas bastou para Lucchini escrever uma longa crônica de dez páginas (pouco para um artigo, mas muito para uma

crônica: pouquíssimas passavam de duas páginas) no vol. XC de 1919 da sua *Rivista*.

Segundo Lucchini, da análise do decreto do Min. Mortara, "emergem duas coisas evidentes: a primeira, que a Comissão é convidada e autorizada a ir fundo, em matéria *penal*, na legislação, substancial e formal, codificada e particular; a segunda, que o verbo ao qual se inspira a sua instituição é o da "escola", com os pilares da defesa social e da periculosidade dos delinquentes". (*La riforma*, 1919, p. 383)

Do discurso inaugural dos trabalhos da comissão pronunciado pelo Min. Mortara – não obstante a tentativa dele de ir ao encontro dos (poucos) membros não exatamente positivistas da comissão diferenciando o "método positivo na legislação" do "positivismo científico" (cf. MORTARA *apud La riforma*, 1919, p. 384) – Lucchini concluía que se tratava de um caso "em que homens de grande intelecto e de larga cultura [o Min. Mortara], mas absolutamente leigos nas disciplinas em discussão, deixam-se guiar pelas impressões e por uma certa genialidade das teses inovadoras e subversivas." (*La riforma*. 1919, p. 384-385) O ponto nodal enfrentado por Lucchini em relação ao discurso de Mortara é a afirmação segundo a qual a criminalidade estaria em aumento e que a pena, consequentemente, não estava sendo um instrumento útil para frear este movimento. Contra estas asserções, Lucchini duvidava que a criminalidade estivesse realmente em aumento e lembrava que o larguíssimo uso das penas nas disposições relativas ao tempo de guerra (cf. *La riforma*, 1919, p. 386).

Sobre a "organicidade", que tem relação com a unidade do projeto, podemos recordar a demissão dos dois juristas não propriamente positivistas da comissão Ferri: Alessandro Stoppato e Emanuele Carnevale. As cartas de demissão de ambos foram publicadas na Revista *Scuola Positiva* de 1919. A crônica sobre a reforma penal nesta parte da revista começa mencionando o discurso introdutório de Ferri, onde se afirmava que o Código Penal italiano de 1889 baseara-se em uma concepção intermediária de imputabilidade; por este motivo, segundo os esquemas evolucionistas-gradualistas do positivismo, o projeto da comissão deveria "fazer o passo seguinte", isto é, adotar "sem mais e sem transações ecléticas, o critério moderno que respondia às necessidades da defesa social." (*I Lavori*. 1919, p. 506-507) Na discussão sobre este tema no interior da comissão, levantaram-se as vozes, exatamente, de Stoppato e de Carnevale. Ambos demitiram-se porque consideraram as linhas gerais da reforma positivistamente unilaterais (cf. *I Lavori*, 1919, p. 507-509). Mas, no comentário final do artigo sobre a demissão, a conclusão não foi negativa (cf. *I Lavori*, 1919, p. 510): os positivistas não viam como algo negativo a demissão desses membros porque, como uma comissão

mais homogênea, seria mais fácil alcançar um resultado com menos "transações artificiais", isto é, haveria uma consequência positiva do ponto de vista da unidade (positivista) do projeto de Código.

Não obstante essa unidade lembre um aspecto central da própria ideia de "sistema", que, por sua vez, é um traço que caracteriza historicamente as codificações modernas,[3] a visão que prevaleceu – inclusive no Brasil – foi aquela que percebeu a homogeneidade da comissão como um sinal (negativo) de *unilateralidade*, que, depois, pesará também nas avaliações do projeto. "Comissão da 'escola'" (Parturient..., 1921, p. 293), eis a expressão cunhada por Luigi Lucchini para sublinhar o caráter unilateral do trabalho da comissão e das linhas gerais do projeto.

A crítica cerrada promovida pela *Rivista Penale* contra o projeto Ferri, desde 1921 (quando o projeto foi publicado) até 1923 (já com o partido fascista

3. A reconstrução de Paolo Cappellini nos ajuda a compreender a sensação de "caos" que experimenta o leitor moderno quando se encontra diante de compilações jurídicas pré-modernas: "Al di là (...) della ricerca di pur ipotizzabili – ma sotto il profilo della metodologia storiografica forse dubbiosi – precorrimenti, anticipazioni o intuizioni sistematiche 'premoderne', cui subito faremo cenno, ci sembra di poter sostenere che l'ascesa del concetto di sistema (giuridico) sia strettamente legata, in positivo e in negativo, agli svolgimenti della concezione del mondo e della scienza moderna." (CAPPELLINI, 2010, p. 240) "L'utilizzazione della nozione di sistema non riesce (...) ad essere 'centrale' e qualificante per le esperienze giuridiche antiche e medievali; per queste ultime resta decisiva piuttosto la notazione che il concetto 'regio' è rappresentato (...) dalla nozione (agostiniana, tomista) di *ordo*, come espressione di quella creazione divina, si declina su di un piano gerarchico sociale (...): *ordo iuris* dunque e garanzia oggettiva di armonia – a carattere polifonico, pluralistico (...) – di rapporti e relazioni (...), che può essere realizzato anche da una scienza che lavori in modo fedele alla 'tradizione', problematico, casistico, anche fortemente classificatorio, certo, ma che abbisogna di sovraporre un sistema scientifico in sè concluso a quello 'antropologico-cosmologico'." (CAPPELLINI, 2010, p. 242) "(...) al termine di un lungo processo di secolarizzazione, si dichiara la radicale autonomia *immanentistica* del giuridico rispetto ad ogni possibile 'fuori', prima fra tutte le trascendenze di Dio e della Giustizia (e successivamente le ampie o circoscritte immanenze residuali del 'politico', del 'sociale', dello 'storico' (...)) e si conferisce al sistema (...) la virtù di "attribuire all'oggetto del discorso – cui il termine viene applicato – una sorta di coerenza 'spontaneamente' offerta alla nostra mente, mentre, ove questa coerenza ci appaia, essa è sempre il risultato di una nostra riflessione o elaborazione" (Orestano)" (CAPPELLINI, 2010, p. 247). "Il capolavoro di questo *Drang nach System*, di questo istinto, di questa passione quasi compulsiva per il sistema, è certamente rappresentato, com'è noto, anche quali quasi inarrivato modello, dalla Pandettistica tedesca e dal suo capolavoro codicistico il BGB del 1900" (CAPPELLINI, 2010, p. 246-247).

no poder) foi potencializada não somente pela ácida escrita lucchiniana, mas, também, pela duplicidade de gêneros literários usados na batalha: de um lado, os artigos acadêmicos e pareceres das faculdades de Direito, e, de outro, os textos de crônica assinados de Lucchini, onde a ironia não conhecia os estritos limites do discurso acadêmico.

A seção de crônica servia também para uma cerrada campanha antissocialista por parte de Lucchini e ele não hesitou em vincular esta campanha com as críticas ao projeto do socialista Enrico Ferri (cf. ANCORA, 1921, p. 387).

Ainda em um texto de crônica de Lucchini encontraremos uma imagem relevante que se formava em torno ao projeto Ferri: a oposição entre o saber "jurídico" e aquele consagrado pelo projeto. Lucchini escreve: "[a]creditamos que os próprios componentes da Comissão reformadora – ao menos aqueles enfarinhados de cultura jurídica – vendo a cara da sua criatura (...) não devem ter ficado muito satisfeitos da própria obra" (ANCORA, 1921, p. 386). Segundo Lucchini, o projeto falava uma linguagem "antijurídica", já que não levava em consideração distinções consagradas na ciência jurídico-penal:

"[o] maior mérito dos ágeis compiladores da 'reforma' foi mudar as mais características denominações jurídicas [ele se refere aos conceitos de pena *versus* sanções, imputabilidade *versus* responsabilidade]. Aqui [sobre imputabilidade *versus* responsabilidade] é possível dizer que não existe na Comissão nem mesmo meio jurista, já que a distinção entre as duas relações e conceitos é mais que elementar; daí se compreende porque os professores Stoppato e Carnevale, que por um instante se deixaram induzir a fazer parte da comissão, fugiram estarrecidos, compreendo muito bem aquilo que se poderia imaginar, isto é, que *lá se falava uma linguagem antijurídica*, ao ponto de fazer retroceder o direito penal em mais de um século, quando não era nem imaginada a distinção, muito fácil e óbvia, entre a imputabilidade, subjetiva, e a responsabilidade, objetiva." (Parturient..., 1921, p. 294-295, grifos meus)

3. PARECERES E ARTIGOS

Nos pareceres – sempre contrários – sobre o projeto Ferri hospedados pela *Rivista Penale*, o tom é claramente diferente em relação às páginas de crônica de Lucchini. O *self-restraint* exigido por este gênero literário, em comparação com as crônicas, porém, não consegue esconder as sintonias com as ideias já expressadas nas crônicas de Lucchini. O problema da "juridicidade" do texto de Ferri reaparece, e, no aprofundamento da análise dos conteúdos, entra em cena um dado ulterior: a relação entre esta (falta) de "juridicidade" com a autoridade ou com a liberdade.

Entre os autores destes pareceres e artigos, encontramos o futuro colaborador da codificação penal fascista: o tecnicista Arturo Rocco. Em 1923, porém, é difícil afirmar qual era a orientação política das ideias penais de Rocco. Contra aqueles que viam na famosa aula de inaugural de Sassari de 1910 uma "antecipação" do fascismo em razão da ênfase na lei estatal como pilar central da ciência jurídica, Mario Sbriccoli contrapõe uma aula inaugural de Torino, pronunciada por outro importante tecnicista, Vincenzo Manzini, somente 10 meses depois. Na conferência de Manzini, Sbriccoli sublinha a defesa do uso de armas por parte dos cidadãos, as críticas à "excessiva mitigação das penas", a defesa da pena de morte e a defesa das associações privadas (as milícias fascistas) como colaboradoras da polícia na luta contra a criminalidade. E eis a conclusão de Sbriccoli: "[c]reio que se possa dizer que nesta conferência existe muito mais antecipação e 'promessa' de fascismo em comparação com o que se pode ver, especialmente se não se olhar com cuidado, na 'politicidade do apolítico' que se costuma repreender – justamente – no Arturo Rocco de 1910, que não deve ser pós-datado – vale a pena lembrar – para o Arturo Rocco que veremos em ação entre 1925 e 1940" (SBRICCOLI, 1999, p. 823 nota).

Então, a partir da reconstrução de Sbriccoli, chegamos à seguinte cronologia: o Arturo Rocco de 1910 seria diferente daquele de 1925. Esta é a razão principal da dificuldade em enquadrar o parecer de Rocco contra o projeto Ferri de 1923: muito tardio, mas, ainda anterior ao início dos trabalhos que resultarão no Código de 1930.

Neste parecer assinado por Rocco, as críticas às diretrizes gerais do projeto tocam – puxando a análise para o espectro da fase anterior a 1925 – o caráter "liberticida" das ideias positivistas. O deslocamento na direção da análise do delinquente e concepção do delito como sintoma da periculosidade, a aplicação da ideia de individualização da sanção através da segregação por tempo relativamente ou absolutamente indeterminado, segundo Rocco, deixavam espaço demais para o arbítrio judicial – relembrando um pilar da história das codificações modernas – e traziam graves riscos para a liberdade individual dos cidadãos (cf. ROCCO, [1923] 1933, p. 506).

Durante todo o seu discurso, Rocco evoca as distinções fundamentais da ciência jurídica de então, afirmando que o projeto não as tinha respeitado:

"[a] chamada 'responsabilidade legal' ou 'responsabilidade social' (...) não é outra coisa senão uma espécie particular de responsabilidade objetiva ou sem culpa, baseada na simples relação de causalidade física e material entre o homem e o evento danoso ou perigoso. Não encontrando a sua fonte em um fato humano voluntário e juridicamente ilícito, não se trata, em verdade, apesar do seu nome, uma verdadeira responsabilidade *jurídica* (...). Adotada como

única e generalizada forma de responsabilidade penal, ela conduziria a uma inexplicável e danosa confusão – condenada pelo bom senso, antes mesmo do que pela ciência – entre as ações das pessoas sãs e maduras, capazes de entender e querer, e, por isso, imputáveis e responsáveis. Levaria, ainda, à confusão entre as ações humanas voluntárias e os fatos da natureza e dos animais brutos, entre dolo e culpa, por um lado, e o caso fortuito ou a força maior, por outro" (ROCCO, [1923] 1933, p. 508).

E, depois:

"[o] projeto identifica as penas com as chamadas medidas de segurança, ou melhor, substitui aquelas por estas. Com isso, confunde, no gênero, a defesa social repressiva contra os efeitos das ações juridicamente ilícitas com a defesa social preventiva contra as causas dessas ações; a repressão com a prevenção, as normas e as sanções jurídicas (atos legislativos) e as sentenças dos juízes que as aplicam (atos jurisdicionais) com os provimentos ou atos administrativos e com os meios administrativos de coação e de tutela; a legislação e a jurisdição com a administração, o direito substancial ou processual, civil ou penal, com o direito administrativo. (...) Decretar a morte das penas, como hoje são comumente entendidas, converte-las em simples medidas administrativas de segurança, transformar o Código Penal em um mero Código de Polícia ou de segurança pública – como faz, exatamente, o projeto em exame – seria – especialmente nas graves e alarmantes condições da criminalidade do pós-guerra – socialmente muito pernicioso" (ROCCO, [1923] 1933, p. 512-513).

Comecemos pelo segundo fragmento: a confusão entre penas e medidas de segurança, vale dizer, "a morte da pena", traria uma série de "subconfusões", e a primeira é entre prevenção e repressão. Em um artigo posterior (ROCCO, [1930] 1933), Rocco se preocupa, como sempre, em classificar a distinguir a prevenção da repressão, e, dessa vez, já que se partida do pressuposto teórico, Rocco monta a lista de maneira inversa, isto é, nomeando todas as "subconfusões" como consequência da falta de distinção entre estas duas dimensões que ele chama, também, de "defesa repressiva" e "defesa preventiva" (ou "defesa social repressiva" e "defesa social preventiva" no parecer de 1923).

"A morte das penas". A pena como instrumento – de defesa social (com o significado alargado de Arturo Rocco – indispensável, sem o qual a ciência jurídico-penal arriscaria perder o sentido. "*Mero* código de polícia". A palavra "mero" merece um olhar atento: como foi dito anteriormente, o parecer de Rocco sobre o projeto Ferri encontra-se, cronologicamente, em um ponto que o torna de difícil interpretação. Se tomamos a cronologia proposta por Sbriccoli segundo a qual encontramos um Rocco verdadeiramente alinhado com o fascismo somente a partir de 1925, quer dizer que estamos perto demais desse

momento de virada, isto é, em um momento de transformação, principalmente se considerarmos que pontos de referência cronológicos como este são sempre aproximativos. Então, é prudente não etiquetar este texto de Rocco, ainda que seja preciso indicar que uma das dimensões do seu pensamento, já encontradiças neste texto, tornar-se-á, depois, uma obsessão das reformas penais dos anos sucessivos: o discurso sobre a "morte das penas" e sobre a transformação do Código em um "mero" código de polícia. Estes dois aspectos sublinhavam como as diretivas do projeto Ferri traziam graves riscos para a autoridade do Estado, para a sua capacidade de controle social, e, não por acaso, encontramos o discurso da emergência criminal causada pelos problemas do pós-guerra; um discurso que se encontra também no Brasil, não obstante a inexistência das emergências de um pós-guerra. Em uma palavra: ao lado da preocupação com a dimensão "liberticida", os pretensos riscos contra a "autoridade" da lei são abordados. Será o "autoritacídio" a obsessão tanto da codificação penal italiana de 1930, como da brasileira de 1940.

A "responsabilidade legal" ferriana, segundo Rocco, não obstante o uso da palavra "legal", não se enquadrava nos cânones do "jurídico" porque não considerava uma distinção jurídica considerada fundamental, a distinção entre causalidade material e causalidade psíquica, moral, e trazia como consequência outras confusões nas distinções de tradicional relevância jurídica – loucos *versus* sãos, fatos da natureza *versus* ações humanas etc.

Partindo da imagem que opunha as obscuridades da antropologia criminal à segurança dos pilares tradicionais da ciência jurídica, Rocco criticava a classificação dos delinquentes: "a projetada partição em cinco dos delinquentes reduz-se, em verdade, à simples, tradicional, e única exata, bipartição entre delinquentes ocasionais (primários) e delinquentes habituais (reincidentes, habituais propriamente ditos e profissionais)" (ROCCO, [1923] 1933, p. 507). Todas as distinções entre os delinquentes do projeto Ferri (perigosos *versus* não-perigosos, corrigíveis *versus* não-corrigíveis, etc.) e as respectivas diferenças entre as sanções aplicáveis, segundo Rocco, significavam um perigo porque deixavam muito espaço para o arbítrio judicial, e mais ainda na avaliação das "circunstâncias de maior ou menor periculosidade", onde, muito frequentemente, os "mal elaborados e obscuros dados da antropologia e da psicologia criminal" deveriam ser o ponto de referência para o juiz (cf. ROCCO, [1923] 1933, p. 507).

A ideia de sanção ferriana, para Rocco, é uma forma de absorção de todos os meios de tutela jurídica sob o modo de funcionamento das medidas de segurança (ROCCO, [1923] 1933, p. 515). A desejável regulamentação das medidas de segurança não deveria tirar o caráter de medida administrativa de polícia,

ainda que fossem "[m]edidas decretáveis (...) pelos próprios juízes penais (...) expressando, porém, não a sua função jurisdicional (...), mas somente uma função administrativa de polícia expressamente confiada a eles pela lei penal, por razoes de evidente conexão de matérias, bem como de oportunidade e de economia de funções." (ROCCO, [1923] 1933, p. 514) Para defender a absoluta necessidade das penas que Ferri considerava inúteis, Rocco propõe um conceito mais amplo de defesa social, onde a prevenção geral e a substituição das vinganças privadas através da intervenção punitiva pública voltam ao proscênio (ROCCO, [1923] 1933, p. 509). Modificado o ponto de partida, Rocco podia desalojar a ideia de individualização da pena, que era o sentido da substituição ferriana das penas com as sanções. Segundo Rocco, uma substituição do gênero, isto é, "[a] absoluta individualização da pena", "fere a própria natureza impessoal, ou geral, ou coletiva, respectivamente, da lei penal ou da execução administrativa penal, ela contradiz, ainda, o escopo e a função da jurisdição e do processo penal, que (...) objetivam a aplicação de normas e de sanções *jurídicas*" (ROCCO, [1923] 1933, p. 512, grifo meu). Mais uma vez a "juridicidade" do projeto Ferri é colocada em xeque.

Antonino Cordova, na sua crítica ao projeto Ferri, partiu da Exposição de motivos ao Rei do Min. Lodovico Mortara, que instituía a comissão de reforma das leis penais, com o objetivo de identificar os perigos dos pressupostos da reforma para os tradicionais direitos individuais, indispensáveis em um Estado democrático (cf. CORDOVA, 1921, p. 110). No projeto final, Enrico Ferri tentou evitar estas derivas autoritárias inserindo algumas garantias, por exemplo, no que tange à aplicação das medidas de segurança. Porém, a solução não convenceu Cordova: "[o] reconhecimento de imprescritíveis direitos do homem, mesmo se delinquentes, está na doutrina 'clássica' das penas." – vale a pena sublinhar o uso das palavras "positivista" (na citação precedente em nota) e "clássica" entre aspas – "Estende-las também às medidas de segurança, isto é, aos provimentos necessários tomados inclusive no interesse do próprio indivíduo que se pretende salvar, além do interesse social, não tem sentido." (CORDOVA, 1921, p. 216) Medidas de segurança e garantias são duas dimensões, para Cordova, não conciliáveis: o projeto seria "liberticida" inevitavelmente. A conclusão de Cordova, do ponto de vista processual, distanciava-se da de outros críticos do projeto Ferri. Ele considerava incoerente com a natureza das medidas de segurança o processo jurisdicional; submeter este tipo de medida ao juiz seria um esforço inútil porque o próprio objeto do processo relativo às medidas de segurança não seria jurisdicional, já que neste caso o problema seria somente provar a "necessidade improrrogável" ou "a evidente utilidade" do provimento. Nas medidas de segurança, segundo Cordova, os interesses

sociais e individuais coincidiriam, portanto, um procedimento contencioso como o jurisdicional não teria sentido algum (cf. CORDOVA, 1921, p. 216). Em sentido diverso, Arturo Rocco, por exemplo, não obstante a natureza administrativa das medidas de segurança, considerava possível e desejável que fossem aplicadas por juízes, em função da conexão com a matéria criminal (e não por coerência entre a natureza do processo e a do instituto), através de disposição legal expressa, conforme vimos há pouco.

Por outro lado, evocando desta vez o argumento da "eficácia", Cordova refutava a asserção da Exposição de motivos de Mortara sobre a ineficácia da pena (cf. CORDOVA, 1921, p. 110): para ele, o problema principal não residia nas leis ou nas penas, mas na falta de aplicação delas. A lei já era suficientemente rigorosa para cumprir a função de defesa social, bastaria que fosse aplicada sem "sentimentalismos". Tornar "eficazes" as penas inclusive nos graus máximos, reformar os "costumes judiciários" antes das leis.

Na conclusão do seu discurso, Cordova conectava todas as suas críticas ao problema da "juridicidade": "[t]odos os exageros, todas as desproporções e todas as incongruências que eu lamentei, colocando em relevo as principais, derivam, exatamente, da fobia que os 'positivistas' mais acesos (...) têm em relação àquilo que eles definem, não sem uma ponta de ironia e desprezo, dogmatismo jurídico." (CORDOVA, 1921, p. 218) Sublinhando, depois, a inutilidade do esforço positivista através do projeto Ferri, Cordova afirmava que a tentativa de colocar em primeiro plano "o delinquente" não avançaria muito já que a parte especial continuaria sendo um elenco de tipos penais (cf. CORDOVA, 1921, p. 218).

Cordova menciona também o "fecundo trabalho de construção sistemática atualmente em grande florescimento" (cf. CORDOVA, 1921, p. 218) que era, naturalmente, a obra dos tecnicistas. Em oposição ao "pouco jurídico" Enrico Ferri, Cordova elogiava Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, que faziam parte da "mais recente evolução da ciência do direito e do processo penal", que, ao mesmo tempo, movia-se rigorosamente nos trilhos considerados tradicionais da ciência e aprofundava o movimento de "purificação" da ciência jurídica em relação aos elementos considerados excessivamente "filosóficos" ou "políticos", que teriam marcado o início da parábola moderna da reflexão sobre o direito penal (cf. CORDOVA, 1921, p. 219).

Sempre lembrando a tradição, o relatório de Ottorino Vannini, aprovado pela faculdade de direito de Sassari, critica o caráter unilateral do trabalho da comissão Ferri, que feria os "critérios de penalidade consagrados pela tradição" (cf. VANNINI, 1923, p. 36) são as diferenças entre normal e anormal, a responsabilidade moral, o delito em sentido objetivo, a pena (diferente das

medidas de segurança), que Ferri pretendia substituir com a centralidade do delinquente, com a responsabilidade legal e com o conceito unitário de sanção. A conclusão de Vannini é que "transformado o direito penal em um complexo sistema diagnóstico e prognósticos relativo à periculosidade do indivíduo delinquente, toda a dinâmica da defesa social apoiar-se-á no frágil fulcro da psicologia criminal" (Vannini, 1923, p. 40). A "psicologia criminal" tomando o lugar da ciência jurídica em sentido estrito.

No parecer assinado por Ugo Conti, publicado juntamente ao de Vannini nas páginas da *Rivista Penale* de 1923, ele insiste na necessidade de manter algumas distinções tradicionais ("sãos de mente" *versus* "anormais"; "pena" *versus* "medidas de segurança"; etc.) (cf. Conti, 1923, p. 36), distinções que o projeto não havia respeitado, claramente em função do seu caráter unilateral "de escola" – que o parecer, naturalmente, não deixa de sublinhar (cf. Conti, 1923, p. 35-36). Alguns anos antes, isto é, entre 1911 e 1916, como explica o historiador do direito Michele Pifferi, Ugo Conti já tinha se ocupado várias vezes do "tema dos limites da matéria [jurídica], com ênfases diferentes, e, às vezes confusas, mas, sempre orientado a manter algumas distinções conceituais" (Pifferi, 2007, p. 785). Pifferi sublinha também a conexão entre o problema dos confins da "juridicidade" e o das garantias. As medidas de segurança, para Conti, deveriam, de alguma forma, ser circundadas de garantias ao indivíduo, mesmo quando as medidas não fossem jurisdicionalizadas – fazendo coro (dentro do qual encontramos também Antonino Cordova) com aqueles que defendiam algumas garantias nesse âmbito na linha da recusa em jurisdicionalizar as medidas de segurança, e diferentemente de Arturo Rocco quanto a este último aspecto (cf. Pifferi, 2007, p. 786).

Na defesa da "juridicidade", no parecer que aparece ao lado do de Conti na *Rivista*, isto é, no de Ottorino Vannini, é possível enxergar a outra face do discurso sobre os confins: por um lado, a defesa da "juridicidade" vinculada à defesa das (frágeis?) garantias individuais do direito penal liberal, do outro, a relação entre "juridicidade" e autoridade do Estado.[4] Segundo Vannini, "a pena indeterminada, subordinada ao comportamento do condenado *post delictum*, destrói a imperatividade da norma penal – que é imperativa enquanto é sancionada – e transforma a norma penal em uma norma de polícia dirigida exclusivamente aos órgãos do Estado." (Vannini, 1923, p. 38) A pena certa e o controle do arbítrio judicial como perigos, aqui, não tanto para as liberdades

4. Esta é a ambiguidade, também, do princípio da legalidade moderno. Sobre o assunto cf. Costa, 2011.

individuais, mas para a imperatividade da norma positiva estatal (cf. VANNINI, 1923, p. 39). E ainda, a confusão invocada é entre verdadeiras normas de direito e normas de polícia. Neste ponto, coloca-se em primeiro plano o problema do destinatário, talvez não tanto colocando em questão a opacidade ou transparência do Código como texto concretamente lido e legível, mas o problema do comando dirigido aos súditos. Muito cedo os juristas perceberam que o destinatário não podia ser entendido como leitor efetivo do texto legislativo – este movimento é identificável, por exemplo, nas teorias sobre o erro – mas Vannini pensava que o caráter voluntarista de um direito penal emanado pelo Estado poderia funcionar somente partindo da premissa segundo a qual os comandos penetram na consciência dos súditos; uma premissa impossível no pensamento positivista que tentou, ao contrário, aproximar o regime jurídico dos capazes e dos incapazes.

No parecer sobre o projeto Ferri assinado por Pio Barsanti, na mesma esteira de Luigi Lucchini, começa refutando a premissa ferriana segundo a qual a criminalidade estava em aumento, e, principalmente, que o Código de 1889 seria o responsável por isso. Então, Barsanti faz a defesa do Código de 1889 contra as afirmações de Ferri segundo as quais esse Código – ainda muito "clássico" – seria o responsável por este aumento da criminalidade, já que o crime teria múltiplas causas: "para poder afirmar que a legislação em vigor é insuficiente para a defesa social, seria necessário demonstrar que o Código Penal, na sua letra e no seu espírito, funcionou e funciona com toda a regularidade, enquanto é notório que este Código (...) não teve a aplicação prática que deveria ter tido" (BARSANTI, 1923, p. 216). Todo o problema, para Barsanti, resolvia-se substancialmente na "eficácia". Eventuais problemas parciais na legislação poderiam autorizar somente pequenas reformas, mas não a subversão do sistema: "pode-se admitir que alguns dentre tais provimentos [de defesa social e de melhoramento do condenado] não são eficazes na prática (...); mas isso pode nos autorizar somente a invocar um melhoramento de tais institutos, mas não a mudar todo o Código Penal vigente" (BARSANTI, 1923, p. 217).

O problema do caráter excessivamente "revolucionário" é um lugar recorrente nas críticas ao projeto Ferri. Voltando ao primeiro problema, ainda que Ferri tivesse já afirmado a "responsabilidade" do Código de 1889 na falta de controle da criminalidade, responder a esta afirmação com o argumento da multicausalidade provavelmente não refutava eficazmente o pensamento ferriano. De qualquer forma, o argumento de Ferri contra o Código de 1889, em verdade, ia além da contingência daquele Código, mas apontava a incapacidade das penas em geral para responder à função de defesa social do Direito Penal.

Barsanti opõe o "paradigma do projeto" ao "paradigma jurídico tradicional" (cf. BARSANTI, 1923, p. 217) quando critica a tendência geral de Ferri de colocar em primeiro plano o delinquente e não o fato ilícito: "[o] projeto, afastando-se do paradigma jurídico, afirma que para combater a delinquência é preciso olhar não tanto para o fato objetivamente considerado, mas colocar como base para o delito a periculosidade do delinquente" (BARSANTI, 1923, p. 218). Estamos diante, então, de uma espécie de reelaboração da representação agonística ferriana da polêmica entre "escola clássica" e "escola positiva". A estratégia tem entre os seus precedentes o livro de Luigi Lucchini de 1886, onde se negava a existência de "escolas" em direito penal, e, portanto, muito menos de uma "escola clássica", e que o único paradigma com o qual a "escola positiva" poderia confrontar-se era o "jurídico". Então, no lugar de "escola clássica", encontramos o "paradigma jurídico", não obstante a premissa desta reconstrução seja a inexistência de escolas. Esta premissa, porém, não mudava a expressão da polêmica, mas a potencializava no sentido que opunha uma "escola" à própria "juridicidade".

Os aspectos que tornavam a orientação do projeto Ferri exterior ao "paradigma jurídico tradicional", para Barsanti, eram, substancialmente, a imputabilidade, a periculosidade e as sanções (cf. BARSANTI, 1923, p. 218-219), vale dizer, os pilares do Direito Penal e do Código. Sobre o primeiro aspecto, Barsanti invoca a "consciência universal": "[c]ontra a responsabilidade dissociada da imputabilidade está, então, a consciência universal, e quanto mais fortemente um povo ser civilizado, um código não pode, sem desnaturar-se, ir contra a realidade tal qual é sentida." (BARSANTI, 1923, p. 218) Aqui, a "consciência" aparece com o adjetivo "universal" em um contraste ainda mais acentuado em relação à concepção "historicista-evolucionista" de Ferri; mas a consciência poderia aparecer, também, em versões mais maleáveis, isto é, pensadas como "tradição", como "consciência comum", resultado de sedimentos históricos. Neste último sentido, ela era utilizada também por Ferri, reconhecendo-a que se tratava de uma base indispensável para o direito penal, porém, os contrastes em relação ao "estado atual" – quase sempre mais pressupostos do que verdadeiramente procurados na *empiria* – serão uma constante. Então, a versão segundo a qual esta "consciência" seria contrária aos pressupostos da "escola positiva" será um argumento recorrente.

No discurso sobre as sanções, Barsanti move uma crítica à pena indeterminada, partindo não tanto dos riscos em relação às "liberdades", mas em relação à "autoridade". Então, a pena indeterminada, para Barsanti, erodiria a imperatividade da norma penal, além de atribuir muito arbítrio aos juízes, particularmente no campo das circunstâncias de periculosidade, segundo ele,

excessivamente indeterminadas (cf. BARSANTI, 1923, p. 219). Um arbítrio amplo (e perigoso) que, por outro lado, coexistia com a usurpação da legítima autoridade do juiz, quando, em função dos novos institutos do projeto, submetia a autoridade deles aos pareceres médicos.

Orazio Modica também sublinhava a diferença entre o "hábito mental do médico" e o dos juristas: na sua avaliação de um dos pilares do projeto Ferri, isto é, a periculosidade, Modica lembrava a existência desta distinção, ainda que, depois, afirmasse que, nem mesmo da perspectiva médica, o projeto mereceria uma avaliação positiva: "[s]obre a substituição do princípio da temibilidade e periculosidade do delinquente ao da imputabilidade: em relação ao primeiro ponto observa-se que, mesmo com o hábito mental de médico, diferente do hábito dos juristas, o complexo fenômeno do delito não pode restringir-se às diretrizes as quais é baseado todo o direito penal segundo o projeto" (MODICA, 1923, p. 221).

Agora vale a pena voltar a um ponto que já encontramos em uma crônica de Luigi Lucchini na qual ele vinculava a "linguagem antijurídica" do projeto Ferri ao fato que "os compiladores da reforma foram muito competentes em mudar as mais características denominações jurídicas". Emanuele Carnevale era da mesma opinião: ele sublinhava, por exemplo, como "verbalmente" penas e medidas de segurança eram identificadas sob a rubrica "sanções", mas, depois, retomava-se a estrada da diferenciação nas diversas modalidades de aplicação das sanções dependendo do sujeito (loucos ou sãos), insistindo, porém, que a falta dessas distinções jurídicas não eram indiferentes para a prática, para a ciência, para o público, e, em suma, para a "individualidade do direito penal" (cf. CARNEVALE, 1923, p. 308). Giulio Battaglini, por sua vez, questionava a seriedade das críticas positivistas à distinção entre direito penal e direito administrativo – justamente a distinção que toca o problema das penas e das medidas de segurança – já que o projeto Ferri havia ignorado a matéria das contravenções, isto é, levando em consideração uma distinção que, por assim dizer, não deveria ser positivistamente relevante (cf. BATTAGLINI, 1922, p. 224). Vincenzo Lanza também não levava a sério o comportamento positivista em relação às distinções tradicionais da ciência jurídica porque o projeto Ferri pretendia deixar praticamente intacta a parte especial, isto é, onde todo o "tradicional" voltava pela janela (cf. LANZA, 1923, p. 133).

Em um artigo de 1930, especificamente sobre as medidas de segurança, Arturo Rocco distingue duas teorias sobre o tema: aquela que "identifica todos os meios de tutela jurídica" (ROCCO, [1930] 1933, p. 715) e aquela que "distingue todos os meios de tutela jurídica" (ROCCO, [1930] 1933, p. 716), e, sem surpreender, Rocco chega à "terceira via" ("teoria mista ou intermediária"),

isto é, aquela que "unifica e distingue, ao mesmo tempo, os vários meios de tutela jurídica (teoria mista ou intermediária) – (...) o *genus proximum* não exclui a *differentia specifica*" (ROCCO, [1930] 1933, p. 717). Levando adiante esta lógica classificatória, Rocco sublinha que penas e medidas de segurança são "meios de tutela jurídica", porém, as medidas de segurança, como medidas de tutela preventiva, "não são (...) sanções jurídicas" (ROCCO, [1930] 1933, p. 735). Enfim, as leis que contém as medidas de segurança "não contém normas jurídicas nem sanções jurídicas" (ROCCO, [1930] 1933, p. 737). Então, Rocco admite dois níveis de "juridicidade", em sentido estrito e em sentido amplo, mas, ignorar estas classificações tornava o projeto Ferri um corpo estranho à língua dos penalistas.

Não somente contra as distinções de Arturo Rocco em particular, mas, contra a centralidade da lógica classificatória do direito em geral, encontramos Ugo Spirito, que lançava uma forte crítica contra Rocco partindo de uma perspectiva idealista. Sobre a diferença entre medidas de segurança e penas, Spirito considerava os esforços de distinção absolutamente destinados à falência, principalmente quando se reconhecia a possibilidade de o próprio juiz aplicar uma medida considerada administrativa, vale dizer, onde a lei poderia ignorar as distinções teóricas por razoes práticas (cf. SPIRITO, 1932).

Mesmo prescindindo da verificação se estas distinções de Arturo Rocco tinham alguma função de ancoragem do Direito Penal às garantias liberais, a obsessão continua, de qualquer forma, um fato digno de análise porque remete ao problema da relação entre o Código e os pilares tradicionais da ciência jurídica, das definições jurídicas no interior do Código. Por somatória, é possível chegar à ideia de Código como produto da ciência jurídica, que remonta ao século XIX, porém, neste percurso do séc. XX, ela progressivamente perdia o seu caráter de dique contra o voluntarismo político.[5] Mas essa já seria outra história, por ora, basta assinalar que o Código como produto da ciência jurídica, aqui, aparecia como uma questão de fronteira do "jurídico": como pode um código ser considerado um código da ciência jurídica se não fala a sua linguagem?

Como pano de fundo de todas as críticas ao projeto Ferri, havia a imagem de um paradigma ("verdadeiramente") "jurídico" colocado em perigo. A escola positiva, de fato, tinha dificuldades em apresentar-se como uma cidadã a pleno título da comunidade "jurídica". A marca originária de um "pai funda-

5. Sobre o código como produto da ciência e dique contra a voluntarização do direito no pensamento de um dos mais importantes expoentes da ciência jurídico-penal do século XIX, Francesco Carrara, cf. CAPPELLINI, 2011.

dor" não jurista (Cesare Lombroso) e a verve polêmica do próprio Ferri, que levava as suas convicções evolucionistas até o embate frontal com o chamado "tradicionalismo" e com a tradição da ciência jurídica, certamente não eram bons pontos de partida para o acolhimento do projeto. Paradigma "jurídico" significava, de fato, em larga medida, respeito aos fundamentos tradicionais da disciplina: o "jurídico" e a tradição andavam juntos.

As críticas descritas até aqui quase sempre desembocavam na absoluta desconfiança em relação a reformas radicais no Direito Penal vigente; e a crítica a uma reforma significava o desejo de não substituir o Código vigente – posição ainda mais compreensível no caso de Lucchini, pois ele participara como protagonista da elaboração do Código que se desejava substituir. Em suma, uma verdadeira recodificação não parecia uma necessidade advertida pela maior parte da penalística italiana dos anos 20.

As conclusões de Arturo Rocco no seu parecer sobre o projeto Ferri poderiam inclusive surpreender, já que poucos anos depois ele estaria envolvido como protagonista na recodificação fascista:

"[p]ara os fins da reforma da legislação, não são necessárias catastróficas revoluções, mas somente prudentes e graduais emendas legislativas. É preciso, em primeiro lugar, não somente manter as sanções penais, tal qual existem atualmente, mas, revigorar a força intimidadora, satisfatória e assecuratória delas, seja acentuando o rigor e a gravidade, seja introduzindo, em acréscimo ou em substituição das atuais, novas e mais eficazes espécies de pena, seja melhorando a aplicação judicial, e, sobretudo a execução administrativa" (ROCCO, [1923] 1933, p. 513).

Para Rocco, "a atuação do projeto (...) representaria um perigoso salto no escuro" (ROCCO, [1923] 1933, p. 514); mais adiante ele reitera a opinião segundo a qual não havia absolutamente a necessidade de um novo código para alcançar as modificações necessárias ao sistema penal italiano, mais uma vez usando a expressão "catastróficas revoluções", que, certamente, ressoavam bem numa época de fortes batalhas contra o ideário comunista e socialista: "faz-se voto (...) que a obra de reforma das leis penais mantenha, e somente desenvolva, complete e aperfeiçoe os princípios do direito vigente, continuando, sem a pretensão de catastróficas revoluções, as gloriosas tradições históricas da legislação e da ciência jurídico-penal italiana" (ROCCO, [1923] 1933, p. 515) Ao invés de "catastróficas revoluções", "prudentes e graduais emendas legislativas"; melhoramento do sistema existente, sem rupturas. Nesse quadro, não é de se imaginar que Rocco sentia a necessidade de substituir o Código vigente.

No parecer assinado por Ugo Conti, a "consciência pública" é invocada contra a substituição do código vigente: "(...) uma reforma legislativa geral não

parece invocada pela consciência pública" (CONTI, 1923, p. 36). A conclusão era muito clara: "[a faculdade de Direito da Universidade de Siena] faz votos (...) não para um novo Código Penal, mas somente pela reforma somente de algumas partes do Código vigente" (CONTI, 1923, p. 36). Conti reconhecia que o projeto Ferri trazia alguns melhoramentos pontuais à legislação vigente. O problema é que o projeto Ferri, segundo Conti, subvertia a "base histórica e racional" do edifício do direito (cf. CONTI, 1923, p. 40).

4. CONCLUSÕES

Provavelmente, nenhum outro lugar da penalística italiana produziu imagens tão negativas acerca do projeto Ferri quanto a *Rivista Penale*. Um fato que só seria surpreendente e historicamente incompreensível se desconhecêssemos o percurso da *Rivista* desde o nascimento da chamada escola positiva: a batalha sistemática contra o projeto Ferri não é mais do que o derradeiro capítulo de uma longa guerra movida por Luigi Lucchini através da revista contra Lombroso, Ferri e seus seguidores.

As críticas ao caráter unilateralmente positivista do projeto articulavam-se em dois grandes tipos: evidenciando uma ambiguidade do pensamento positivista, existiam aqueles que sublinhavam os riscos para a autoridade e, por outro lado, existiam aqueles que sublinhavam os riscos para a liberdade. A individualização da pena, o caráter terapêutico e adaptável das sanções, para alguns, erodiria a certeza da proibição penal, e, via de consequência, a imperatividade da norma. Para outros, esses mesmos institutos eram perigosos porque atribuíam um largo espaço de arbítrio, constituindo um perigo para as garantias individuais. Nos dois casos, insistia-se no fato de a tradição do direito penal italiano estar sendo indevidamente subvertida pelo projeto.

A imagem da tradição subvertida pela torrente das ideias positivistas desembocava na recusa da necessidade de um novo Código Penal. Apesar da tentativa de reforma, os penalistas italianos tinham um Código de grande prestígio às costas – o Código Zanardelli de 1889. Além do prestígio do Código que se tentava substituir, a recusa de um novo Código, nesses anos 20, reforçava-se ulteriormente com as premissas metodológicas tecnicistas. O obséquio tecnicista em relação ao direito vigente empurra o penalista a um "plus" de prudência em relação a qualquer reforma, além de um déficit estrutural em tornar pensáveis as reformas. A elaboração de um novo Código empurra o penalista tecnicista em direção aos limites do seu saber. Então, esta linha de força do pensamento tecnicista estava no pano de fundo de algumas opiniões críticas ao projeto Ferri.

No Brasil, é verificável a mesma preocupação de não infligir "catastróficas revoluções" ao Direito Penal vigente, porém, o Código Penal de 1890 não tinha grande prestígio, portanto, o discurso sobre a necessidade de substituí-lo encontrava um campo mais fértil. Não obstante a premissa mais favorável, por assim dizer, do contexto brasileiro, o novo Código Penal no Brasil chegou dez anos depois do italiano, ambos em concomitância – sinal da "politicidade" deles – com eventos políticos: o fascismo italiano e o Estado Novo brasileiro.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gastão Ferreira de. *Os projectos do Código Criminal brasileiro (de Sá Pereira) e do Código dos delictos para a Itália (de Ferri)*. São Paulo: Edições e publicações Brasil, [1933] 1937.

Ancora sulla riforma del Codice Penale. [Luigi Lucchini]. *Rivista Penale*. vol. XCIII. p. 386-387, 1921.

BANDEIRA, Esmeraldino. *Relatório dos anos de 1909 e 1910 apresentado ao presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil em abril de 1910*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. Disponível em [http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1906/000001.html]. Acesso em: 30.06.2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1982.

BARSANTI, Pio. Relazione sul progetto del nuovo codice penale Ferri, presentata dal prof. Pio Barsanti alla Facoltà Giuridica della R. Università di Macerata e dalla medesima approvata nella Seduta del 4 luglio 1923. *Rivista Penale*. vol. XCVIII, 1923.

BATTAGLINI, Giulio. L'indirizzo di politica criminale in due recenti progetti di codice penale. *Rivista Penale*. vol. XCV, 1922.

CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. Torino: Giappichelli, 2010.

_____. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*. 8. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. Francesco Carrara e o problema da codificação do direito. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (orgs.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARNEVALE, Emanuele. Le basi del progetto di Codice Penale. *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

CASTRO, Alexander. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsburgico e o iluminismo na Lombardia austriaca. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; PAULO, Alexandre Ribas de; CASTRO, Alexander de; SONTAG, Ricardo. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CONTI, Ugo. Voto della Facoltà Giuridica della Regia Università di Siena (...) intorno al progetto preliminare del codice penale italiano (...). *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

CORDOVA, Antonino. Le riforme della legislazione penale e il loro momento storico. *Rivista Penale*, vol. XCIII, fasc. I, p. 101-128, 1921.

_____. Le riforme della legislazione penale e il loro momento storico (seguito e fine). *Rivista Penale*, vol. XCIII, fasc. III, 1921, p. 201-222

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (orgs.). *História do Direito Penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERRI, Enrico. Progetto preliminare di Codice penale italiano per il delitti [1921]. In: _____. *Principii di diritto criminale*. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928.

I lavori della Commissione per la riforma delle leggi penali. Il fondamento giuridico della repressione nel nuovo sistema legislativo. Le dimissioni dei professori Stoppato e Carnevale. *Scuola Positiva*. vol. X, 1919.

Il nuovo messia della legislazione penale [Luigi Lucchini]. *Rivista Penale*. vol. XC. p. 393-397, 1919.

L'Apoteosi della "scuola". *Rivista Penale*. vol. XCIII. p. 192-194, 1921.

La commissione per la riforma del Codice Penale nei giudizii della stampa italiana. *Scuola Positiva*, vol. X, 1919.

La riforma della legislazione penale. [Luigi Lucchini]. *Rivista Penale*. vol. XC. p. 382-391. 1919.

LANZA, Vincenzo. Relazione del prof. Vincenzo Lanza alla Facoltà Giuridica della r. Università di Catania sul progetto preliminare del codice italiano (libro I) proposta dalla Commissione Reale per la riforma delle leggi penali, e sul "Saggio di applicazione" delle norme generali del libro primo. *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

LUCCHINI, Luigi. *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*. Torino: Unione tipografico-editrice, 1886.

MODICA, Orazio. Osservazioni sullo stesso progetto [della commissione Ferri] del prof. Orazio Modica, insegante di medicina legale, lette e approvate come sopra. *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

Parturient montes. [Luigi Lucchini]. *Rivista Penale*. vol. XCIII. fasc. III. p. 293-295, 1921.

PIFFERI, Michele. Confini da difendere o frontiere da superare? Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XXXVI, 2007.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, parte 1, 1910.

_____. [1923]. *Opere Giuridiche III*. Scritti giuridici vari. Roma: Foro italiano, 1933

_____. [1930]. *Opere giuridiche III*. Scritti giuridici vari. Roma: Foro italiano, 1933.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. O systema penal no projecto brasileiro [1931?]. *Justiça*: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, nov. 1934.

Saggio di applicazione del nuovo Codice Penale. [Luigi Lucchini]. *Rivista Penale*. vol. XCVII. p. 90-93, 1923.

SBRICCOLI, Mario. Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900) [1987]. In: _____. *Storia del diritto penale e della giustizia*. vol. II. Milano: Giuffrè, 2009.

_____. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999.

_____. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]. In: _____. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009. vol. I.

_____. Codificazione civile e penale [2002]. In: _____. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009. vol. II.

SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Torino: Fratelli Bocca, 1932.

STOPPATO, Alessandro. Relazione del prof. Alessandro Stoppato alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna sul progetto di codice penale (libro I) elaborato dalla Commissione istituta con decreto 14 settembre 1919. *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

VANNINI, Ottorino. Relazione sul progetto Ferri presentata (...) alla Facoltà Giuridica della R. Università di Sassari e dalla medesima approvata nella seduta del 5 maggio 1923. *Rivista Penale*, vol. XCVIII, 1923.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações sobre o pensamento da escola positiva, de João Bernardino Gonzaga – *RT* 777/757; e
- Os fundamentos doutrinários da escola positiva, de Acácio Vaz de Lima Filho – *RIASP* 15/63.

TEORIAS DA DETERMINAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE RELEVÂNCIA PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL

3

Theory of sentence determination: Analysis of relevant criteria for a judicial customization

TATIANA DE OLIVEIRA STOCO

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pelo IBCCrim em parceria com a Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Editorial do Boletim IBCCrim. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo trata de algumas das principais teorias sobre a determinação da pena discutidas por autores europeus, apontando para a necessidade de racionalização desse processo na prática judiciária e na dogmática brasileiras. Analisa os critérios mais relevantes para a individualização judicial da resposta penal, apontando possíveis soluções para o manejo dos critérios subjetivos, que são os critérios de maior importância para o art. 59 do CP brasileiro e, justamente, os maiores responsáveis por aumentos injustificados da pena-base.

PALAVRAS-CHAVE: Determinação da pena – Critérios – Culpabilidade.

ABSTRACT: The article discusses some of the main theories on sentence determination discussed by European authors, pointing to the need for streamlining this process in the Brazilian judicial practice and doctrine. The most relevant criteria for the individual penalty determination is analyzed, pointing to possible solutions for the management of subjective criteria, which are the most important criteria for article 59 of the Brazilian Penal Code and precisely, the most responsible for unjustified increases of the base punishment.

KEYWORDS: Sentence determination – Criteria – Culpability.

SUMÁRIO: 1. A necessidade de racionalização do processo de determinação judicial da pena – 2. Alguns modelos teóricos do debate europeu: 2.1 Teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato; 2.2 Teoria do valor de emprego; 2.3 Teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade; 2.4 Teoria da pena exata ou pontual; 2.5 Outros posicionamentos: 2.5.1 O sistema dogmático de determinação da pena de Silva Sánchez; 2.5.2 O sistema normativo de determinação da pena de Patricia Ziffer; 2.5.3 A prevalência das finalidades de prevenção geral positiva ou a teoria da moldura de prevenção de Anabela Miranda Rodrigues – 3. Critérios e princípios na graduação da pena: 3.1 Culpabilidade e gravidade do injusto; 3.2 Critérios subjetivos: 3.2.1 O papel dos critérios subjetivos na determinação da pena e sua ligação com o fim de prevenção especial positiva – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. A NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA

O tema do processo de individualização judicial da pena, no Brasil, padece da falta de um desenvolvimento teórico aprofundado.[1] Para a fixação da pena-base, jurisprudência e doutrina contentam-se com a análise das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do CP, sem se ressentirem da ausência de critérios bem definidos a respeito de quais elementos do fato concreto deverão ser sopesados para fundamentar eventual aumento ou diminuição de pena.

O perfil do art. 59 do CP, por sua vez, privilegia os critérios *subjetivos*, oferecendo ao magistrado um campo vasto de oportunidades para aumentos injustificados de pena, com sérios prejuízos ao dever de proporcionalidade entre a resposta penal e o injusto praticado e à racionalidade do processo de indi-

1. A mesma deficiência é referida por Bernardo Feijoo Sánchez a respeito do sistema penal espanhol: "Chamam a atenção as escassas contribuições da doutrina espanhola a este debate internacional e a escassa ressonância do mesmo a nível interno. Ainda que seja evidente a importância desta questão em países nos quais os órgãos judiciais gozam de uma ampla margem de decisão com respeito à concretização da pena, inclusive os sistemas que, como o nosso, se caracterizam por uma maior desconfiança do legislador para o órgão jurisdicional à hora de determinar a pena concreta (...)". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena, p. 3. Trad. livre.
Também, nesse sentido, a crítica de Bernd Schünemann: "A ciência penal alemã, reconhecida mundialmente por seus resultados na sistematização dos pressupostos de punibilidade, os quais em grande medida foram aceitos, tem descuidado por completo durante décadas do campo da medição da pena, apesar de que para o acusado – em muitos casos – a pergunta acerca da determinação da pena é a decisão judicial mais importante (...)". Apud HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Prólogo, p. 17. Trad. livre.

vidualização da sanção, que deve estar guiado por critérios que se relacionem primordialmente ao fato, e não ao agente.

No Brasil, tal como nos países europeus que, mais atualmente, avançaram no desenvolvimento de uma teoria da determinação da pena,[2] quase nada se produziu em nossa doutrina nacional nessa matéria.

A respeito dessa deficiência doutrinária, destacamos a crítica de Patricia Ziffer, para quem é nada menos que desconcertante a enorme preocupação por fixar um sistema dogmático de alta precisão quando se trata de estabelecer o sim ou não da aplicação de uma consequência penal, entre outras razões, para se evitar que o autor fique sujeito ao arbítrio judicial, mas de outro lado, considerar esse mesmo arbítrio como um valor intangível, inerente à natureza da mensuração da pena. Isso é contraditório não apenas se se vê na teoria do delito fundamentalmente uma garantia frente à discricionariedade estatal, senão também, e especialmente, se se admite como a expressão da necessidade de racionalidade das decisões.[3]

"Se todos aqueles princípios (legalidade, fato, culpabilidade) tão zelosamente conservados ao elaborar o esquema da teoria do delito podem ser deixados de lado sem mais nem mais ao graduar a sanção, ficam quando menos parcialmente desqualificados todos os esforços teóricos realizados até ali, dado que tudo aquilo que foi rechaçado incondicionalmente antes poderá agora ingressar na análise sem maiores questionamentos (p.e.: periculosidade do autor, sua conduta durante o processo etc.)."[4]

Ainda, para a autora, se se parte da necessidade de que as decisões tenham fundamentos explícitos a respeito dos quais seja possível uma discussão racional como meio de controle dessas decisões, é necessário estabelecer pautas teóricas mais ou menos firmes que guiem o processo de individualização da pena e circunscrever os limites do que não é possível ultrapassar.[5]

Com essa finalidade, algumas teorias vêm sendo desenvolvidas já há algumas décadas em países europeus, mas que ainda não se reproduziram na produção doutrinária brasileira.[6]

---

2. Merecem destaque as doutrinas alemã e a espanhola a respeito do tema.
3. ZIFFER, Patricia. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 15, n. 51, p. 48.
4. Idem, ibidem. Trad. livre.
5. Idem, p. 49.
6. Importante excepcionar a doutrina de Juarez Tavares que tratou o tema com alguma profundidade na obra consultada.

Segundo Demetrio Crespo, o problema da individualização judicial da pena é eleger a pena justa a partir do marco penal típico concretamente determinado, o que supõe não só a fixação da classe e quantidade de pena aplicável ao caso concreto, senão também, eventualmente, a decisão sobre aplicação ou não de substitutivos penais. Em sentido estrito, a individualização judicial da pena é a decisão sobre o tipo e a quantidade da pena que corresponde aplicar ao autor de um fato delitivo pela transgressão culpável de um preceito penal, decisão na qual o primeiro passo lógico é a eleição entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa.[7]

O ato de individualização, afirma aquele autor, tem sido qualificado como um ato de *discricionariedade jurídica vinculada*. Assim, o juiz pode mover-se livremente a partir do princípio do marco legal previamente estabelecido pelo legislador para determinado crime e àquele corresponde a missão de concretizar a cominação penal da lei para o caso concreto, mas sempre orientado por alguns princípios que haverão de se extrair das declarações expressas em lei, ou dos fins do direito penal em seu conjunto ou, ainda, dos fins da pena.[8]

Independentemente dos critérios-guia próprios de cada ordenamento jurídico, que servem de orientação para a determinação da medida da pena, o autor afirma que a individualização judicial da pena constitui um momento da intervenção do sistema penal que não pode relegar-se à intuição, senão a um processo determinado de *racionalização*.

Sem qualquer pretensão de se esgotar o tema das teorias da determinação da pena, cumpre esboçar suas principais elaborações doutrinárias, de forma a contribuir para uma análise mais racional das balizas propostas pelo art. 59 do CP brasileiro e do papel dos critérios subjetivos no processo de fixação judicial da pena, propondo-se uma racionalização baseada em critérios aferíveis a partir dos elementos fornecidos pelo fato concreto.[9]

---

7. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Nueva Doctrina Penal*, p. 22.

8. Idem, ibidem.

9. Demetrio Crespo faz referência ao posicionamento crítico de Bruckmann. Afirma que o Código Penal alemão é defeituoso e, no que se refere à individualização da pena, é inconstitucional, pois faz alusão a diversas circunstâncias que deverão ser tidas em conta pelo juiz na individualização da pena, mas que supõem um campo demasiado extenso para poder ser abarcado pelo juiz e, de outro lado, não indica nem a medida em que cada uma dessas circunstâncias deve influir na quantidade de pena, nem as relações que devem estabelecer-se entre elas, ao que soma a circunstância de que algumas delas podem jogar tanto em sentido agravatório, como em sentido atenua-

2. ALGUNS MODELOS TEÓRICOS DO DEBATE EUROPEU

2.1 Teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato

É pertinente que esta exposição se inicie com a apresentação de um modelo de teoria de determinação da pena que representa uma direta oposição à tendência de enfatizar a prevenção especial, a qual ressalta, primordialmente, os elementos subjetivos relacionados ao autor do fato (motivos, personalidade do agente, antecedentes etc.).

Nos dizeres de Feijoo Sánchez, a teoria da proporcionalidade pelo fato ou da pena proporcional ao fato, de origem anglo-saxã, é uma das teorias que mais influência teórica e prática vem exercendo sobre o direito comparado, produzindo um debate profundo sobre os modelos de determinação da pena em outros países do âmbito continental, como na Alemanha.[10]

A teoria da pena proporcional surgiu, ainda segundo aquele autor, em um contexto de oposição teórica aos "efeitos perniciosos" de uma prática judicial orientada à prevenção especial.[11] O fracasso das práticas ressocializadoras em países escandinavos, como Suécia e Noruega e, ainda, nos Estados Unidos, deu ensejo ao aparecimento de uma corrente doutrinária com posteriores triunfos legislativos no sentido do abandono da ideologia ressocializadora como função exclusiva do direito penal e de recuperação de um sistema tradicional garantista que se definiu como "neoclássico". Trata-se de uma tentativa de retomar uma vinculação com os princípios liberais clássicos (vinculados

---

tório. Por tudo isso, Bruckmann chega à conclusão de que, em definitivo, a lei não regula o direito da individualização da pena posto que dele não resulta uma indicação válida para proceder na prática. Apud DEMETRIO CRESPO, Op. cit., p. 28, destaques nossos.

10. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 5.

11. O autor anota que a expressão "nothing works" ficou conhecida por meio do americano Robert Martinson, representante do movimento crítico ocorrido nos anos 70 contra o modelo orientado à prevenção especial, dominante naquela época. O mencionado autor publicou o trabalho: *What works? – Questions and answers about prison reform* (1974) e analisou 231 estudos de avaliação de internos de prisões norte-americanas, chegando à conclusão de que "nada funciona" no que se refere à reabilitação pela prisão. O trabalho de Robert Martinson é uma crítica severa à ideologia de tratamento e à visão do crime como uma doença, que nega a normalidade do crime na sociedade. Tais tratamentos, segundo o autor americano, acabam tornando-se tão draconianos que chegam a ofender a ordem moral de uma sociedade democrática. Vide MARTINSON, Robert. What works? – Questions and answers about prison reform. Disponível em: [www.nationalaffairs.com].

tradicionalmente à teoria da prevenção geral) de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade, que a ideologia ressocializadora havia colocado em questão.[12]

Feijoo Sánchez afirma que, dentre os inúmeros autores[13] que se englobam sob a denominada corrente neoclássica, todos trazem em comum a tentativa de combater a ideia de que a medida da pena se possa ver incrementada em função dos prognósticos que se possa fazer sobre os sucessos e evoluções futuras com base no tratamento do delinquente.

"Os autores denominados neoclássicos ou proporcionalistas têm propugnado uma concretização nas características do fato à hora de determinar a pena porque entenderam que as tendências preventivo-especiais existentes até os anos 70 e 80 em países como os EUA, Suécia ou Finlândia concediam ao órgão judicial uma discricionariedade excessiva que estava conduzindo a uma aplicação desigual do ordenamento jurídico-penal e a um trato discriminatório de determinados indivíduos ou tipos de indivíduos."[14]

A ideia central da teoria da pena proporcional ao fato é relacionar a medida da pena com base na ideia de prevenção geral limitada pela culpabilidade e a proporcionalidade com o fato delitivo. Orienta-se, assim, retrospectivamente – e não para o futuro (como no modelo de ênfase preventiva especial e suas asserções sobre a análise da periculosidade do delinquente). Nas palavras de Feijoo Sánchez:

"A ideia essencial é que se trata de buscar qual é a pena justa que o autor deve suportar por seu fato mais que centrar em buscar com a pena influências no próprio autor ou em terceiros."[15]

Tatjana Hörnle, em seus desenvolvimentos sobre uma teoria da pena proporcional, propõe a eliminação de critérios relacionados à prevenção especial e à personalidade do autor.[16] As críticas da autora voltam-se, sobretudo, ao

12. Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 5-6.

13. Especialmente os trabalhos de Von Hircsh e os desenvolvimentos ulteriores de Tatjana Hörnle.

14. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 6.

15. Idem, p. 7.

16. Mais precisamente, a autora deixa em aberto a possibilidade da utilização de elementos de prevenção especial, sobretudo em casos nos quais se propõem penas leves, fixadas abaixo das chamadas "penas proporcionadas". Essencialmente, a autora parte de uma ideia de proporcionalidade com a gravidade do delito, mediante a substituição do foco sobre a "culpabilidade" para a "gravidade do fato": "(...) a noção de pro-

aumento irresponsável da pena com base em elementos relacionados ao agente. Sob o pretexto da prevenção especial, afirma, as Cortes apenam muito mais severamente.

"Quando se valora a biografia do delinquente, as Cortes põem dura ênfase nos antecedentes e incrementam as penas de acordo com isso. As penas mais altas para reincidentes, provavelmente são, em certa medida, uma expressão de desamparo, mas também parte de uma estratégia de neutralização, isto é, de prevenção especial: delinquentes reincidentes recebem substancialmente tempos mais longos de encarceramento para 'mantê-los encerrados por segurança'. Isso é particularmente problemático quando o crime pelo qual condenam o delinquente não é um delito sério, somente a repetição de um delito de relativamente menor importância que, em si mesmo, não justificaria um longo prazo de encarceramento. Com o princípio da proporcionalidade, o papel tão dominante dos antecedentes pode ser desafiado. Se o delinquente foi condenado previamente, isto pode ser tido em conta (principalmente podem dar-se castigos mais leves aos delinquentes principiantes ou aqueles que o fazem pela segunda vez) mas não conduzirá a aumentos drásticos no castigo."[17]

Hörnle, rechaçando o mandato da prevenção especial como única forma de humanizar o sistema de penas, admite ser possível prestar atenção a certas circunstâncias especiais na vida do delinquente e do delito, porém, dentro de uma teoria da proporcionalidade.[18]

Sua conclusão é no sentido de que a teoria da determinação da pena, por muito tempo, omitiu-se em expressar claramente qual o castigo justo para um delito específico, porque a prevenção foi considerada como o elemento morigerador da pena real. Dessa forma, propõe o estabelecimento de critérios mais específicos para uma sentença "justa", uma vez que, para a prática judiciária, os juízes necessitam de critérios a respeito de quais circunstâncias do crime tornam cada um dos delitos mais ou menos graves.[19]

---

porcionalidade tem que ser o ponto de partida. Unicamente quando se tem uma ideia de qual deveria ser a pena proporcional é que se pode discutir se e por que se pode ir e quanto, por abaixo desta". HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 36. Trad. livre.

17. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 33. Trad. livre.

18. Idem, p. 31.

19. "Ao ditar sentenças, tem de se decidir se, por exemplo, o homicídio negligente é pior, igual ou menos mal que o lesionar intencionalmente alguém". HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 34. Trad. livre.

O que, para a autora, faltava na Alemanha era uma aproximação da ideia de "sentença justa" em forma de princípios, porquanto a literatura leiga durante muito tempo limitou-se a reproduzir a teoria do espaço de jogo, da qual trataremos em seguida.

A ênfase a ser dada no processo de determinação da pena, segundo os desenvolvimentos de Hörnle, está na perspectiva da vítima. Para aferir a gravidade do delito, a perspectiva da vítima facilita a valoração racional da severidade do delito. Por razões práticas e conceituais, seria preferível basear as decisões ao sentenciar na perspectiva da vítima, em lugar de utilizar imprecisas noções de comunidade ou ordem legal.[20]

Esta decisão sobre quais são os fatores determinantes no processo de sentenciar deve ser encarada sob uma perspectiva, o que induz à seguinte pergunta: perspectiva de quem? Da comunidade ou da vítima? Para a autora, um ponto de vista coletivo seria difícil de aplicar na prática porque "é impossível medir o grau em que o delito perturba a ordem social e legal".[21] Além disso, é difícil definir o conceito de comunidade, especialmente dentro de uma população com diferentes interesses e opiniões.

A ideia de Hörnle é de que uma importante função da condenação se relaciona com sua mensagem para a vítima: o maior receptor com interesse na declaração da responsabilidade é a pessoa afetada mediante o delito.[22]

Ademais disso, a perspectiva da vítima para a análise do dano atuaria como uma ferramenta valiosa para analisar a valoração intuitiva da severidade dos delitos contra os indivíduos. Para tanto, aponta que é necessário um critério comum para medir o dano dentro de uma categoria homogênea na classificação de delitos, segundo sua gravidade.[23] No entanto, esse critério não deve ser

20. Idem, p. 90.

21. Idem, p. 85-86. Trad. livre.

22. Idem, p. 88. Importa destacar a distinção que a autora faz entre responsabilidade e culpabilidade. A responsabilidade estaria referida ao fato criminal, sua antijuridicidade e suas consequências, julgadas de uma perspectiva exterior. A culpabilidade significa avaliar as *deficiências pessoais do delinquente* desde uma perspectiva interna. Assim, a autora entende que uma avaliação da vítima é relevante para a valoração do grau de responsabilidade (aspecto externo do fato).

23. Como exemplo, cita a sugestão de Von Hirsch do critério da qualidade de vida, que ele divide em quatro níveis: mera subsistência, bem-estar mínimo, bem-estar adequado e bem-estar intensificado. "Dentro deste marco, a gravidade de um delito depende de seu impacto sobre as condições essenciais para a qualidade de vida da vítima". HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 95-96. Trad. livre.

individual, ou seja, uma avaliação subjetiva da vítima, mas um critério normatizado, a respeito dos recursos que influam na qualidade de vida.

A perspectiva da vítima também serve, de acordo com Hörnle, para clarificar as circunstâncias ditadas pela lei penal. Assim, a concreta colocação da vida da vítima em perigo incrementa o dano, assim como a conduta especialmente violenta contra a vítima.[24]

Critérios comumente vistos nas sentenças judiciais sob a denominação de "energia criminal", também podem ser esclarecidos desde uma perspectiva da vítima. Se o agente atuou premeditadamente ou demonstrando maior audácia por atuar em plena luz do dia, nenhuma diferença deve fazer com relação à severidade da pena, posto que, sob o ponto de vista da vítima, não exerceu nenhum papel para elevar a severidade do delito.[25] O mesmo se diga com relação à conduta do delinquente de ocultar suas ações depois de cometido o delito. A conduta do autor para a vítima é irrelevante e, nas palavras de Hörnle, "a responsabilidade do fato finaliza quando o fato finaliza".[26]

Também problemática é a questão do apenamento mais severo com base em condenações anteriores. Para a autora, não fica claro por que razão condenações anteriores ou do crime cometido por organizações criminosas devem importar para a fixação da pena: "Desde a perspectiva da vítima", afirma, "as condenações prévias importam tão pouco como o estado organizacional do delinquente".[27]

A teoria da proporcionalidade pelo fato e, especialmente, o posicionamento de Hörnle, não estão isentos de críticas e objeções da doutrina.[28] Conforme aponta Feijoo Sánchez, as principais críticas que se podem formular à denominada teoria "neoclassicista", ulteriormente desenvolvida por Hörnle, estão em seu caráter extremamente individualista ao tomar em consideração para a determinação da pena só a perspectiva da vítima, descuidando da dimensão do fato para a ordem social.[29]

---

24. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 104.
25. Ainda a respeito da premeditação, a autora acrescenta: "Se o planejamento ocorre na esfera interna do delinquente, que é, se ele descobre e muda de planos em sua mente sem tocar a esfera da vítima na etapa pré-delitual, a responsabilidade não está intensificada". HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 107. Trad. livre.
26. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 108. Trad. livre.
27. Idem, p. 111. Trad. livre.
28. E também a Von Hirsch e Bernd Schünemann, defensores da teoria proporcional ao fato.
29. "A teoria da proporcionalidade pelo fato, ao conceder-lhe um peso excessivo à afetação de interesses individuais, não pode explicar muitos fatores de determinação da

Além disso, falta-lhe a sustentação de uma teoria sobre a função social da pena. A crítica de Feijoo Sánchez reside exatamente no fato de não ser possível determinar a medida da pena se esta não se encontra referida a um fim: "A determinação ou a individualização judicial da pena não deixa de ser uma concretização da teoria dos fins ou dos critérios gerais de legitimação da pena".[30]

No entanto, o "neoproporcionalismo" apresenta aspectos positivos que merecem destaque e que, para Feijoo Sanchéz, podem contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da individualização da pena útil, especialmente para a prática forense espanhola. Em primeiro lugar, ela *elimina a arbitrariedade* ao vincular os critérios de determinação da pena aos mesmos critérios que servem para decidir se se impõe a própria pena. Dessa forma, os fatores que servirão para a determinação da pena estarão vinculados ao conceito material de delito.[31]

A teoria da determinação da pena de Hörnle estabelece uma orientação da determinação da pena à teoria do injusto ou ao injusto culpável, considerando que a determinação da pena deve fazer-se depender só da gravidade do fato, é dizer, da dimensão do desvalor do fato. O decisivo passa a ser, assim, identificar os fatores que em casos concretos permitem realizar adequadamente o desvalor do fato delitivo.[32]

Em resumo, essa teoria permite excluir fatores de incremento da pena que carecem de vinculação normativa com o injusto ou o culpável, racionalizando a atividade de determinação da pena e permitindo uma melhor comparação entre casos para tentar evitar a arbitrariedade e a insegurança, assegurando um maior controle desse aspecto por parte dos Tribunais Superiores.[33]

Não obstante, a crítica de Feijoo Sánchez persiste tanto quanto ao conceito material de delito para Hörnle, quanto com relação à sua dependência exces-

---

pena existentes em nosso ordenamento nem fatores que resultam decisivos na prática judicial e aos quais parece que não se deve renunciar". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 9. Trad. livre.

30. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 8. Trad. livre.

31. Idem, ibidem.

32. Idem, ibidem.

33. "A orientação ao sistema do delito a) facilita teoricamente a fundamentação de por que um determinado fato de determinação da pena deve ser introduzido no catálogo dos dados a tomar em consideração, b) permite a normativização dos fatores de determinação da pena e c) ademais, ajuda a aproveitar o grau de desenvolvimento que alcançou a teoria jurídica do delito". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 9. Trad. livre.

siva do desvalor do resultado, reduzindo a gravidade do fato à gravidade do resultado. Por essa razão, o autor entende ser preciso desenvolver, em paralelo, "*as linhas fundamentais da teoria jurídica do delito e da teoria da determinação da pena na medida em que esta não é mais que uma diferenciação gradual dos diversos aspectos relevantes daquela*".[34]

No que se refere aos aspectos preventivos especiais, Feijoo Sánchez está de acordo com sua utilização apenas para o fim de permitir a substituição ou suspensão da pena, mas não como critério de determinação da medida da pena em sentido amplo.[35] Essa é, também, a ideia proposta pela teoria do valor de posição ou do emprego, que será tratada a seguir.

2.2 *Teoria do valor de emprego*

Se a teoria da pena proporcional ao fato prescinde do enfrentamento da discussão a respeito dos fins da pena, o mesmo não ocorre com as demais teorias formuladas sobre a matéria.

A necessidade desse enfrentamento se atribui ao fato de o Código Penal alemão (§46, StGb) prescrever que, no momento de aplicar a pena, o juiz deverá levar em conta tanto o ponto de vista da culpabilidade, como o da prevenção. No entanto, o próprio Código não resolve a antinomia dos fins da pena.[36]

Frente a esse problema, a teoria do valor de emprego[37] propôs elaborar um sistema interpretativo que pudesse reunir coerentemente as duas pretensões legais. O processo de determinação da sanção seria dividido em dois níveis: o juiz, em primeiro lugar, converte o ilícito culpável em um *quantum* de pena, determina sua duração e gravidade. Reflexões relacionadas com razões de prevenção geral ou especial só poderiam introduzir-se em um segundo passo, em um momento em que o juiz estabelece que tipo de pena deve-se impor e seu modo de cumprimento, pois só se poderia perseguir fins preventivos uma vez que se tenha estabelecido que tipo de pena deve cumprir o autor.[38]

---

34. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 10. Trad. livre.
35. Aspecto no qual coincide com a teoria da pena exata ou teoria do valor posicional, sobre a qual discorreremos mais adiante.
36. Cf. ROXIN, Claus. Prevención y determinación de la pena. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, vol. 3, 9/12, p. 239.
37. Roxin aponta como fundador da teoria do valor de emprego Heinrich Henkel e como atual defensor, Horn. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 241.
38. Cf. ZIFFER, Patricia. Op. cit., p. 42.

Para Roxin, a teoria do valor de emprego traz uma solução para a antinomia dos fins da pena exatamente por pretender dar conta tanto do ponto de vista da retribuição da culpabilidade, como da prevenção, mas atribuindo a cada um desses elementos um valor de emprego na lei completamente diferente:

"A determinação judicial da pena, ou seja, a determinação da magnitude da pena, conforme o art. 46, deve levar-se conforme o grau de culpabilidade, enquanto que a determinação da pena em sentido amplo, ou seja, a decisão sobre a pena privativa de liberdade ou de multa, sobre a suspensão condicional da pena e a liberdade condicional, sobre a admoestação com reserva de pena e a dispensa de pena deve ser fixada igualmente de um modo exclusivo, só por considerações preventivas. Retribuição da culpabilidade e prevenção aparecem, aqui, portanto, como graus sucessivos e independentes da determinação."[39]

Contudo, algumas objeções são oponíveis à teoria do valor de emprego, como refere o próprio autor.[40] Em primeiro lugar, segundo a legislação alemã, na magnitude da pena também devem desempenhar um papel outros pontos de vista que só podem ter natureza preventiva. Do contrário, o legislador teria dito, por exemplo, que a pena se determinará com atenção à culpabilidade do réu e nada mais. Assim, afirma, "está fora de toda dúvida que a intenção do legislador era deixar certo espaço, com a ajuda de uma fórmula básica eleita, as considerações preventivas na hora de determinar a magnitude da pena".[41]

Ademais, tendo em vista que a lei alemã dispõe que o juiz deve ter em conta na hora de determinar a pena os efeitos que cabem esperar para a vida futura do réu em sociedade, a prescrição legal não se mostra compatível com uma fórmula que prescinda desses efeitos na hora de determinar a magnitude da pena.[42]

---

39. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 241-242.

40. Cumpre apontar a advertência de Roxin de que a fórmula da teoria do valor de emprego surgiu como resultado de uma interpretação do direito então vigente, antes da reforma do Projeto Alternativo o que, segundo ele, impede utilizá-la hoje com base do direito vigente. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 243.

41. Dentre os fatores mencionados pelo § 46 [2], StGB, estão elencadas as seguintes circunstâncias: os motivos e fins do réu, a atitude que deriva do fato e a vontade emprega nele, o grau de infração ao dever, a classe de execução e os efeitos culpáveis do fato, a vida anterior do réu anterior à comissão do fato, suas circunstâncias pessoais e econômicas, assim como seu comportamento após o fato, especialmente seus esforços por reparar o dano causado. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 239 e 243. Trad. livre.

42. "Entre os fatores de determinação da pena (as chamadas causas 'reais' de determinação da pena) que o parágrafo 2.° contém, cita-se uma série completa de circunstâncias

Por fim, o autor menciona uma objeção teleológica: se a determinação da pena se rege pelos fins da pena, não há nenhum critério valorativo evidente que possa justificar que esses fins se determinem de modo completamente distinto para distintas fases, já que em todos os casos se trata, na mesma medida, de determinação da pena.[43]

Por essa razão, conclui que somente por meio da culpabilidade é impossível alcançar-se uma magnitude exata da pena. Se se renuncia a completá-la com finalidades preventivas, então a magnitude concreta da pena só pode fixar-se arbitrariamente, o que seria pior do que a solução orientada por critérios preventivos, mesmo que sejam também critérios inseguros. Para ele, determinar a magnitude exata da pena exclusivamente pela culpabilidade é irrealizável ante a inexistência de uma correspondência exata entre pena e culpabilidade.[44]

Não obstante, Roxin afirma, com apoio em Bruns, que não se deve rechaçar de todo a teoria do valor de emprego, pois ela contém dados importantes que vão mais além do que aceita a doutrina dominante, podendo conseguir-se, em virtude dela, um modelo das causas finais da determinação da pena capaz de alcançar um consenso geral.[45] Em primeiro lugar, porque considera absolutamente correto que, ao determinar a pena em sentido amplo, não devem desempenhar qualquer papel os pontos de vista da retribuição da culpabilidade, uma vez que são irrelevantes, segundo o autor, as considerações extraídas da culpabilidade nas decisões tomadas para a liberdade condicional, dispensa de pena e admoestação com reserva de pena.[46]

Em segundo lugar, porque a teoria do valor de emprego exclui qualquer consideração de prevenção geral independente da culpabilidade, quando essas

---

que não determinam exclusivamente a magnitude da culpabilidade, senão que em todo ou em parte se orientam em necessidades preventivas, então não é compatível com esse preceito uma concepção que priva a prevenção de toda a significação à hora de determinar a magnitude da pena, pois o catálogo contido no parágrafo 2.° se refere inequivocamente à determinação da pena contida no parágrafo 1.°." ROXIN, Claus. Op. cit., p. 246. Trad. livre, destaques nossos.

43. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 247.

44. Idem, p. 249.

45. Idem, p. 250.

46. "Seria inadmissível interpretar com a ajuda de considerações extraídas do âmbito da culpabilidade a 'defesa do ordenamento jurídico', cuja necessidade possa impedir que uma pena privativa de liberdade se transforme numa multa." ROXIN, Claus. Op. cit., p. 250. Trad. livre.

considerações conduzam a uma agravação da pena.[47] Assim, a teoria do valor de emprego tem razão quanto à afirmação de que a prevenção geral não tem uma significação autônoma na hora de determinar a pena.

O autor, que se declara abertamente partidário da teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade, pretende demonstrar que a consideração dos interesses preventivos especiais na determinação da magnitude da pena (hipótese que a teoria do valor de emprego rejeita), em virtude dos conhecimentos criminológicos existentes até agora, é absolutamente praticável e lógica.[48]

"Certamente, a função limitadora do princípio da culpabilidade proíbe que se possa impor por razões de prevenção especial uma pena superior a que permite o marco da culpabilidade; mas este marco mesmo assim pode ser completado com critérios preventivos especiais e é também criminologicamente desejável e juridicamente admissível impor uma pena orientada pela prevenção especial, inferior à que corresponderia pela culpabilidade."[49]

Assim, resume suas considerações a respeito da prevenção na determinação da pena em uma concepção que qualifica como "uma teoria do valor de emprego modificada pela prevenção especial":[50]

"A modificação consiste em reconhecer num marco de culpabilidade na determinação da pena conforme o §46, StGB, mas esse marco se completa, dentro do possível, por necessidades preventivas especiais."[51]

Este, para ele, seria o início do esboço de um modelo das causas finais da determinação da pena, além de servir de base aos partidários da teoria da

47. Importa anotar que Roxin não vê inconstitucionalidade alguma em se estabelecer um agravamento de pena motivado por razões de prevenção geral, desde que se mantenha o marco correspondente à culpabilidade. Por outro lado, ele vê nisso uma infração à própria lei, em razão do que foi introduzido no Código Penal alemão. Quando o § 46, StGB prescreve expressamente ter-se em conta as necessidades de prevenção especial e não menciona, em troca, nada a respeito da prevenção geral, isso só permitiria a interpretação de que na determinação da pena correspondente à culpabilidade já não se deve ter em conta as necessidades de prevenção geral. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 254.

48. Roxin interpreta a culpabilidade como fundamento da determinação da pena de tal forma que o marco para a determinação concreta da pena se forma pela culpabilidade e, dentro da margem de liberdade, decidam as considerações preventivas sobre a magnitude da pena.

49. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 255. Trad. livre.

50. Idem, ibidem.

51. Idem, p. 236. Trad. livre.

margem de liberdade e da teoria do valor de emprego. E com essas premissas, adiantam-se as formulações básicas da chamada teoria do espaço de jogo (ou teoria da margem de liberdade) originada da jurisprudência alemã e fecundamente desenvolvida por autores europeus.

2.3 Teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade

A teoria do espaço de jogo foi desenvolvida pela jurisprudência alemã a partir da atual redação do § 46, StGB.

A conceituação da teoria do espaço de jogo por Martín Hernández parece ser a que melhor a define:

"(...) em essência, supõe que o juiz deve determinar uma pena adequada à culpabilidade do autor, que se materializa em um espectro, espaço ou âmbito de possíveis penas que abarca desde uma pena já adequada à culpabilidade até uma pena ainda adequada à culpabilidade. Dentro do dito 'espaço de jogo' o juiz deve logo fixar a quantia de pena específica sobre a base de considerações preventivas, sem transbordar para cima nem para baixo os limites estabelecidos em virtude da medida da culpabilidade."[52]

Não é raro encontrar defensores da teoria do espaço de jogo que, sobretudo em virtude do que dispõe o Código Penal alemão, admitem a fixação da pena para abaixo do marco da pena já adequada à culpabilidade, em razão de critérios preventivo-especiais.[53] Tal ocorreria quando, por exemplo, a fixação da pena correspondente à culpabilidade pudesse ter um efeito contrário à socialização do agente.[54]

Questão tormentosa na teoria da margem de liberdade – defendida pela generalidade da doutrina alemã – é o conceito da culpabilidade para fins de

52. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, p. 138. Trad. livre.

53. O § 46, StGB aduz que: "1) A culpabilidade do réu é fundamento da determinação da pena. Devem ter-se em conta os efeitos que cabe esperar tenha a pena para a vida futura do réu na sociedade". Nesse sentido, ROXIN, Claus. Op. cit., p. 240.

54. Conforme será esclarecido mais adiante, a prevenção especial, hoje em dia, "é entendida majoritariamente em sua vertente positiva, isto é, associada às ideias de ressocialização, reabilitação, readaptação ou similares", muito embora, tecnicamente, a prevenção especial cumpra três tarefas distintas: a intimidação pessoal, a inocuização (ambos integrantes da prevenção especial negativa) e a ressocialização (prevenção especial positiva). Cf. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 78.

medida da pena.[55] Não apenas com relação ao seu conceito material, mas também com relação aos elementos que devem ser tomados em conta ou que têm relevância para a valoração dessa circunstância.

Para alguns autores (dentre os quais, elegemos Figueiredo Dias como representante), a culpabilidade da medida da pena é a mesma culpabilidade da teoria do delito.[56] A culpa relevante para a medição da pena haverá de ser exatamente aquela mesma culpa que releva na determinação do sentido e dos fins da pena e da sua aplicação.[57] Para este autor, a culpa fornece apenas um limite máximo de pena que não pode ser ultrapassado; a medida da pena vem antes a ser determinada em último termo por considerações de prevenção, sendo por essa via que se torna também possível (e necessário) dar relevo a muitos fatores relacionados com o tipo de ilícito.

Criticando o posicionamento majoritário da doutrina penal alemã, Figueiredo Dias afirma que em todas as teorias alemãs sobre a determinação da pena radica "o mesmo erro básico e passível, por isso, da mesma crítica de fundo":

"O que sucede é que qualquer delas se nutre da ideia de que o critério único, ou em todo o caso, verdadeiramente essencial e decisivo, de medição da pena é a culpa do agente, enquanto considerações de prevenção assumem apenas um relevo secundário ou consequencial naquele processo. E se uma tal posição não deve surpreender quando proveniente de todos aqueles que continuam a ver na retribuição ou compensação da culpa uma das finalidades, ou mesmo a finalidade por excelência da pena, já ela não deixa de constituir uma íntima contradição."[58]

Em sentido oposto, Tatjana Hörnle afirma que a culpabilidade da teoria do delito nada tem em comum com a culpabilidade para a medida da pena. Para ela, no momento de concretizar o conteúdo semântico do §46, StGB, há que se

---

55. Conforme a crítica de Tatjana Hörnle, "(...) falta um debate de anos sobre o conceito de culpabilidade do§ 46, I, StGb que possa comparar-se à discussão do conceito de culpabilidade na teoria da delito". Op. cit., p. 401-402. Trad. livre.

56. É importante mencionar que o art. 71 do Código Penal português prescreve: "A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa da agente e das exigências de prevenção". Assim, ressalvadas as diferenças, culpa e prevenção estão presentes tanto no Código Penal alemão, como no Código Penal português.

57. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o modelo de determinação da medida da pena. *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*, p. 218.

58. Idem, ibidem.

ressaltar, antes de tudo, uma constatação essencial: a adesão a uma *valoração retrospectiva do fato* como fundamento da medição da pena e jamais partir-se de considerações preventivas.[59]

Para Hörnle, hoje é indiscutível que não se pode entender a expressão contida no referido artigo do Código Penal alemão como uma referência direta exclusiva à categoria "culpabilidade" no sentido do sistema do delito. Isso porque a chamada culpabilidade na medição da pena não é idêntica à culpabilidade como fundamento da pena: "A pena adequada à culpabilidade tem que orientar-se à gravidade do fato e ao grau de culpabilidade pessoal do autor".[60]

Independentemente das finalidades da pena que um determinado ordenamento jurídico adote, é possível concluir que, para a teoria do espaço de jogo, a culpabilidade (pelo fato) estabelece marcos mínimo e máximo, dentro do marco legal, definindo dois limites: o de uma pena já adequada à culpabilidade e o de uma pena ainda adequada à culpabilidade.

Dentro desse espaço ou espectro fornecido pela culpabilidade, irão "jogar" elementos relacionados à prevenção que, por sua vez, devem respeitar aqueles limites mínimo e máximo fornecidos pela culpabilidade.

Não obstante, conforme se verá mais adiante, em virtude de finalidades preventivo-especiais (sobretudo para evitar a não dessocialização do agente), admite-se que a pena venha a ser fixada aquém do limite mínimo da culpabilidade. No entanto, nenhum elemento relacionado a finalidades preventivo-especiais – ou seja, nenhum elemento relacionado ao agente – poderá ser utilizado como critério de medida da culpa.[61]

---

59. Por tal razão, afirma que a valoração retrospectiva do fato poderia ter sido formulada pelo legislador de outra maneira, por exemplo, mediante uma referência à gravidade do fato. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 46. Trad. livre. O mesmo se pode dizer a respeito do modelo de determinação da pena brasileiro que não faz qualquer referência à gravidade do fato e deixa o julgador livre para inserir sob o conceito de "culpabilidade" elementos, mais das vezes, relacionados com aspectos de valoração moral ou relativos à personalidade do agente.

60. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 49.

61. Nesse sentido, concorda também Anabela Miranda Rodrigues: "Uma correta colocação dos termos da problemática só se conseguirá, entretanto, quando, por um lado, não se continuar apegado a uma fundamentação e sentido do direito penal que vê na culpa e na sua retribuição a sua finalidade básica essencial e que coloca este entendimento na base do processo de determinação da medida da pena, e por outro lado, quando se levar às últimas consequências o abandono da teoria tradicional das circunstâncias.Se assim for, nada impedirá que relevem para a determinação da medida

Também a teoria da margem de liberdade recebe críticas doutrinárias. Em especial, de Anabela Miranda Rodrigues, cujo posicionamento em termos de determinação da pena é pela prevenção geral positiva.

Para a autora, a teoria da margem de liberdade pode ser uma "pura fórmula vazia de conteúdo" que apenas aparentemente encontrou uma solução para a antinomia dos fins da pena. Afirma que a teoria não explica por qual razão a retribuição da culpa fornece uma moldura e, por outro lado, deixa ainda para resolver, em um segundo momento, duas ordens de questões: como se ordenam os fins preventivos no âmbito da moldura da culpa e como se deve preencher a moldura da culpa quando não há que se considerar qualquer fim da pena.[62]

A isso se pode acrescentar que a teoria da margem de liberdade não resolve a questão relativa aos critérios que devem ser recolhidos do fato e que serão relevantes para o estabelecimento da moldura da culpa. A falta de critérios que possam ser manejados pelo juiz é o maior problema da teoria da determinação da pena, e que mantém a prática da individualização da pena ainda carente de uma racionalidade mínima que afaste a arbitrariedade e a intuição dos juízes.

Nessa direção também caminha a crítica de Demetrio Crespo, para quem o juiz, frente a uma operação extremamente complexa, deveria poder discernir entre a numerosa quantidade de circunstâncias do fato, quais e com que peso determinaria a medida da culpabilidade. Além disso, essas mesmas circunstâncias seriam em boa parte relevantes para determinar que influência preventiva especial frente ao autor estaria indicada no caso concreto e que perigos existiriam para sua dessocialização. Por último, haveria que se considerar ditas circunstâncias desde a perspectiva de evitar lesar a confiança jurídica da população.[63]

Afirma, por fim, que o problema fundamental da teoria do espaço de jogo é a determinação dos critérios que devam entrar em consideração para dotar de conteúdo essa margem de liberdade. Para ele, parece claro que deverão ser critérios de prevenção especial, majoritariamente.[64]

A racionalização no manejo dos critérios legais (inclusive da culpabilidade), especialmente os de natureza preventivo-especial, será objeto de análise mais minuciosa no item 3.

---

da pena muitos factores, não pela via da culpa, mas pela via da prevenção". *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 515.

62. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 541.

63. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 38.

64. Idem, ibidem.

2.4 *Teoria da pena exata ou pontual*

Para a teoria da pena exata existe uma única pena completamente delimitada que corresponde à culpabilidade do autor. Essa teoria nega, portanto, o conceito de um espaço de jogo, porque entende que existe uma única pena justa e adequada à culpabilidade.[65]

A pena deve ser exclusivamente fixada pela medida da culpa, cuja valoração se dá em uma medida de pena rigorosamente fixada em um ponto definido da moldura penal abstrata (marcos mínimo e máximo). As considerações preventivas, de caráter meramente marginal para esse processo, são realizadas dentro desse âmbito, de acordo com o ponto de vista da culpa. Daí porque algumas críticas versem no sentido de que essa teoria e a teoria da margem de liberdade acabam resultando na mesma coisa.

Os partidários da pena exata, diante da disposição do §46, I, StGB, terão de admitir, na prática, o mesmo resultado a que chega a teoria da margem de liberdade, uma vez que, não obstante se admitisse que a culpa fornece uma medida da pena fixa, sempre teriam de se admitir variações para acima ou para baixo desse ponto, provocadas pelas exigências de prevenção.[66]

A principal crítica apontada por Anabela Miranda Rodrigues à teoria da pena pontual é a de que, na medida em que ela parte de uma ideia de culpa "ideal", encontra limites no próprio conhecimento humano. Além disso, a autora entende, como Roxin, que para a teoria da pena exata ou pontual tem importância uma "concepção retributiva da culpa, afastada da atual compreensão do direito penal, e que por isso não tem lugar na determinação da medida da pena".[67]

"A objeção fundamental a levantar-se é a de que ela coloca na base da determinação da pena a compensação da culpa – que (mesmo desprovida de raízes mais ou menos metafísicas) não ocupa mais o lugar de fundamento no moderno direito penal de prevenção – e, assim, uma concepção da pena retributiva."[68]

---

65. Demetrio Crespo anota que, sobre a teoria da pena exata, se diz constituir uma ficção jurídica, já que, devido à insuficiência da capacidade humana de conhecimento, tal pena não pode ser determinada exatamente. Para o autor, não se trata de haver uma falta de conhecimento a respeito da magnitude da culpabilidade, mas que tal magnitude exata não existe em absoluto. Op. cit., p. 34.

66. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 498. A anotação da autora é de ROXIN, Claus. Op. cit, p. 240.

67. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 500.

68. Idem, ibidem.

2.5 Outros posicionamentos

2.5.1 O sistema dogmático de determinação da pena de Silva Sánchez

Segundo o entendimento de Jesús-María Silva Sánchez, para evitar-se a arbitrariedade ou o puro "decisionismo" judicial, é necessário que a política criminal que se realiza no processo de determinação da pena se dê por vias dogmáticas. Sob essa premissa, propõe um modelo de teoria da determinação da pena equivalente à dimensão quantitativa de um sistema da teoria do delito, que prescinde da aplicação dos fins do direito penal na individualização judicial da pena.

Para esse fim, sustenta que os elementos dogmáticos da teoria do delito devem estabelecer uma relação direta com os critérios a serem utilizados na determinação da pena. Como consequência, elementos alheios ao suporte categorial da teoria do delito devem ser eliminados nesse processo.

A busca da pena adequada à culpabilidade, para ele, é uma prossecução da qualificação do fato como delito e, portanto, depende das categorias do injusto objetivo (da ação e do resultado), do injusto subjetivo e da culpabilidade. Como são polêmicas essas próprias categorias da teoria do delito, o método de quantificação do injusto dependerá do conceito de injusto de que se parta.[69]

A respeito do juízo de culpabilidade, Silva Sánchez adverte que não poderá levar a um incremento de pena já alcançado com a realização do fato. Isso porque, segundo afirma, hoje, majoritariamente, estão abandonadas as teorias da culpabilidade centradas na reprovação do caráter ou da atitude interna do agente. O juízo de culpabilidade, entendida como culpabilidade pelo fato, não poderá incrementar o merecimento de pena já alcançado com a própria realização do fato.[70]

Da mesma forma, circunstâncias do fato que não guardam correspondência categorial com a teoria do delito não deveriam ser relevantes para a individualização da pena (como comportamentos posteriores ao fato, nível de sensibilidade à pena etc.).[71]

A complexa proposta de Silva Sánchez busca a elaboração de uma escala quantitativa de subtipos (classes de realizações típicas), que estejam ordenadas

69. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 05.05.2011, p. 8.

70. Idem, ibidem.

71. Idem, ibidem.

em função de sua gravidade às diversas formas de realização de um mesmo tipo.[72] Injusto, culpabilidade e punibilidade constituem grandezas graduáveis. Assim, a determinação judicial da pena deve traduzir em uma medida específica de pena o conteúdo de injusto, culpabilidade e punibilidade de um fato determinado.[73] E tal processo deverá se dar mediante a adoção de critérios de valoração e ordenação que examinam os casos a partir da adoção de uma determinada perspectiva ou nível de análise.

A aplicação sistemática dos critérios de valoração permitiria a obtenção de um esquema de análise dos casos que, a sua vez, tornaria possível a ordenação de ditos casos segundo valores idealmente numéricos.[74]

Conforme esclarece Martín Hernández, a proposta de Silva Sánchez constitui, em última análise:

"(...) um esquema dogmático de análise da medição da pena de caráter neutro, que dependerá necessariamente dos fins do direito penal que incidam na configuração das categorias da teoria do delito. Assim, a determinação da pena só se encarrega de traduzir em uma medida concreta de sanção as categorias dogmáticas da teoria do delito, a configuração destas últimas sob um esquema preventivo ou retributivo influirá necessariamente na medição penal, mas isso é completamente alheio ao labor do juiz e ao esquema metodológico de individualização que se propõe."[75]

2.5.2 O sistema normativo de determinação da pena de Patricia Ziffer

Partindo de um pressuposto estritamente legalista, Patricia Ziffer defende que o princípio da legalidade impõe que, no processo de determinação da pena, somente sejam considerados fatores que surjam de uma valoração coerente das normas jurídicas, o que exclui, desde o princípio, valorações morais acerca dos motivos ou móveis do agente.[76] A desconsideração de fatores morais parece ser a solução mais adequada também em respeito ao princípio do fato.

Porém, a problemática se instala quando é a própria lei que introduz circunstâncias (p.e.: motivos do crime) as quais só poderiam valorar-se desde

72. Idem, p. 10.

73. Cf. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 87.

74. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 10.

75. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 88.

76. ZIFFER, Patricia. Op. cit., p. 59.

um ponto de vista ético – como é o caso de algumas circunstâncias judiciais presentes no nosso art. 59 do CP brasileiro.

Para a autora, parece difícil poder graduar a pena evitando toda valoração moral, mas tampouco lhe parece possível permitir ao juiz que possa introduzir suas próprias pautas éticas. A solução da autora é a seguinte:

"O ordenamento jurídico constitui a única pauta a que se pode recorrer, já que é o que reúne os modelos de conduta que podem exigir-se do autor. E para o ordenamento jurídico, uma conduta que está orientada a salvaguardar um bem jurídico não é idêntica àquela que não está. Ainda quando uma conduta não chegue a estar coberta por uma causa de justificação ou de desculpa, se a situação pode ser analogada às previstas por essas causas, resultarão menos graves que se isso não é possível."[77]

Quanto à impossibilidade de tradução em magnitudes fixas dos conceitos valorativos da culpabilidade, a autora defende que isso não justifica que o juiz possa decidir discricionariamente: "O fato de a individualização da pena não poder ser um procedimento racionalizável de forma geométrica não o libera da necessidade que os fundamentos da determinação estejam decididos sem contradições em suas concreções".[78]

Dessa forma, "se o sistema pressupõe o princípio da culpabilidade em nível constitucional, todo o demais deve ser uma concreção desse princípio".[79]

Dentro das diretrizes de medição da pena, a autora aponta, em primeiro lugar, a possibilidade do juiz de ir contra o marco penal abstrato, quando houver evidente inconstitucionalidade na própria lei, afinal, a valoração jurídica do juiz contra o marco penal estará apoiada na interpretação do ordenamento jurídico sendo, portanto, válida.

Em segundo lugar, afirma a proibição de *bis in idem*: o juiz não poderá tomar em conta na pena em concreto um elemento que já tenha sido tomado em conta "em abstrato" pela lei para qualificar a gravidade do ilícito. O mesmo afirma com relação a valorações preventivas, pois já foram consideradas no marco penal e, se não foram, ficariam fora do âmbito da valoração judicial, pois resultam de considerações estranhas ao fato, pelas quais o autor não pode ser responsabilizado – como no caso do aumento de incidência na sociedade de um determinado delito.[80]

77. Idem, p. 60.

78. Idem, ibidem. Trad. livre.

79. Idem, ibidem. Trad. livre.

80. Idem, ibidem, passim.

Um dos grandes problemas que a autora aponta nos sistemas legais alemão e argentino (e que se verifica também no sistema de penas brasileiro) é que a lei enumera os fatores que devem ser tidos em conta ao graduar a pena sem dizer se a agravam ou atenuam. A isso se soma que tampouco é evidente em que direção se deve efetuar a valoração e, ademais, é possível imaginar situações em que as mesmas circunstâncias possam agravar ou atenuar a pena, segundo o ponto de vista que se tome ou o delito de que se trate. Para a autora, a decisão não pode tomar outro ponto de apoio que o próprio ordenamento jurídico e argumentar a partir dele.[81]

Além disso, frente aos marcos penais mínimo e máximo, para se escolher a partir de que ponto deverá o juiz agravar ou atenuar a pena, deve-se estabelecer um critério comparativo, ou seja, um caso que sirva de base de comparação. Na Alemanha, para dar solução a esse problema, recorreu-se ao chamado "caso regra", denominação com a qual se designa o grupo de casos que, segundo a experiência, sempre se repetem. Para os casos de baixo grau de gravidade, seria possível localizar a magnitude do desvalor característico do caso regra no terço inferior da escala penal. Nos casos de gravidade média, a magnitude do desvalor estaria situada na metade aritmética da escala. Para a autora, a imprecisão desses conceitos é evidente.[82]

Ziffer conclui que o processo de medição da pena pode ser entendido como um processo de "(...) elaboração e classificação de informações de distinta classe. Nesse processo haverá que definir quais são os fatores relevantes para graduar a pena, determinar porque constituem atenuantes ou agravantes frente ao caso concreto e formular a classificação desses fatores tendo em conta sua relação com os princípios gerais (culpabilidade, fato, legalidade) e finalidade que devem cumprir dentro do ordenamento jurídico".[83]

Para a autora, que estabelece um sistema que se poderia chamar de "normativo", a determinação da pena deve se dar partindo do marco legal e orientar-se ao encontro de circunstâncias do fato que guardem similitude com a estrutura dos elementos do tipo (que fundamentam ou agravam o ilícito) quando se trata de atribuir-lhes um efeito agravatório e a circunstâncias que guardem similitude com a estrutura das causas de justificação ou exculpantes, quando se trate de atribuir-lhes um efeito atenuante.[84]

---

81. Idem, p. 63.
82. Idem, p. 64
83. Idem, p. 65.
84. Idem, ibidem.

2.5.3 A prevalência das finalidades de prevenção geral positiva ou a teoria da moldura de prevenção de Anabela Miranda Rodrigues

Em seu substancioso trabalho de doutoramento, Anabela Miranda Rodrigues analisa com profundidade a questão da determinação da medida da pena. Para o modelo que propõe, parte da premissa de que as finalidades da pena são, primordialmente, a tutela de bens jurídicos e, "na medida do possível", a reinserção do agente na comunidade.[85] A determinação da pena, portanto, deverá seguir a realização dessas finalidades, sem que ultrapasse a medida da culpa.

Seu posicionamento é no sentido da prevalência da prevenção geral positiva também na determinação da pena, entendida esta como a manutenção da confiança na validade da norma jurídica violada.[86] Afirma que a defesa de bens jurídicos não se pode operar por meio da socialização, mas sim, "primordialmente conseguindo o afastamento de outros da prática de crimes".[87]

Para a autora, a prevenção geral positiva legitima-se na medida em que "a relação inversa a estabelecer entre a pena e a taxa de criminalidade tem a ver sobretudo com o fator certeza da punição e não a sua severidade, por aqui é exatamente o efeito preventivo geral positivo a receber uma comprovação empírica".[88]

Estabelecida a primazia da prevenção geral positiva na determinação da pena, a moldura de pena será estabelecida de acordo com a gravidade do fato praticado, esse próprio vinculado diretamente ao abalo produzido sobre as expectativas da comunidade. A moldura de pena (portanto, não uma pena exata) será assim formulada a partir do que a comunidade entende como necessário à tutela das suas expectativas na validade das normas jurídicas (limite máximo). Abaixo dessa medida, outras ainda serão consideradas suficientes pela comunidade para proteger as expectativas de validade das normas (limite mínimo) e incidirão as considerações de prevenção especial voltadas à socialização, as quais somente encontrarão um limite ou no ponto ótimo da realização das

85. É o que expressamente manifesta o art. 40, 1, do Código Penal português: "A aplicação de penas e medidas de segurança visa à proteção de bens jurídicos e à reintegração do agente na sociedade".

86. A justificativa da autora por essa opção é tanto em razão do "renascimento" da prevenção geral positiva entre os autores europeus, como em razão da impossibilidade de intervenção coativa do Estado na esfera individual, o que constituiria um óbice à predileção pela prevenção especial.

87. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 547.

88. Idem, p. 554.

finalidades de prevenção geral, ou no limiar mínimo de defesa da ordem jurídica, respectivamente nos casos de carência de socialização ou de não carência de socialização.[89]

Importa advertir com a própria autora que, segundo esse esquema, a pena não tem como coincidir necessariamente com a pena da culpa.[90] Contraditoriamente, Anabela Miranda Rodrigues afirma que a culpa "será chamada a desempenhar o papel para que está vocacionada num direito penal preventivo em que a pena é efetivamente medida em função das exigências de prevenção – o papel de incontestável limite da pena assim encontrada, que não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da culpa".[91]

Da mesma forma, os limites da pena definida pela necessidade de proteção de bens jurídicos também não podem ser desrespeitados em nome da realização da finalidade da prevenção especial:

"O desvalor do fato é agora aferido perante um substrato de medida da pena fixado também tendo em conta unicamente a necessidade de pena, pelas exigências individuais e concretas de socialização do agente, sendo certo que na determinação de uma medida de pena socializadora há que entrar em linha de conta com que se deve evitar a dessocialização do agente."[92]

Não nos parece racional um sistema de determinação da pena que, embora parta de considerações preventivo-gerais, relegando a medida da culpa a um papel secundário, possa, para evitar conflitos resultantes da exigência de se atender ao abalo causado à comunidade com a necessária medida da culpa, novamente recorrer àquela culpa – inicialmente relegada a segundo plano – para, mais uma vez, transformá-la em principal fator limitador da pena. Ou bem se parte da culpa como limite máximo instransponível e, a partir daí, são tomadas em conta finalidades preventivas como forma de individualização da pena, ou bem se abandona a medida da culpa para privilegiar outras finalidades no processo de medição da sanção.

---

89. "O que se observa é que, nesta construção, a pena é efetivamente medida pelo juiz em função das exigências de proteção das expectativas comunitárias na validade da norma jurídica violada – e que tem no processo, como já dissemos, papel primordial". RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 572.

90. "Consequência que julgamos ser neste momento por demais evidente, conferido que é à prevenção geral positiva um conteúdo próprio, distinto do da culpa." RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 573.

91. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 574.

92. Idem, ibidem.

O modelo de moldura de pena de Anabela Miranda Rodrigues (que acompanha o pensamento de Figueiredo Dias)[93] nos parece demasiadamente criticável e inconsistente quando se pensa que, na determinação da medida da pena, os fatores de prevenção geral já foram considerados pelo próprio legislador ao estabelecer o marco penal abstrato e, portanto, apenas devem ser consideradas finalidades retributivas (da culpa) e/ou preventivas especiais, como forma de se alcançar um mínimo de racionalidade no processo de individualização judicial da pena. Afinal, a pena não se aplica à comunidade abalada pela gravidade do fato (ou pelo menos, não primordialmente a ela), mas ao autor do delito, que é exatamente quem sofrerá a restrição de sua liberdade individual.

Ao pretender o processo inverso, submete-se o agente a um verdadeiro processo de instrumentalização em prol de objetivos de política-criminal não relacionados diretamente com o fato por ele praticado.

3. CRITÉRIOS E PRINCÍPIOS NA GRADUAÇÃO DA PENA

Conforme já se advertiu inicialmente, no nosso sistema penal falta ao julgador um direcionamento racional no que diz respeito à determinação judicial da medida da pena. Ademais, faltam uma clara referência legal e um desenvolvimento teórico consistente a respeito dos critérios que devem ser considerados no momento da determinação da medida da pena. Mas, mais do que isso, falta uma orientação clara a respeito de quais elementos relacionados ao fato possuem relevância para a valoração daqueles critérios para que, então, o julgador possa dar a essa medida um correspondente quantitativo e qualitativo de pena.

Acima de tudo isso, é fundamental, ainda, que se assuma em nosso sistema jurídico-penal, de forma definitiva, o princípio da culpabilidade pelo fato, deixando-se de lado qualquer resquício de uma culpabilidade de autor em quaisquer de suas versões.

---

93. Também para Jorge de Figueiredo Dias, a culpa fornece apenas um limite máximo de pena que não pode ser ultrapassado; a medida da pena vem antes a ser determinada em último termo por considerações de prevenção, sendo por essa via que se torna também possível (e necessário) dar relevo a muitos fatores relacionados com o tipo de ilícito. O autor também refuta a tese de que na culpa para efeito de medida da pena tenham que ser expurgados todos os fatores relacionados com a personalidade do agente, os quais só poderiam relevar para a medida da pena pela via da prevenção. Para ele, "é referindo a culpa à personalidade do agente – através da 'atitude pessoal' manifestada no fato e que o fundamenta – que o conceito se torna do mesmo passo prestável e necessário para as tarefas de medição da pena". Igualmente nesse ponto, também discordamos do referido autor. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 220.

Mesmo as vertentes mais moderadas de uma culpabilidade de autor, ainda presentes em nossa doutrina, não têm como seguir insistindo em um conceito de culpabilidade ultrapassado e claramente ligado àquelas ideias subjetivistas que permearam nossa legislação e doutrina jurídico-penal de elementos relacionados à intimidade do agente, "cegando", da mesma forma, a correta análise da culpabilidade.

E, para que isso seja possível, as próprias circunstâncias judiciais de determinação da pena prescritas na lei penal, merecem ser questionadas e, até onde for possível, reinterpretadas sob um ponto de vista distinto.

A proposta que ora se passará a expor carece de um desenvolvimento ulterior mais profundo. Tanto porque em nossa doutrina ainda predomina o que Tatjana Hörnle irá chamar de "concepção antiquada da culpabilidade" ou "conceito personalizado de culpabilidade",[94] quanto em razão da insistência de nossa jurisprudência em dar relevo à subjetividade do agente e a um equivocado – e indevido – relacionamento dela com o conceito de culpabilidade para a medida da pena.

Portanto, a pretensão deste trabalho é, por ora, colocar o problema e apresentar possíveis alternativas à mudança que se pretende e se impõe como necessária.

3.1 Culpabilidade e gravidade do injusto

Uma concepção moderna da culpabilidade[95] deve ser entendida como "um processo de atribuição normativa do fato ao seu autor", constituindo, assim, um juízo de imputação que é pressuposto da pena. Assim entendida a culpabilidade, é forçoso concluir que ela carece de funcionalidade direta para obrar como parâmetro de quantificação da sanção.[96]

Martín Besio Hernández clarifica essa ideia nos seguintes termos:

---

94. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 52.

95. A análise da culpabilidade para a medida da pena será exposta com base no trabalho de Tatjana Hörnle, autora cujo trabalho mais tem se destacado, atualmente e, da mesma forma, em razão da escassa produção doutrinária sobre o tema.

96. Em decisão proferida pelo Min. Og Fernandes, no HC 67.631/RJ, o STJ advertiu contra a avaliação negativa da culpabilidade do réu pelo juízo de primeira instância, demonstrando a redundância do juízo de culpabilidade, fruto da concepção de que a culpabilidade da teoria do delito coincide com a culpabilidade da medida da pena: "*No caso, valorou-se negativamente a culpabilidade, porque o paciente seria perfeitamente capaz de entender a ilicitude de seus atos. Ora, não possuisse tal discernimento*

"Em definitivo, a culpabilidade careceria de gravidade que possa servir para sua transformação em medida de pena, pois toda a gravidade do delito se encontra no injusto penal que é atribuído – mediante o juízo de culpabilidade – a seu autor e, nessa tarefa, garantirá sua plena atribuição, sua atribuição parcial ou impediria sua atribuição."[97]

Portanto, afirma-se que a culpabilidade constitui um pressuposto da pena, mas não é "suscetível de erigir-se a um critério de medição da sanção".[98] Daí a afirmação de que "a culpabilidade é só uma peneira pela qual tem que passar em seu caminho à medida da culpabilidade, o *quantum* – único relevante – do injusto".[99]

Tatjana Hörnle afirma que, no momento de concretizar o conteúdo semântico da culpabilidade (conforme determina o §46, 1°, I, StGb), é necessária a adesão a uma *valoração retrospectiva do fato* como fundamento da medição da pena e, acima de tudo, que o ponto de partida da determinação da pena não esteja determinado por considerações preventivas. Aliás, a autora refere que a valoração retrospectiva do fato poderia ter sido formulada pelo legislador de outra maneira, por exemplo, mediante uma referência à *gravidade do fato*.[100]

---

seria inimputável (...)" (STJ, HC 67.631/RJ, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2010, destaques nossos).

Não raro, a jurisprudência nacional trata a culpabilidade, como critério de fixação de pena, com base nos mesmos pressupostos para a própria punibilidade do agente, sob a expressão genérica "culpabilidade reprovável" ou com a simples afirmação da presença dos requisitos de punibilidade (ou seja, a mera afirmação da culpabilidade). Neste sentido, também do STJ: "*1. Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente e dos motivos do crime, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao réu. Precedentes desta Corte. 2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude*" (STJ, HC 104.686/MG, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 15.06.2009, destaques nossos). Ainda: "*O conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena*". (STJ, HC 84.179/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 24.05.2010, destaques nossos).

97. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 248.

98. Idem, ibidem, passim.

99. HORN apud HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 248.

100. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 46.

Dessa maneira, não se pode entender a culpabilidade como uma referência direta exclusiva à categoria culpabilidade no sentido do sistema do delito. A chamada culpabilidade na medição da pena não é idêntica à culpabilidade como fundamento da pena: "A pena adequada à culpabilidade tem que orientar-se à gravidade do fato e ao grau de culpabilidade pessoal do autor".[101]

Na doutrina brasileira encontramos, de forma semelhante, o pensamento de Juarez Tavares. Para ele, que se afasta, em parte, da teoria proposta por aqueles que pretendem dissociar os momentos da culpabilidade (como pressuposto e como limite da pena), tal qual Von Hirsch – que separa os momentos de afirmação da culpabilidade e de imposição da pena – o correto seria produzir-se uma firme associação entre esses elementos.[102]

Para o processo de dosimetria da pena, Juarez Tavares propõe que o juízo da culpabilidade não deva ser entendido de um ponto de vista positivo, mas sim, como um juízo negativo de capacidade de motivação. E esse processo deve ser dar sempre por um viés jurídico, e não moral.

Como o juízo de culpabilidade é uma etapa protetiva do autor contra o arbítrio do Estado, o conteúdo da culpabilidade não pode ser composto, exclusivamente, de elementos abstratos que conduzam a um puro juízo hipotético de poder atuar de outro modo. Deve estar constituído de elementos que sejam capazes de refutação "(...) e isso só será possível quando se mesclem nesses elementos características objetivas, apreensíveis não apenas por juízos alético, mas também por referências normativas, capazes de revestir o empírico de uma roupagem adequada a uma ordem jurídica assentada na defesa da pessoa e de seus direitos".[103]

O meio para isso seria *referir a culpabilidade ao desvalor do fato e ao desvalor do resultado*, o que implicaria em obedecer fielmente ao princípio da proporcionalidade entre fato e pena. Dessa forma – à semelhança da ideia de Hörnle – a culpabilidade seria medida conforme elementos do próprio injusto em função do agente.[104]

Ademais, a avaliação da culpabilidade pela gravidade do fato, segundo o autor, deve pautar-se na concretização do resultado de lesão ou de perigo de lesão:

---

101. Idem, p. 48-49.

102. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, p. 128.

103. Idem, p. 134.

104. Idem, p. 135.

"Uma vez assentada a relação entre culpabilidade e lesão de bem jurídico, pode-se admitir que esse critério atende, de certo modo, ao princípio da proporcionalidade e limita a intervenção penal do Estado. Ao exigir-se que a pena não possa ser desproporcional ao injusto realizado, evita-se, assim, que, por lesões insignificantes, autores reincidentes sejam reprimidos mais rigorosamente tão somente em face de sua condição especial."[105]

Além desse critério, o autor defende que a autonomia do autor para realização do fato também deve servir para a avaliação da culpabilidade com o fato concreto.[106]

Em conclusão, a individualização da pena-base dar-se-ia em conformidade com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Contudo, ressalta que, para a aferição da gravidade do injusto, há que se enfrentar certa dificuldade, na medida em que se trata de avaliar objetivamente a lesão ou perigo de lesão de bem jurídico no contexto da autonomia do sujeito.

Em primeiro lugar, recomenda que se separe definitivamente lesão ao bem jurídico das consequências pessoais ou sociais do crime:

"Essa precisa identificação da qualidade da lesão, traduzida em lesão de bem jurídico, e não em lesão de interesses sociais genéricos, é uma consequência necessária do princípio de legalidade, que só pode admitir uma criminalização quando a conduta vedada possa ser perfeitamente identificada tanto no processo de seu desenvolvimento quanto no resultado vinculado ao respectivo tipo de delito."[107]

Conclui, assim, que "com base nesses fatores objetivos, conjugados com aqueles relacionados à autonomia do autor, pode-se obter uma aproximação do grau de culpabilidade e se determinar a fixação do limite máximo da pena."[108]

O autor brasileiro ressalta, entretanto, que todos esses fatores devem influir tão somente na dosimetria da culpabilidade se, efetivamente, houverem

105. Idem, p. 139.

106. No que se refere à autonomia do sujeito para avaliação da culpabilidade, o autor refere que deverão ser considerados elementos do contexto individual e social que tenham limitado sua autonomia. "Se ao sujeito fosse absolutamente fácil seguir sua vida normal, sem realizar o fato, poder-se-ia concluir que sua culpabilidade não é diminuta". TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 143.

107. Idem, p. 146.

108. Idem, p. 147.

influenciado a constituição do injusto, evitando que idiossincrasias ou impressões subjetivas do julgador influam na apreciação da culpabilidade.

A questão fundamental passa a ser a de selecionar quais critérios devem ser valorados para a graduação do injusto de resultado e do injusto de ação. Para Hörnle, isso ainda depende de um desenvolvimento teórico ulterior:

"Tarefa essencial de um direito moderno de medição da pena é o ulterior desenvolvimento e pontualização deste dado. Devem se desenvolver critérios para averiguar a medida do injusto de resultado e quais facetas da conduta do autor influem no injusto de ação. Especialmente neste último ponto contém uma grande quantidade de questões concretas problemáticas, cuja clarificação é indispensável para *standards* precisos de medição de pena. Até agora, no direito de medição da pena não se discutiu com precisão sobre quais fatores que conformam a extensão do injusto de ação. Precisamente por isso, existe o perigo de que se faça passar, de forma irreflexiva ou decorativa, considerações preventivas como valorações do injusto."[109]

As teorias "antigas" da culpabilidade, diferentemente da moderna teoria do delito, faziam incidir a reprovação da culpabilidade por meio de critérios próprios.[110] As principais teorias sobre a culpabilidade desenvolvidas nas primeiras décadas do século XX tinham como característica a concepção – denominada por Hörnle de "caracterológicas" – de que a medida da culpabilidade só pode ser constatada em cada caso se se conhece a atitude interna individual do autor.

Trata-se das versões de culpabilidade pela conduta de vida ou da atitude interior que "se desprendem completamente de uma valoração do fato" e que influíram sensivelmente a compreensão da culpabilidade na época.[111]

Víctor Gómez Martín explica que, para as concepções sintomáticas do delito, o fato delitivo não deve ser desvalorado por sua repercussão no mundo exterior, senão porque revela que seu autor representa uma personalidade desviada. O fato é tão somente um sintoma da culpabilidade de seu autor, em seu sentido de "vontade antissocial" ou "antissociabilidade". A preocupação com

---

109. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 50. O alerta da autora é o mesmo no que se refere à culpabilidade pessoal do autor do fato, já que "a valoração não só se determina pelo resultado do fato e as circunstâncias concomitantes que conformam o injusto de ação, senão também e de maneira essencial, pelo conteúdo semântico e a importância que se atribua à 'culpabilidade pessoal do autor'". Op. cit., p. 51. Trad. livre.

110. Sobre um desvio de conduta pessoal ou uma atitude interna defeituosa do agente.

111. Cf. HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 56.

a personalidade do autor constituiu, em suma, a essência das concepções sintomáticas do delito.[112]

O fato delitivo expressaria o caráter ou a personalidade do delinquente e a culpabilidade do autor consistiria na responsabilidade pelo caráter, de modo que a periculosidade do delinquente, condicionada por sua personalidade, se apresentaria aos olhos dessa concepção como um elemento da culpabilidade.

Tendo em vista que a punibilidade deveria ter como pressuposto o fato, mas, de outro lado, o fato mesmo seria expressão da personalidade do autor e que esta representaria propriamente o objeto mesmo da culpabilidade, a esta última circunstância dever-se-ia reconhecer alguma relevância. Segundo Von Liszt e a concepção sintomática do delito, a concepção caracterológica da culpabilidade também considerou que a sede mais adequada para dar-se tal relevância seria a da determinação da pena.[113]

É importante observar a afirmação de Víctor Gómez Martín no sentido de que a direção sintomatológica, encontrada nas teorias de Tesar e Kollmann "(...) deve ser contemplada como uma consequência circunscrita a uma época dominada pelo auge do positivismo empírico que influenciou decisivamente em todas as disciplinas que integravam a criminologia em sentido amplo, entre as que se encontrava a psicologia criminal. (...) Deve reconhecer-se que a concepção que agora nos ocupa tomou como ponto de partida uma ideia que, desde o ponto de vista da psicologia criminal, dificilmente pode ser objeto de discussão: o delito constitui um sintoma, é revelador da personalidade do sujeito que o comete".[114]

No entanto, na atualidade, a opção por quaisquer dessas vertentes não tem como fundamentar a necessidade ou o merecimento da pena. Nas palavras daquele autor, "frente a todos estes fundamentos se considera preferível optar por um que contemple o delito como um comportamento que lesiona ou põe em perigo interesses sociais sem os quais seria impossível o correto funcionamento social".[115]

---

112. MARTÍN, Víctor Gómez. *El derecho penal del autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*, p. 103. Ainda de acordo com o autor, na Alemanha, os dois principais representantes da concepção sintomática do delito são discípulos de Von Liszt: Tesar e Kollman. Além deles, Radbruch representou a linha de pensamento representada pela chamada "concepção caracterológica da culpabilidade".

113. MARTÍN, Víctor Gómez. Op. cit., p. 110.

114. Idem, ibidem.

115. Idem, p. 111.

Isso porque tal entendimento da culpabilidade vai de encontro com o pensamento do crime como "sintoma" de uma personalidade defeituosa que se expressa no fato criminoso (ou que se deve evitar, antes mesmo que o agente cometa o crime). É o que Hörnle denomina de concepção "personalizada da culpabilidade".[116]

Em definitivo, trata-se de uma concepção de culpabilidade que se vale da personalidade do agente e de outros critérios subjetivos (como os antecedentes e a conduta do agente após o delito) para dar-lhe a exata medida. Uma verdadeira herança do positivismo criminológico o século XX. Nas palavras de Bettiol:

"Foram as tendências subjetivistas e a concepção ética do direito penal que permitiram vislumbrar a *psique* do sujeito ativo para individuar a forma de culpabilidade que até então escapara aos juristas, ao passo que em seu derredor já existia rica literatura dos moralistas."[117]

A medida da culpabilidade, segundo a vertente da culpabilidade pela condução de vida, dá-se por meio da censura não apenas do ato praticado pelo agente, "mas a todas as ações precedentes que determinaram uma inclinação no ânimo do réu".[118]

---

116. Parece-nos desnecessário discorrer longamente a respeito da concepção da culpabilidade como expressão da personalidade do agente, uma vez que essa tem sido a vertente mais comumente adotada por nossa doutrina nacional. A título de exemplo e para fins de conceituação, vale destacar o entendimento do penalista italiano Giuseppe Bettiol, que adotou o que se pode chamar de uma posição "moderada" ou "existencialista" da concepção antiquada da culpabilidade. Bettiol afirma que, na "culpa de autor", não se pretende castigar a pessoa como é, seu modo de ser sobre o qual não tem controle ou possibilidade de resistir. Esse, afirma, seria o campo da periculosidade e não da culpabilidade. Defende que, na esfera da culpabilidade, pune-se aquela inclinação à qual o sujeito imprimiu livremente determinado rumo à própria vida: "Foi elucidado por Mezger que uma culpa pela conduta de vida pode subsistir tão só enquanto estiver no 'poder do agente' assumir o seu particular modo de ser, devendo-se realmente distinguir no âmbito da personalidade empírica diversos componentes, tais sejam aqueles que podem ser superados pelo sujeito e aqueles aos quais o próprio sujeito se submete". BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, p. 25.

117. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 23.

118. Idem, ibidem. Ainda segundo Bettiol, a reincidência justifica também o agravamento da pena exatamente porque "(...) se reprova no agente todo um teor de vida determinado, toda uma repetição de ações delituosas que lhe deixaram como que um sulco doloroso de inclinação ao crime". E, ainda, "é esta quem, através da pena agravada, deve ser 'purgada'. Se a pena pressupõe a culpabilidade, uma pena que supere as

Com efeito, até hoje, afirma Hörnle, a teoria majoritária da medição da pena não questionou o papel dominante da personalidade do autor: "(...) nela prevalecem exposições que partem de um componente 'caracterológico do conceito de culpabilidade' e que consideram os fatores pessoais como relevantes para a medida de culpabilidade na medição da pena".[119]

O fator preocupante na insistência de uma concepção da culpabilidade assim delimitada é que uma censura orientada ao caráter ou à atitude interna admite um aumento de pena ilimitado, que não guarda proporção com a gravidade do fato ou com qualquer outro critério relacionado ao injusto:

"Se a censura da culpabilidade se baseia em um modelo de diferença, que indaga se as atitudes internas se afastam de um tipo ideal – como quer que se determine – isto implica a possibilidade ilimitada de quantificar essa diferença. O desvio é graduável em ambas as direções, até para baixo até a ausência de culpabilidade passando pelo estado da culpabilidade diminuída; mas, sobretudo, não se estabelece nenhum limite para cima à reprovabilidade da atitude interna."[120]

Ainda segundo Hörnle, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (BGH), em uma jurisprudência constante, parte da ideia de que para a medição da pena é indispensável a apreciação das circunstâncias pessoais do autor, mas não apenas para assegurar as considerações preventivo-especiais, "mas para constatar a culpabilidade pessoal".[121]

Segundo a autora, na teoria dominante da medição da pena e na jurisprudência não fica claro por que as circunstâncias pessoais do autor devem ser relevantes para a culpabilidade:

"Tal base teórica só existiria nas teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida, difundidas à época nacional socialista e nos primeiros anos do pós-guerra (...) As teses particulares de cada autor se distinguem, entre outras coisas, no que atine com a culpabilidade (*Verschulden*) do sujeito pela formação de seu caráter ou de sua personalidade. Alguns exigem do autor 'fazer-se responsável pelo que é, sem ter em conta por que múltiplas causas se

---

exigências de expiação de uma ação delituosa singular só pode ter presente um tipo de culpabilidade que ultrapasse a ação individualmente considerada. A reprovação atém-se a toda a personalidade" (op. cit., p. 24).

119. HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 56. Trad. livre.

120. Idem, p. 57. Trad. livre.

121. Na jurisprudência brasileira, tal proceder chega a ser a regra que, em raras vezes, comporta alguma exceção.

converteram no que é'. Outras teses, no entanto, constroem uma culpabilidade do sujeito pela evolução de sua personalidade e de sua posição vital, ainda que por isso o requisito da culpabilidade se maneja em parte formalmente, enquanto que o poder ser de outro modo se contempla como uma função estatal necessária."[122]

Já a mais recente jurisprudência alemã, segundo refere a autora, distancia-se das teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida e os próprios tribunais de primeira instância são criticados em modernas decisões da jurisprudência dos Tribunais Superiores quando apelam à condução de vida do autor como fator de medição da pena:

"Tampouco na literatura contemporânea se pode encontrar já defensores das teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida. Com isso falta uma conexão consistente entre uma concepção personalizada da culpabilidade e uma teoria útil como tese explicativa."[123]

É importante que se deixe claro que a consideração das circunstâncias pessoais do agente não deve ser rejeitada de modo absoluto. De fato, conforme se verá mais adiante, elas são relevantes sob um ponto de vista de prevenção especial positiva (mas, advirta-se: não quando atreladas à análise da própria culpabilidade) – sobretudo quando se trata de evitar a dessocialização do agente.[124]

O que se pode concluir desse modelo de orientação é que o conceito de culpabilidade para a medida da pena, segundo a concepção moderna de culpabilidade, pouco importa para a individualização judicial da sanção. Ao se partir da valoração do injusto (e sua gravidade mensurável), numa perspectiva

---

122. HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 60.

123. Idem, p. 61. Não obstante, a autora lamenta que mesmo com o abandono das teorias da culpabilidade pelo caráter e pela condução de vida, não se tenham extraído conclusões sobre a concepção da culpabilidade na medição da pena. Chama a atenção a ela o vetusto estado da teoria da medição da pena quando, apesar de uma tomada de posição crítica a respeito do conceito de culpabilidade orientado à atitude interna, na medição da pena volte-se a colher, sem mais, a valoração da atitude interna do autor.

124. A autora, nesse ponto, admite também a consideração das circunstâncias pessoais do agente em sede de culpabilidade quando sejam capazes de reduzir a pena por razões que, embora não constituam causas excludentes de culpabilidade, possam ser consideradas análogas àquelas e tenham influído negativamente na capacidade de compreender e comportar-se perante o fato, como por exemplo, no caso de uma situação de necessidade econômica do autor. Dessa forma, a autora admite que as circunstâncias pessoais possam ser relevantes para a medida da pena, mas não sob uma perspectiva atrelada à concepção personalizada da culpabilidade. HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 63.

retroativa ao fato, a culpabilidade acaba se vendo reduzida a sinônimo da gravidade do fato ou da gravidade do injusto culpável.[125] Assim postas as coisas, fica assegurado o princípio da culpabilidade pelo fato.

Segundo as conclusões da autora, o exame da culpabilidade deve assemelhar-se a um "filtro".[126] Em casos normais, ausentes causas que diminuam a culpabilidade, o peso do fato se determinada exclusivamente pelo injusto do fato. Ao contrário, se a culpabilidade estiver diminuída, nem todo o peso do injusto chega a ser eficaz para a medição da pena. E, ao contrário, uma elevação da pena como consequência do exame de culpabilidade estará excluída, *porque não há circunstâncias que incrementem a culpabilidade.*[127]

O autor espanhol Demetrio Crespo chega a conclusões semelhantes no que toca aos critérios de determinação da pena, segundo as prescrições do Código Penal espanhol.[128]

Segundo o modelo espanhol atual deveria estar já superada, em razão da disposição da própria lei penal, a discussão a respeito do papel da culpabilidade na determinação da pena, porquanto os critérios a serem aferidos pelo juiz limitam-se às "circunstâncias pessoais do réu" e à "maior ou menor gravidade do fato".[129]

---

125. À expressão "pena adequada à culpabilidade" a autora prefere a substituição pela expressão "pena adequada ao injusto e à culpabilidade". HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 70.

126. A autora utiliza a expressão de Horn.

127. HÖRLE, Tatjana. Op. cit., p. 68. Não é possível, em especial, admitir o incremento da medida da pena sob o fundamento da culpabilidade elevada por razões referidas à personalidade do autor. "É difícil fundamentar que no último estágio da imposição de normas jurídico-penais deva ter lugar um deslocamento do peso destas formas de comportamento externo a uma valoração introspectiva da personalidade do autor". Idem, p. 69.

128. O Código Penal espanhol (art. 66, 6.º) indica que a aplicação da pena quando não concorram circunstâncias agravantes ou atenuantes deverá ser determinada, considerando-se as "circunstâncias pessoais" do delinquente e "a maior ou menor gravidade do fato".

129. Nesse ponto, o Código espanhol parece mais avançado no sentido de uma racionalidade na determinação da pena, já que o critério da culpabilidade já está "substituído" pelo da "gravidade do fato", o que autoriza o autor a elaborar a seguinte crítica: "A afirmação relativa a que a medida da culpabilidade pelo fato depende do conteúdo de injusto do fato penal individual e de que a quantidade de pena adequada ao injusto se mede de acordo à gravidade do injusto individual parece clara. No entanto, por si mesma, não passa de uma mera declaração de princípios". DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código

No que toca à mensuração da gravidade do injusto, Crespo parte, como premissa principal, da necessidade de determinação do fim da pena. A partir desse ponto é que passam a ser valorados os fatores reais a se ter em conta na individualização da sanção.[130]

O autor deixa claro que uma interpretação do processo de individualização judicial da pena que se guie e fundamente no critério da gravidade do fato, interpretado sob o ponto de vista da retribuição da culpa não é compatível com a regulação dos Códigos Penais alemão e espanhol:

"(...) os critérios para a interpretação da reprovabilidade do fato, com o correspondente aumento ou diminuição da culpabilidade, já foram selecionados pelo legislador no nosso ordenamento jurídico em um amplo catálogo de circunstâncias atenuantes e agravantes, que jogam como catálogo incompleto de fatores reais da individualização judicial da pena previstos legalmente."[131]

Já sob uma perspectiva preventivo-geral, aduz que o critério da gravidade do fato na individualização judicial da pena possui um papel tanto de *limite à prevenção geral* como também é um fim do direito penal e da pena, além de um limite à própria individualização judicial da pena derivado do Estado de Direito.[132] Em conclusão:

Penal español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 50, único, p. 332.

Não obstante, Martín Besio Hernández pondera que a forma de levar a cabo a operação de individualização da pena segundo o modelo espanhol está longe de ser unívoca e que na individualização da pena é generalizado o entendimento segundo o qual o juiz deve estabelecer a medida da pena que seja proporcional ao desvalor do injusto concretamente executado pelo autor e adequada à culpabilidade. Op. cit., p. 297.

130. "Na medida em que o legislador não informa se a gravidade do fato deverá medir-se conforme o fim da pena de retribuição, ou de prevenção geral ou especial, um mesmo fato haverá de ser medido de forma diferente segundo se entenda que dita medição serve à retribuição da culpabilidade, à produção de confiança nos cidadãos sobre o ordenamento jurídico ou à prevenção da reincidência." DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial cit., p. 334.

131. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial cit., p. 337.

132. Crespo rechaça a finalidade preventiva geral como fator final da individualização judicial da pena (o que não significa negar essa função à pena, pelo contrário: a imposição da pena pelo juiz confirma dita função). O que importa para ele são as consequências dogmáticas de uma interpretação preventiva geral do fator real "gravidade do fato" e essas não são outras que a admissão do critério interpretativo do "perigo de difusão do delito" ou da "real difusão do delito". Esses critérios constituem a desculpa para

"A gravidade do fato deveria considerar-se como limite máximo da quantia da pena, o qual constitui, a meu modo de ver, uma garantia para o indivíduo que se deriva do princípio de culpabilidade como princípio constitucional derivado do Estado de Direito, que não pode ser excedido em nenhum caso, nem por razões de prevenção geral, nem por razões de prevenção especial, e que coincide basicamente com as exigências da 'culpabilidade pelo fato'."[133]

Diante do que ora se expôs – porém longe de se assumir um posicionamento definitivo a respeito dos fins da pena no direito penal brasileiro para fins de determinação da sanção penal – resta concluir que uma racionalização do processo de individualização da pena não depende, apenas, da elaboração de critérios claros relacionados com o injusto do fato, mas também da uma *mudança na concepção da culpabilidade e do seu papel na determinação da pena*. É forçoso concluir, ainda, que uma culpabilidade da atitude interior ou pela condução de vida é incompatível com a moderna teoria do delito, além de macular de inconstitucionalidade o processo de individualização da pena.

A ênfase desse processo de fundamental importância para o acusado há de se voltar para a gravidade do fato, seja sob qual finalidade da pena se o entenda. Não obstante, os fatores reais da aferição da gravidade do injusto a partir do fato praticado (de ação e de resultado) é outra questão a se desenvolver, que ultrapassaria os limites deste trabalho.

3.2 Critérios subjetivos

3.2.1 O papel dos critérios subjetivos na determinação da pena e sua ligação com o fim de prevenção especial positiva

De acordo com Martín Besio Hernández, em todos os modelos dogmáticos espanhóis a prevenção especial é um fim do direito penal que incide na individualização da pena e, portanto, constitui fator final de medição da sanção. Segundo afirma, em todos esses modelos verifica-se a exigência de proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato, imposição que é erigida a critério limitador de exigências de corte preventivo que pretendam impor uma quantia de pena superior ao limite máximo marcado pela proporcionalidade com a gravidade do fato.[134]

---

satisfazer necessidades preventivo gerais (normalmente ao abrigo da culpabilidade). Análisis de los criterios de la individualización judicial cit., p. 340.

133. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial cit., p. 340.

134. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 135.

De outro lado, também se aceita que, no momento de quantificação da pena específica a impor, sua magnitude pode ser reduzida abaixo do limite mínimo demarcado e exigido pelo parâmetro da proporcionalidade com a gravidade do fato, em função da adequação desta aos critérios político-criminais de prevenção especial. Por fim, sustenta-se majoritariamente que a proporcionalidade com a gravidade do fato impõe um limite máximo aos interesses de prevenção especial. Assim, entre esse intervalo de pena são os critérios de prevenção especial, ou seja, aqueles critérios de caráter subjetivo relacionados ao agente, que irão decidir, quase que exclusivamente, a quantia concreta de sanção.[135]

A prevenção especial, ainda segundo Martín Hernández, atualmente é majoritariamente entendida sob o ponto de vista do intento de evitar que o indivíduo que já tenha cometido um delito volte a fazê-lo, isto é, assume o objetivo específico de evitar a reincidência. Opera, portanto, não sobre a comunidade, senão sobre o indivíduo que haja delinquido.[136]

No entanto, em sua versão original, sobretudo a preconizada pelo pensamento de Von Lizst, a prevenção especial importa diferentes conteúdos associados cada um deles a diferente categoria de indivíduo concreto objeto da sanção criminal: intimidação individual, ressocialização e inocuização. Como bem identifica aquele autor, não há como se refutar que atualmente os aspectos que integrariam a parte negativa da tarefa preventivo-especial (intimidação e inocuização) parecem haver perdido na dogmática uma função lícita específica desse fim da pena, existindo um certo consenso em se atribuir à prevenção especial uma tarefa única positiva de ressocialização.[137]

Além disso, Hernández adota um posicionamento – no qual é acompanhado por outros, dentre eles, Demetrio Crespo[138] – no sentido de que a prevenção

135. Idem, ibidem.

136. Idem, p. 77.

137. Idem, p. 78.

138. "A pena deve individualizar-se, a meu modo de ver, seguindo para isso critérios de prevenção especial positiva favoráveis que persigam acima de tudo a maximização do fim de não dessocialização do réu, assim como a consecução das máximas cotas de ressocialização sempre que isso seja possível". DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial cit., p. 358. Dentre as principais críticas colhidas da doutrina sobre a ressocialização por meio do encarceramento, está a afirmação no sentido de que as penas possuem, incontestavelmente, um caráter criminógeno, ou seja, exercem um papel de dessocialização do agente e levam à incitação de novos delitos. É nesse caminho que se afirma que, atualmente, a ideia ressocializadora se substitui pela pretensão de evitar, sobretudo no âmbito da individualização da

especial na medição quantitativa da pena só pode operar entendida como pretensão de não dessocialização do delinquente em termos tais que só seja possível diminuir a quantia de pena assinalada ao delito, e nunca aumentada.[139]

"Entendo em definitivo que na individualização da pena as considerações de prevenção especial (incluídas na cláusula legal de circunstâncias pessoais do delinquente) admitem a valoração de todas aquelas razões que permitam ao juiz diminuir a pena assinalada ao delito com o objetivo específico de evitar na medida do possível a dessocialização do autor por meio da pena de prisão; ou, em seu caso, que possibilitem a não imposição da pena de prisão."[140]

Essa perspectiva, afirma o autor, parece consistente com a lógica utilitarista da intervenção mínima, pois a fixação da menor pena que seja possível não redunda em uma diminuição do efeito preventivo especial negativo associado à fase de determinação da pena, porquanto os marcos assinalados em sede legislativa a cada tipo penal já conteriam a quantidade de pena que é necessária para a produção de efeitos dissuasivos:

"(...) se se admitir que as exigências preventivo-especiais associadas à evitação da comissão de novos delitos (de ressocialização, de inocuização ou de intimidação individual) possam fundar uma maior quantia de sanção, se utilizará o delinquente como um meio para a consecução de fins a ele heterônomos, dado que a justificativa da maior quantidade de pena se vincula a uma maior proteção de terceiros, isto é, de outros."[141]

Acompanhando o excerto acima apresentado, entendemos que, uma vez assentada a premissa de que a fixação da pena deve se efetuar, primeiramente, com base na gravidade do fato, o processo de individualização da pena irá operar-se, finalmente, por meio da consideração de elementos relacionados à prevenção especial positiva, respeitando-se o limite máximo fixado pela proporcionalidade com a gravidade do fato e com vistas ao fim de não dessocialização do agente.

---

pena, os efeitos dessocializadores que poderiam acarretar a imposição de uma pena privativa de liberdade. Nessa direção, ver HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 80. Também partilha da mesma ideia Patricia Ziffer, entendendo que a prevenção especial pode constituir um argumento plausível para afastar aquelas penas que poderiam ter como consequência uma definitiva dessocialização. Permitiria, portanto, definir o montante que a pena não deve ultrapassar. ZIFFER, Patricia. Op. cit., p. 51.

139. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 197.

140. Idem, p. 200.

141. Idem, p. 199-200.

Para tanto, os elementos de caráter subjetivo relacionados ao autor, elencados na lei, irão adquirir um caráter funcional, de forma a justificar a diminuição da quantidade da sanção, ou a substituição da pena privativa de liberdade, sob a base de uma menor necessidade preventivo-especial da pena.[142]

Elementos subjetivos elencados na lei, tal como a motivação do agente e a personalidade, não obstante sejam erigidos como um critério geralmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, sua valoração (como agravante da pena), mostra-se ilícita sob a ótica de um modelo de Estado Liberal que renuncia à sanção de foro interno dos indivíduos e só admite a imposição de uma pena sobre a base da conduta externa que ele executa:

"As razões pelas quais um sujeito comete um delito resultam irrelevantes para fundamentar a pena ou sua agravação em um direito penal garantista que não assume como função a educação dos cidadãos por meio da força."[143]

É possível afirmar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tradicionalmente baseiam o juízo de necessidade de ressocialização em função de sua periculosidade, revelada no fato cometido e que deve ser analisada pelo juiz com base em elementos subjetivos a ela relacionados.

Como afirma aquele mesmo autor espanhol, é a partir do componente estritamente pessoal do indivíduo (p.e., sua situação profissional, familiar, intelectual, sua personalidade e vida anterior ao delito) que seria possível, segundo a prática judiciária tradicional, prognosticar um comportamento provável associado ou não à comissão de delitos, em termos tais que o resultado dessa projeção ao futuro permitiria, então, na fase de individualização judicial, determinar uma maior quantidade de pena pelo delito cometido.[144]

É impossível negar que a valoração preventivo-especial, assim entendida, constitui essencialmente uma valoração própria de um direito penal de autor: a pretensão de estabelecimento de responsabilidade penal, não em razão do

142. Idem, p. 205. No mesmo sentido, entre nós, o posicionamento de Juarez Tavares: "Uma vez reconhecida a culpabilidade em sua completude, tem-se que o injusto foi integralmente realizado e que, portanto, a pena não poderá ser superior ao que resulte da avaliação nele refutada (...) Em qualquer caso, elementos subjetivos relacionados ao autor só podem ser invocados em seu prejuízo se tiverem influenciado, previamente, o desvalor da ação. Todos os demais fatores – como as circunstâncias contidas no art. 59 do CP – só devem ser usados em favor do autor. Fatores morais ou outros relacionados à suposta má conduta do autor são estranhos ao processo de individualização e devem, desse modo, ficar de fora de qualquer avaliação". Op. cit., p. 135.

143. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 350.

144. Idem, p. 412.

fato cometido, senão em função do que o indivíduo é (ou tenha feito antes do fato), a saber, em função de seu modo de ser ou da forma como tenha conduzido sua vida.[145]

A censura legal, nesse tipo de estrutura punitiva, se encerra sobre o indivíduo e não sobre a conduta externa que tenha executado, em contraposição à valoração inerente ao direito penal de fato. Por essa razão, o autor entende que é necessário assumir que a ponderação do componente individual do delinquente para os efeitos da atribuição de uma maior responsabilidade criminal (de um aumento de pena) importa diretamente em um juízo próprio de um direito penal de autor.[146]

A imprecisão a respeito da probabilidade de voltar a delinquir é uma das principais razões para rechaçar a consideração de circunstâncias pessoais para fins de aumento da pena. É difícil, afirma o autor espanhol, adivinhar qual vai ser o comportamento de um sujeito sem conhecer – porque impossível – a infinidade de fatores exógenos que no futuro podem condicionar sua conduta ou as oportunidades que vai encontrar em sua vida.[147]

Nessa direção, entende-se que critérios ou elementos subjetivos devem ser considerados na determinação da pena como forma de possibilitar a adequação da sanção final sempre em vista da não dessocialização do agente. Para tanto, devem referir-se mais precisamente a fatores pessoais que possam indicar a quantidade ou a forma de cumprimento de pena que seja mais adequada às suas condições econômicas, profissionais, familiares e pessoais.[148]

---

145. Na doutrina brasileira, admitindo essa espécie de valoração, encontra-se o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, para quem: "A personalidade deve ser, sim, avaliada pelo juiz, sem necessidade de apoio pericial, pois a finalidade é a aplicação da pena e não de medida de segurança. Há que se visualizá-la em seus aspectos positivos e negativos, de acordo com o crime cometido, buscando-se na visão do direito penal do fato, apenar-se o acusado mais gravemente se o que ele fez coaduna-se com característica negativa de sua personalidade, vale dizer, se o seu desvio de personalidade levou-o exatamente àquele crime". Seu posicionamento, ao final, somente acaba por camuflar um verdadeiro direito penal de autor. Se contam, para a determinação da pena, elementos subjetivos relacionados ao autor no sentido que operam negativamente para reprovar mais quanto mais esses elementos se expressem no fato, então o que se está valorando (apenando) é o modo de ser e não o a conduta criminosa exteriorizada (*Tratado jurisprudencial e doutrinário*, p. 882).

146. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 412.

147. Idem, ibidem.

148. Importa destacar que há posicionamentos, como o de José Peralta, negando qualquer papel aos elementos de ordem subjetiva na medição da pena. Para esse autor, uma

Demetrio Crespo, sempre mantendo uma visão no sentido da prevenção especial positiva, adverte sobre os efeitos perniciosos da execução de penas curtas privativas de liberdade no plano pessoal: separa o réu de sua família e de seu posto de trabalho e lhe impede durante o tempo de sua duração ocupar-se de sua família e reparar o dano causado. Ademais, implica perigo do chamado contágio criminal. Tudo isso ele também objeta com relação à pena privativa de liberdade de maior duração.[149]

As circunstâncias de caráter econômico, por sua vez, também são vistas por ele sob um ponto de vista preventivo especial positivo, pois penas de multa muito altas deixam o réu em situação de desamparo, o que pode, inclusive, constituir um fator criminógeno.

A respeito das circunstâncias de caráter profissional, assinala o autor que o Tribunal Supremo alemão já apontou a necessidade de considerar na individualização judicial da pena as consequências da imposição da pena para o futuro profissional do réu, sobretudo para funcionários para quem a imposição da pena implica perda definitiva de sua condição de empregado ou de soldados, que, se despedidos, perdem direito à indenização, ou ainda de outros profissionais que podem vir a ter suas licenças profissionais cassadas comprometendo seu futuro profissional.[150]

Também há que se considerar a sensibilidade e a suscetibilidade do autor à pena. Demetrio Crespo traz que sob tais denominações a doutrina alemã sobre a individualização judicial da pena vem aludindo há algum tempo a outro aspecto que se tem em conta sob pontos de vista preventivo especiais em relação à personalidade do delinquente, que, igual às circunstâncias de tipo familiar, profissional ou econômico não guardam conexão nem com a gravidade do injusto, nem com a culpabilidade, mas que constituem um fator real da individualização da pena especialmente importante.[151]

---

teoria da pena coerente com uma teoria liberal do delito não permite considerar relevante para a dosimetria nenhum motivo elemento subjetivo que transcenda o aspecto cognitivo. Segundo defende, se para a configuração do tipo penal a motivação do autor ou sua intimada não exerce qualquer papel, com muito mais razão não podem exercer para a mensuração da sanção. Afirma que em um direito penal cujo objetivo radica unicamente na proteção de bens jurídicos, a intenção do agente não deve exercer qualquer papel. (Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIII, 2010).

149. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individuación judicial cit., p. 354.

150. Idem, p. 355.

151. Idem, ibidem.

Sensibilidade à pena, segundo explica, significa que uma pessoa padece mais do que outra com a imposição da mesma sanção. Já suscetibilidade à pena implica que o efeito positivo ou negativo da mesma pena pode ser distinto segundo o réu, entendendo que o primeiro aspecto relaciona-se à imposição da pena mais justa no caso concreto, e o segundo àquela que é necessária para demover o autor da comissão de novos delitos futuros.[152]

"O elemento de sensibilidade à pena joga com o caráter atenuatório da individualização da pena e tem sido considerado na jurisprudência alemã com relação a casos de idade avançada ou de enfermidades graves, sobretudo se tem tratado de argumentar em casos de Aids por esta via. Pelo contrário, uma valoração agravatória de uma escassa suscetibilidade da pena está proibida pelo princípio do Estado de Direito da proporcionalidade da pena com a gravidade do fato e a culpabilidade do autor."[153]

É nesse sentido que o autor afirma que "um maior grau de sensibilidade à pena pode ver-se correspondido com uma diminuição do nível da intervenção penal" com vistas a uma maior humanização do direito penal, "sem afetar por isso a efetividade da luta contra o delito".[154]

Em conclusão, afirma que "o princípio da culpabilidade não indica como deve ser penalizado o autor, senão como não pode ser penalizado. Para o 'como' da determinação da pena a acessibilidade à pena é um dos fatores decisivos no âmbito preventivo".[155]

É nesse contexto que se pode afirmar que os elementos subjetivos elencados no art. 59 do CP devem ser sopesados na dosimetria da pena sob uma perspectiva de prevenção especial positiva com enfoque na não dessocialização do agente. Mais do que isso, devem servir tão somente para orientar o magistrado, dentro do marco da pena proporcional ao delito – após sopesados os critérios da culpabilidade e da gravidade do injusto – *com o objetivo de determinar a pena mais adequada às condições pessoais* (econômicas, familiares e sociais do

152. Idem, ibidem.

153. Idem, p. 355-356. É especialmente alarmante a jurisprudência nacional no que se refere à análise de suscetibilidade do agente à pena. É quase unânime entre os julgados consultados a prescrição de aumento de pena sob a justificativa de que condenações anteriores não foram suficientes para dissuadir o agente da comissão de novos delitos.

154. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individuación judicial cit., p. 356.

155. Idem, ibidem.

agente), evitando-se, o quanto possível, o encarceramento, em busca de uma pena mais humana.

Nesses termos, afirma-se que os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime deverão ser avaliados pelo juiz para orientar à evitação da dessocialização do agente, mas nunca para fundamentar um agravamento da pena, porquanto já fixada dentro do marco da proporcionalidade ao fato cometido. Em especial, a circunstância judicial personalidade do agente deve ser encarada sob uma ótica restritiva e garantista. Demetrio Crespo aborda o tema, partindo da premissa de que "ao direito penal devem interessar, fundamentalmente, o conjunto de fatores existenciais que configuram sua atitude ante o protegido pelo direito penal porque só assim se pode avançar na averiguação da necessidade preventivo especial e da reação penal mais adequada para cumprir tal efeito".[156]

Dessa forma, sob o ponto de vista da prevenção especial positiva, é possível interpretar-se a personalidade sob a perspectiva da consideração das consequências da pena para a vida futura do réu, elegendo-se a pena que melhor proporcione ao agente menores chances de dessocialização.

4. CONCLUSÕES

A fórmula das circunstâncias judiciais fornecidas pelo art. 59 do CP não se mostra suficiente para o processo de fixação da pena, carecendo de um desenvolvimento teórico complementar que lhe dê sustentação, racionalidade e possibilidade de refutação.

A irrenunciável necessidade de relação de proporcionalidade entre o injusto praticado e a resposta penal exige que a individualização judicial da pena se realize por meio de um processo racional de análise dos elementos relacionados com o fato, partindo-se de pautas teóricas bem definidas.

É possível aventar, do quanto visto, que para esse mistero papel da culpabilidade no processo de determinação da pena merece ser revisto, especialmente porque, nessa seara, a culpabilidade não desempenha mais qualquer função. Como dito, o papel da culpabilidade esgota-se no processo de vinculação do agente ao injusto e, de outro lado, não pode ser incrementada na fase de determinação da pena, sob qualquer fundamento.

Partindo-se da premissa de que apenas o injusto e suas dimensões (de ação e de resultado) são graduáveis, será possível fixar a resposta penal a partir de

156. Idem, p. 347.

uma valoração retrospectiva ao fato, mantendo com a gravidade do injusto uma relação de proporcionalidade. A partir desse marco, o juiz poderá exercer sua discricionariedade, individualizando a pena ao agente com o auxílio de critérios subjetivos, limitando-se, no entanto, ao objetivo de não dessocialização do réu.

Dessa maneira, não será possível um incremento de pena com fundamento em elementos relacionados ao agente, mas haverá a possibilidade de que a pena final fique situada aquém do limite fornecido pela culpabilidade (ou, mais precisamente, pela gravidade do injusto e a culpabilidade pessoal do autor).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1976.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 50. único. p. 323-362. Madrid, jan.-dez. 1997.

_____. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Nueva Doctrina Penal*. p. 19-39. Buenos Aires, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o modelo de determinação da medida da pena. *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 15.04.2012.

HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

MARTÍN, Víctor Gómez. *El derecho penal del autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINSON, Robert. What works? – Questions and answers about prison reform. Disponível em: [www.nationalaffairs.com]. Acesso em: 17.07.2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tratado jurisprudencial e doutrinário*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

PERALTA, José. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. LXIII, 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ROXIN, Claus. Prevención y determinación de la pena. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. vol. 3. 9/12. p. 239-263. Buenos Aires, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 05.05.2011.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZIFFER, Patricia. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*. vol. 15. n. 51. p. 44-65. Santa Fe, set.-dez. 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Individualização da pena – Repercussão na determinação do regime de cumprimento e na substituição por pena alternativa, de Hélio Martins Costa – *RT* 781/459;
- O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 871/459; e
- Princípio da personalidade da pena e execução penal, de Jamil Chaim Alves – *RT* 899/431.

1 CRIMES DE DIREÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (*DUI OFFENSES*) NO DIREITO AMERICANO

Perspectivas de direito comparado

DUI (Driving Under Influence) Offenses in American Law
Perspectives of comparative law

THIAGO ZUCCHETTI CARRION

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A redação que as Leis 11.705/2008 e 12.760/2012 conferiram ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro buscaram instituir no direito pátrio uma punição através de limite objetivo de álcool no sangue dos condutores de veículos automotores, modelo de criminalização conhecido no direito americano como delito *per se*. Entretanto, nosso legislador não atentou às complexidades envolvidas nesse tipo de legislação, ocasionando graves problemas na aplicação da infração penal em questão. Assim, abordar-se-ão os crimes de *driving under the influence of alcohol* no direito americano, desde seu desenvolvimento, passando pela análise do direito material envolvido, até as maneiras pelas quais se dão sua comprovação, como forma de obter

ABSTRACT: The wording given to article 306 of the Brazilian Traffic Code by the Public Laws n. 11.705/2008 and 12.760/2012, aimed to establish in the Brazilian Law a punishment through an objective limit of blood alcohol content in motor vehicle drivers, criminalizing model known in American Law as *per se* offense. However, our legislature did not pay attention to the complexities in this kind of legislation, causing severe problems in the implementation of this particular criminal offense. Thus, the driving under influence of alcohol offenses in American Law will be addressed, from their development, through the analysis of the substantive law involved, up to the ways in which their proof is made, in order to obtain

elementos que levem ao aperfeiçoamento da legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direção sob a influência de álcool - Delitos de trânsito - Direito Comparado - Política criminal - Etilômetro.

elements which lead to the betterment of the Brazilian Law.

KEYWORDS: Driving under the influence of alcohol - Traffic offenses - Comparative Law - Criminal policy - Breathalyzer.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A evolução das *DUI offenses* nos Estados Unidos da América - 3. As *DUI/DWI offenses* nos Estados Unidos da América - 4. Principais questões procedimentais nos crimes de *DUI/DWI*: 4.1 *Pré-arrest*; 4.2 *Arrest* e *pós-arrest* - 5. O caso do Alco-Sensor IV: PBT ou *chemical test*? - 6. Proposições de *lege ferenda* com base na experiência comparada americana: 6.1 A previsão conjunta das infrações de *DUI* clássico e *per se* em termos de BAC e BrAC; 6.2 A edição de regras quanto a parada de um veículo automotor, quanto a realização de barreiras policiais, bem como acerca da certificação dos policiais, dos protocolos a serem seguidos na formalização do indiciamento etc. - 7. Considerações finais - 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há qualquer dúvida da influência do direito penal norte-americano no senso comum da população e de determinados setores da sociedade como a mídia, os quais clamam que o primeiro ato persecutivo seja a prisão do acusado. Todavia, não apenas no âmbito do senso comum chegam a nós as experiências desse direito, demonstrando-se clara uma importação quase que literal de dispositivos legislativos para os nossos diplomas legais.

Infelizmente, no mais das vezes, o que é importado do direito dos Estados Unidos é a sua caricatura, a justificar determinado receio com a experiência comparada americana. Todavia, o direito penal e processo penal daquele país possuem diversos pontos extremamente protetivos aos cidadãos, os quais, muitas vezes, temperam o draconianismo que se aparenta *a prima facie*.

Algo semelhante ocorreu no caso das Leis 11.705/2008 e 12.760/2012, que deram nova redação ao Código de Trânsito Brasileiro, definindo, no caso da primeira, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro em termos de dg/L (decigramas por litro) de sangue, e, no caso da segunda, tal limite objetivo como forma de comprovação da infração penal. Tais diplomas, que buscaram instituir em nosso país aquilo que nos Estados Unidos é conhecido enquanto crime *per se*, não atentaram à complexidade da matéria no próprio direito exportador, acabando por, a um tempo, sacrificar sua eficiência na punição dos motoristas alcoolizados e, a outro, repercutir em flagrante violação das garantias penais e processuais penais.

Assim, visando a qualificar academicamente a experiência comparada e sugerir, *de lege ferenda*, o aperfeiçoamento da matéria em nosso país, elaboramos

a presente pesquisa[1] com o fito de analisar a maneira como os crimes irmãos do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro são tratados no direito americano, lá denominados genericamente de *DUI offenses (crimes)*, cujo acrônimo significa *Driving Under the Influence* [of Alcohol/Intoxicanting Liquor][2] (dirigir sob a influência de álcool/bebida alcóolica).

2. A EVOLUÇÃO DAS *DUI OFFENSES* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Segundo Kunsman, em que pese fossem conhecidos os efeitos do álcool durante a história, conforme se depreende, por exemplo, da proibição feita em 1843 pela Ferrovia Central de Nova Iorque dos seus funcionários ingerirem essa substância durante o serviço, somente no século XX é que se iniciou a abordagem científica quanto à matéria. Um dos primeiros a seguir nesse sentido fora o cientista sueco Erik Widmark,[3] em artigo publicado em 1914,[4] um dos pioneiros a correlacionar a quantidade de álcool presente em fluídos corporais e o efeito inebriante na condução de veículos.[5]

Nessa época, início do século XX, o transporte nos Estados Unidos da América, conforme Borkenstein, era principalmente ferroviário, inexistindo, na esmagadora maioria dos Estados americanos, sequer departamentos de rodovias. Relata que tanto os automóveis quanto as estradas eram de péssima qualidade, tendo sido realizada a primeira viagem transcontinental de carro em 1911, de

1. Faço agradecimento especial, pela contribuição dada à presente pesquisa, a James Nesci e Velocino Camargo Neto.
2. Em determinados Estados são usadas expressões como *Driving While Impaired* (DWI) *by Intoxicating Liquor* (dirigir enquanto debilitado por bebida alcoólica), Operating [Motor Vehicle] Under the Influence (OUI) of Alcohol (operar [veículo automotor] sob a influência do álcool) etc.
3. Interessante apontar que, conforme relatam Andréasson e Jones, em artigo biográfico acerca de Widmark, fora o desenvolvimento do micrométodo de análise de álcool desse que abriu caminho para que fosse introduzida na legislação sueca, em 1941, conforme será discutido abaixo, como parâmetro para a existência de crime um baixo nível de álcool no sangue (ANDRÉASSON, Rune; JONES, A. Wayne. Erik M.P. Widmark (1889-1945): Swedish pioneer in forensic alcohol toxicology. *Forensic Science International*, vol. 72, n. 1, p. 1-14.
4. Data obtida em: ANDRÉASSON, Rune; JONES, A. Wayne. Op. cit., p. 7. Frise-se que, segundo Borkenstein, os resultados dessa pesquisa foram obtidos desde 1912. (BORKENSTEIN, Robert F. Historical perspective: north american traditional and experimental response. *Journal of Studies on Alcohol, Supplement* 10/5).
5. KUNSMAN, Gary W. Human performance toxology. In: LEVINE, Barry (ed.). *Principles of forensic toxicology*. 2. ed. Washington: AACC Press, 2006. p. 17.

Denver para Los Angeles, levando 66 dias para ser completada.[6] As próprias leis de tráfego, nos termos do que relata Borkenstein, somente no fim da primeira década do século XX é que vieram a emergir, apesar dessas só dizerem respeito às áreas urbanas, ante a ausência de tráfego das rurais.[7]

Foi nesse estado de coisas que, em 1910, o Estado de Nova Iorque aprovou uma lei alterando a então vigente *Highway Law* e tornou a conduta de dirigir alcoolizado um crime, sendo o primeiro Estado americano a fazê-lo. A redação do dispositivo, que poderíamos denominar como a *primeira geração* desse crime de *DUI* era, conforme refere a *New York Court of Appeals* no caso *People* v. *Litto*, em síntese, a seguinte:

"Punição por operar veículo automotor enquanto em uma condição de intoxicação (...).

Aquele que operar um veículo automotor enquanto em uma condição de intoxicação deverá ser culpado por um *misdemeanor* (...)."[8-9-10]

Consoante referem King e Tipperman, não havia qualquer indicação nessa legislação do que seria considerado como "intoxicado" (*intoxicated* no original) ou "veículo automotor" (*motor vehicle* no original), conceitos cujos significados viriam a ser preenchidos pela *Case Law*, por meio de casos tais quais *People* v. *Weaver*, como sendo aqueles da linguagem comum.[11-12]

Esse tipo de legislação que acabou se espalhando pelo país, como é bem diagnosticado por Borkenstein, representava o interesse dominante nos Es-

---

6. BORKENSTEIN, Robert F. Op. cit., p. 4.
7. Idem, ibidem.
8. Para o conceito de *Misdeamenor*, ver a nota n. 42.
9. Trad. livre de: 8 N.Y.3d 692, 872 N.E.2d 848, 840 N.Y.S.2d 736, 2007 N.Y. Slip Op. 05582. No mesmo sentido: KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. The offense of driving while intoxicated: the development of statutory and case law in New York. *Hofstra law Review*, vol. 3, n. 3, p. 544, nota n. 7.
10. Tendo em vista a dimensão do presente estudo, optou-se por citações diretas traduzidas por este autor como forma de permitir maior democratização do seu conteúdo, sempre acompanhadas da fonte bibliográfica, legislativa ou judicial para acesso daqueles leitores que se interessarem pela leitura do original. Palavras técnicas cuja tradução não possa ser feita de maneira fidedigna serão mantidas no original. Além disso, será frequente a citação de precedentes judiciais, ante a importância que possuem no sistema da *common law*, os quais possuem regras de citação próprias e cuja conversão ao padrão brasileiro implicaria tornar impraticável sua localização.
11. 188 App. Div. 395, 400, 177 N.Y.S.71, 74 (3d Dep't 1919).
12. KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. Op. cit., p. 544.

tados Unidos quanto aos crimes de *DUI* naquele momento, o qual era baixo, com leis que eram vagas e inadequadas, sendo que as poucas prisões realizadas tinham por base o comportamento ligado ao alcoolismo ou o odor de bebidas alcoólicas no hálito.[13]

Entretanto, o rumo das coisas seria alterado quando a atenção científica no país para a matéria surgiu, com os trabalhos do médico Herman Heise, que foram aprofundados pelo interesse e apoio do departamento de polícia da Pensilvânia, do departamento de polícia e da associação médica de Evanston/Illinois, bem como da ONG *Conselho Nacional de Segurança*. Tais trabalhos demonstraram em escala o impacto que a direção sob a influência de álcool possuía nos acidentes e cujos resultados, apresentados em 1936, foram determinantes para a criação do *Comitê para Estudar os Problemas dos Acidentes em Veículos Automotores* da Associação Médica Americana, cujo cargo de presidência foi conferido a Heise.[14]

Ao mesmo tempo, em Evanston/Illinois, Richard Holcomb, responsável pelo Northwestern University Traffic Institute, ao analisar o estudo acima referido, concluiu que esse não teria valor se não fosse comparado com um grupo de controle dos motoristas nas estradas. O que tornou isso possível foi o *Drunkometer* recém inventado por R. N. Harger, que estimava a quantidade de álcool no sangue através do ar expirado. Assim, foi possível avaliar, em uma semana, 1.750 motoristas e verificar que níveis de álcool expressivos eram encontrados em número imensamente maior naqueles motoristas hospitalizados.[15]

Esse ambiente científico daria azo à primeira criminalização de *DUI* dos Estados Unidos da América que tinha como parâmetro a *Blood Alcohol Concentration* (Concentração de Álcool no Sangue ou BAC),[16] no Estado de Indiana em março de 1939, que viria a ser seguida pelo Estado de Maine em abril do mesmo ano.[17] Essa nova legislação, que inaugurou o que chamaremos da *se-*

13. BORKENSTEIN, Robert F. Op. cit., p. 5.

14. Idem, ibidem.

15. Idem, p. 5-6.

16. 1% BAC corresponde a 1g/dl (um decigrama por litro). Tal quantidade é mais do que suficiente para causar a morte de um ser humano, sendo, normalmente registradas nos casos de *DUI* valores entre 0.00% BAC a 0.19% BAC.

17. Consoante Kunsman essa legislação fora uma união de esforços do *Comitê para Estudar os Problemas dos Acidentes em Veículos Automotores*, acima referido, e do *Comitê sobre Álcool e Outras Drogas* (pertencente à *National Safety Concil*) (KUNSMAN, Gary.

gunda geração desse tipo de infração, previa três faixas de BAC: uma primeira de 0,05% ou abaixo, que gerava uma presunção relativa de inocência, uma segunda de 0,15% e acima, que dava azo a uma previsão relativa de culpa, e uma terceira, que ficava entre ambos os limites que poderia ser utilizada como prova auxiliar.[18] Esse tipo de crime teve como base o modelo dos países escandinavos, principalmente a Noruega e Suécia, os quais foram os primeiros no mundo a instituir uma legislação nesses moldes nos anos de 1936 e 1941, respectivamente,[19] por influência, no caso da Suécia, segundo Andréasson e Jones, dos trabalhos de Widmark, antes citado.[20]

Além disso, inovando mais uma vez na matéria,[21] no Estado de Nova Iorque em 1953 foi aprovada uma legislação, corrigida em 1954, por conta da decisão do caso *Schutt* v. *MacDuff*,[22] segundo a qual todo motorista que dirigisse no Estado estaria, implicitamente, fornecendo sua aquiescência na realização de um teste químico para determinar seu BAC, sendo que esse teste poderia ser de respiração, sangue, urina ou saliva. Todavia, caso a pessoa se recusasse concretamente a efetuar um exame quando demandada por uma autoridade, teria sua licença (e não direito)[23] para dirigir revogada. Conforme King e Tipperman essa legislação tinha como ponto de partida a concepção do então Procurador Geral de Nova Iorque (*Attorney General of New York*)[24] de que um teste forçado seria desaconselhado pela Constituição, na esteira do caso *Rochin*

Op. cit., p. 17.), Borkenstein cita ainda a participação da *American Bar Association* (BORKENSTEIN, Robert F. Op. cit., p. 6).

18. Refere Borkenstein que correspondências privadas com os responsáveis pela lei demonstravam que esses eram da opinião que o limite de 0,15% era alto demais, mas que era um limite seguro para aprovação (BORKENSTEIN, Robert F. Op. cit., p. 6).

19. ROSS, H. Laurence. The Scandinavian myth: the effectiveness of drunk-and-driving legislation in Sweden and Norway. *The journal of legal studies* 4/286.

20. Ver nota n. 3.

21. NICHOLSON, Christopher W. Maryland's drunk driving laws: an overview. *University of Baltimore Law Review*, vol. 11, p. 359, nota 16.

22. *Schutt* v. *MacDuff*, 205 Misc. 43, 127 N.Y.S.2d 116 (Sup. Ct. Orange County 1954) apud KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. Op. cit., p. 554.

23. Cita Nicholson que essa legislação parte da compreensão, normativamente fundada, de que é um privilégio a direção de veículos automotores e não um direito (NICHOLSON, Christopher W. Op. cit., p. 359).

24. Cargo semelhante ao Procurador-Geral de Justiça.

v. *California*[25-26-27] alude Nicholson que já em 1981 todos os Estados americanos possuíam legislações nesse sentido,[28] contemporaneamente denominadas consentimento implícito (*implied consent*).[29]

Posteriormente, os limites das legislações estaduais foram sendo reduzidos para 0,10% BAC, como ocorreu, por exemplo, com o Estado de Nova Iorque no ano de 1960,[30] o que seguiu uma tendência de uniformização patrocinada pela agência governamental *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA), através do *Standard 8*[31] e da *Howard-Barnes Bill*.[32]

No entanto, a partir de 1966 os limites de *DUI*, que antes se tratavam de presunções probatórias, passaram a ser transformados no próprio crime, criando aquilo que se convencionou chamar de *per se offenses*[33] (crimes por si só),[34]

25. 342 U.S. 165 (1952). Disponível em: [http://goo.gl/F7rLK]. Acesso em: 18.07.2013. Quanto ao caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América referiu como inválida a extração de cápsulas de morfina do estômago de um acusado mediante a colocação forçada de um tubo pela sua boca, pelo qual foi administrada uma solução que o fez vomitar as referidas cápsulas.
26. O acesso a grande número de precedentes judiciais americanos encontra-se disponível pelo serviço *Google Scholar* (versão americana do serviço). Para facilitar o acesso dos leitores, ao invés do link completo, optamos por usar outro serviço da empresa para o encurtamento desses.
27. KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. Op. cit., p. 550. Refira-se que, entretanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos viria a reconhecer legítima a retirada de sangue para esses mesmos fins [*Schmerber* v. *California*, 384 U.S. 757 (1966)] (idem, p. 551, nota 43).
28. NICHOLSON, Christopher W. Op. cit., p. 359, nota 16.
29. Comentando, na doutrina nacional, as leis de *implied consent*: HONORATO, Cássio Mattos. Sanções de trânsito na *common law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano. *RBCCrim* 52/71-134.
30. KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. Op. cit., p. 563.
31. BORKENSTEIN, Robert F. Op. cit., p. 10.
32. Essa Lei Federal, promulgada pelo Presidente Reagan, condicionava o recebimento de verbas federais para programas de segurança no trânsito à redução do limite de BAC para 0,10% (D'ALESSANDRO, John. The Constitutionality of Michigan's per se drunk driving law. *Cooley Law Review* 3/609).
33. Não é raro encontrar designações como BAC *offense* ou *Chemical offense*. Nesse sentido: HAMMER, Thomas J. Offense definition in Wisconsin's impaired driving statutes. *Marquette Law Review*, vol. 69, n. 2, p. 181.
34. GORE, Andrew. Know your limit: How legislatures have gone overboard with per se drunk driving laws and how men pay the price. *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 16, n. 2, p. 428.

o que podemos titular da *terceira geração* desse tipo de crime. Essa tendência viria, com a alteração do *Uniform Vehicle Code* (Código Padrão de Veículos) no ano de 1971, a ser adotada por várias legislações.[35] Segundo relata D'Alessandro, no caso do Estado de Michigan, a adoção de tal padrão normativo, em 1982, implicou a dispensabilidade da prova de sinais da influência de álcool no suspeito, sendo necessário, tão somente, provar que o mesmo conduzia o veículo e que possuía uma taxa de BAC igual ou superior àquela estipulada na Lei.[36]

Ademais, por pressão de organizações não governamentais como a *Mothers Against Drunk Drivers* (Mães contra os Motoristas Embriagados) a fronteira dessas violações viria a ser alterada para 0,08% BAC. A forma pela qual se conseguiu que todos os Estados americanos providenciassem a mudança foi o uso, mais uma vez, de condicionantes de incentivos federais: em junho de 1998 o Governo Federal americano aprovou a legislação *The Transportation Equity Act for the 21st Century (TEA-21)* que garantia um valor global de 500 milhões de dólares para incentivar os Estados a reduzirem a margem do crime *per se* para 0,08% BAC. Contudo, não tendo surtido os efeitos esperados,[37] no ano de 2000, a Seção 351 do orçamento do *Department of Transportation* (Departamento de Transporte) recebeu uma previsão que punia os Estados com redução dos auxílios federais para construção de rodovias, caso não implementassem a referida mudança até 30.09.2004.[38]

Uma *quarta* e, até então, última *geração* de previsões criminais que abordaremos diz ao que convencionou chamar de "Tolerância Zero" e, dependendo do Estado, criminalizam até mesmo a simples presença de álcool no organismo do motorista. A primeira das categorias atingidas por essa política são os menores de 21 anos,[39] os quais são, em regra, proibidos de comprar e ingerir

35. D'ALESSANDRO, John. Op. cit., p. 609-610.

36. Idem, ibidem.

37. Cita O'Neill que antes da referida providência federal 15 Estados tinham alterado sua legislação nesse sentido (O'NEILL, Chirstopher. Legislating under the Influence: Are Federal Highway Incentives Enough to Induce State Legislatures to Pass a 0.08 Blood Alcohol Concentration Standard? *Seton Hall Legislative Journal*, vol. 28, n. 2, p. 420.

38. THIEL, Craig. The Federal 0.08 BAC Requirement and the Potential Loss of Highway Funding. *State Notes: topics of legislative interest*. Lansing, may-june 2003. p. 2. Disponível em: [www.senate.michigan.gov/sfa/publications/notes/2003notes/notesmayjun03ct.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

39. Sempre precoce na matéria, o Estado de Nova Iorque criara a figura no ano de 1963, obviamente, o limite anterior fixado foi reduzido com o passar do tempo. (KING, Jose-

bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América.[40] Por fim, também são alvo de limites reduzidos os motoristas profissionais.

Assim, compreendida, em apertada síntese, o desenvolvimento e as alterações do delito de *DUI* nos Estados Unidos, nos é possível adentrar a problemática específica do crime em questão e compreender a maneira como se dá o procedimento criminal nesse país.

3. AS *DUI/DWI OFFENSES* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Seguindo a divisão clássica do direito comum, os crimes no direito americano dividem-se em duas principais categorias: *Felonies* e *Misdemeanor*, as primeiras são aquelas *offenses* apenadas com pena privativa de liberdade de mais de um ano ou morte,[41] sendo as segundas aquelas cujas penas são inferiores a esse patamar ou sujeitas a penalidades alternativas.[42] Essa dicotomia possui grandes repercussões processuais, no que diz respeito à prisão e ao procedimento que deve ser seguido.[43]

No caso do delito de *DUI*, esse é, no mais das vezes, um *Misdemeanor*, salvo, casos de lesão pessoal ou reiteração criminosa (normalmente por três vezes)[44]

---

phine Y.; TIPPERMAN, Mark. Op. cit., p. 567). Ademais, importante pressão, conforme Taylor e Oberman foi exercida pelo MADD (*Mothers Against Drunk Drivers*) (TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. *Drunk driving defense*, p. 40).

40. O *National Minimum Drinking Age Act of 1984 (23 U.S.C. § 158)* ordenou aos Estados, sob pena de perda dos repasses federais para construção de rodovias, que a idade legal para comprar e portar em público bebidas alcoólicas seria de 21 anos de idade.

41. *Felony* em: GARNER, Bryan A (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Version: 2.0.0 (B10239). Saint Paul/MN: West Publishing Corp., 2010. iPhone App.

42. *Misdeamenor* em: GARNER, Bryan A. (ed.). Op. cit.

43. No caso *United States* v. *Watson* [423 U.S. 411 (1976)], a Suprema Corte manteve a dispensabilidade do mandado de prisão para casos de *Felonies* quando presentes a *probable cause*, ainda que não seja cometido em frente a um policial. No caso dos *Misedeamneors*, é exigido o mandado judicial caso a *Offense* não se verifique na percepção de um oficial da lei. Outro exemplo é o caso *Blanton* v. *North Las Vegas* [489 U.S. 538 (1989)], no qual foi julgado que a 6.ª Emenda da Constituição Federal não se aplicava a um acusado de um *DUI Misdeamenor*, o qual não possuí direito ao julgamento pelo Júri. Sobre a 6.ª Emenda em português, ver: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 143-152.

44. Segundo King e Tipperman já em 1910 na Lei do Estado de Nova Iorque (acima) era previsto que a reincidência da prática de *DUI* repercutiria em uma *Felony* (King, Josephine Y.; Tipperman, Mark. Op. cit., p. 544).

hipóteses nas quais se trata de uma *Felony*.[45] No presente artigo, não abordaremos essas hipóteses agravadas.

Superado isso, as gerações do crime de *DUI* expostas acima não apresentaram na legislação americana a característica da substituição, mas da adição,[46] de maneira que, ao tempo que é prevista o crime de *DUI* clássico (primeira geração), estão previstos também os crimes *per se* (terceira geração) e de tolerância zero para menores de 21 anos e motoristas profissionais (quarta geração).

Os crimes da primeira geração, como visto acima, não preveem limite objetivo para sua perfectibilização, exigindo, contudo, que o motorista esteja sob a influência de álcool, como faz a legislação do Estado do Arizona (A.R.S. § 28-1381):

"A. É ilegal a uma pessoa conduzir ou estar no controle físico de um veículo neste Estado em qualquer das seguintes circunstâncias:

1. Enquanto sob a influência de bebidas alcoólicas, qualquer droga, uma substância que libere vapor que contenha uma substância tóxica ou qualquer combinação de bebidas alcoólicas, drogas ou substâncias que liberem vapor se a pessoa está comprometida com o menor grau."[47]

Importante referir, como bem alertado por Taylor e Oberman, que as definições legais do crime de *DUI* não exigem a embriaguez ao volante, que seria um grau mais elevado e sim que o álcool ou qualquer outra substância tenha afetado, ainda que em baixo grau, a capacidade de dirigir um veículo automotor. Dessa maneira, pequenas alterações na redação do dispositivo tendem a trazer grandes repercussões na abrangência da conduta incriminada, como no caso do Estado de Montana, no qual é exigida a diminuição na capacidade de uma pessoa operar com segurança um veículo (MCA 61-8-401-3-a) sendo, por isso, mais leniente do que outras jurisdições.[48]

A prova do crime de *DUI* da primeira geração pode ser feita através do depoimento de testemunhas, do próprio policial, dos resultados dos testes químicos e da existência de sintomas, muitas vezes detectados por meio dos *Field Sobriety Tests* (*FSTs*).[49] No caso dos testes químicos, conforme alertam Taylor e Oberman, esses não têm – normalmente – o condão de demonstrar a perda de

45. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 11 e 53.

46. O porquê dessa adição será discutido no subtítulo 6.1.

47. Trad. livre de: Arizona Revised Statutes. § 28-1381.

48. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 26-29.

49. Ver nota n. 105.

habilidade mental ou motora,[50] apenas comprovando a quantidade de álcool exigida.[51]

O grande revés desse tipo de abordagem legislativa é que, conforme mencionado por Moskowitz, foi comprovado através de estudos científicos que a capacidade de um policial treinado e experiente detectar sinais de embriaguez em alguém só se torna realmente confiável quando o nível de BAC dessa pessoa se encontra acima 0.10%.[52]

A dificuldade probatória que se apresenta na primeira geração, especialmente em casos nos quais a influência de álcool não se demonstra em um patamar mais elevado, é a principal vantagem que possuem as legislações de segunda e terceiras gerações, nestas últimas inclusas as *per se offenses* e aquelas de tolerância zero a menores de 21 anos e motoristas profissionais. Contudo, essas formas de criminalização apresentam problemas próprios.

O primeiro destes diz respeito à necessidade de um teste químico para determinar o exato BAC do motorista, o que acabou justificando a criação de leis de *implied consent*, as quais têm o condão de retirar a licença para dirigir desse caso se recuse a efetuar o teste químico. Essa legislação tinha por base a assunção de que a retirada coativa de sangue de um suspeito seria inconstitucional, entretanto, no ano de 1966 a Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente afirmou como válida esse tipo de providência no caso *Schmerber* v. *California*.[53] Além disso, a recusa em realizar o teste pode ser utilizada no julgamento

50. Ressalte-se que, em todos os Estados, é prevista uma presunção de debilidade com base nos testes químicos, que é, geralmente, mais elevada do que o nível exigido pelo crime *per se*. Apesar disso, essa presunção é, tão somente, relativa (TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 31).

51. Idem, p. 29-31.

52. MOSKOWITZ, Herbert. Driving under the influence. In: AMMERMAN, Robert T.; OTT, Peggy J.; TARTER, Ralph E. (eds.). *Prevention and Societal Impact of Drug and Alcohol Abuse*, p. 110.

53. 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: [http://goo.gl/OSd69]. Acesso em: 18.07.2013. Conforme referem Saltzburg e Capra, tendo em vista que o texto da 5.ª Emenda protege o suspeito de "testemunhar contra si próprio" (*witness agains himself* no original), mas não se estende outras formas de autoincriminação forçadas (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American criminal procedure: cases and commentary*, p. 637). Nesse caso célebre, a Suprema Corte esclareceu que estão protegidas, tão somente, provas de natureza comunicativa; relembrando casos anteriores para demonstrar a tendência histórica, o Tribunal esclareceu que os acusados não se encontram protegidos de serem obrigados a serem fotografados, fornecerem impressões digitais, serem medidos, escreverem e falarem para fins de identificação, comparecerem pe-

do imputado contra ele (*South Dakota* v. *Neville*)[54] e, também, pode implicar aumento na penalidade aplicada (caso não constitua um crime separado).[55]

O segundo problema se demonstra na questão de se é admitida prova de ausência de influência de álcool apesar da presença de álcool no sangue ou expiração. Quanto ao tema, dividem-se os Estados, ressaltando Taylor e Oberman que jurisdições como Alaska, Arizona e Virginia admitem que a defesa produza provas nesse sentido, mas que outras, tais quais Alabama, Minnesota e Pensilvânia, entendem como irrelevante essa prova.[56]

O terceiro ponto que necessita uma abordagem mais detida é o que diz respeito à correlação de determinada quantidade de álcool na expiração de determinada pessoa com a quantidade de álcool no sangue da mesma. Essa questão é de grande importância, porquanto é corriqueiro que as legislações que definem os crimes *per se* o façam prevendo um limite de álcool no sangue, geralmente em BAC, contudo, normalmente, a forma mais comum de obtenção da prova dessa infração faz-se através do uso de instrumentos que medem o álcool no ar expirado dos pulmões e *o estimam* quanto ao álcool no sangue.[57]

Entretanto, a lógica dos testes através do dito "ar alveolar" depende de um modelo de funcionamento da interação do álcool com o sistema respiratório e deste com o sistema circulatório que tem sido ativamente contestado. Segundo Hlastala, o antigo paradigma do teste de álcool na expiração surgiu num momento no qual a fisiologia respiratória se encontrava em estágio inicial, época na qual se acreditava que, quando uma expiração contínua era realizada, a última parte do ar exalado seria aquela estivera em contato direto com os alvéolos. Supunha-se que o álcool presente neste ar encontrar-se-ia em equilíbrio com aquele presente no sangue dos vasos capilares dos alvéolos, baseando-se na Lei de Henry,[58] a partir da qual seria possível extrair uma razão de partição a permitir a conversão entre as quantidades de álcool presentes nesse ar alveolar e

---

rante a Justiça, permanecerem de pé, assumirem determinada posição, caminharem ou efetuarem determinado gesto. Ver notas n. 106 e 111.

54. 459 U.S. 553 (1983). Disponível em: [http://goo.gl/PRH6D]. Acesso em: 18.07.2013.

55. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op cit., p. 104.

56. Idem, p. 44.

57. HLASTALA, Michael P. Paradigm shift for the alcohol breath test. *Journal of Forensic Sciences*, vol. 55, n. 2, p. 451.

58. A Lei de Henry é uma lei física que diz que a quantidade de uma substância volátil que está em um líquido e a quantidade no gás acima desta será diretamente proporcional à pressão exercida pelo gás no líquido (HENSON, Ronald E. Breath alcohol tes-

no sangue. Além disso, a concentração do álcool nessa amostra seria independente do volume expirado, após ter sido exalada a primeira parte do ar, e que, consoante refere Hlastala, era implícito que o dito "ar alveolar" não sofreria alteração na concentração de álcool ao passar pelas vias aéreas.[59]

Contudo, uma série de estudos desde a década de 1950 questionou tal modelo, levando ao surgimento de um novo paradigma nos exames de álcool através da respiração. Essa nova visão, descrita por Hlastala:

"As conclusões dos estudos acima são de que o álcool sai dos pulmões através da difusão da circulação brônquica através do tecido das vias aéreas onde é captado pelo ar inspirado. No momento em que atinge os alvéolos, o ar obteve tanto álcool quanto é possível. Portanto, nenhum álcool pode ser apanhado nos alvéolos. Na expiração, parte do álcool é depositada na superfície das vias aéreas. Todo o álcool expirado pela boca vem da superfície das vias aéreas através da circulação brônquica. Muito pouco, se algum, álcool é proveniente da circulação pulmonar ao redor dos alvéolos."[60]

Além disso, ressalta o pesquisador que a concentração de álcool no ar exalado ao fim da expiração não seria a alveolar[61] e, ainda, não seria fixa, como se supunha no modelo anterior, mas variaria por conta de uma série de fatores como volume exalado, padrão de respiração anterior ao teste, temperatura corporal e volume inspirado.[62]

Isso se torna importante na medida em que o coeficiente de partição empregado nos etilômetros é fixo e inajustável, simplesmente assumindo que todas as pessoas comungam de um índice sangue: respiração de 2100:1.[63] Contudo, estudos recentes apontaram que a razão de álcool em sangue: respiração depende do tamanho dos pulmões, variando em pessoas saudáveis por fatores como peso corporal, idade, etnia e sexo, sendo prejudicados aqueles com menor capacidade pulmonar.[64]

---

ting. In: AHERN, James J.; BLOMQUIST, Ernest R. (eds.). *Defending DUI and related Cases*. Springfield/IL: IICLE, 2009. vol. 2, p. 5-1; 5-34, 5-6; 13).

59. HLASTALA, Michael P. Paradigm shift for the alcohol breath test... cit., p. 452.
60. Idem, p. 453-454, trad. livre.
61. Idem, p. 455.
62. Idem, p. 454.
63. LABIANCA, Dominick A. Breath-alcohol analyzers and simulator solutions: a commentary on a deficient explanation of test results. *Forensic Toxicology*, vol. 27, n. 1, p. 51.
64. HLASTALA, Michael P.; ANDERSON, Joseph C. The impact of breathing pattern and lung size on the alcohol breath test. *Annals of Biomedical Engineering*, vol. 35, n. 2, p. 265. Ver também: LABIANCA, Dominick A. Op. cit., p. 51.

Tendo em vista essa problemática, esclarecem Taylor e Oberman que muitos Estados americanos, seguindo o exemplo da Califórnia,[65] passaram a adotar o limite das leis *per se*, também, diretamente em *Breath Alcohol Concentration* (BrAC),[66] assumindo-se expressamente que para esses fins valeria o índice de partição de 2100:1[67] ao definir em gramas por 210 l a infração,[68-69] tornado irrelevantes as diferenças pessoais.

O quarto ponto de discussão que as legislações *per se* geram gira em torno da *farmacocinética*[70] do etanol. Seguindo o modelo teórico traçado por Widmark, após ingerido, o etanol é absorvido pelo organismo, fazendo com que o nível de BAC ascenda até chegar no seu nível máximo, mantido durante um pequeno período, em regra, após o qual o nível de BAC passa a baixar até entrar na fase de eliminação do composto do organismo.[71]

Veja-se que determinas jurisdições, como a da Pensilvânia até dezembro de 1992,[72] exigem(iam) que o condutor apresentasse determinada quantidade de BAC *enquanto dirigisse*. Contudo, como aponta Dubowski, é praticamente inviável que se faça um teste sob padrões aceitáveis sob o ponto de vista forense

---

65. Alerta Dubowski, que uma previsão semelhante se encontrava no *Uniform Vehicle Code*. (DUBOWSKI, Kurt M. Absortion, distribution and elimination of alcohol: highway safety aspects. *Journal of Studies on Alcohol, Supplement* 10/98).

66. Trad. livre: concentração de álcool na expiração.

67. Nesse particular, Honorato trás à baila o índice de 2000:1, adotado pelo Dec. 6.488/2000 (HONORATO, Cássio Mattos. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008. *RT* 880/359, nota 33), todavia, parece-nos que tal valor seria um arredondamento do índice de 2100:1. De qualquer forma, tendo em vista o índice de 2000:1 acaba por fixar um limite mais alto e pela facilidade prática que o mesmo guarda na medição efetuada em mg/L, podemos aceitá-lo sem maiores aprofundamentos.

68. Alerta Dubowski, que uma previsão semelhante encontrava-se no *Uniform Vehicle Code* (DUBOWSKI, Kurt M. Op. cit., p. 98).

69. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 44-45.

70. Farmacocinética é o "Movimento das drogas dentro dos sistemas biológicos no que se refere a captação (ou absorção), distribuição, biotransformação e eliminação do organismo, sob a forma original ou na de seus metabólitos" (REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p. 360)

71. DUBOWSKI, Kurt M. Op. cit., p. 99-103.

72. SCHEFTER, Robert J. Under the influence of alcohol three hours after driving: the Constitutionality of the (a) (5) Amendment to Pennsylvania's *DUI* Statute. *The Dickinson Law Review*, vol. 100, n. 2, p. 441.

no momento do primeiro encontro com a autoridade,[73] de maneira que o competente teste químico só se faz possível após determinado período do tempo.[74]

A primeira forma de abordar esse problema se fez através da *extrapolação retrógrada*,[75] tendo, por exemplo, as cortes da Pensilvânia entendido que valores muito próximos do limite objetivo previsto no crime, derivados de exames realizados uma hora depois de o veículo ter sido parado não constituíam prova suficiente para a condenação. Em casos com períodos menores, o teste era considerado forte prova do delito.[76]

As principais razões para a perda de confiabilidade das medições realizadas após determinado tempo são sintetizadas por Dubowski, em trad. livre deste autor:

"Primeiro, nem todas as curvas de álcool no sangue e no hálito seguem o padrão Widmark, nem é a fase de eliminação necessariamente linear. Em segundo lugar, a absorção do álcool nem sempre é completa dentro de 60 a 90 min., como muitas vezes alegado. Terceiro, o pico de concentração de álcool não pode ser validamente previstos ou estabelecidos em um caso individual, sem medição frequentes e oportunas das concentrações de álcool. Quarta, não é possível determinar se um indivíduo está na fase de absorção ou eliminação, ou a estabelecer a taxa média global de eliminação do álcool do sangue ou da respiração, a partir dos resultados de duas medições consecutivas ou sangue de álcool no hálito, de qualquer maneira cronometrado. Em quinto lugar, flutuações significativamente grandes de curto prazo ocorrerem em alguns indivíduos e resultam em marcantes desvios positivos e negativos da linha de tendência de concentração de álcool. Em sexto lugar, oscilações acentuadas de a curto prazo da concentração de álcool no sangue ou hálito pode ocorrer em vários pontos da curva, resultando em excursões repetida da concentração de

73. O caso dos bafômetros portáteis, *handheld* ou *Portable Breath Tests*, será analisado em tópico abaixo.

74. DUBOWSKI, Kurt M. Op. cit., p. 106.

75. Rey define *extrapolação* como "qualquer processo com que se infere o comportamento de uma função, fora de um intervalo de observação quantitativa, mediante o seu comportamento dentro desse intervalo" (REY, Luís. Op. cit., p. 356). No caso dos crimes de *DUI*, *a extrapolação retrógrada* é utilizada para, com base em testes posteriores, estimar a quantidade de BAC de alguém no momento em que essa pessoa efetivamente dirigia o veículo.

76. Refira-se que casos posteriores alteraram essa posição, contudo, nessa época o processo legislativo já se encontrava em andamento (SCHEFTER, Robert J. Op. cit., p. 449-451).

álcool acima e abaixo de uma determinada concentração (como 80 ou 100 mg/dl) dentro de alguns minutos ou horas. Finalmente, nenhuma extrapolação para frente ou para frente ou para trás das concentrações de álcool ou hálito é normalmente possível em um determinado sujeito e ocasião exclusivamente com base no tempo e os resultados das análises individuais."[77]

Visando a evitar todo o tipo de dificuldade que se apresenta no emprego da extrapolação retrógrada, muitas outras jurisdições emendaram suas legislações para prever uma "janela" para realizar o exame, seja criando uma presunção legal que o momento do exame corresponde exatamente ao momento da infração, seja prevendo o crime visando a proibir que a pessoa tenha bebido de maneira a ocasionar que seu BAC atinja determinado nível, em até tantas horas após ter *dirigido*.[78]

A primeira abordagem, que poderia ser chamada de *processual* encontra-se prevista na legislação da Califórnia, que determina que:

"23152. (B) É ilegal para qualquer pessoa que tenha 0,08 por cento ou mais, em peso, de álcool em seu sangue conduzir um veículo (...).

Em qualquer acusação sob esta subdivisão, é uma presunção refutável de que a pessoa tinha 0,08 por cento ou mais, em peso, de álcool em seu sangue no momento da condução do veículo se a pessoa tinha 0,08 por cento ou mais, em peso, de álcool em seu sangue no momento da realização de um teste químico dentro de três horas após a condução."[79]

Esse tipo de previsão, apesar de favorecer o Estado e ter dado reconhecimento jurídico à *extrapolação retrógrada*, não resolve os problemas derivados da farmacocinética do etanol, especificamente a curva ascendente de BAC, o que ocorre no período de absorção do etanol no organismo.[80]

O outro tipo de abordagem, que poderíamos chamar de *material*, foi adotada no Estado da Pensilvânia em dezembro de 1992, quando, em reação a decisões da sua Suprema Corte, foi aprovada a seguinte alteração legislativa:

"(A) Uma pessoa não deve dirigir, operar ou estar no efetivo controle físico do movimento de qualquer veículo: (...)

(5) se a quantidade de álcool por peso no sangue de uma pessoa é de 0,10% ou superior, no momento de uma análise química de uma amostra de respiração, sangue ou urina da pessoa, cuja amostra é:

---

77. Idem, p. 106.

78. Idem, ibidem.

79. Trad. livre de: California Vehicle Code Sections 23152. Disponível em: [www.dmv.ca.gov/pubs/vctop/d11/vc23152.htm]. Acesso em: 18.07.2013.

80. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 43.

(I) obtida dentro de três horas depois que a pessoa dirigiu, operou ou esteve no efetivo controle físico do veículo, ou

(II) se as circunstâncias do incidente impedem a coleta da amostra dentro de três horas, sejam obtidas dentro de um prazo suplementar razoável depois que a pessoa dirigiu, operou ou esteve no efetivo controle físico do veículo."[81-82]

Esclarece ainda Schefter que nessa legislação fora prevista uma defesa afirmativa, que se manteve nas alterações posteriores, qual seja, a de que a pessoa ingeriu bebida alcoólica após ter dirigido impede a condenação.[83]

Por derradeiro, cabe frisar que muitos Estados possuem "agravantes" para as infrações de *DUI*, as quais, em determinados casos são previstas como crimes autônomos. Essas hipóteses são enumeradas por Taylor e Oberman como: alta concentração de BAC,[84] a recusa em realizar o teste químico,[85] alta velocidade ou direção perigosa, colocação em perigo de criança e ocasionamento de acidente ou lesão.[86]

4. PRINCIPAIS QUESTÕES PROCEDIMENTAIS NOS CRIMES DE *DUI/DWI*

Se os problemas que circundam a definição legal dos crimes de *DUI* já se mostram intrincados, podemos referir que idêntica, ou até maior, complexidade se apresenta no que tange à sua comprovação. Todavia, não se afigura possível discutir a problemática que tal comprovação apresenta separadamente do procedimento no qual se dá, que é, na verdade, a fase investigatória desse.

Para fins didáticos, escolhemos como "divisor de águas" o *arrest* (prisão), espécie de apreensão e ato de grande importância no direito americano, a

81. Trad. livre de 75 Pa. Cons. Stat. Ann. § 3731(a) (5) apud SCHEFTER, Robert J. Op. cit., p. 441-442, nota n. 4.

82. Atualmente, o conteúdo da legislação é praticamente o mesmo, tendo, no entanto, dividido em três faixas de BAC o crime e diminuído o tempo, em regra, exigido para duas horas. Ver PA Vehicle Code Ch. 38, § 3802. Disponível em: [www.dmv.state.pa.us/pdotforms/vehicle_code/chapter38.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

83. SCHEFTER, Robert J. Op. cit., p. 441-442.

84. Determinadas legislações, como a da Pensilvânia, possuem faixas de BAC, no caso do mencionado estado o crime base vai de 0,08% BAC até menos de 0,10%, uma segunda mais grave que vai de 0,10% até menos de 0,16% BAC e uma terceira, gravíssima, que pune os motoristas com 0,16% ou mais BAC. Ver nota n. 82.

85. Conforme referido acima (nota n. 27), a recusa da realização do teste não impede a retirada coativa de sangue, além de implicar a perda do privilégio de dirigir e o aumento da pena ou a existência de crime autônomo.

86. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 104-105.

partir do qual diversas proteções se aplicam e que, segundo Ramos, inicia a persecução penal propriamente dita.[87] Assim, em primeiro lugar, buscaremos delinear as questões que surgem antes que a prisão seja efetuada para, após, discutir as demais implicações que se colocam depois que o policial inicia a detenção do sujeito.

4.1 Pré-arrest

Diante da 4.ª Emenda da Constituição americana,[88] o Estado[89] não pode realizar buscas e apreensões ou prisões irrazoáveis, sem mandado para tal e/ou sem "causa provável" (*probable cause*)[90] para a expedição deste.[91] O alcance desse dispositivo tem grandes repercussões sobre a forma e os limites das investigações e das persecuções nos delitos de *DUI*, uma vez que a providência básica nesse tipo de infração que é a da parada do veículo pelo policial, a partir da qual os *Field Sobriety Tests (FSTs)*[92] e os exames químicos são aplicados (ambos abaixo descritos), são "apreensões" para fins da 4.ª Emenda.[93]

---

87. RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 180-181.

88. Segundo tradução de Ramos: "O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas" (idem, p. 265).

89. Nos termos de *United States* v. *Jacobsen* [466 U.S. 109 (1984)], a 4.ª Emenda somente protege o cidadãos contra a ação Estatal, não compreendendo providências privadas, a menos que esses particulares estejam a serviço do Estado. No mesmo sentido: SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 35.

90. Segundo *Qian* v. *Kautz* [trad. livre]: Um policial possui uma causa provável para efetuar a prisão, quando, no momento em que a decisão é tomada, os fatos e as circunstâncias em seu conhecimento e aquelas que ele possui informação razoavelmente confiável teriam justificado que uma pessoa prudente acreditasse que o suspeito cometeu ou estava a cometer um delito [168 F.3d 949, 955-56 (7th Cir. 1999)]. Em sentido semelhante Saltzburg e Capra referem que: "Causa provável para efetuar a prisão é determinada pela existência de uma probabilidade razoável de crer que o detido tenha cometido um crime" (idem, p. 117).

91. Idem, p. 35.

92. Ver nota n. 105.

93. Definindo a parada de um veículo com uma apreensão enquadrada no âmbito da proteção da 4.ª Emenda: *Delaware* v. *Prouse* [440 U.S. 648 (1979)]. Disponível em: [http://goo.gl/4L71g]. Acesso em: 18.07.2013.

A primeira hipótese na qual a parada do veículo é permitida, caso prevista na legislação estadual, é a das barreiras policiais, admitidas por conta da decisão *Michigan Dept. of State Police* v. *Sitz*,[94] desde que dirigidas ao combate aos motoristas embriagados, não podendo, na esteira de *City of Indianapolis* v. *Edmond*,[95] essas serem utilizadas como maneira de obter prova de crimes genéricos. Entretanto, essas barreiras devem atender as regulamentações de ordem federal e estadual,[96] bem como às decisões quanto à matéria,[97] vedando-se, principalmente, que sua localização seja aleatória e que não possua um critério objetivo (matemático) na parada dos veículos.[98]

A segunda hipótese na qual tal providência é possível é a parada isolada, cujo embasamento pode ser tanto a prática de qualquer infração de trânsito (consoante a tão criticada decisão em *Whren* v. *United States*)[99] quanto a presença de *reasonable suspition*. Essa última hipótese, que tem como fundamento a decisão *Terry* v. *Ohio*,[100] permite apenas detenções por breves períodos de

94. 496 U.S. 444 (1990). Disponível em: [http://goo.gl/PkWHT]. Acesso em: 18.07.2013.

95. 531 U.S. 32 (2000). Disponível em: [http://goo.gl/956xL]. Acesso em: 18.07.2013. Nesse caso, *blitzs* com cachorros farejadores eram empregados para encontrar nos carros provas do transporte de drogas. Além dessa hipótese, no caso *United States* v. *Martinez-Fuerte* a Suprema Corte permitiu o uso de locais de parada obrigatórios na zona fronteiriça como método de controle desta [428 U.S. 543 (1976)]. Disponível em: [http://goo.gl/J3PyU]. Acesso em: 18.07.2013.

96. Para um resumo da matéria ver o guia *Saturation Patrols & Sobriety Checkpoints* da NHTSA. Disponível em: [www.nhtsa.gov/people/injury/alcohol/saturation_patrols/SatPats2002.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

97. No caso *Ingersoll* v. *Palmer*, por exemplo, a Suprema Corte da Califórnia determinou como requisitos para a legalidade dos *Sobriety Checkpoints* nesse Estado os seguintes: (a) As decisões acerca do tema devem ser tomadas pelo pessoal de supervisão e não pelo policial de campo, (b) Um critério matemático e objetivo deve ser empregado na parada dos veículos, sendo vedada a escolha discricionária, (c) A principal atenção deve ser quanto à segurança dos motoristas e dos policiais, sendo o local bem sinalizado e claro, (d) Sua localização deve ser razoável, (e) Razoabilidade do tempo e duração do *Checkpoint*, (f) Indícios da natureza oficial da barreira, (g) Duração e natureza da detenção do motorista devem ser breves, sob pena da aplicação das proteções tradicionais e (h) Publicidade antecipada [(1987) 43 Cal.3d 1321 , 743 P.2d 1299; 241 Cal.Rptr. 42]. Disponível em: [http://goo.gl/kftXw]. Acesso em: 18.07.2013.

98. Vedando essa possibilidade, ver: *Delaware* v. *Prouse*, 440 U.S. 648 (1979). Disponível em: [http://goo.gl/IVXUR]. Acesso em: 18.07.2013.

99. 517 U.S. 806 (1996). Disponível em: [http://goo.gl/rlH2m]. Acesso em: 18.07.2013.

100. 392 U.S. 1 (1968). Disponível em: [http://goo.gl/OEyJK]. Acesso em: 18.07.2013. O principal fundamento de *Terry* é a segurança do próprio policial e dos demais

tempo, tão somente para que se confirme a *reasonable suspition*,[101] podendo essa se transformar em *probable cause*. No caso dos delitos de *DUI*, a *reasonable suspition* para a parada do veículo geralmente se dá por conta da direção excêntrica por parte do suspeito.[102]

Uma vez efetuada a parada do veículo com a presença de *probable cause*, derivada, na sequência de *Whren*, por uma infração de trânsito, essa deve se

---

cidadãos, como restou expresso em Minnesota v. Dickerson [508 U.S. 366 (1993). Disponível em: [http://goo.gl/5vrDU]. Acesso em: 18.07.2013]. Refira-se que, conforme Bolton, em que pese a Suprema Corte não tenha classificado expressamente as paradas de veículos como *Terry Stops*, a Corte utilizou os critérios alinhavados nesta decisão para julgar acerca da validade dessas (BOLTON, Reid M. The legality of prolonged traffic stops after Herring: Brief delays as isolated negligence. *The University of Chicago Law Review* 76/1783-1784).

101. Referem Saltzburg e Capra que, segundo a linguagem da Suprema Corte, o *standard* da *reasanable suspition* difere em grau daquele da *probable cause*, sendo menos exigente, o que se justifica na medida em que este justifica intromissões estatais maiores que desse. Ainda, fazem o uso do célebre trecho da decisão United States v. Cortez [449 U.S. 441 (1981). Disponível em: [http://goo.gl/J6cgI]. Acesso em: 18.07.2013], geralmente empregado para demonstrar os critérios que dão azo à *reasonable suspition*, o qual apresentaremos aqui traduzido livremente por este autor:
"[A] a totalidade das circunstâncias – todo o conjunto – deve ser levado em conta. Com base em todo esse conjunto os oficiais que realizam a detenção devem ter uma base objetiva e particularizada para suspeitar que a pessoa particular cessou alguma atividade criminosa (...).
A ideia que a avaliação de todo o quadro deve produzir uma suspeita particularizada contém dois elementos, cada um dos quais deve estar presente antes que uma parada seja permitida. Primeiro, a avaliação deve ser baseada em todas as circunstâncias. A análise prossegue com várias observações objetivas, informações dos relatórios da polícia, se estiverem disponíveis, e as considerações dos modos ou padrões de conduta de certos tipos de delinquentes. A partir destes dados, um oficial treinado efetua inferências e faz deduções – inferências e deduções que podem muito bem enganar uma pessoa inexperiente.
O processo não lida com certezas absoluta, mas com as probabilidades. Muito antes da lei das probabilidades ser articulada como tal, as pessoas práticas formulavam determinadas conclusões do senso comum sobre o comportamento humano (...).
O segundo elemento contido na ideia de que uma avaliação de todo o conjunto deve render uma suspeita particularizada é o conceito que o processo acima descrito deve levantar a suspeita de que o indivíduo em particular sendo parado está envolvida em irregularidades (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 247-248).

102. Nesse sentido: TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 206-207. Aceitando, por exemplo, o fato do motorista estar oscilando numa mesma faixa como *reasonable suspition*, em que pese não configure uma infração, para uma parada investigativa: *State* v. *Flanagan* [(June 14, 2000), 9th Dist. No. 99CA0045].

encerrar no seu objetivo, segundo ficou consignado em decisões como *Ferris* v. *State*.[103] Assim, por exemplo, caso o motorista tenha sido parado por excesso de velocidade, após ter recebido a *citation* por essa infração, qualquer outra providência é, seguindo essa mesma decisão, uma segunda parada, devendo outras intrusões na órbita do indivíduo ser justificadas com base em, pelo menos, nova *reasonable suspition*.

Dessa maneira, se a parada tiver sido fundamentada em *Terry* ou, após uma parada justificada por *Whren* com detecção de *reasonable suspition* posterior à parada, o policial tem "direito" automático de requerer que o motorista do veículo saia do mesmo, nos termos do que foi decidido pela Suprema Corte em *Pennsylvania* v. *Mimms*.[104] Embora não exista um fator determinante, devendo sempre ser avaliada a totalidade das circunstâncias, os olhos vermelhos, o cheiro de álcool no hálito são indícios comuns que, em conjunto, normalmente, são aceitos como *reasonable suspition*.

Após sair do veículo, o suspeito é, normalmente, submetido aos chamados *Field Sobriety Tests (FSTs)*,[105] uma série de testes que podem ser realizados pelo policial no local da parada e que, seguindo um sistema de pontos, determinam

103. 355 Md. 356, 735 A.2d 491 (1999). Disponível em: [http://goo.gl/h6b6k]. Acesso em: 18.07.2013.

104. 434 US 106 (1977). Disponível em: [http://goo.gl/of8Tz]. Acesso em: 18.07.2013.

105. Em que pese sejam extremamente criticados por parte da doutrina norte-americana, esses testes são corriqueiramente empregados para determinar a existência de *probable cause* de DUI. Conforme esclarece Kunsman, tais testes foram desenvolvidos na década de 1970 a pedido da NHTSA, tendo, com o passar do tempo, os testes administrado sido alterados, sendo, atualmente, três aplicados. O primeiro desses se trata do *one-leg stand* (algo como "manter-se em pé com uma só perna", abreviado para OLS) e se qualifica em um teste de *divided-attention* (atenção dividida), segundo o qual, depois de instruído, o suspeito deve manter ambos calcanhares juntos e, ao comando do policial, levantar uma das pernas e contar rapidamente de 1001 a 1030. O segundo teste é o *walk and turn* (caminhar e dar a volta, abreviado WAT), que consiste em que o suspeito permaneça com um pé em frente ao outro durante as instruções e, após essas, dê nove passos em uma linha reta colocando um pé em frente ao outro, após os quais deve fazer um giro de forma pré-determinada e retornar com outros nove passos da mesma forma que os primeiros. O último diz respeito ao *horizontal gaze nystagmus* (*nistagmo* horizontal do olhar, abreviado HGN), no qual o policial ordena que o suspeito fique com a cabeça reta e que acompanhe determinado objeto que esse segura em uma trajetória horizontal, buscando observar a presença de *nistagmos* (oscilações laterais na trajetória dos olhos) anormais. Todos os testes possuem limitações quanto às pessoas que podem ser aplicados e, mesmo quando aplicados de maneira adequada, possuem, em conjunto, uma taxa de acerto de 83.3% para níveis de álcool igual ou maiores a 0.10% BAC, sendo que aplicados sozinhos

o nível de influência de álcool que o condutor do veículo se encontrava, utilizados para o assentamento da *probable cause*. Em princípio, poder-se-ia questionar se os *FSTs*, que dependem da participação do suspeito, não representariam uma ofensa à 5.ª Emenda da Constituição americana, que protege o cidadão contra a autoincriminação.[106] Contudo, – seguindo as decisões *Schmerber* v. *California*[107] e *Doe* v. *United States*,[108] que restringem a proteção da referida Emenda para, tão somente, afirmações factuais ou informativas, excluindo-a para colaboração do suspeito no que tange à produção de provas físicas – a Suprema Corte em *Pennsylvania* v. *Muniz*[109] assentou que as observações fisiológicas que tomam lugar nos *FSTs*, mesmo quando se referem à pronúncia de palavras sem conteúdo informativo, não se revestem de natureza testemunhal e não são, por isso, protegidas pela 5.ª Emenda.[110-111]

Frise-se que, no que se refere à *DUI offense* de primeira geração, também chamada "clássica", conforme referido acima, além de servirem como *probable cause*, os resultados dos *FSTs* e as demais observações efetuadas pelo policial no momento da parada podem ser utilizadas como prova condenatória, caso fique claro que a pessoa se encontrava sob os efeitos do álcool, ainda que não se apure a quantidade de BAC desse suspeito.[112]

Por outro lado, a *probable cause*, também pode ser obtida através dos denominados *Portable Breath Testers*, *Preliminary Breath Test* (*PTB*), *Alcohol screening device* (ASD) ou *passive alcohol sensor* (PAS), que se trata de etilômetros portáteis de confiabilidade limitada.[113] Contudo, diferentemente das observa-

---

essa taxa é de 68% para o WAT, 65% para o OLS e 77% para o HGN (KUNSMAN, Gary W. Op. cit., p. 19-21).

106. Segundo tradução de Ramos: "Ninguém (...) poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo (...)" (RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 265). No original: "No person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)".

107. Ver nota n. 53.

108. 487 U. S. 201 (1988). Disponível em: [http://goo.gl/oWPnc]. Acesso em: 18.07.2013.

109. 496 U.S. 582 (1990). Disponível em: [http://goo.gl/PcCvK]. Acesso em: 18.07.2013.

110. Veja-se que na própria decisão é feita uma ressalva quanto a perguntas que guardam conteúdo informativo. No caso, foi excluída do feito a prova na qual o suspeito não soube informar ao policial qual era a data do seu 6.º aniversário.

111. Para uma análise mais ampla, em língua portuguesa, dos limites da 5.ª Emenda, no que tange à autoincriminação, ver: RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 135-142.

112. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 29-31.

113. Idem, p. 300.

ções visuais e dos *FTSs*, dada à sua imprecisão, a maioria dos Estados nega o caráter comprobatório desses dispositivos, sendo vedada, no mais das vezes, até como prova para a defesa.[114]

Exemplos da vedação quanto ao uso dos *PBTs* podem ser encontrados, exemplificativamente, no Estado americano de Iowa.[115]

"2013 Iowa Code/Title VIII Transportation/Subtitle 2 Vehicles/Chapter 321J Operating While Intoxicated

321J.5 Teste de medição preliminar.

1. Quando um oficial da paz possuir razões razoáveis para acreditar que qualquer das seguintes situações ocorreu, o oficial da paz pode requerer que o operador proporcione uma amostra de hálito para um teste preliminar de medição, usando um dispositivo aprovado pelo comissionário de segurança pública para esse propósito:

a. Um operador de veículo automotor pode estar violando ou ter violado a seção 321J.2 e 321J.2A.

b. O operador ter se envolvido em uma colisão de veículos automotores de que tenha resultado ferimentos ou morte.

2. Os resultados desse teste de medição preliminar podem ser usados para o propósito de decidir se a detenção deve ser feita ou se é o caso de requerer um teste químico, autorizado por este capítulo, mas não deve ser utilizado em qualquer ação judicial, exceto para provar que o teste químico foi devidamente requerido da pessoa nos termos deste capítulo."[116]

Essa posição de repúdio ao uso probatório dos *PTBs* se faz presente, igualmente, nas decisões do Poder Judiciário norte-americano, como, por exemplo, no seguinte trecho do caso *State* v. *Shuler*:[117]

---

114. Idem, p. 306-307.

115. Além das legislações a seguir expostas, referem Hunsucker, Edge e Nesci que os *PBTs* são igualmente inadmitidos no Estado de Oklahoma, inobstante isso, citam os autores, que determinados policiais adquiriram por conta própria os dispositivos e buscam empregá-los (HUNSUCKER, John; EDGE, Bruce; NESCI, James. *Oklahoma Dui defense: the law and practice*. Tucson/AZ: Lawyers & Judges, 2007. p. 125).

116. Trad. livre de: 2013 Iowa Code/Title VIII Transportation/Subtitle 2 Vehicles/Chapter 321J Operating While Intoxicated. Disponível em: [http://search.legis.state.ia.us/nxt/gateway.dll/ic?f=templates&fn=default.htm]. Acesso em: 18.07.2013. Seguem idêntica tendência Colorado, Delaware, Illinois e Kansas, dentre muitos outros.

117. *State* v. *Shuler* (168 Ohio App.3d 183, 2006-Ohio-4336. Disponível em: [http://goo.gl/Mpqlt]. Acesso em: 18.07.2013).

"Os dispositivos de testes de hálito portáteis (PTB) não estão dentre aqueles instrumentos listados no Código Administrativo de Ohio 3701-53-02 como aprovados como instrumentos evidenciais de teste de hálito para determinar a concentração de álcool no hálito de indivíduos, potencialmente, em violação do R.C. 4511.19. Os resultados dos testes de hálito portáteis (PTB) são considerados inerentemente não confiáveis, porque eles "podem registrar uma percentagem inexata de álcool presente no hálito, e pode ainda ser inexato quanto à presença ou ausência de qualquer quantidade de álcool." Ver State v. Zell (Iowa App. 1992), 491 N.W.2d 196, 197. dispositivos de testes de hálito portáteis (PTB) são projetados para medir a quantidade de certos compostos químicos no hálito da pessoa objeto. Os compostos químicos medidos são achados em álcool consumível, mas estão também presentes em produtos químicos industriais e alguns medicamentos não intoxicantes vendidos sem receita médica. Eles podem, ainda, aparecer quando o sujeito sofra de uma doença como diabetes, refluxo gástrico, ou certos cânceres. Mesmo a gasolina, contendo álcool etílico nas roupas ou mãos do motorista, pode alterar o resultado. Tais fatores podem fazer com que os testes de hálito portáteis (PTB) registrem leituras inexatas, como falsos positivos. Veja Tebo, New Test for DUI Defense: Advances in Technology and Stricter Laws Create Challenges for Lawyers, Jan. 28, 2005 [www.duicentral.com/aba_journal/]. Essa falta de confiabilidade evidencial proporciona a base para excluir a admissibilidade dos testes de hálito portáteis (PTB) do julgamento. Ver Elyria v. Hebebrand (1993), 85 Ohio App.3d 141, 619 N.E.2d 445; State v. Kerns (March 30, 1998), Van Wert App. No. 15-97-8, 1998 WL 142384."[118]

Por fim, embora a recusa em realizar o teste preliminar não esteja protegida pelo escopo da 5.ª Emenda da Constituição americana, diversos estados não colocam qualquer sanção no caso da negativa da realização do PTB,[119] deven-

---

118. Outras decisões que vão no mesmo sentido são *Harmon* v. *State* (809 A.2d 696 (Md. App. 2002). Disponível em: [http://goo.gl/eTCJN]. Acesso em: 18.07.2013), *State* v. *Delarosa* (11th Dist. No.2003-P-0129, 2005-Ohio-3399. Disponível em: [http://goo.gl/45g2f]. Acesso em: 18.07.2013), *People* v. *Rose* (643 N.E.2d 865 (Ill.App. 1994). Disponível em: [http://goo.gl/bvzNd]. Acesso em: 18.07.2013), *Patrick* v. *State* (295 Ark. 473, 750 S.W.2d 391 (1988). Disponível em: [http://goo.gl/kbz9e]. Acesso em: 18.07.2013).

119. Um exemplo dessa tendência se encontra na legislação de Maryland: "Maryland Code, 'Transportation', § *16-205.2. Teste de respiração preliminar.* (D) A recusa em realizar o teste não viola o § 16-205,1; teste nos termos do § 16-205,1 não afetado. – A recusa em submeter-se a um teste de respiração preliminar não constitui uma violação do § 16-205,1 e a realização do teste de respiração preliminar não isentará o indivíduo da obrigação de

do, nesse caso, o policial servir-se dos demais fatos disponíveis para julgar a existência de *probable cause*.

4.2 Arrest e pós-arrest

Conforme referido acima, a 4.ª Emenda impõe limites à realização de buscas e apreensões, requer-se que essas sejam razoáveis[120] e acompanhadas de um mandado específico, fundamentado em *probable cause*.[121] Contudo, segundo Saltzburg e Capra, a jurisprudência do mais alto tribunal dos Estados Unidos acabou por criar uma série de exceções a essa regra,[122] dentre as quais, por sua relevância, é a dispensabilidade, na esteira da decisão *United States* v. *Watson*,[123] de mandado para crimes (seja *Felony* ou *Misdemeanor*)[124] cometidos na presença de um policial.[125]

De qualquer forma, mesmo que dispensada a obtenção do mandado, os demais requisitos da 4.ª Emenda aplicam-se, sendo necessária, obviamente, a presença de *probable cause*, nos termos de *Ker* v. *California*.[126] Assim, caso o policial no caso das *DUI Offenses* obtenha indícios suficientes para preencher o requisito da *probable cause*, seja através da sua observação quanto à condição do motorista, aos resultados dos *FSTs* ou do *PBT*, esse realizará o *arrest* do

---

fazer o teste exigido nos termos do § 16-205,1 deste subtítulo se solicitado a fazê-lo pela polícia". Disponível em: [www.michie.com/maryland/lpext.dll/mdcode/2390e/24dfa/24eb0/24ecf?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0#]. Acesso em: 18.07.2013.

120. Conforme referem Saltzburg e Capra, a jurisprudência da Suprema Corte fixou como regra geral que é considerada não razoável a busca e apreensão sem mandado, entretanto, em outros casos, principalmente referentes a procedimentos médicos invasivos, a Corte entendeu que, mesmo acompanhado de mandado e fundado em *probable cause* a providência não se qualificava como razoável (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 35 e 142).

121. Nesse sentido ver: idem, p. 35.

122. Idem, p. 35.

123. 423 U.S. 411 (1976). Disponível em: [http://goo.gl/taZaS]. Acesso em: 18.07.2013.

124. No caso das *Felonies*, a prisão, conforme *Carroll* v. *United States* (267 U.S. 132 (1925). Disponível em: [http://goo.gl/EIVeY]. Acesso em: 18.07.2013), está autorizada, ainda que o crime não tenha sido cometido perante o policial.

125. Acrescentam ainda Saltzburg e Capra que essa posição se encontra assentada também no *American Legal Institute Model Penal Code of Pre-Arraignment Procedure*, na seção 120.1 (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 166).

126. 374 U.S. 23 (1963). Disponível em: [http://goo.gl/Z6TgU]. Acesso em: 18.07.2013. No mesmo sentido: SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 167.

suspeito.[127] Somente a partir da realização do *arrest*, segundo decidido pela *Berkemer* v. *McCarty*,[128] passam a incidir as proteções previstas em *Miranda* v. *Arizona*,[129] sendo desnecessário, por isso, caso a parada não tenha fugido da normalidade, efetuar os *Miranda Warnings*.[130]

Em sequência, o suspeito será levado até a delegacia de polícia, onde lhe será aplicado um *Chemical Test*, seja de sangue, ar expirado ou urina, sendo, principalmente no caso dos primeiros, o teste conduzido por um profissional treinado e em um ambiente controlado que assegure a confiabilidade do exame realizado. Se o exame acusar a presença de álcool nos termos da legislação substantiva, o acusado será fichado (*booked*) e, no mais das vezes, após prestar a fiança na própria delegacia (*stationhouse bail*),[131] será liberado.

Liberado na delegacia mediante fiança ou não, na esteira de *Gerstein* v. *Pugh*[132] é necessária a avaliação de um juiz quanto à legalidade da parada e quanto à presença de *probable cause* para a prisão, exame esse que deve se dar, conforme decidiu a Suprema Corte em *County of Riverside* v. *McLaughlin*,[133] em um prazo de 48 horas, esse ato geralmente é chamado de *Arraignment*.

Caso alguma dessas apreensões/detenções tenha sido feita em violação da 4.ª Emenda, aplica-se a *exclusionary rule* (regra de exclusão) – fundamentada na decisão da Suprema Corte *Weeks* v. *United States*[134] e nos julgados posterio-

---

127. Frise-se que no sistema americano é aceita a discricionariedade do policial quanto a prender ou não alguém. Essa faculdade é entendida como uma forma de gerenciar os limitados recursos disponíveis perante a imensa demanda das infrações penais. Outro grau de discricionariedade existe quanto à decisão do promotor de levar ao tribunal as acusações contra determinada pessoa e de que forma fazê-lo, nesse caso, contudo, aplicam-se maiores limitações, em que pese, seja reconhecida ampla liberdade ao acusador (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 865-889).

128. 468 U.S. 420 (1984). Disponível em: [http://goo.gl/TIZ71]. Acesso em: 18.07.2013. Frise-se que o referido caso se aplica somente se a apreensão do motorista for breve, ainda que realizados os *FSTs* e realizadas perguntas de rotina, conforme decido nesse caso, especificamente, pela Suprema Corte.

129. 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: [http://goo.gl/SEMe0]. Acesso em: 18.07.2013.

130. Os *Mirandas Warnings* são os notórios avisos que a Suprema Corte determinou que as autoridades públicas efetuassem aos cidadãos detidos na decisão Miranda v. Arizona [384 U.S. 436 (1966)]. (Ver: RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 137-138).

131. DUBBER, Markus D.; KELMAN, Mark G. *American criminal law: cases, statutes, and comments*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2009. p. 88.

132. 420 U.S. 103 (1975). Disponível em: [http://goo.gl/Fpxb6]. Acesso em: 18.07.2013.

133. 500 U.S. 44 (1991). Disponível em: [http://goo.gl/JSEml]. Acesso em: 18.07.2013.

134. 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: [http://goo.gl/ruKnD]. Acesso em: 18.07.2013.

res quanto ao assunto, aplicáveis aos Estados-membros através da cláusula do devido processo legal da 14.ª Emenda[135] a partir do caso *Mapp* v. *Ohio* –,[136] segundo a qual toda[137] evidência angariada a partir dessas inconstitucionalidades deve ser excluída do processo.

Durante o *arraignment*, o magistrado poderá alterar a fiança fixada ou, caso o suspeito não tenha sido liberado ainda, fixará a mesma. Além disso, após ser informado quanto às acusações que pendem contra si, será dada a oportunidade ao acusado de se declarar, culpado, inocente, "não contestar" (*nolo contendere*)[138] ou de utilizar a chamada *Alfort Plea*.[139]

Caso o acusado tenha se declarado inocente, o procedimento segue seu caminho previsto na legislação do Estado no qual a infração foi cometida, sendo digno de nota mencionar que, consoante assentado no precedente da Suprema Corte Blanton v. North Las Vegas,[140] não é necessário, nas infrações de DUI com pena máxima de seis meses, o julgamento pelo Tribunal do Júri.

5. O CASO DO ALCO-SENSOR IV: PBT OU *CHEMICAL TEST*?

Conforme explicitado acima, a classificação de determinado instrumento de medição de álcool na respiração possui imensas repercussões quanto ao seu uso. Caso se trate de um PBT, a maior parte das legislações estaduais não

135. Quanto à questão da obrigatoriedade aos Estados da Bill of Rights ver: RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 160-175.

136. 367 U.S. 643 (1961). Disponível em: [http://goo.gl/1vbHH]. Acesso em: 18.07.2013.

137. Verifique-se que decisões posteriores acabaram por criar hipóteses nas quais, mesmo obtida em violação à 4.ª Emenda, a prova pode ser mantida, como, por exemplo, a fonte independente e a descoberta inevitável. Quanto ao tema ver: SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Op. cit., p. 535-593.

138. Conforme Bibas, muitos tribunais consideram a declaração de culpa como prova absoluta em posteriores procedimentos civis quanto ao fato, o que não ocorre no caso do *nolo contendere*, quando, apesar de ser aplicada a pena, inexistem os referidos efeitos. Contudo, cita o autor que, na maioria das jurisdições é necessário aquiescência da corte para efetuar tal providência (BIBAS, Stephano. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: the case of *Alford* and nolo contendere pleas. *Cornell law review* 88/1371).

139. Consoante decidido pela Suprema Corte em *North Carolina* v. *Alford* (400 U.S. 25 (1970). Disponível em: [http://goo.gl/OEWoU]. Acesso em: 18.07.2013) é possível que o acusado declare-se culpado, em que pese afirme sua inocência. Quanto ao tema, bem como sua análise crítica ver: BIBAS, Stephano. Op. cit., p. 1361-1411.

140. 489 U.S. 538 (1989). Disponível em: [http://goo.gl/oG3th]. Acesso em: 18.07.2013.

autorizam o uso de suas medições como prova no julgamento e a recusa em efetuar seu teste não é, normalmente, sequer um ilícito administrativo. Por outro lado, caso se trate de um aparelho com força probatória, a partir do qual será realizado o *chemical test*, sua recusa, caso não configure crime autônomo, eleva a pena do condenado por uma infração de *DUI*, o sujeita até mesmo à retirada forçada de sangue e implica a perda do seu direito dirigir por violação dos dispositivos de *implied consent*.

No Brasil, a partir da edição da lei de tolerância zero no trânsito, tem crescido o uso de um aparelho denominado *Alco-Sensor IV*, um dos vários etilômetros da marca americana *Intoximeters Inc.*,[141] dispositivo portátil, classificado pelo próprio fabricante com sendo *handheld* (de mão) e que, quando acoplado a uma pequena impressora recebe geralmente o nome de RBT-IV (*Roadside Breath Tester*).[142-143] Seu uso em território nacional foi admitido pela Portaria Inmetro 189/2003 e posteriores alterações, bem como pela Portaria Denatran 28/2004.

Dessa maneira, sua portabilidade e a classificação dada pelo próprio fabricante parecem indicar que o mesmo se trata de um PBT, todavia, o aludido dispositivo foi admitido para *evidencial use* (uso probatório) pelo *Department of Transportation*[144] (Departamento de Transporte Americano), apontando para a possibilidade de ser empregado como *chemical testing*.

Inicialmente, cabe compreender que o mecanismo de funcionamento do dispositivo se dá a partir da chamada *fuel cell* (célula eletroquímica) e tem seu funcionamento descrito na Portaria Inmetro/Dimel 189/2003, vejamos:

"Etilômetro portátil, indicador da concentração de etanol pela análise do ar pulmonar profundo. Tem como princípio de funcionamento a geração de uma corrente elétrica proporcional à concentração de etanol, através da oxidação das moléculas de etanol numa célula eletroquímica."[145]

---

141. Nesse sentido, verifique-se a notícia veiculada no *Jornal Correio do Povo*, presente no *clipping* do Detran/RS em 04.07.2008. Disponível em: [www3.detran.rs.gov.br/clipping/20080704/14.htm]. Acesso em: 18.07.2013.

142. Trad. livre: Testador de respiração a beira da estrada.

143. Ver: NESCI, James. *Arizona DUI Defense: The Law and Practice*. Tucson/AZ: Lawyers & Judges, 2006. p. 144-145.

144. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. Highway Safety Programs; Conforming Products List of Evidential Breath Alcohol Measurement Devices. *Federal Register*, vol. 75, n. 47, p. 11624-11627. Washington/DC, mar. 2010. Disponível em: [http://edocket.access.gpo.gov/2010/pdf/2010-5242.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

145. Item 1.3 da Portaria Inmetro/Dimel 189, de 31.10.2003. Conferir o Anexo 7 para uma representação gráfica do funcionamento da célula.

O uso de uma célula eletroquímica como fonte de detecção, permite ao aparelho possuir tamanho reduzido, mas, segundo Henson, acaba por ocasionar menor confiabilidade como método de prova para a condenação por esse tipo de infração, cujos requisitos em muito superam aqueles do uso para a triagem de motoristas.[146]

Explicam Taylor e Oberman que os etilômetros tomam por premissa que o ar capturado pela máquina é composto totalmente por ar alveolar; caso exista alguma quantidade de álcool nessa amostra, a mesma será multiplicada pelo índice de partição *supra* referido. Todavia, na hipótese de existir etanol não digerido nas cavidades acima referidas, o ar expirado acabaria por transportá-los e causaria um imenso impacto no resultado apresentado pela máquina.[147]

Esse tipo de problemática, chamada genericamente de *mouth alcohol* (álcool na boca), pode ser causado pela ingestão recente de álcool ou de algum tipo de substância que contenha álcool (como inaladores para asma, enxaguantes bucais etc.) ou mediante o vômito, a eructação ou soluços.[148]

Não por outro motivo, a própria versão manual do *Alco-Sensor IV* a que tivemos acesso, cujas consignações coadunam-se com as observações feitas por Henson,[149] determina que, para a realização de um teste de triagem, sem força probatória, o suspeito deve ser observado por 15 minutos ininterruptos e que durante esse tempo o mesmo não tenha ingerido nenhuma substância, para se certificar de que o teste não capture álcool na boca. Já no caso de um teste probatório, esse período pode ser aumentado para 20 minutos e ser seguido de repetições, seguidas de outros períodos entre si, dependendo dos protocolos da agência reguladora, tudo na busca de evitar a captura do *mouth alcohol*.[150]

Além disso, a versão do manual a que tivemos acesso recomenda que a cada novo teste um novo bocal deve ser inserido e que, antes de se realizar qualquer teste, seja efetuada uma checagem de precisão, caso não tenha sido realizado nos 31 dias anteriores e que seja seguido rigorosamente o passo a passo descrito para a realização do teste.[151]

---

146. HENSON, Ronald E. Op. cit., p. 5-6 e 5-7.

147. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 423.

148. Idem, p. 423-425.

149. HENSON, Ronald E. Op. cit., p. 5-6 e 5-7.

150. ALCO-SENSOR IV WITH MEMORY. Operators Manual (AS IVM version: F-000022-02 (58. xx). St. Louis: Intoximeters Inc., Jun. 2005, p. 10.

151. Idem, p. 10 e 14. Alertam Taylor e Oberman que, caso o bocal não seja trocado, os resultados poderão ser elevados nos testes posteriores (TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 306).

Contudo, mesmo seguindo-se os protocolos previstos na documentação do dispositivo em questão, a doutrina e pesquisas específicas apontaram possíveis fontes de erro às leituras efetuadas pelo aparelho. Nesse tom, apesar do dispositivo possuir um sistema que asseguraria a limpeza da célula de detecção de todo o álcool residual de um teste anterior, o que pode levar até dois minutos em casos de altos positivos, já foi constatado em um estudo conduzido pela própria NHTSA que, em temperaturas reduzidas, por volta de 10°C[152] (comum de ocorrer nos Estados do sul do Brasil durante as madrugadas do inverno), determinados tipos de testes conduzidos no *Alco-Sensor IV* podem acumular valores para os testes seguintes. No referido estudo, foi recomendado o uso de um *Cell Enhancement Module* (CEM),[153] acessório que efetua a limpeza e o aquecimento da célula do combustível do Alco-Sensor IV.[154] Apesar dos apontamentos da NHTSA citarem que é impossível a aludida acumulação no módulo *evidential* (probatório) do dispositivo, Henson deixa aberta a possibilidade dessa influência ocorrer.[155]

Outras fontes de possível distorção nos testes do dispositivo em questão que podem demonstrar-se segundo Taylor e Oberman são a especificidade relativa do instrumento e a possível ineficiência do detector de *Radio Frequency Interference* (RFI).[156] No que tange à falta de especificidade, referem os autores que, assim como qualquer dispositivo de célula de detecção, o mesmo seria incapaz de eliminar por completo a possibilidade de que outros compostos semelhantes ao álcool, presentes no corpo humano, sejam confundidos com o etanol.[157] Por outro lado, no que diz respeito à possibilidade de RFI interferir nas medições do dispositivo, o próprio aparelho possui um sensor de RFI que impede a realização do teste na presença de interferência, que podem ser advindas de celulares, rádios, walkie-talkies etc.[158] Contudo, Taylor e Oberman referem que esse tipo de detector não é geralmente eficiente e que sua calibração não seria feita tendo por base os ambientes e as frequências nos quais o mesmo operará.[159]

---

152. HENSON, Ronald E. Op. cit., p. 5-6.

153. Trad. livre: módulo de reforço de célula.

154. Special testing for possibile alcohol carry over effects using the Intoximeters, Inc. Alco-Sensor IV at 10°C. DOT HS 809 424. March 2002. Disponível em: [http://ntl.bts.gov/lib/26000/26000/26064/DOT-HS-809-424.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

155. HENSON, Ronald E. Op. cit., p. 5-7.

156. Trad. livre: Interferência de frequências de rádio.

157. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 305.

158. Alco-Sensor IV With Memory. Op. cit., p. 24.

159. TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 305.

Na verdade, o Alco-Sensor IV é geralmente empregado tão somente como PBT, sem qualquer poder probatório, como é exemplo a legislação do Estado de Oklahoma.[160] Existem Estados, todavia, que o mesmo sequer fora aceito para tais fins, conforme restou assentado em *Leffel* v. *Kansas Department of Revenue*.[161]

Existem Estados, contudo, que empregam[162] ou empregaram esse aparelho para os fins de servir de *Chemical Test*. Nesse particular, entretanto, merece atenção o desastroso caso do Arizona, cujo departamento de polícia fez uso intensivo de uma das versões do *RBT-IV* por volta de 1997 até que, por conta de uma ofensiva dos advogados daquele Estado objetivando demonstrar a falta de precisão do aparelho, a própria promotoria acabou por desistir ao redor de 5.000 acusações.[163] Após tal fato, o aparelho não voltou a ser usado no Arizona, em que pese continue figurando formalmente entre os aprovados no Estado.[164]

Através de contato eletrônico com James Nesci, um dos líderes do movimento que acabou por terminar com o uso do RBT-IV, foi possível ter acesso às principais razões que levaram tal fato a ocorrer. Em primeiro lugar, narra Nesci que a própria instrutora que deveria ministrar um curso de certificação quanto ao aparelho para os policias do Departamento de Polícia de Tucson não possuía ela própria certificação válida e não ministrou concretamente o curso adequado.[165] Além disso, à época, conforme relata Nesci, sequer o próprio fabricante entendia exatamente o funcionamento da célula de combustível e o aparelho não possuía o reconhecimento de uma comunidade científica relevante, requisito este que

160. HUNSUCKER, John; EDGE, Bruce; NESCI, James. Op. cit., p. 125.

161. Leffel v. Kansas Dept. of Revenue, 36 Kan.App.2d. 244, 138 P.3d 784 (2006). Disponível em: [http://goo.gl/gaFV8]. Acesso em: 18.07.2013. Nesse caso, contudo, é possível dizer-se que a rejeição se deu mais por questões formais, uma vez que a versão anterior do mesmo dispositivo encontrava-se aceita como PBT.

162. No caso do Estado de Illinois, narra Hensen que, em que pese o mesmo esteja na lista dos dispositivos aprovados, as Cortes da jurisdição tem sido céticas quanto à sua confiabilidade (HENSON, Ronald E. Op. cit., p. 5-6).

163. NESCI, James. Op. cit., p. 144-145. Quanto ao número ver: FLICK, A. J. Thousands of Tucson-area DUI cases may get boot: Intoxilyzer 8000 may be ruled unreliable. 09.11.2008. Disponível em: [www.tucsoncitizen.com/ss/local/102140.php]. Acesso em: 18.07.2013.

164. Refere Nesci que da remoção formal do aparelho resultariam consequências civis e políticas para o Estado (NESCI, James. *Intoximeters RBT-IV* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por [thiago@criminal.net.br] em 20.07.2010).

165. Idem.

se faz necessário por conta do *standard* definido em *Frye* v. *United States*[166] para provas científicas.[167] Alerte-se que, no paradigmático caso *State* v. *Sanchez*, o Tribunal do Estado do Arizona definiu que o RBT-IV não cumpria tal exigência:

"Mais importante ainda, o tribunal, embora não entendendo de que o Estado agiu de má-fé, concluiu que ele e seus agentes estavam de posse da informação da falha do RBT-IV para testar de maneira confiável ar alveolar, isso não mais tarde do que março de 1997, e que o dispositivo não atende aos regulamentos estaduais estabelecidos para dispositivos de teste de respiração ou ao mínimo standard Frye."[168]

Ademais, Nesci traz à baila quatro casos distintos nos quais foram empregados quatro RBT-IV diferentes e nos quais resultados aberrantes foram obtidos. No primeiro caso, o suspeito A foi testado às 22h21 min, indicando 0.09, às 22h27min, indicando .177, e às 22h33 min, indicando .175; incitado a justificar tal variação, um funcionário da fabricante relatou que era possível que esses se devessem a "picos de eletricidade" durante os testes. No segundo caso, entre as 01h27 min e as 01h51 min o suspeito foi testado quatro vezes, tendo as leituras oscilado de .178 até .114; tal variação não teria logrado ser explicada por um dos peritos do departamento de polícia. No terceiro teste, em 22 minutos as leituras variaram de .237 para .147. Por fim, o último caso, no qual, testado uma vez às 2h58 min, foi acusado como se o motorista possuísse .198, cinco minutos depois esse patamar seria elevado para .200, contudo, às 4h00min, um exame de sangue revelou a presença de somente .002.[169]

Ainda, relata Nesci que é fato incontroverso que o aparelho pode ser adulterado com apenas um palito de dente, de maneira que o uso de um lacre de segurança e o armazenamento das informações de todos os testes são indispensáveis para prevenir esse tipo de manobra, que pode ser realizada durante a operação na via.[170]

---

166. 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923).

167. NESCI, James. *Intoximeters RBT-IV* cit.

168. Trad. livre de trecho de: 192 Ariz. 454, 967 P.2d 129 (App.1998). Disponível em: [http://goo.gl/GcK0p]. Acesso em: 18.07.2013.

169. NESCI, James. *Intoximeters RBT-IV* cit. O remetente narra que o próprio perito do laboratório criminal afirmou existirem mais 10 casos nos quais as leituras não podiam ser explicadas.

170. Idem. O remetente narra que o próprio perito do laboratório criminal afirmou existirem mais 10 casos nos quais as leituras não podiam ser explicadas. Semelhante observação é levada a cabo por: TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. Op. cit., p. 305.

É necessário frisar que o *Alco-Sensor IV* possui diversas versões e que nem todas ou qualquer das falhas aqui referidas podem fazer-se presentes no dispositivo empregado no Brasil, contudo, são motivos que mais do que justificam uma análise atenta da questão.

6. PROPOSIÇÕES DE *LEGE FERENDA* COM BASE NA EXPERIÊNCIA COMPARADA AMERICANA

Diz-se de *lege ferenda* aquela norma que ainda não adentrou formalmente o mundo jurídico, dependendo de sua criação pelo Poder apto a fazê-lo. No caso dos crimes de *DUI*, talvez essa seja uma das tarefas fundamentais do jurista, haja vista que se trata de uma legislação dinâmica e esse dinamismo atinge o cerne da própria criminalização.

Nesse tom, buscaremos contribuir para a atividade legiferante da matéria abordando dois grupos de temas, cuja reforma se impõe para a melhor efetividade e justiça da norma incriminadora, quais sejam:

a) A previsão conjunta das infrações de DUI clássico e *per se*, bem como entre BAC e BrAC;

b) A edição de regras quanto à parada de um veículo automotor, quanto à realização de barreiras policiais, bem como acerca da certificação dos policiais, dos protocolos a serem seguidos na formalização do indiciamento etc.

6.1 A previsão conjunta das infrações de DUI *clássico e* per se *em termos de BAC e BrAC*

Conforme indicado no título n. 3, no direito americano convivem a primeira e terceira gerações de criminalização do delito de *DUI*, essa exigindo estado de influência a ser comprovado de maneira livre e esta delimitando um valor objetivo de álcool no sangue a depender de exames científicos.

A previsão isolada da infração *DUI* clássica não se mostra adequada, pois, na grande maioria dos casos, os policiais somente logram identificar com segurança suspeitos sob influência de álcool, caso os mesmos estejam além dos 0.10% BAC, quando o limite tido por adequado nos Estados Unidos é de 0.08% BAC (título n. 3). Ainda, do ponto de vista operacional é incabível dar efetividade à norma penal dessa forma, haja vista que consumiria imensos recursos policiais na realização de baterias de testes à beira das estradas.

Por outro lado, igualmente ineficaz o crime de terceira geração isoladamente: mesmo que permitida a retirada coativa de sangue por profissional habili-

tado nesse país (Caso *Schmerber* v. *California*),[171] no mais das vezes, torna-se impraticável essa providência, v.g., pela distância de um hospital. Igualmente, mesmo que possível a punição pela ausência da realização de teste químico (título n. 3), muitos motoristas recusar-se-iam a fazê-lo.

Assim, as duas gerações de crimes de *DUI* não são excludentes entre si, mas se complementam, não gerando a impunidade do suspeito quando não for possível realizar o teste adequado haja vista que se permite que o suspeito seja condenado com base nos depoimentos dos policiais, testemunhas, nos resultados do *FSTs*, em gravações de vídeo etc. (por meio do delito *DUI* da forma clássica). Além disso, permitindo-se que se efetue um controle factível desse tipo de crime (por conta da infração *per se*), cujos testes de triagem são breves. Ademais, caso o motorista possua quantidade proibida de álcool no sangue, ainda que não clinicamente sob a influência da substância, ou caso do motorista esteja nitidamente embriagado, em que pese o exame indique que o mesmo se encontra abaixo dos limites exigidos, é possível que o mesmo seja responsabilizado pelo delito *per se* (isso quando a lei do Estado não prevê presunções relativas ao volume de BAC, como ocorre com as jurisdições que mantiveram as legislações de segunda geração).

Evidencia-se, assim, o equívoco do legislador pátrio cometeu ao substituir a redação original do art. 306 do CTB (DUI de primeira geração) por aquela da Lei 11.705/2008 (DUI de terceira geração).[172] Esse erro mostrou-se ainda mais grave, visto que, no direito brasileiro, conforme jurisprudência do STF, acerca do art. 5.º, LXIII, da CF, não se admite a retirada coativa de sangue ou a necessidade de colaboração ativa do imputado,[173] de forma que a recusa na realização do exame inviabilizava a comprovação do crime.

---

171. Ver nota n. 43.

172. Embora, parte da doutrina tenha entendido que ambas as figuras estavam previstas do texto do então vigente art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, argumentando-se que a expressão "ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência" incluiria também o álcool (HONORATO, Cássio Mattos. Op. cit., p. 361-362), essa posição foi rejeitada pela jurisprudência de diversos tribunais como TJRS (70034893495), TJSP (990.08.171242-3) e, mais recentemente, STJ em sede de recurso especial repetitivo no julgamento do REsp 1.111.566/DF (3.ª Seção, j. 28.03.2012, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, rel. p/ o Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu).
A nosso juízo, correta a posição jurisprudencial, uma vez que ao tipo referir "qualquer outra" está a excluir àquela substância a que se reportava o tipo anteriormente, qual seja, o etanol.

173. Vedando a possibilidade de extração de sangue para fins de DNA: HC 71373, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, Pleno, *DJ*

Essa substituição de uma geração por outra do delito efetuada pela Lei 11.705/2008 foi injustificável. No direito brasileiro, distintamente do americano (no qual, conforme a decisão *United States* v. *Batchelder*,[174] é o promotor quem define os preceitos legais violados), o art. 383 do CPP que permite que o acusado seja condenado por preceito distinto indicado na denúncia (*emendatio libelli*). Assim, a permanência de ambas as hipóteses não representaria prejuízo à acusação e seria facilmente resolvida pelas regras processuais já existentes.

Outro ponto que é digno de nota é a aferição da quantidade de álcool no sangue (BAC) com base no álcool no ar expirado (BrAC). Em primeiro lugar, o próprio modelo de interação do álcool com o sistema respiratório, que baseia o funcionamento de todos os bafômetros encontra-se em cheque. Em segundo lugar, já é mais que demonstrado que o índice de partição levado em conta quando do cálculo do BAC tendo por base o BrAC é variável de indivíduo para indivíduo, alterando-se por conta de uma série de variáveis fisiológicas.

No caso redação da Lei 11.705/1988, buscou-se abrir a possibilidade de preencher o preceito primário da norma incriminadora do então vigente art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro através de norma administrativa, que acabou por definir a medição do bafômetro em 0,3mg/L de ar expelido dos pulmões.[175] Não nos parece foi a escolha mais feliz. Ao então vigente art. 306, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro referia expressamente que: "O Poder Executivo Federal estipulará a *equivalência entre distintos testes de alcoolemia*, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo", acabou por dar um encaminhamento processual à questão, permitindo extenso campo para disparidade na sua aplicação. Isso porque, ao referir "equivalência", o legislador não definiu exatamente uma norma penal em branco, mas apenas uma norma que efetuasse o cálculo da equivalência, a qual poderia ser atacada caso não fosse tecnicamente correta.

Pretendendo resolver as inconsistências dessa redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, foi aprovada a Lei 12.760/2012, que deu ao artigo em questão a seguinte redação:

22.11.1996. Quanto à impossibilidade de obrigar-se o réu à colaboração ativa, por todos: HC 83.096, 2.ª T., j. 18.11.2003, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 12.12.2003. A doutrina argumenta no mesmo sentido: HONORATO, Cássio Mattos. Op. cit., p. 346-347, bem como: MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

174. 442 U.S. 114 (1979). Disponível em: [http://goo.gl/MGAhs]. Acesso em: 18.07.2013.

175. Art. 2.°, II, do Dec. 6.488/2008.

"Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

(...)

§ 1.º As condutas previstas no *caput* serão constatadas por:

I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2.º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3.º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito da caracterização do crime tipificado neste artigo."

Por um lado, a redação em discussão mitiga os problemas da anterior legislação, pois permite a condenação de motoristas embriagados que se recusem a realizar exames ou testes químicos e define o crime em termos de álcool por litro de ar alveolar, contudo, por outro traz consigo graves incoerências.

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que o tipo delitivo é previsto no *caput*, enquanto que os parágrafos se referem a meras regras procedimentais definidoras de presunções probatórias (o § 1.º menciona a palavra "constatadas"), as quais, sob pena de inconstitucionalidade por violação da ampla defesa, devem ser *relativas*. Nesse sentido, o tipo exige que o motorista encontre-se com *alteração na capacidade psicomotora* e não simplesmente *sob a influência de álcool*, o que constitui um padrão superior de análise, consoante referido no título n. 3. Assim, mesmo que o condutor encontre-se acima do limite fixado no § 1.º, I, a ausência de alteração da capacidade psicomotora representa conduta *atípica*, inclusive pelo fato da própria lei admitir contraprova (§ 2.º, *in fine*).[176-177] Nessas condições, poder-se-ia referir que a atual redação aproxima-

176. Quando enviado ao Conselho da revista para análise, tramitava no Senado o PL 27/2012 (na casa de origem n. 5.607/2009), que viria a converter-se na Lei 12.760/2012; já nessa oportunidade apontávamos essa fragilidade na redação da proposição. Todavia, o abrupto acelerar do trâmite legislativo não oportunizou que o debate crítico pudesse evitar tal estado das coisas.

177. Quanto à matéria, merece destaque a decisão da 3.ª Câm. Crim. do TJRS, em acórdão da Relatoria do Des. Nereu José Giacomolli, que considerou insuficiente a mera existência de concentração de álcool no sangue para configurar a infração penal na

-se de um delito de DUI de segunda geração, entretanto, da forma em que redigido o dispositivo, a própria realização do teste de alcoolemia tornou-se de duvidosa utilidade.

Não bastasse isso, a definição da presunção objetiva em termos de "ar alveolar" representa grande problema, porquanto, segundo vem sendo questionado nos meios acadêmicos, o ar expirado não seria alveolar, ou pelo menos, não inteiramente alveolar (título n. 3).

De outra parte, a atual redação continua a exigir que seja comprovado que a alteração na capacidade psicomotora deu-se enquanto o veículo era conduzido, o que demanda o emprego da *extrapolação retrógrada* em praticamente todos os casos. Nesse caso, como argumentado acima, existem duas formas de atacar o problema: criar uma presunção processual, no caso brasileiro de flagrante inconstitucionalidade, ou definir a própria infração *per se* prevendo o crime visando a proibir que a pessoa tenha bebido de maneira a ocasionar que seu BAC/BrAC atinja determinado nível, em até tantas horas, após ter *dirigido*, desde que não haja ingestão de álcool após ter cessado o ato de dirigir.

Isso porque, segundo apontado anteriormente, nem sempre é possível a realização do teste para a determinação do BAC ou do BrAC logo após a parada do veículo, a menos que se usem aparelhos portáteis, os quais, normalmente, não possuem a confiabilidade necessária, o ambiente controlado ou o operador certificado para administrar um teste que assegure o respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

---

redação da Lei 12.760/2012, demandando-se alteração na capacidade psicomotora, conforme a seguinte ementa:
"Apelação. Embriaguez ao volante. Alteração da capacidade psicomotora. Lei 12.760/2012. Retroatividade. Com a alteração do art. 306 da Lei 9.503/1997 pela Lei 12.760/2012, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (*caput*) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1.°, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1.°, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (6 dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/2012 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada. Recurso provido. Absolvição decretada" (TJRS, ApCrim 70051305852, 3.ª Câm. Crim., j. 09.05.2013, rel. Nereu José Giacomolli).

Por certo, a criação desse tipo de janela é de certa forma um "mal" necessário, ante a impossibilidade prática de se ter um operador certificado de um aparelho de qualidade probatória em curtas distâncias de qualquer via do país e do sacrifício imenso que significaria ao *in dubio pro reo* aceitar irrestritamente a extrapolação retrógrada ou o emprego de etilômetros portáteis.

Dessa forma, o melhor teria sido que o legislador definisse como condutas autônomas e alternativas o fato do condutor encontrar-se sob a influência de álcool *ou* possuir determinadas quantidades de álcool no sangue e no ar expirado em até tantas horas após ter cessado a direção, tal qual se demonstra na experiência americana.

6.2 A edição de regras quanto a parada de um veículo automotor, quanto a realização de barreiras policiais, bem como acerca da certificação dos policiais, dos protocolos a serem seguidos na formalização do indiciamento etc.

Em que pese possam ser feitas críticas às regras pelas quais é autorizada a parada de um veículo ou efetuada uma barreira policial no direito americano, nada se compara à completa falta de regulamentação da matéria no Brasil. Basicamente a intimidade individual é considerada um não valor apta a ser "relativizada" em face do interesse investigatório estatal, em qualquer hipótese que seja.

Veja-se que nosso direito objetivo não admite, diferentemente do americano, discricionariedade ao agente estatal frente à investigação criminal, de maneira que, com mais razão ainda, regras objetivas deveriam ser expedidas quanto a esse particular. Tentativa foi feita nesse sentido através da louvável proposição do Deputado Júlio Delgado por meio do PL 6.508/2009, o qual buscou cobrir esse vácuo legal deixado pelo veto presidencial ao art. 92 do Código de Trânsito Brasileiro.

Infelizmente, apesar de dizer respeito a matéria de nítida competência privativa da União, v.g. direito processual (art. 22, I, da CF), e trânsito (art. 22, XI, da CF), a Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados decidiu pela rejeição do projeto em questão sob o argumento de que se trataria de uma "intromissão" inadequada na autonomia de fiscalização dos Estados Federados e que sua execução seria difícil nessas unidades.

Por outro lado, deve ser legislada a exigência de que somente poderá administrar um teste com força probatória aquele agente estatal que esteja certificado para isso. Como verificamos acima, os etilômetros são dispositivos que demandam uma boa compreensão do seu funcionamento e das maneiras cor-

retas de administrar os testes, sob pena de implicarem resultados esdrúxulos. Como dissemos anteriormente, a regurgitação pode ocasionar falsos positivos no bafômetro, sendo imperativa a observação ininterrupta do suspeito durante períodos consideráveis de tempo, não sendo prova suficiente da infração os comuns testes relâmpagos que são aplicados logo na parada do veículo, infelizmente, tão comuns no nosso país.

Por outro lado, parte do controle da precisão[178] desses dispositivos se faz a partir do seu histórico de testes, testes de precisão, calibragens etc., sendo indispensável que tais dados sejam encaminhados conjuntamente com os extratos do etilômetro. Ainda, a realização de um teste que respeite adequadamente o *in dubio pro reo* depende de um equipamento que seja capaz de detectar vários fatores de geradores de falsos positivos, como o álcool na boca (*mouth alcohol*), interferência de rádio, dentre outras, impondo-se o investimento estatal nesse tipo de dispositivo. Nesse particular, impor-se-ia, também que fosse padronizado o método de comprovação do crime a partir de protocolos de testes, com definição de períodos entre si etc. Tais matérias, após definidas em lei poderiam ser regulamentadas por meio de ato administrativo competente, uma vez que dizem respeito ao cumprimento dos ônus estatais na comprovação da infração.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito desde o início da presente pesquisa, não temos dúvida de que a experiência comparada no âmbito do direito penal pode auxiliar em muito o refinamento de nossa legislação, não só no aspecto punitivo, mas, também, no respeito às garantias individuais, não podendo o jurista furtar-se da discussão que é feita quanto aos crimes de direção sob a influência de álcool.

Quando a lei é elaborada à revelia dessas preocupações e sem a participação ativa e comprometida da comunidade acadêmica, o resultado tende a ser desastroso, como de fato o foi no caso da legislação brasileira. Por certo, não buscamos esgotar a matéria, que dá azo a tratados de vários volumes nos Estados Unidos, todavia, cremos que tenhamos auxiliado no sempre necessário diagnóstico das fragilidades legais e do respeito aos direitos fundamentais, que não podem conviver com um cumprimento ingênuo e descontextualizado da legislação penal, qualquer que seja ela.

178. Para fins de normatização quanto ao controle metrológico ver: Portaria Inmetro 6/2002 e posteriores alterações.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCO-SENSOR IV WITH MEMORY. Operators Manual (AS IVM version: F-000022-02 (58.xx). St. Louis: Intoximeters Inc., Jun. 2005.

ANDRÉASSON, Rune; JONES, A. Wayne. Erik M.P. Widmark (1889-1945): Swedish pioneer in forensic alcohol toxicology. *Forensic Science International*. vol. 72. n. 1. p. 1-14. Philadelphia/PA: Elsevier, 1995.

BIBAS, Stephano. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: the case of *Alford* and nolo contendere pleas. *Cornell law review*. vol. 88. p. 1361-1411. Ithaca, 2003.

BOLTON, Reid M. The legality of prolonged traffic stops after Herring: Brief delays as isolated negligence. *The University of Chicago Law Review*. vol. 76. p. 1781-1808. Chicago: The University of Chicago Law, fall 2009.

BORKENSTEIN, Robert F. Historical perspective: north american traditional and experimental response. *Journal of Studies on Alcohol, Supplement*. n. 10. p. 3-12. Piscataway: Center of Alcohol Studies, July 1985.

D'ALESSANDRO, John. The Constitutionality of Michigan's per se drunk driving law. *Cooley Law Review*. vol. 3. p. 609-623. Lansing: Cooley Law School, 1985.

DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. Highway Safety Programs; Conforming Products List of Evidential Breath Alcohol Measurement Devices. *Federal Register*. vol. 75. n. 47. p. 11624-11627. Washington/DC, mar. 2010. Disponível em: [http://edocket.access.gpo.gov/2010/pdf/2010-5242.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

DUBBER, Markus D.; KELMAN, Mark G. *American criminal law: cases, statutes, and comments*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2009.

DUBOWSKI, Kurt M. Absortion, distribution and elimination of alcohol: highway safety aspects. *Journal of Studies on Alcohol, Supplement*. n. 10. p. 98-108. Piscataway: Piscataway: Center of Alcohol Studies, July 1985.

FLICK, A. J. Thousands of Tucson-area DUI cases may get boot: Intoxilyzer 8000 may be ruled unreliable. 09.11.2008. Disponível em: [www.tucsoncitizen.com/ss/local/102140.php]. Acesso em: 18.07.2013.

GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Version: 2.0.0 (B10239). Saint Paul/MN: West Publishing Corp., 2010. iPhone App.

GORE, Andrew. Know your limit: How legislatures have gone overboard with per se drunk driving laws and how men pay the price. *William & Mary Journal of Women and the Law*. vol. 16. n. 2. p. 423-447. Williamsburg/VA: William & Mary Law School Scholarship, winter 2010.

HAMMER, Thomas J. Offense definition in Wisconsin's impaired driving statutes. *Marquette Law Review*. vol. 69. n. 2. p. 165-215. Milwaukee/WI: Marquette University Law School, winter 1986.

HENSON, Ronald E. Breath alcohol testing. In: AHERN, James J.; BLOMQUIST, Ernest R. (eds.). *Defending DUI and related Cases*. Springfield/IL: IICLE, 2009. vol. 2.

HLASTALA, Michael P. Paradigm shift for the alcohol breath test. *Journal of Forensic Sciences*. vol. 55. n. 2. p. 451-456. Philadelphia/PA: Elsevier, mar. 2010.

_____; ANDERSON, Joseph C. The Impact of Breathing Pattern and Lung Size on the Alcohol Breath Test. *Annals of Biomedical Engineering*. vol. 35. n. 2. p. 264-272. New York: Springer Science/Business Media, feb. 2007.

HONORATO, Cássio Mattos. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008. *Revista dos Tribunais*. vol. 880. p. 341-374. São Paulo: Ed. RT, fev. 2009.

_____. Sanções de trânsito na *common law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 71-134. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

HUNSUCKER, John; EDGE, Bruce; NESCI, James. *Oklahoma Dui Defense: the law and practice*. Tucson/AZ: Lawyers & Judges, 2007.

KING, Josephine Y.; TIPPERMAN, Mark. The offense of driving while intoxicated: the development of statutory and case law in New York. *Hofstra law review*. vol. 3. n. 3. p. 541-604. Hempstead/NY: Hofstra University School of Law, Summer 1975.

KUNSMAN, Gary W. Human performance toxology. In: LEVINE, Barry (ed.). *Principles of forensic toxicology*. 2. ed. Washington: AACC Press, 2006.

LABIANCA, Dominick A. Breath-alcohol analyzers and simulator solutions: a commentary on a deficient explanation of test results. *Forensic Toxicology*. vol. 27. n. 1. p. 49-51. Tokyo: Japanese Association of Forensic Toxicology/ Springer feb. 2009.

MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOSKOWITZ, Herbert. Driving under the influence. In: AMMERMAN, Robert T.; OTT, Peggy J.; TARTER, Ralph E. (eds.). *Prevention and societal impact of drug and alcohol abuse*. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 1999.

NESCI, James. *Arizona DUI Defense: the law and practice*. Tucson/AZ: Lawyers & Judges, 2006.

_____. *Intoximeters RBT-IV* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por [thiago@criminal.net.br] em 20.07.2010.

NICHOLSON, Christopher W. Maryland's drunk driving laws: an overview. *University of Baltimore Law Review*. vol. 11. p. 357-369. Baltimore: University of Baltimore School of Law's, 1981-1982.

O'NEILL, Chirstopher. Legislating under the Influence: Are Federal Highway Incentives Enough to Induce State Legislatures to Pass a 0.08 Blood Alcohol

Concentration Standard? *Seton Hall Legislative Journal*. vol. 28. n. 2. p. 415-438. Newark: Seton Hall Law, 2003-2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

ROSS, H. Laurence. The Scandinavian myth: the effectiveness of drunk-and-driving legislation in Sweden and Norway. *The journal of legal studies*. vol. 4. p. 285-310. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American criminal procedure: cases and commentary*. 7. ed. St. Paul/MN: Thomson-West, 2004.

SCHEFTER, Robert J. Under the influence of alcohol three hours after driving: the Constitutionality of the (a) (5) Amendment to Pennsylvania's *DUI* Statute. *The Dickinson Law Review*. vol. 100. n. 2. p. 441-476. Carlisle: Dickinson School of Law, winter 1996.

TAYLOR, Lawrence; OBERMAN, Steven. *Drunk driving defense*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

THIEL, Craig. The Federal 0.08 BAC Requirement and the Potential Loss of Highway Funding. *State Notes: topics of legislative interest*. Lansing, may-june 2003. Disponível em: [www.senate.michigan.gov/sfa/publications/notes/2003notes/notesmayjun03ct.pdf]. Acesso em: 18.07.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Álcool, trânsito seguro e proibição do retrocesso social, de Cássio Mattos Honorato – *RT* 935/183;
- Crimes de trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência, de Cássio Mattos Honorato – *RT* 859/457;
- O bafômetro e a embriaguez no volante – Análise constitucional e aspectos penais, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 927/209; e
- Teste do bafômetro, autoincriminação e hermenêutica: algumas considerações, de José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, de Wilson Levy – *RT* 928/399.

UM OLHAR PARA ALÉM DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1

A look beyond the criminal procedural systems

CLARA MARIA ROMAN BORGES

Doutora e Mestre pela UFPR. Professora de Direito Processual Penal no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Professora de Direito Processual Penal na Universidade Positivo. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal, Processual

RESUMO: A substituição gradual do processo penal pela justiça negocial é preocupação central dos processualistas comprometidos com a concepção de instrumentos democráticos para solução dos casos penais. Entretanto, a consagrada visão sistêmica com todas as suas impropriedades históricas e epistemológicas torna-se um obstáculo à reflexão sobre o processo penal brasileiro como fruto das violências e autoritarismos da nossa atual sociedade, bem como sobre as novas formas de solução dos casos penais que não se compatibilizam com o tradicional processo inquisitório ou acusatório. Ao final, propõe-se a superação desta concepção sistêmica de processo penal e a reflexão sobre novas práticas de acertamento dos casos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais – Verdade – Processo penal – Inquisitório – Justiça restaurativa.

ABSTRACT: The gradual replacement of the criminal process by a negotiated justice is a central concern of the processualists committed to the development of democratic instruments for solving criminal cases. However, the systemic vision enshrined with all its historical and epistemological inadequacies becomes an obstacle to reflection about the Brazilian criminal process as a result of the violence and authoritarianism of our current society, and about new ways of solving criminal cases incompatible with the traditional inquisitorial or adversarial process. In the end, a proposal to overcome this systemic conception of the criminal process and to reflect on new practices for solving criminal cases is formulated.

KEYWORDS: Procedural systems – Truth – Criminal process – Inquisitorial – Restorative justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A análise do processo penal brasileiro a partir da estrutura dos sistemas – 3. O dito sistema inquisitório contemporâneo e as Inquisições do Santo Ofício: uma inadequada aproximação – 4. A relação entre os sistemas processuais e a verdade – 5. O abandono do processo como mecanismo de busca da verdade – 6. Um convite à reflexão sobre as novas formas de resolução dos casos penais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a maioria dos escritos que se propõem a analisar as práticas estatais destinadas à resolução dos casos penais se restringe a um estudo do funcionamento do processo penal, bem como de suas disfuncionalidades, que se constituem nos limites de uma estrutura sistêmica. Em outras palavras, quando se tem por objetivo descrever e teorizar sobre as práticas que tornam possível a concretização do Direito Penal, o ponto de partida tem sido invariavelmente o mesmo, o processo penal e as suas características determinadas pela sua concepção na ambiência de um sistema inquisitório, acusatório, ou ainda, misto.

No Brasil, tal abordagem tem se repetido desde as obras de José Frederico Marques, o processualista que pioneiramente buscou dar cientificidade aos estudos relativos à disciplina do Direito Processual Penal, ainda que infelizmente tenha optado pelas veredas tortuosas da Teoria Geral do Processo.[1]

Aliás, é preciso reconhecer que foram desenvolvidos estudos memoráveis e originais sob esta perspectiva de análise do processo penal, certamente imprescindíveis para o avanço no desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito Processual Penal e de uma visão crítica sobre a falta de constitucionalização do Direito Processual Penal brasileiro, veja-se por todos aqueles realizados por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na década de 90.[2]

Contudo, as tendências esboçadas nas últimas reformas da legislação processual penal no Brasil, bem como aquelas que se avizinham nos projetos de

1. "A ciência processual moderna fixou e delimitou, através de útil e laboriosa generalização, os princípios fundamentais que dão forma e caracterizam os sistemas de processo. Trata-se de uma operação de síntese crítica, onde as regras jurídicas são focalizadas à luz das finalidades e objetivos do próprio processo, e em face de sua coordenação a princípios legais vigorantes em outros setores do direito. Denominam-se tais regras – 'princípios políticos de processo'" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1, p. 59).

2. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: LIRA, Ricardo Cesar Pereira (org.). *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993.

lei que tramitam no Congresso Nacional, exigem outros olhares aptos a identificar novas práticas que permeiam a atuação das agências estatais no que se refere à resolução dos casos penais e dispostos a mirar o que ocorre para além dos sistemas processuais no momento de aplicação do direito penal.

Na expressão deste novo olhar, o presente excerto pretende desenhar um panorama destas novas práticas, de seus propósitos e de seus possíveis efeitos em relação ao tradicional processo penal concebido no Código de Processo Penal de 1941.

2. A ANÁLISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA ESTRUTURA DOS SISTEMAS

Em 1961, com base na obra de Vincenzo Manzini, o arquiteto teórico do processo penal fascista na Itália, José Frederico Marques a partir do critério da existência ou não de partes no processo afirmava a existência de três espécies de sistemas processuais forjados ao longo da história: inquisitório, acusatório e misto.

Nesta direção, definia que o sistema inquisitório, estruturado na Inquisição Medieval para perseguição dos hereges, era marcado por um processo que não comportava partes, apenas as figuras do inquisidor e do inquirido numa relação verticalizada, em que este figurava como mero objeto de prova. Já o sistema acusatório, concebido também na Idade Média com a criação do Tribunal do Júri na Inglaterra, tinha um processo em que se verificava a nítida separação entre os papéis do acusador e do julgador e que admitia a efetiva participação das partes.[3] Por fim, o sistema misto se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório delineada pelo Código Napoleônico, pois seu processo tinha uma primeira fase inquisitória levada a cabo pelas investigações unilaterais de um juiz instrutor e uma segunda fase acusatória, desenvolvida perante o juiz ordinário e

3. "Enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, – no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora, não ser processo genuíno e sim, uma forma auto-defensiva de administração da justiça. É que, no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender que caracterizam o processo. (...) No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 62-64).

nalguns casos frente ao júri, em que as atribuições do acusador e do julgador não se confundiam e na qual o acusado poderia se defender.[4]

Ademais, ao observar o processo penal brasileiro, identificava como acusatório o sistema estruturado pelo Código de Processo Penal de 1941, já que seus dispositivos traduziam uma evidente separação entre as funções do órgão acusador, o Ministério Público, e do órgão julgador, o integrante do Poder Judiciário, bem como a previsão de um contraditório entre acusador e acusado. Tratava-se de uma visão otimista, que praticamente ignorava as autoritárias práticas diárias do dia a dia no foro criminal.[5]

Esta análise dos sistemas processuais se perpetuou por muitos anos, ainda que matizada por uma visão mais pessimista, que classificava o sistema processual penal brasileiro como misto, cuja persecução penal era divida numa fase preliminar inquisitória, que normalmente coincidia com a realização do inquérito policial, e numa fase processual acusatória, que se traduzia no processo desenvolvido perante o juiz. Por óbvio, este ajuste era necessário, pois a visão nefelibata de que o processo penal brasileiro tinha uma efetiva participação das partes era incompatível com as atrocidades perpetradas contra os acusados nos tempos da ditadura militar e com a escancarada seletividade do sistema penal que atuava para encarcerar o incômodo contingente de despossuídos produzidos pelas várias crises econômicas.[6]

---

4. "O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir êsse procedimento escalonado, com *judicium accusationis* e *judicium causae*, necessário se torna que o primeiro tenha também forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o final é proferido pelo Júri" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 64).

5. "Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. O impulso oficial do processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, êle as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. (...) Certo é que a lei processual autoriza o juiz a, *ex officio*, investigar a verdade. Fá-lo, porém, subsidiariamente, como de maneira clara se vê do art. 156 do Cód. de Proc. Penal. Ao Ministério Público é que cumpre, de maneira precípua, trazer para os autos os elementos de convicção que demonstram os fatos articulados na peça acusatória, o mesmo se dando com a defesa no que concerne aos elementos probatórios da inocência do réu" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 64-65).

6. "No direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes

Uma crítica mais consistente a esta visão dos sistemas processuais penais se desenvolveu no Brasil apenas nos anos 90, sob a batuta de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[7] que em seus escritos analisou o processo penal pátrio a partir dos estudos desenvolvidos pelo processualista italiano Franco Cordero.

Este autor buscou na filosofia e na história os argumentos para refutar esta classificação dos sistemas fundada no critério da existência ou não de partes no processo e propôs a definição dos sistemas com base na gestão da prova.

Neste sentido, asseverava que historicamente sistemas processuais ditos mistos, cujos processos formalmente comportavam a existência de partes, muitas vezes no dia a dia da resolução dos casos penais as práticas que os concretizavam se aproximavam daquelas empreendidas pelos tribunais do Santo Ofício. Citava como exemplo o processo estruturado pelas Ordenações Criminais francesas de 1670, que mais tarde serviu de base ao processo napoleônico,[8] também chamado de metástase da inquisição católica,[9] o qual admitia a separação entre órgão acusador e órgão julgador, mas tinha neste o protagonista processual e lhe atribuía pleno controle da gestão das provas, tornando as partes meros figurantes.[10]

---

conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1, p. 118).

7. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit.
8. Nas palavras de Franco Cordero, o processo reformado napoleônico implicou verdadeiro retorno ao sistema inquisitório estruturado pelas Ordenações Criminais de 1670: "E assim, em 17 de novembro de 1808, nasce o processo dito misto, monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instrução reina Luís XIV, segue uma cena pública disputada e com a participação popular." Ou seja, segundo ele, tratava-se de um processo cuja instrução era secreta e o julgamento público, não passava de um verdadeiro golpe de cena para ocultar a inquisitoriedade do sistema (tradução da autora) (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*.Torino: Utet, 1986. p. 73).
9. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 54.
10. "As ordenações criminais 1670 não são um milagre reivindicado por seus cantores, estupidamente insensíveis ao que está por vir na agonia do velho regime, mas se trata de um monumento técnico, ninguém nega: no país das luzes também o negócio penalístico resulta regulado em termos exatos, em outro lugar os profissionais trabalham com mãos sujas, improvisando como e quando querem. Embora os êxitos não sejam muito diferentes, aqui vige um código, no sentido moderno: regras nítidas, combinadas num sistema; trabalhou bem Henri Pussort, figura dominante na equipe legislativa; e a partir de algumas soluções elaboradas desde maio de 1667 até o verão de 1670 (a ordenação resulta 'registrada em 26 de agosto no Parlamento em Paris')

Aliás, dizia que nesses casos o julgador ficava sujeito ao primado das hipóteses sobre os fatos, pois ao formar logo no início do processo sua convicção sobre uma possível versão dos fatos naturalmente passava a utilizar seus poderes de gestão da prova para conduzir o processo à comprovação desta hipótese, o que deixava a investigação das possíveis versões dos fatos num segundo plano e tornava a confissão a rainha das provas.[11] Nas palavras de Michel Foucault, o grande desejo do julgador era que o condenado aceitasse a punição e entendesse que era merecida e nesse contexto a assunção da culpa pelo acusado se tornaria a evidência de que a "justiça" trabalhava de maneira eficiente.[12]

Então, com base neste referencial teórico, Jacinto Coutinho apontou a existência de duas espécies de sistemas processuais, um inquisitório, em que a gestão das provas ficava nas mãos do juiz, e um acusatório, em que a gestão das provas ficava nas mãos das partes.[13]

---

sobreviveu ao colapso da monarquia, penetrando no círculo europeu, vale a pena expor este 'speculum' da arte inquisitorial" (tradução da autora) (CORDERO, Franco. Op. cit., p. 55).

11. "A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, fora dos grilhões dialéticos, pode favorecer o trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamo-lo 'primado das hipóteses sobre os fatos': o inquisidor segue uma, às vezes com os olhos fechados, nada garante que mereça mais respeito do que as demais alternativas possíveis; seu ofício não estimula a cautelosa autocrítica, uma vez que todas as cartas do jogo estão na sua mão e foram por ele embaralhadas, para fazer despontar a sua hipótese" (tradução da autora) (CORDERO, Franco. Op. cit., p. 51).
12. Entrevista de Michel Foucault disponível em: [www.youtube.com/watch?v=NqKLzFELxIU]. Acesso em: 18.07.2012.
13. "Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. (...) Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar conta o julgador. (...) Já no sistema acusatório, o processo continua sendo instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto." (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, ano 30, p. 165-166).

Ademais, afirmou que por força da noção kantiana de sistema, amplamente adotada no mundo ocidental, não seria coerente falar num sistema misto, na medida em que se não poderia ter um princípio unificador misto, isto é, não se poderia ter um conjunto de elementos ideais do processo costurados a partir de ideias tão excludentes quanto à gestão das provas nas mãos do juiz e à gestão das provas nas mãos das partes.[14]

Assim, concluiu que o sistema processual penal brasileiro estruturado pela legislação de 1941 seria essencialmente inquisitório, já que conferia ao juiz amplos poderes para produzir as provas que considerasse necessárias, bem como para indeferir o pedido das partes de produção de provas. Note-se que o processualista brasileiro ponderou que o sistema pátrio não remontava uma inquisição tal como concebida na Idade Média, principalmente após o advento da Constituição de 1988, responsável por assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, contudo, em sua essência colocava o julgador no centro do processo e sujeito ao primado das hipóteses sobre os fatos.[15]

Ressalte-se que esta classificação dos sistemas processuais que permitiu uma identificação do processo penal brasileiro com a Inquisição teve uma inegável importância política, na medida em que permitiu a denúncia de práticas autoritárias no exercício do poder punitivo estatal justamente no momento crucial em que se assentavam os primeiros tijolos da precária democracia em nosso país.

Entretanto, depois de vinte anos da publicação destes originais estudos, faz-se necessário reconhecer suas imperfeições e incompletudes, inclusive para compreender porque o processo penal brasileiro se desviou do caminho acusatório e continua inoperante na efetivação dos direitos e das garantias constitucionais dos acusados. Para tanto, aponta-se dois dos principais equívocos desta

14. "(...) não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o sistema. Assim, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro cit., p. 167).

15. "(...) pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro cit., p. 167).

análise dos sistemas processuais: um de ordem histórica e outro de ordem epistemológica.

3. O DITO SISTEMA INQUISITÓRIO CONTEMPORÂNEO E AS INQUISIÇÕES DO SANTO OFÍCIO: UMA INADEQUADA APROXIMAÇÃO

O primeiro problema deste estudo do processo penal, traçado a partir de uma análise pretensamente histórica dos apontados sistemas processuais, decorre de uma abordagem reducionista e linear de fatos históricos. Verifica-se dos textos produzidos pelos citados processualistas que há uma identificação direta entre as práticas ditas inquisitórias da contemporaneidade e uma idealizada inquisição nascida na Idade Média, projetada normalmente a partir do modelo da primeira e mais estruturada das Inquisições medievais criada no século XIII, pelo papa Gregório IX, e levada a cabo pelos dominicanos principalmente para perseguir os cátaros, os cristãos dos sul da França conhecidos como seguidores do espírito livre.[16]

Deste modo, percebe-se que não há um cuidado desses autores em realizar um recorte espaço-temporal capaz de indicar de quais práticas inquisitórias estão a tratar, ou em apresentar os indícios que os permitiram rastrear tais práticas. Em suma, tratam idealizadamente da Inquisição como um tribunal único, com práticas uniformes e imutáveis em toda Europa, as quais de alguma maneira aportaram na América Latina e, mais especificamente, no Brasil.

Ora, sabe-se da leitura de Francisco Bethencourt que foram várias as Inquisições europeias, desenvolvidas em contextos completamente diversos e cada uma delas com práticas peculiares, sendo que o seu único ponto comum era a investigação das heresias por delegação papal.[17] Neste sentido, ilustra-se que

16. GODES, Jesús Mestre. *Los cátaaros: problema religioso, pretexto político*. Trad. M. Dolors Gallart. Barcelona: Peninsula, 1995.

17. "As Inquisições são referidas, geralmente, no singular. Essa tradição exprime uma realidade: os diferentes tribunais da fé têm como fonte comum de legitimidade a delegação de poderes, feita pelo papa, em matéria de perseguição das heresias. A designação única pode ser cômoda, mas esconde realidades muito diversas: a Inquisição pontifícia estabelecida no século XIII desenvolve um modelo de ação estranho aos modelos (no plural) seguidos por exemplo, pelos tribunais de Veneza, Modena ou Nápoles do século XVI ao século XVIII; a Inquisição espanhola (criada em 1478), tal como a Inquisição portuguesa (estabelecida em 1536), tem um estatuto particular que se traduz por uma quase completa independência de ação em relação à cúria romana; os tribunais hispânicos que operam na América ou na Ásia transportam com

se por um lado as primeiras inquisições na Europa visavam a aniquilar as seitas heréticas, de outro as conhecidas como tardias buscavam combater os saberes eruditos que extrapolavam preceitos do catolicismo, bem como as manifestações da cultura e religiosidade populares irredutíveis aos dogmas da Igreja, como relatado por Carlo Ginzburg,[18] das quais se distinguiam as peculiares inquisições ibéricas cujo principal alvo eram os cristãos-novos, suspeitos de judaizar em segredo. Acrescente-se, ainda, que boa parte das inquisições atingiu seu apogeu na Idade Moderna e muitas professavam o mesmo objetivo da contrarreforma, ou seja, conter o avanço do protestantismo.

Além disso, de acordo com Ronaldo Vainfas, ao contrário do que afirmam os processualistas que enveredam por uma análise pretensamente histórica dos sistemas processuais, os genericamente nominados métodos inquisitoriais de inquirir e processar, tais como o sigilo na formação do processo, o acolhimento de denúncias imprecisas, o anonimato das testemunhas, a prática da tortura na obtenção de confissões e a admissão da confissão como prova máxima não eram exclusividade ou originários dos processos do Santo Ofício, uma vez que eram amplamente utilizados tanto pelos inquisidores como pelos juízes seculares.[19]

Neste sentido, é possível afirmar que o emprego da tortura nos ditos "réus negativos" era um procedimento judiciário previsto nos códigos de toda a Europa, veja-se que na legislação francesa do século XVII regulava-se desde o momento de aplicá-la até os instrumentos, o tamanho da corda, o peso dos chumbos e outros detalhes sórdidos. Portanto, é possível concluir que os tormentos eram concebidos como prova judiciária, diferentemente da descontrolada tortura dos modernos regimes totalitários, inclusive porque muitas vezes eram o único meio do acusado para comprovar inocência.

Especificamente em Portugal, pelo menos desde as Ordenações Manuelinas, antes mesmo do estabelecimento da própria Inquisição, a tortura era valiosa para obtenção da confissão como prova judiciária, tanto que legalmente se recomendava que ela não fosse aplicada em seguidas sessões no mesmo réu para evitar a ratificação de uma falsa confissão movida exclusivamente pela

---

eles estruturas, maneiras de fazer e representação comuns, mas adaptam-se a diferentes contextos (BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 10).

18. GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição*.São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

19. VAINFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

dor.[20] Nas palavras do referido historiador, "iníqua aos olhos de hoje, e já no século XVIII percebida como injusta, desumana e ineficaz, a tortura nada mais era no Antigo Regime do que uma característica burocrática das Justiças e uma técnica especial de interrogatório".[21]

Em resumo, as atitudes policiais e repressivas da moderna Inquisição encaixavam-se dentre as práticas da pedagogia cristã que permeavam as relações na sociedade ocidental daquela época. Isto significa que a violência e as arbitrariedades da Inquisição e dos Tribunais reais eram características de um tempo marcado por uma cultura que não reconhecia a existência de direitos humanos, que encarava a punição como forma de expiação e utilizava o suplício do corpo como espetáculo exemplar para manter a ordem.[22]

Diante dessas conclusões, é inevitável desconfiar da aproximação que os processualistas brasileiros fazem entre a "inquisição medieval" e a "inquisição" que atuou Brasil Colônia e, consequentemente, entre esta e o processo penal brasileiro contemporâneo.

Como ressalta Ronaldo Vainfas, nunca houve no Brasil o mórbido auto-de-fé que costumava hipnotizar multidões no Paço lisboeta, foram realizadas apenas algumas procissões de fé, organizadas pelos visitadores do Santo Ofício, nas quais excepcionalmente se poderia chegar à pena secular de açoite público ou às abjurações constrangedoras. Além disso, também não se constituíram na Colônia os cárceres secretos, o poder de julgar os hereges e a tortura. Desde meados do século XVI, com a instalação da diocese baiana, os bispos e vigários locais atuavam como agentes indiretos do Santo Ofício, pois ouviam denúncias, abriam devassas, prendiam suspeitos, mas os remetiam a Lisboa para julgamento no Tribunal da Inquisição.[23]

Deste modo, pode-se dizer que o trabalho da Inquisição no Brasil, por meio de seus visitadores, comissários e familiares com suas devassas, apoiados na

---

20. "Concebido e regulamento como prova judiciária, o tormento fazia de muitos interrogatórios um 'suplício de verdade', sendo por vezes o único meio que o réu tinha para provar inocência" (VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 198).

21. VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 197.

22. "Quase nada distinguia, pois a violência e a arbitrariedade do Santo Ofício ibérico em relação às práticas judiciárias utilizadas em seu tempo. Consistórios, intendências, tribunais do Santo Ofício, todos atuavam consoante às Justiças de uma época onde não havia direitos humanos, onde o processo era uma manifestação do poder institucionalmente arbitrário do Estado, onde eventual execução de penas capitais era um espetáculo massivo e exemplar de suplícios" (VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 198).

23. VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 222.

chamada pedagogia do medo – medo da morte na fogueira, medo do confisco de bens, da infâmia – e na confissão sacramental como instrumento de delação das práticas heréticas, era meramente instrutório e tinha como propósito principal ampliar e fortalecer o controle de Portugal sobre a Colônia a partir do enquadramento moral de seus habitantes.

Neste sentido, Laura de Mello e Souza afirma que a demonização dos índios, negros e colonos se tornou importante pretexto para justificar as investidas normalizadoras das autoridades coloniais e da Igreja destinadas a evitar as revoltas escravas contra os castigos desumanos e as sublevações dos colonos contra as ordens portuguesas, que poderiam se tornar obstáculos à produção de riquezas.[24] Assim, o novo mundo era visto como o inferno por sua humanidade diferente, rebelde, animalesca e demoníaca e por sua condição colonial como purgatório de salvação das almas pelo trabalho, pois se por um lado deveria ser salvo pela Europa, vista como a metrópole, o lugar da cultura e a terra dos cristãos, por outro deveria servir para extirpar pecados produzindo riquezas através do suor do rosto de pessoas purificadas.[25]

Portanto, é possível afirmar com segurança que a Inquisição brasileira teve seus propósitos próprios, suas características únicas e práticas distintas de qualquer outra Inquisição. Também é preciso atentar para o fato de que o modo de operar da Inquisição em nosso País durante o período colonial não mantém uma relação imediata com o funcionamento do processo penal brasileiro na atualidade, ou seja, não é possível afirmar que este intrincado mecanismo de processamento dos casos penais foi uma nefasta herança do Santo Ofício.

Note-se que o processo penal delineado após a independência brasileira em nada se aproximava daquele desenvolvido pelo Santo Ofício, bem como daqueles concebidos nos textos legais posteriores. Isto significa que as arbitrariedades praticadas por meio do processo penal, a violência legitimada pelo seu ritual, ao longo de muitos anos neste país, são resultado das relações de poder de nossa sociedade, num certo contexto histórico.[26] Ora, diante disso,

---

24. "Essa divinização do universo econômico pode parecer inverossímil num primeiro momento. Entretanto, aprofundando-se a análise não surpreende que os produtos coloniais – dentre os quais reinava o açúcar – adquirissem às vezes atributos supra-humano, dado o valor que alcançavam no Mercado externo, e considerando-se ainda os imensos esforços concentrados na sua produção" (SOUZA, Laura de Mello e. *O diabo e a terra de santa cruz*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p. 145).

25. SOUZA, Laura de Mello e. Op. cit., p. 77.

26. FOUCAULT, Michel. *Soberania e disciplina. Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 179 e ss.

seria perniciosa condescendência acreditar que o atual processo penal brasileiro distante de práticas democráticas é uma herança medieval que se não pode recusar e se deve obrigatoriamente administrar.

No mesmo sentido, é importante ressaltar que a contribuição dos historiadores sobre a "inquisição brasileira" permite constatar que os textos dos processualistas que se aventuram num estudo histórico do processo penal brasileiro partem de uma história idealizada,[27] simplificam exacerbadamente as peculiaridades dos vários tribunais de fé ao compará-los diretamente com o atual processo penal brasileiro, e consequentemente ignoram a complexidade dos mecanismos utilizados para aplicação das penas na atualidade.

Aliás, esta atitude de conceber o processo penal dos dias de hoje como fruto de uma "evolução histórica" tem servido para justificar a atitude conformista de alguns frente às violações dos direitos e das garantias dos processados e condenados criminalmente, principalmente daqueles beneficiados por um sistema penal direcionado a neutralizar certos grupos considerados incômodos em nossa sociedade excludente. Ou seja, tem-se encontrado na tradição uma boa desculpa para afastar responsabilidades em relação aos obstáculos impostos à ampla defesa dos acusados, para explicar o autoritário protagonismo judicial na produção de provas a favor da acusação, para justificar a naturalização das condenações que fixam longos períodos de reclusão, bem como a alienação dos julgadores para com as penas corporais aplicadas nos cárceres brasileiros.

Em razão disso, entende-se que um estudo, com a pretensão de contribuir na transformação de tais práticas autoritárias que permeiam o processo penal levado a cabo no dia a dia dos tribunais brasileiros, deve partir do pressuposto de que aquelas não são resultantes de uma tradição imutável legada pelos tribunais da fé, mas produto de seu tempo e principalmente das relações de poder que perpassam e constituem a atual sociedade brasileira e, principalmente, seus mecanismos de controle social.[28] Portanto, questionar quais são os vários discursos que constituem e legitimam tais práticas, os aspectos contextuais em que se concretizam, os seus propósitos oficiais e subjacentes e os seus diversos atores, é o primeiro passo para vislumbrar a possibilidade de novas formas democráticas de acertamento dos casos penais no Brasil.

---

27. V. VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história.* Trad. Alda Baltazar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2008.

28. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber.* Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 89 e ss.

4. A RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A VERDADE

Outro obstáculo para a compreensão das mudanças experimentadas pelo processo penal brasileiro nos últimos anos diz respeito à clássica identificação deste como único mecanismo de solução dos casos penais e utilizado para dar ao juiz conhecimento sobre a "verdade" ou uma das possíveis verdades acerca dos fatos supostamente delituosos e deste modo possibilitar sua decisão sobre a aplicação ou não da sanção penal.[29]

Na visão sistêmica, o processo sempre foi concebido como instrumento necessário à reconstrução histórica de um crime e associou-se o processo inquisitório à busca da verdade material e o processo acusatório da verdade formal do fato delituoso pretérito.

No acertado diagnóstico de Roberto Kant de Lima, quando se estabelece as diferenças entre o sistema acusatório (do júri) e o inquisitório necessariamente parte-se da premissa de que ambos são "fórmulas autodenominadas 'racionais' para solução de conflitos e produção de verdades".[30]

Segundo Sergio Moccia, a despeito da epistemologia moderna há algum tempo ter confiado à metodologia do conhecimento o valor da probabilidade e renunciado ao ideal de verdade absoluta, esta associação se perpetua na contemporaneidade, tem uma lógica própria e serve de justificativa para certas práticas processuais.

Evidentemente, um processo que tem por fio condutor a busca da verdade material guarda visíveis diferenças em relação àquele cuja existência se fundamenta na busca de uma verdade formal, principalmente no que diz respeito à estrutura e à regulamentação dos direitos colocados em jogo nos interstícios do procedimento.[31]

---

29. "Aponta-se a descoberta da verdade como finalidade imediata e específica do processo penal, o que não nos parece de todo aceitável. Descobrir a verdade é meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 61).

30. LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de antropologia e de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 202.

31. "A afirmação da possibilidade de associar o sistema inquisitório à 'verdade material' e o sistema acusatório à 'verdade formal', tem uma lógica própria. Se consideramos as 'pretensões', sem ter em conta os 'resultados', descobrimos que o fato de tenderem a esses fins diferentes comporta inevitáveis separações de estrutura e de regulamentação dos direitos em jogo, mas isso não diz nada sobre a eficácia axiológica" diferentes [trad. da autora] (MOCCIA, Sergio. Verité substantielle et vérité du procès. *Déviance et Societé*, vol. 24, n. 1, p. 109).

Sabe-se que a exigência de julgamento fundado na verdade real dos fatos pressupõe um procedimento que abre amplo espaço para a atuação do juiz e sacrifica a concretização de direitos, pois esses implicam inevitáveis limitações à descoberta do que realmente aconteceu no momento da prática do delito. Assim, justificado pela ideia de que um julgamento justo é aquele fundado na verdade real, o processo inquisitório se forja como um instrumento exclusivo do juiz, não pertence às partes, cujos direitos consubstanciados essencialmente no contraditório e na ampla defesa ficam em segundo plano e somente se concretizam na medida em que não atrapalham o tão importante labor do juiz de reconstruir a verdade de um crime. Isto significa que a busca da verdade real acaba por colocar o processo inquisitório à sombra das luzes constitucionais.

Por outro lado, quando se trata de um processo acusatório que tem como finalidade a busca da verdade formal, o procedimento deve necessariamente se transformar em instrumento de efetivação do contraditório, já que o julgador deverá elaborar sua decisão com base nas versões do fato construídas pelas provas e argumentos produzidos pelas partes. Com base na premissa de que o julgamento justo é aquele proferido com respeito aos direitos das partes, o processo acusatório limita o exercício do poder jurisdicional e a dita verdade real do crime jamais se sobrepõe às garantias constitucionais.

Note-se que o discurso que fundamentou a opção por um ou outro sistema processual, isto é, por um processo que deveria servir de instrumento à busca da verdade real ou formal sempre esteve vinculada aos interesses daqueles que exerciam poder numa dada sociedade.[32]

Em tese, o fato das novas tendências epistemológicas terem aberto caminho à relativização do conceito de verdade, veja-se por todos os estudos heideggerianos,[33] deveria no mínimo ter aproximado os sistemas processuais contemporâneos do chamado modelo acusatório.

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, o "juiz de ofício" deveria ter sido substituído pelo juiz *bricoler*, que une os significantes probatórios validamente produzidos durante a instrução processual, acolhendo-os ou rejeitando-os de maneira fundamentada para elaborar sua decisão.[34]

---

32. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

33. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (parte I)*. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (parte II)*. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

34. "A 'verdade processual' acontece, então, do imbricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, arti-

Contudo, na prática não foi isso que aconteceu e nos países de matriz jurídica europeia-continental atualmente assiste-se a um abandono deste processo penal tradicional, visto como instrumento de busca da verdade do crime, material ou formal.

Isto porque nos últimos anos a sociedade ocidental passou por mudanças significativas, decorrentes das transformações do modo de produção capitalista, dos avanços tecnológicos, da globalização, que produziram uma supervalorização do mercado, do consumo[35] e determinaram a invenção de um Estado capaz de assegurar esta nova ordem, bem como o desenvolvimento de uma lógica social excludente[36] e punitiva-neutralizante daqueles que atrapalham o seu funcionamento.[37]

---

culados com o inconsciente do juiz – que fala pela 'boca' dele significantes deslizados na cadeia por metonímia – nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se como um coágulo de sentido possível no temo e no espaço." (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 366).

35. "A 'sociedade de consumidores', em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de filiação" (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 71).

36. "(...) as práticas exclusivistas na sociedade de consumidores são muito mais estritas, duras e inflexíveis do que na sociedade de produtores. (...) Na sociedade de consumidores, os 'inválidos' marcados para a exclusão (uma exclusão final, irrevogável, sem apelação) são 'consumidores falhos'. De maneira distinta dos considerados inadequados à sociedade de produtores (desempregados e rejeitados pelo serviço militar), não podem ser concebidos como pessoas necessitadas de cuidados e assistência, uma vez que seguir e cumprir os preceitos da cultura do consumo é algo permanente e universalmente possível". (BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 74-75).

37. "O desarmamento, a inabilitação e a supressão dos jogadores insatisfatórios constituem, pois, um suplemento indispensável da integração mediante sedução numa sociedade de consumidores guiada pelo mercado. Os jogadores incapazes e indolentes são mantidos fora do jogo. Eles são o refugo do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. (...) Dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro coletivamente causado e que precisava ser tratado com meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As 'classes perigosas' são assim redefinidas como classes de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa

No que se refere ao avanço tecnológico, é preciso destacar que o aperfeiçoamento dos simulacros na era virtual apagou as fronteiras entre o real e o imaginário, fez com que nossas mais comezinhas sensações fossem mediadas – e consequentemente reduzidas - por um universo predominantemente pictórico oferecido digitalmente. Então, quando se naturalizou esta confusão entre o real (o verdadeiro) e o imaginário (o falso), a necessidade de se identificar o que é verdadeiro passou a não ser mais prioridade,[38] a necessidade de se tomar decisões com base em verdades foi descartada.

Nas palavras de Zygmunt Bauman, verifica-se que a sociedade pós-moderna não tem mais preocupações com a verdade, pois não mais reconhece os limites entre as verdades e as falsidades – entre o real e o imaginário – e por este motivo a busca de significado e sentido se tornou irrelevante no atual contexto.[39] Trata-se de um verdadeiro câmbio epistemológico que afasta a produção do conhecimento da descoberta de verdades e o aproxima das respostas rápidas para os problemas imediatos.

Além disso, esta sociedade consumidora precisa neutralizar de maneira eficiente e rápida os elementos incômodos – os excluídos do mercado ou aqueles que atravancam a sua expansão – e para atingir tal objetivo utiliza a prisão como depósito incapacitante desses indivíduos considerados perigosos à sua manutenção.[40]

---

verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições de bem-estar". BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 57).

38. "Onde eles vivem, levar a vida social eletronicamente mediada não é mais uma opção, mas uma necessidade do tipo pegar ou largar. A 'morte social' está à espreita dos poucos que ainda não se integraram ao Cyworld, líder sul-coreano no cibermercado da 'cultura mostre e diga'" (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria* cit., p. 9).

39. "Pode-se dizer utilizando a linguagem heideggeriana, que a forma especificamente pós-moderna de 'ocultamento' consiste não tanto em esconder a verdade do Ser por trás da falsidade dos seres, mas em obscurecer ou apagar inteiramente a distinção entre a verdade e a falsidade dentro dos próprios seres e, desse modo, tornar os temas do 'cerne da questão', de sentido e de significado absurdos e inexpressivos. É a própria realidade que agora necessita da 'suspensão da descrença', outrora prerrogativa da arte, a fim de ser apreendida, encarada e vivida como realidade. A própria realidade é 'arremedo', embora – exatamente como mal psicossomático – faça o máximo para esconder os sinais" (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade* cit., p. 158).

40. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Diante desta demanda, o processo penal que serve como instrumento à reconstrução da verdade de um crime passa a ser visto como moroso, dispendioso e, principalmente, ineficiente. A necessidade de se buscar a verdade real para poder punir se transforma num obstáculo à celeridade na aplicação da punição, pois produzir provas exige tempo, mesmo que na realidade sejam para o inquisidor confirmar o seu prejulgamento.[41] Por outro lado, a necessidade de se buscar a verdade formal para encarcerar tem como pressuposto o cuidado com a efetivação de direitos do acusado, o que igualmente exige tempo (para cumprimento do ritual procedimental garantista) e ainda diminui o número de condenações.[42]

Portanto, frente à desimportância da verdade na sociedade contemporânea e à demanda de respostas punitivas rápidas, o desvio do caminho acusatório já perfilado no horizonte foi inevitável e atualmente em nosso país se tem cada vez mais o acertamento dos casos penais com base numa verdade negociada, que substitui o "obsoleto" processo penal pela barganha, ou pelo encarceramento praticamente automático dos excluídos.

5. O ABANDONO DO PROCESSO COMO MECANISMO DE BUSCA DA VERDADE

Sob a justificativa de que é necessário proteger com eficiência a sociedade da criminalidade organizada e da violência perpetrada pelos despossuídos (fatores em parte fabricados ou incrementados pela mídia a serviço dos que exercem poder e para manter o controle através do medo), tem-se dispensado a minuciosa produção de provas para punir os supostos autores dos delitos e antecipado o seu encarceramento para o momento das investigações, ou em alguns casos, tem-se produzido apenas as provas necessárias para forçar a barganha e punir rapidamente sem a realização do demorado processo penal.

Assim, nos índices fornecidos pelos órgãos oficiais a respeito da superlotação no sistema penitenciário em nosso país, verifica-se um aumento desproporcional do número de presos provisórios de baixa escolaridade internados nas delegacias e presídios, o que de certa maneira demonstra esta antecipação da punição dos suspeitos pobres para a fase do inquérito policial.[43]

---

41. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986. p. 51.

42. "O princípio acusatório tende, historicamente, a assegurar uma relação satisfatória entre a finalidade do processo e os meios disponíveis à busca da verdade" (tradução da autora) (MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 109).

43. "Isso significa que o sistema penal na América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto

Neste cenário, o processo penal é realizado apenas para atender a exigência formal-legal e uma produção de provas que visa à reconstrução da verdade do fato não se concretiza. O ritual procedimental tem efeito retórico e serve de instrumento à confirmação da necessidade da prisão que foi efetivada com base em precários indícios durante as investigações, normalmente em razão da suposta periculosidade do agente.

Ao reverso, quando se fala do combate à criminalidade organizada, as conversas captadas através de interceptações telefônicas e os dados produzidos mediante as quebras de sigilo bancário e/ou fiscal são provas produzidas exclusivamente para servir de elemento de barganha e para evitar o processo e sua dialeticidade na reconstrução dos fatos.[44] Muitas vezes, as provas servem como um blefe, para que o acusado desista do jogo processual e aceite uma pena.

Nos EUA, há muito o processo penal, que tem como momento culminante o julgamento pelo tribunal do júri, tem sido substituído pelas negociações, segundo estatísticas, desde a década de 80, mais de 90% dos casos penais são resolvidos sem a instrução probatória marcada pelo contraditório processual.[45] Nestas situações, as provas são produzidas exclusivamente na fase das

---

das pessoas às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamento cautelares constituindo, este último, um puro confinamento de contenção" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 114).

44. "Um modelo diferente de processo penal parece ter encontrado lugar numa situação de urgência resultante da intensificação da criminalidade organizada e da descoberta de uma rede, extremamente densa e que se estende a todos os países, de atividades e práticas ilícitas nos lugares do poder público e privado. Também se assiste a um revival de critérios legislativos e jurisdicionais exemplares que são concretizados para um endurecimento sensível do aspecto coercitivo do processo, com a restauração de mecanismos de decretação automática da prisão preventiva, no quadro de uma expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária, e que de maneira geral coloca em questão os princípios fundamentais do processo acusatório (em especial os princípios do contraditório e da formação da prova em audiência), através de um alargamento desmensurado dos poderes do ministério público" [tradução da autora] (MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 114-115).

45. "Parece que de fato se constatou que 90% (ou mais) das condenações por crimes inclusive graves que a cada ano são pronunciadas nas cortes americanas fundam-se na confissão do imputado e que, na grande maioria dos casos, esta admissão de responsabilidade é fruto daquela forma de contratação entre acusação e defesa (*plea bargaining*) típica do direito americano, em seguida da qual o imputado se compromete a declarar-se culpado, renunciando ao processo, em troca de algumas vantajosas concessões da parte do promotor, sobre o tema específico da acusação ou da condena-

investigações, sob o comando do Ministério Público, para reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo, delatar seus supostos companheiros de empreitada criminosa ou simplesmente facilitar o trabalho do Estado na recuperação dos valores fruto da prática delituosa.

Em suma, a produção das provas não tem mais o objetivo de informar a convicção do juiz sobre os fatos para que ele possa fundamentar sua decisão condenatória ou absolutória,[46] mas a finalidade indigesta de pressionar o culpado ou inocente a aceitar um acordo para que a resposta do Estado ao medo social do crime seja rápida e eficiente.

Neste ponto, demonstra-se mais uma vez que nos dias atuais o direito penal e o processo penal corroboram o caráter simbólico da pena, pois em seu dever ser se mostram igualitários e garantistas, de modo a legitimar a violência por eles perpetrada no momento de seu funcionamento dirigido à neutralização dos economicamente menos favorecidos.[47]

Note-se que a justiça negocial aportou na legislação pátria quando ainda eram incipientes as mudanças sociais que levariam ao abandono da busca da verdade por meio do processo. Ainda na década de 90, a lei que criou a categoria dos crimes hediondos, simultaneamente à supressão de vários direitos daqueles condenados pela prática desta espécie de delito, de maneira sintomática prenunciou o abandono da busca da verdade por meio do processo ao prever a possibilidade do acusado realizar a delação premiada.

A Lei 8.072/1990[48] possibilitou que o integrante de uma quadrilha destinada à prática de crimes hediondos e assemelhados aos hediondos delatasse seus comparsas e "colaborasse" com o desmantelamento do grupo em troca da redução de sua pena de um a dois terços. Desta maneira, evidenciou a nova

---

ção" [tradução da autora]. MUSSO, Rosana Gambini. Il "plea bargaining" tra *common law* e *civil law*. *Studi di diritto processuale penale*. Giuffrè: Milão, 1985. p. 2.

46. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1965. vol. XX (II Série).

47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 98.

48. "Art. 8.º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. *Parágrafo único*. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços."

finalidade do processo penal, em que a verdade dos fatos se tornava irrelevante e a rápida identificação e punição do grupo criminoso se mostrava essencial para acalmar os ânimos de uma sociedade amedrontada com o aumento de crimes violentos.

Na esteira desta lei vieram tantas outras que abriram espaço à abreviação da produção de provas por meio da delação premiada, tais como a Lei 9.034/1995, que criou a figura das organizações criminosas, a Lei 9.080/1995, que alterou as legislações referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo; a Lei 9.613/1998, que tipificou a lavagem de capitais, a Lei 9.807/1999, que instituiu o programa de proteção às testemunhas de crime e estendeu a possibilidade de delação premiada para todos os crimes, a Lei 11.343/2006, que reformou a legislação sobre os crimes relativos à entorpecentes, a Lei 12.683/2012, que alterou a legislação referente à lavagem de capitais, e, finalmente, a Lei 12.850/2013, que deu um novo tratamento às organizações criminosas e disciplinou de maneira pormenorizada o procedimento da "colaboração premiada". Veja-se que todas essas alterações legislativas do direito processual penal vigente propiciaram ao juiz e às partes substituírem a desgastante tarefa de reconstruir os fatos delituosos por meio do processo para fundamentar a decisão jurisdicional de aplicação da sanção penal pelo acordo em que o acusado fornece a confissão e a delação em troca de penas mais brandas ou até do perdão, tudo para não se perder tempo, para se economizar os caros serviços do Estado e para se punir mais rapidamente um maior número de pessoas.

Segundo Sérgio Moccia, esta forma de resolução dos casos penais, que implica abreviar a investigação pela colaboração dos coautores do delito, dá amplos poderes ao Ministério Público e torna as outras partes insignificantes. A confissão-delação ocorre porque se prefere evitar o prolongamento do processo e as penas mais graves, trata-se praticamente de uma confissão mediante tortura. As ameaças da punição severa ao final do processo funcionam como tortura psicológica, que concentram em si a mesma barganha desleal da troca da confissão-delação para evitar o sofrimento.[49]

O cuidado da prova obtida mediante investigação minuciosa, a busca da verdade real ou do processo contraditório desmoronam, o que importa na delação premiada é esta "verdade negociada", que permite recuperar as somas de dinheiro, acabar com a angústia coletiva através da punição de um maior número de pessoas, pouco se dá pela questão histórica do fato pelo qual se pune.

49. MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 111.

Neste sentido, o citado processualista italiano afirma que, ao abandonarmos a cultura da prova, o processo perde aos poucos sua função cognitiva e isso influencia na própria estrutura das infrações, pois a justiça negocial quando sacrifica a exigência de reconstrução própria do processo contraditório neutraliza os imperativos de precisão da lei penal, do limite de penas, alimenta o surgimento de figuras penais de contornos evanescentes, construídas preferencialmente sobre o modo de ser do que sobre condutas verificáveis. Em suma, passa-se de um direito penal do fato a um direito penal do autor.[50]

Além da delação premiada, a Lei 9.099/1995 foi responsável por instituir a transação penal e a suspensão condicional do processo como procedimentos para negociações que impedem o processamento do caso em troca da aplicação imediata de penas mais brandas ou do cumprimento de medidas similares à própria pena. Nesses acordos, o acusado não assume a culpa, mas aceita a pena, sem que seja necessária a realização do processo para reconstrução do fato supostamente delituoso, ou melhor, de suas versões.

Destaque-se que a ampliação desses acordos para crimes com pena máxima até oito anos vem esboçada no art. 271, do PLS 156/2009, que propõe a reforma global do Código de Processo Penal vigente. Já o art. 105 do PL 236/2012, que propõe a reforma global do Código Penal, prevê a possibilidade do negócio penal para todas as espécies de crimes.

Esta barganha, que ganha espaço no dia a dia dos fóruns criminais brasileiros e tende a se generalizar decorre de uma escolha pelo abandono da busca da verdade através do processo e, consequentemente da prova, em nome da eficiência-celeridade, coloca em perigo o processo penal inquisitório e a possibilidade de estruturação de um processo acusatório em nosso país.

A grande questão é saber se a sociedade brasileira está preparada para arcar com as consequências da substituição da instrução processual pelas barganhas, tal como ocorreu nos EUA. Mencionou-se que hoje a maioria dos casos penais é resolvida por meio de acordos no judiciário norte-americano e em nome da eficiência-celeridade a sociedade tem suportado o amargo gosto de inocentes que aceitam acordos para evitar a estigmatização decorrente do longo processo e de culpados que imoralmente delatam seus comparsas e recebem indulgências. Em suma, impunidade e injustiça são rápidas respostas dadas pela barganha penal, que cuida dos direitos como bens que podem ser indistintamente negociados, a questão é saber se esta é a solução almejada pela sociedade brasileira e se esta está disposta a arcar com seus efeitos.

50. Idem, p. 111-112.

6. UM CONVITE À REFLEXÃO SOBRE AS NOVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CASOS PENAIS

São muitas as críticas que se pode tecer em relação à justiça negocial e seus propósitos, bem como à sua disseminação no Brasil, mas sem dúvida é preciso admitir que em nossa sociedade que busca se livrar a todo custo da incômoda ralé,[51] numa alusão à nomenclatura de Jessé Souza, a justiça negocial não é a única forma de resolução dos casos penais que escapa da análise sistêmica e ganha espaço no cenário da justiça criminal.

Não se pode esquecer de que boa parte dos crimes praticados pelos excluídos e marginalizados economicamente são resolvidos pela aplicação sumária da pena de morte pelas empresas de segurança privada ou pela própria polícia, ou ainda, pela internação compulsória em hospitais sob a justificativa de tratamento da drogadição. Nesses casos, igualmente se justifica que não há tempo para a busca da verdade, é preciso proteger prontamente a sociedade, que consome, dos seus inimigos, que por miséria resistem à nova ordem mercadológica. Nesses casos, verifica-se a anunciada substituição do direito processual penal pelo direito administrativo, com todo autoritarismo que as medidas administrativas de polícia remontam.[52]

Ou seja, novas formas de resolução dos casos penais, que não se adéquam à visão sistêmica do processo penal, surgem sem qualquer controle e fundadas na atitude desesperada de uma sociedade que vive amedrontada, que clama por punição. Essas novas práticas não são alcançadas pela tradicional legislação processual penal, ou seja, a sua regulamentação é tênue e falha, não traz garantia, mas intensifica a insegurança.

Portanto, este é o momento de refletir sobre estas novas formas de funcionamento das agências estatais e sociais na aplicação das penas, sobre os seus efeitos em longo prazo e lembrar que é possível ter outras práticas na resolução dos casos penais que superam o tradicional processo, mas que se mostram menos autoritárias e, principalmente, que valorizam a vítima, seja na concepção tradicional de sujeito passivo do crime, seja naquela da verdadeira vítima da situação problema.

Tais práticas, que já se avizinham no horizonte, certamente prometem uma subversão do tradicional sistema penal e também são chamadas de restaurativas, na medida em que preveem a reparação do dano causado pelo crime sem a aplicação concomitante da pena para alguns crimes (prestação pecuniária à

51. SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem e como vive*. Belo Horizonte: Humanitas, 2009.

52. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal* cit., p. 109 e ss.

vítima, que pode ser substitutiva ou estar prevista na própria lei como pena para aquela espécie de delito).

Trata-se de uma reparação que não se restringe a um ressarcimento econômico puro e simples da vítima ou do prejudicado independentemente da pena e não se refere simplesmente à reparação do dano causado à vítima ou ao prejudicado mediante prestação de serviços ou trabalhos comunitários.[53] Neste sentido, alguns autores trabalham com a ideia de mediação penal, que pressupõe a possibilidade de conciliação entre a vítima e o ofensor em certos casos numa fase pré-processual que pode levar ao ressarcimento da vítima e a extinção da punibilidade.[54]

Estas novas práticas há muito são discutidas pelos abolicionistas, sob a justificativa de que o sistema penal vigente não está dando à sociedade a resposta adequada para condutas socialmente danosas, mas se tem hesitado aprofundar o debate pelo receio de ver extinto o processo e a sua cláusula de proibição da vingança privada.[55]

Contudo, é inescapável dar um passo em direção ao novo, em pensar como evitar os abusos nessas novas práticas, que podem ser mais vexatórias e estigmatizantes do que as próprias penas. Ao invés de tentar salvar os velhos sistemas processuais, é necessário abrir os olhos para essas novas práticas, para a complexidade da nossa sociedade que questiona as tradicionais respostas penais. Antes que a justiça negocial se amplifique, é necessário pensar na descriminalização, na despenalização, na mediação penal, que passaram em branco no momento da edição da Lei 9.099/1995. É imprescindível refletir se a sociedade quer a ultrapassada pena de prisão para resolver os casos penais, se quer as barganhas ou se a sociedade quer dar voz aos vitimizados, sejam acusados ou vítima, mas ciente de que o processo penal que se desenvolve nos fóruns é produto do nosso tempo, da nossa violência cotidiana e da nossa indiferença.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

53. SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como conseqüência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

54. SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

55. V. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001; PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade.* Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale.* vol. XX (II Série). Padova: Cedam, 1965.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale.* Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR.* n. 30. ano 30. Curitiba, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. LIRA, Ricardo Cesar Pereira (org.). *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito.* Rio de Janeiro: COAD, 1993.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição.* São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

GODES, Jesús Mestre. *Los cátaaros: problema religioso, pretexto político.* Trad. M. Dolors Gallart. Barcelona: Peninsula, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (Parte I).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Ser e tempo (parte II).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. *Entrevista com Michel Foucault.* Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=NqKLzFELxIU]. Acesso em: 18.07.2012.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber.* Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *Soberania e disciplina.* Microfísica do Poder. Trad. Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de antropologia e de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1.

MOCCIA, Sergio. Verité substantielle et vérité du procès. *Déviance et Societé.* vol. 24. n. 1. 2000.

MUSSO, Rosana Gambini. Il "plea bargaining" tra common law e civil law. *Studi di diritto processuale penale.* Giuffrè Milão, 1985.

PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem e como vive*. Belo Horizonte: Humanitas, 2009.

SOUZA, Laura de Mello e. *O diabo e a terra de santa cruz*. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história*. Trad. Alda Baltazar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2008.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Sistemas processuais penais, de Cristiano Álvares Valladares do Lago – *RT* 774/441; e
- Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro, de Leônidas Ribeiro Scholz – *RT* 764/459.

DO ÔNUS DA PROVA DOS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO: ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ, HC 194.225)

2

About the burden of proof of the elements of global appreciation of the fact: critical analysis of a precedent of the Court of Appeals (STJ, HC 194.225)

FREDERICO GOMES DE ALMEIDA HORTA

Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal do Centro Universitário UNA. Associado do IBCCrim, do ICP e do IAMG. Advogado Criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Analisa-se o julgamento, pelo STJ, de um *Habeas Corpus* no qual se alegou constrangimento ilegal consistente na inversão do ônus da prova sobre o elemento "sem justa causa", no crime de abandono material. Para tanto, trata do conteúdo e da posição desse elemento no sistema teórico do delito. Critica a tradicional doutrina de repartição do ônus da prova baseada na distinção entre as categorias que compõem o conceito analítico de crime. Por fim, apresenta proposta de soluçâo para o problema do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato e, a partir dela, avalia a decisão e os seus fundamentos consignados no acórdão analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Elementos de valoração global do fato – Ônus da prova – Abandono material – Sem justa causa – Presunção de inocência.

ABSTRACT: This article analyzes the judgment, by the Brazilian Court of Appeals (STJ), of an *Habeas Corpus* in which it was alleged an unlawful restraint based on the inversion of the burden of proof "without just cause" in the criminal offense of material abandonment. The paper discusses the content and the position of this element in the theoretical system of criminal offenses. It criticizes the traditional doctrine regarding the distribution of the burden of proof based on the distinction between the categories that make up the analytical concept of crime. Finally, it proposes a solution for the burden of proof of the elements of global appreciation of the fact and evaluates the decision and grounds of the ruling analyzed.

KEYWORDS: Elements of global appreciation of the fact– Burden of proof – Material abandonment – Without just cause – Presumption of innocence.

SUMÁRIO: A) Acórdão – B) Comentários: 1. Introdução – 2. Dos elementos de valoração global do fato e sua posição sistemática: natureza da "falta de justa causa" no crime de abandono material – 3. Amplitude da carga probatória da acusação e seus limites quanto ao elemento de valoração global do fato – 4. Da presunção da falta de justa causa no caso em análise: considerações críticas conclusivas.

A) ACÓRDÃO

STJ – *HC 194.225/GO* – 5.ª T. – j. 16.04.2013 – v.u. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – *DJe* 24.04.2013 – Área do Direito: Penal; Processual.

HABEAS CORPUS – Impetração em substituição a recurso originalmente cabível para a espécie – Manejo contra decisão proferida por Tribunal estadual – Inadequação da via eleita – Remédio constitucional de uso excepcional que não se destina à correção de equívocos que demandam reexame fático-probatório – Inexistência de constrangimento ilegal evidente que impede a concessão da ordem.

HABEAS CORPUS – Abandono material – Trancamento da ação por falta de justa causa – Inadmissibilidade – Ausência de justificativa idônea para o inadimplemento da obrigação alimentícia – Ônus cabível à acusação, em razão da impossibilidade do réu de produzir prova negativa – Análise dos elementos normativos do crime que, ademais, exige reexame fático-probatório, inviável na via estreita do writ.

CERCEAMENTO DE DEFESA – Nulidade – Inocorrência – Não comparecimento de testemunha, paciente e defensora na audiência que demonstra desídia da defesa – Ausência de comprovação do efetivo prejuízo – Aplicação do princípio pás de nullité sans grief – Inteligência do art. 563 do CPP.

PENA – Abandono material – Fixação da reprimenda acima do mínimo legal – Inadmissibilidade – Valoração equivocada da culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime – Utilização de elementos genéricos e ínsitos ao elemento normativo do tipo penal – Redução da pena de ofício que se impõe.

HC 194.225 – Goiás (2011/0005130-6).
Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze.
Impetrante: Gentil Meireles Neto – advogado: Gentil Meireles Neto.
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.
Paciente: D. O. B. J.

Ementa: Habeas corpus *impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Abandono material. Art. 244 do CP. Materialidade e autoria. Ônus da acusação. Elemento normativo "justa causa". Inviabilidade de se fazer prova negativa. Ônus da defesa. Reverter a conclusão das instâncias ordinárias. Impossibilidade na via eleita. 3. Nulidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Desídia da parte. Ausência de demonstração do prejuízo.* Pas de nullité sans grief. *Art. 563 do CPP. 4. Diligências finais. Fase não suprimida pela Lei 11.719/2008. Não comparecimento do paciente. Ausência de manifestação. 5. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Valoração inidônea. Culpabilidade. Conceito analítico de crime. Avareza como motivação. Elemento abstrato. Ausência de correlação com dado concreto. Consequências. Necessidade de ação de execução de alimentos. Desdobramento lógico da ausência de pagamento. 6.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena.*

1. A jurisprudência do STJ, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o STF passou a não mais admitir habeas corpus *que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de* habeas corpus *de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.*

2. Para tipificação do crime de abandono material, mostra-se imprescindível o preenchimento do elemento normativo do tipo, qual seja, ausência de justa causa para o descumprimento da obrigação. No entanto, cabe ao Ministério Público demonstrar o descumprimento da obrigação e apenas apontar a ausência de justa causa, pois tecnicamente se mostra inviável a produção de prova negativa. Assim, devidamente explicitada a autoria e a materialidade, verificando-se que o paciente tinha condições financeiras de prover o sustento de sua filha menor e deixou voluntariamente de fazê-lo, cabe ao réu provar a existência de justificativa idônea para o descumprimento da obrigação alimentar. Ademais, tendo as instâncias ordinárias considerado não ter ficado demonstrada a justa causa para o inadimplemento, reverter referida constatação

demandaria profundo exame de prova, o que não é possível analisar por meio de habeas corpus.

3. Não há se falar em nulidade por cerceamento de defesa, quando há, na verdade, desídia da parte. Mister destacar, ademais, que prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo, o que não se verificou in casu. *Portanto, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora a máxima* pas de nullité sans grief, *a teor do que dispõe o art. 563 do CPP.*

4. A Lei 11.719/2008 não suprimiu a fase das diligências finais, a qual se mantém hígida, nos termos do art. 402 do CPP. Portanto, não há que falar em aplicação da previsão normativa anterior. No mais, conforme elucidou a Corte a quo, *na audiência de encerramento da instrução, franqueou-se o pedido de diligências finais, contudo, diante do não comparecimento injustificado do paciente, não foram formulados quaisquer pedidos.*

5. As considerações feitas pelo Magistrado a quo *para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostraram-se, em sua maioria, impróprias. De fato, considerou-se na culpabilidade o conceito analítico de crime e apontou-se como motivo a avareza, elemento abstrato e desvinculado de qualquer dado concreto dos autos. Por fim, valorou-se como consequência negativa "a necessidade da propositura de ações de execução e de alimentos em desfavor do acusado". Contudo referida conduta já está no desdobramento lógico do tipo penal em tela, mostrando-se equivocada sua consideração para majorar a pena.*

6. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 5.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJSE).

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 – MARCO AURÉLIO BELLIZZE, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze:* Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de D. O. B. J. – condenado como incurso no art. 244 do CP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas

de direitos –, apontando-se como autoridade coatora o TJGO que negou provimento ao recurso de apelação, nos seguintes termos (f.):

"*Apelação criminal.* 1) A dispensa de testemunha, arrolada pela defesa, ante a impossibilidade de localização, não afronta o devido processo legal, mormente quando o réu não diligenciou visando localizar a falta. 2) No crime de abandono material, a provada existência de justa causa compete à defesa, cabendo a acusação tão somente demonstrar a obrigação. Verificando-se que o apelante deixou de efetuar o pagamento de pensão devida, somente o fazendo quando a justiça foi acionada, resta demonstrado o dolo na conduta do mesmo. *Apelo conhecido e improvido*".

Aduz o impetrante, num primeiro momento, que não se pode falar em conduta típica e antijurídica, pois se atribuiu ao paciente o ônus de demonstrar a existência de justa causa para não ter adimplido a pensão alimentícia. Insurge-se, ainda, contra a desistência de uma das testemunhas da defesa, sem a presença do advogado dativo e sem a nomeação de defensor para o ato, o que dificultou a produção de prova apta a demonstrar a justa causa. Conclui, assim, ser o processo nulo desde o referido ato.

Considera, ademais, que a Lei 11.719/2008, a qual alterou o processo penal, suprimiu a fase das diligências finais, remetendo sua requisição para a defesa preliminar, o que prejudicou o paciente. Pugna, dessa forma, pela nulidade dos atos praticados após o encerramento da instrução, para que possam ser requeridas as diligências que entende cabíveis.

No mais, afirma que o paciente não poderia ter sido condenado, pois consta nos autos situação que justifica o não pagamento da pensão – o fato de ter enfrentado dificuldades financeiras. Assim, deveria ter sido absolvido. Por fim, sustenta que houve *bis in idem* na dosimetria, haja vista terem sido considerados elementos próprios do tipo penal, não se verificando, ademais, a devida motivação. Assevera, ainda, que deve ser reconhecida a atenuante relativa ao pagamento espontâneo antes do julgamento, nos termos do art. 65, III, *b*, do CP, fixando-se sua pena no mínimo legal, adequando-se a pena restritiva de direitos.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da execução da pena. No mérito, pleiteia a nulidade do processo, "pelo cerceamento de defesa, ofensa ao devido processo legal, ausência de fundamentação, inversão do ônus da prova e inobservância aos estritos termos dos dispositivos de tipificação da conduta antijurídica". Subsidiariamente, pede a nulidade da pena-base ou sua redução, com incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do CP.

A liminar foi indeferida à (f.). As informações foram prestadas às (f.) e o Ministério Público Federal manifestou-se, às (f.), pela denegação do *writ*, nos seguintes termos:

"Habeas corpus. *Abandono familiar. Alegação de cerceamento de defesa. Tese não manifestada durante a instrução criminal. Prejuízo não demonstrado. Preclusão. Ale-*

gação de inobservância do devido processo legal. Inocorrência. Tipicidade demonstrada. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Decisão devidamente fundamentada. Reconhecimento da atenuante de reparação espontânea. Impossibilidade. Parecer pela denegação do writ".

É o relatório.

VOTO – *O Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze* (relator): O remédio constitucional do *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando-se no inciso LXVIII do art. 5.º que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do STJ e do STF, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do *habeas corpus* a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno. Passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de *habeas corpus* como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, consequentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100).

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do STJ, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o *habeas corpus* remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC 239.957/TO, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 11.06.2011 e HC 201.483/SP, relator Min. Gilson Dipp, *DJe* 27.10.2011).

Nessa linha de evolução hermenêutica, o STF passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: HC 109.956/PR, relator Min. Marco Aurélio; HC 104.045/RJ, relatora Min. Rosa Weber; HC 114.550/AC, relator Min. Luiz Fux e HC 114.924/RJ, relator Min. Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do STF quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo STJ, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5.º, LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial, para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente *mandamus*, insurge-se o impetrante, num primeiro momento, contra a ausência de tipicidade penal, haja vista não ter ficado demonstrado pelo Ministério Público que o paciente deixou de prover a subsistência de sua filha sem justa causa. Considera, ainda, estar provado que passou por dificuldades financeiras, razão pela qual deve ser absolvido. No mais, aponta haver ilegalidade na dispensa de testemunha e na aplicação da Lei 11.719/2008, pois entende que referida norma suprimiu a fase das diligências finais, o que o prejudicou. Subsidiariamente, impugna a dosimetria.

Inicialmente, mostra-se indispensável a análise do tipo penal de abandono material, descrito no art. 244 do CP, *in verbis:*

"Deixar, *sem justa causa*, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou

maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (...)".

Como visto, para preenchimento do tipo penal não basta o mero inadimplemento da pensão alimentícia, devendo ficar demonstrado que o paciente não satisfez seu débito sem justa causa. Ou seja, para tipificação do crime de abandono material, mostra-se imprescindível o preenchimento do elemento normativo do tipo, o qual deve ser aquilatado no caso concreto.

Na denúncia, o Ministério Público narrou os fatos, *in verbis*:

"(...). Posteriormente, em razão da inadimplência do denunciado, a questão foi objeto de ação de execução, tendo contudo não havido satisfação do débito a demonstrar negligência e omissão daquele. Ocorre, que sem justa causa a desmerecer este procedimento, o denunciado tem ignorado a obrigação alimentícia em relação à filha, por sua vez objeto de fixação judicial, não ministrando a mesma assistência material, obrigando constantemente a serem propostas ações de execução de alimentos, que quase sempre redundam em prejuízo à vítima. Portanto, com o comportamento omisso e renitente do denunciado em não prover a subsistência da filha menor com o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, tem o mesmo, sem justa causa, deixado em abandono esta, furtando-lhe de assistência material indispensável ao exercício das necessidades básicas. (...)".

A sentença reconheceu o preenchimento do tipo penal, nos seguintes termos (f.):

"(...). É de se ver que o próprio Réu afirmou ser parcialmente verdadeira a acusação contra si formulada, afirmando, entretanto, que *ficou certo tempo viajando a trabalho e por isso não pôde honrar com a prestação de alimentos* (f.). Percebe-se pela análise dos autos que o inadimplemento pelo Acusado da prestação alimentícia referente à sua filha não se deu em um período isolado, faltando este por diversas vezes com a obrigação a si imposta legalmente e levada a efeito com a homologação do acordo de (f.). Não é aceitável, de outro lado, que, em razão de viagens a trabalho, o Acusado prive sua filha dos alimentos de que necessita. (...). Do exposto resulta em dizer que durante a instrução não se verificou em prol do acusado qualquer justificativa de sua conduta, isto é, qualquer fato que descaracterizasse a tipicidade, a ilicitude de sua conduta, ou que isentasse de pena, merecendo, pois, condenação, como mostra o seguinte julgado: (...)".

E o Tribunal de origem, consignou que (f.):

"Fácil constatar que a conduta do recorrente jamais se adequaria àquela dos meros devedores de prestações alimentícias vencidas porquanto não logrou êxito na comprovação de justa causa, ensejando aplicação de jurisprudência pacificada nesta Corte: (...). Evidenciada a deliberada intenção do apelante de não cumprir a obrigação, passando totalmente o encargo a pessoa que considera mais provida de recursos, no caso a genitora, eximindo-se, por determinação livre e consciente,

de co-participar da subsistência da menor, dever também inerente à paternidade. Sabe-se que não exclui a criminalidade o fato de não faltar o sustento aos filhos, pela participação da mãe ou de terceiros, incorrendo no delito do art. 244 o pai que, sem justos motivos, participa esporadicamente ou deixa de pagar pensão judicialmente avençada, como fez o recorrente, eis que reconheceu, que recorria à sua genitora para cumprir sua obrigação alimentar".

Verifica-se, portanto, que o paciente não logrou êxito em demonstrar a existência de justa causa para o inadimplemento da obrigação alimentar. Note-se que cabe ao Ministério Público apenas apontar a ausência de justificativa idônea para o descumprimento da obrigação pelo pai, pois tecnicamente se mostra inviável a produção de prova negativa. Assim, devidamente demonstrada pela acusação a autoria e a materialidade, e não verificada a existência de justa causa, cabe ao réu a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquela obrigação.

Ao órgão acusador basta demonstrar que o paciente tinha condições financeiras de prover o sustento de sua filha menor e deixou voluntariamente de fazê-lo. Ademais, tendo as instâncias ordinárias considerado que não ficou demonstrada a existência de justa causa para o inadimplemento, reverter referida constatação demandaria profundo exame de prova, o que não é possível analisar por meio de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"*Recurso ordinário em* habeas corpus. *Crime de abandono material. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Improcedência. Necessidade de exame probatório. Impossibilidade na via eleita.* 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ. 2. Não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do ora paciente, porquanto a denúncia descreve, de forma consistente e suficiente para a deflagração da persecução penal, a existência, em tese, de fato tipificado como abandono material, caracterizado pelo descumprimento do dever legal de prover a subsistência de seus dependentes. 3. Outrossim, para reconhecer-se a falta de justa causa na espécie, faz-se necessário um aprofundamento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *writ*. 4. Recurso desprovido" (RHC 15.493/RS, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 07.06.2004, p. 241).

Quanto à nulidade apontada, relativa à dispensa de testemunha, verifico que o Tribunal de origem esclareceu que a testemunha não compareceu, assim como o paciente e sua defensora, não obstante terem sido devidamente intimados. Concluiu, assim, a Corte *a quo*, que não há se falar em alegação de cerceamento ou nulidade, pois houve desídia da própria defesa.

Mister destacar, ademais, que prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do

efetivo prejuízo, o que não se verificou in casu. Portanto, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o art. 563 do CPP.

A propósito, confira-se a jurisprudência desta Corte:

"Habeas corpus. *Latrocínio. Alegação de nulidade de audiências deprecadas para ouvida de testemunhas de acusação marcadas para o mesmo dia e horário, em comarcas distintas. Realização do ato, posteriormente, em uma delas, sem nova intimação da defesa. Assertiva de cerceamento de defesa, tendo em vista a praxe da magistrada da instrução de sempre intimar a defesa acerca das datas das audiências nos juízos deprecados. Improcedência. Ciência do dia e hora das audiências com 3 dias de antecedência, sem qualquer pedido de adiamento. Testemunho irrelevante, que em nada altera o panorama fático do processo, pois o ouvido limitou-se a dizer que apenas encontrou o corpo da vítima, mas não presenciou os fatos e não conhecia nem a vítima nem o acusado. Nomeação de defensor público para o ato. Ausência de prejuízo. Súmula 523/STF. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem denegada, no entanto.* 1. Em tema de nulidades, o Processo Penal é regido pelo preceito fundamental *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula 523/STF; assim, não deve ser declarada nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega. Isso porque, o processo não é um fim em si mesmo, merecendo aproveitamento todos os atos que atingiram a sua finalidade e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório. 2. (...)". (HC 181.674/PE, relator o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 15.02.2012).

No que concerne à suposta supressão da fase das diligências finais, pela Lei 11.719/2008, tem-se que não houve mencionada modificação legislativa. Com efeito, a previsão de pedido de diligências ao final da instrução permanece hígida nos termos do art. 402 do CPP, portanto, não há se falar em aplicação da previsão normativa anterior.

Ademais, conforme elucidou a Corte *a quo*, na audiência de encerramento da instrução, franqueou-se o pedido de diligências finais, contudo, diante do não comparecimento injustificado do paciente, não foram formulados quaisquer pedidos. Nesse ponto, manifestou-se o Tribunal de origem, nos seguintes termos (f.):

"Não se cogita em violação ao devido processo legal, diante das alterações introduzidas ao Código de Processo Penal, conforme redação da Lei 11.719/2008, uma vez que os processos que tramitaram durante o *vacatio legis*, os Magistrados tiveram a prudência de preserva o contraditório e a ampla defesa, tanto assim, que na audiência que encerrou a instrução, o Juiz oportunizou requerimento de diligências, e diante da ausência injustificada do réu, este não se manifestou (f.). Assim, não há falar em cerceamento de defesa ou violação do devido processo legal, em virtude da ausência de diligências, que poderiam ser requeridas pelos sujeitos, porquanto somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham

alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual. Considerando que o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o Juiz para o deslinde da causa, constato que não ficou demonstrada a violação do devido processo legal e ao contraditório".

Por fim, passo à análise da dosimetria. Importante ressaltar, num primeiro momento, que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Tribunal Superior pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. No entanto, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo Juízo *a quo* (f.):

"Vinculado às diretrizes do art. 59 do CP, tenho que o acusado é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude da conduta e lhe era exigível conduta diversa; é tecnicamente primário (f.); não há elementos a evidenciar a irregularidade de sua conduta social; não há indicativos de personalidade voltada para a criminalidade; a motivação para o crime aparentemente foi a avareza; as circunstâncias são desfavoráveis, eis que desde tenra idade e por um período de tempo longo, a filha do acusado foi materialmente abandonada por este; as consequências foram consideráveis, eis que houve a necessidade da propositura de ações de execução de alimentos em desfavor do acusado, o que evidentemente acarretou prejuízos à menor, vítima nestes autos, desamparada materialmente pelo próprio pai; quanto ao comportamento da vítima, não influiu tal elemento para o cometimento da infração; Destarte, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção e multa de 05 salários mínimos, que torno definitiva, ante a inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, minorantes ou majorantes, a favor ou contra o denunciado; Deverá o réu iniciar o cumprimento da pena que lhe foi imposta no regime aberto, segundo preceitua o art. 33, § 2.°, *c*, do CP, obedecidas as seguintes condições: (...). Tendo em vista as diretrizes do art. 44 do CP, promovo a substituição da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta na forma do art. 44, § 2.°, c/c arts. 45, § 1.°, e 46, todos do referido Código, fixando a prestação pecuniária em 04 (quatro) salários mínimos, destinados ao Comissariado de Menores, que poderão ser pagos em 04 (quatro) parcelas, e, pena de prestação de serviços à comunidade, deverá ser cumprida junto ao CIS;"

O Tribunal de origem, ao redimensionar a pena, consignou:

"Por fim, não merece acolhimento a tese de exacerbação da pena-base, segundo a análise das circunstâncias judiciais, que não são totalmente favoráveis ao recor-

rente. Ficando a reprimenda pouco acima no mínimo, porém dentro da média. Porém, a sentença merece ser reparada, uma vez que o Juiz não reconheceu a atenuante da confissão, nos termos do art. 65, III, *d*, do CP. Pelo que aplico a atenuante, para reduzir a pena em 06 meses, tornando-a definitiva em 02 anos de detenção. Rechaço a pretensão de reconhecimento a atenuante prevista no III, *b*, do art. 65 do estatuto repressivo, porquanto o recorrente não se enquadra no dispositivo. Trata-se de obrigação alimentar, que lhe foi imposta através de decisão judicial, cabendo-lhe o cumprimento até que a menor necessite da verba alimentar".

Como é cediço, a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei – Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

Da leitura das referidas passagens, tem-se que a decisão condenatória considerou, dentre as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, quatro delas desfavoráveis, a saber: culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. Diante disso, entendeu a instância de origem que a pena-base deveria ser fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, quando a mínima, nesse caso, é de 1 (um) e a máxima é de 4 (quatro) anos.

Entretanto, constato que as considerações feitas pelo Magistrado a quo, para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostraram-se, em sua maioria, impróprias, tendo sido valoradas de forma equivocada a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime, valendo-se o Juízo de primeiro grau elementos abstratos bem como de dados ínsitos ao próprio tipo penal.

Com efeito, no que concerne à culpabilidade, observo que o Juízo de origem considerou que o "acusado é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude da conduta e lhe era exigível conduta diversa". Ou seja, foram enumerados os elementos do conceito analítico de crime, não se agregando qualquer dado concreto à culpabilidade que demonstrasse, efetivamente, a maior reprovabilidade da conduta perpetrada pelo paciente.

Da mesma forma, o motivo considerado pelo juiz, a avareza, não traz nenhuma vinculação a dado concreto que desborde do próprio tipo penal. Com efeito, é elemento genérico inábil à demonstração da motivação do delito. Já as consequências, considerando-se "a necessidade da propositura de ações de execução e de alimentos em desfavor do acusado", também não são elementos idôneos à majoração, haja vista já estar no desdobramento lógico do tipo penal em tela.

Ao ensejo, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

"Habeas corpus. *Abandono material de filho menor de 18 anos (art. 244 do CP). Pena: 1 ano e 5 meses de detenção. Regime inicial semi-aberto. Ausência de manifestação, na sentença, sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade*

por restritivas de direitos ou de suspensão condicional do processo. Apreciação obrigatória. Precedentes do STJ. Dosimetria da pena. Ausência de fundamentação para a elevação da pena base. Utilização de elementos do próprio tipo penal. Inadmissibilidade. Precedentes. Parecer do mpf pela concessão parcial da ordem e, de ofício, anulação da sentença quanto à dosimetria da pena. Ordem parcialmente concedida, para que, mantida a condenação, o juízo de primeiro grau se pronuncie fundamentadamente sobre as benesses legais. De ofício, anula-se a sentença, tão-somente no tocante à dosimetria da pena. 1. Imposta a pena abaixo do limite de 04 anos de reclusão e não sendo o caso de delito praticado com violência ou grave ameaça, é direito subjetivo do réu ver apreciada a possibilidade de substituição de sua pena pelo Juízo que o condenou. Precedentes 2. O Magistrado, ao condenar o réu à pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos deve, obrigatoriamente, se manifestar sobre a concessão, ou não, da suspensão condicional da pena, por força do disposto no art. 697 do CPP. Precedentes. 3. Constata-se que o ilustre sentenciante, ao dosimetrar a pena, utilizou, como características negativas de culpabilidade, conduta social, motivos e consequências do crime, circunstâncias que constituem o seu próprio núcleo, o que caracteriza inegável *bis in idem*. 4. Ordem parcialmente concedida, para, mantendo a condenação, determinar ao Juízo sentenciante que se manifeste sobre a concessão, ou não, das benesses legais aqui reclamadas; e, de ofício, concede-se a ordem para que seja anulada a sentença, no tocante à dosimetria da pena, em consonância com o parecer ministerial". (HC 91616/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 22.06.2009).

Assim, claro está que a motivação constante na sentença, relativamente às circunstâncias judiciais acima mencionadas, culpabilidade, motivos e consequências do crime, não se apresenta suficientemente idônea para se apenar tal como ali se apenou – um ano e seis meses acima do mínimo legal.

Mantenho, no entanto, as circunstâncias do crime como negativas, pois, não obstante o abandono material ser conduta inerente ao próprio tipo penal, a tenra idade da vítima e o longo período de tempo legitimam a valoração negativa desse fator.

Dessarte, entendo que a pena-base do paciente deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, porquanto mantida uma circunstância judicial negativa. Assim, fixo a pena, na primeira fase da dosimetria, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção. Na segunda fase da dosimetria, mantenho a atenuante da confissão espontânea, reconhecida pelo Tribunal de origem, para reduzir a pena em 6 (seis) meses. Por fim, à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição da pena, fica esta definitivamente fixada em 1 (um) ano de detenção, em regime aberto.

Diante do retorno da pena ao mínimo legal, deixo de analisar a possibilidade de incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do CP, em razão do verbete 231 da Súmula do STJ, que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal, em virtude da aplicação de atenuante.

Mantém-se, ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo, no entanto, ajustar-se a reprimenda, nos termos do § 2.º, do art. 44 do CP, para que seja fixada apenas uma reprimenda alternativa, em virtude da redução do *quantum* da pena.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo, no entanto, a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 5.ª T.; HC 194.225/GO; número de registro: 2011/0005130-6; processo eletrônico; números de origem: 200902222478 e 364299; matéria criminal; em mesa; julgado: 16.04.2013; relator: Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Odim Brandão Ferreira; secretário: Lauro Rocha Reis.

Autuação – impetrante: Gentil Meireles Neto – advogado: Gentil Meireles Neto; impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás; paciente: D. O. B. J.

Assunto: Direito penal – Crimes contra a família – Crimes contra a assistência familiar – Abandono material.

Certidão – Certifico que a egrégia 5.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu '*habeas corpus*' de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro relator".

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJSE).

B) COMENTÁRIO

1. INTRODUÇÃO

O acórdão em comento versa, dentre outros pontos interessantes, sobre o problema do ônus da prova no processo penal, tratando precisamente de controvérsia sobre a sua atribuição em relação ao elemento "sem justa causa", do delito de abandono material, previsto no art. 244 do CP. A solução dessa controvérsia se mostra especialmente curiosa, pois expõe os limites da tradicional doutrina de repartição do ônus da prova segundo os diversos extratos do con-

ceito analítico de crime, isto é; conforme a alegação diga respeito à tipicidade, à ilicitude ou à culpabilidade.

Julgou-se neste acórdão um *Habeas Corpus* por meio do qual se impugnava a condenação do Paciente, confirmada pelo TJGO, pelo crime de abandono material. Pela referida ação constitucional, pedia-se por razões diversas e sucessivamente a absolvição do Paciente, a anulação da sentença que o condenou, ou a revisão da pena fixada no acórdão que a confirmou. E em que pese o *Habeas Corpus* não ter sido formalmente conhecido, por ser substitutivo de recurso próprio, na esteira de recente orientação jurisprudencial dos tribunais superiores, seus fundamentos foram todos apreciados. Um deles foi até reconhecido, resultando na concessão de ofício da ordem, para reduzir a pena imposta ao Paciente.

Desses fundamentos do *Habeas Corpus*, destaca-se para a presente análise a alegação de ausência de prova da tipicidade da conduta, que embasava o pedido principal, de absolvição do Paciente. Segundo o impetrante, a acusação não teria se desincumbido do seu ônus de provar a tipicidade da omissão do Paciente, pois não teria demonstrado nos autos a ausência de justa causa para o inadimplemento do seu dever de prestar alimentos.

Com efeito, pode-se extrair do relatório do voto que conduziu o julgamento do *Habeas Corpus*, que bastou para a condenação do Paciente a prova produzida pela acusação, de reiterada omissão dele em arcar com pensão judicialmente fixada em favor da sua filha. A sentença de primeiro grau considerou inidônea para excluir a tipicidade, a ilicitude do fato, ou ainda, segundo seus termos, para isentar o réu de pena, a alegação de que fora inadimplente por força de dificuldades decorrentes de viagens de trabalho. E o acórdão que julgou a apelação considerou criminosa a omissão do acusado, distinguindo-o dos meros devedores de prestações alimentícias vencidas, ao suficiente argumento de que ele não logrou êxito na comprovação de justa causa para tanto.

No julgamento da impetração, rejeitou-se a impugnação do mérito da condenação, ratificando a repartição do ônus da prova acolhida pelo tribunal de origem e pelo julgador primevo. Pelas razões consignadas no acórdão, bastava à acusação provar que o Paciente deixou voluntariamente de prover a subsistência da filha menor, quando tinha condições financeiras de fazê-lo. Estando, assim, devidamente demonstrada pela acusação a autoria e a materialidade do abandono material, e não se vislumbrando *a priori* a existência de justa causa, caberia ao réu a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da sua obrigação alimentar. Pois, embora o autor da ação penal deva alegar a falta de justa causa como fundamento legal da imputação do crime de abandono mate-

rial, estaria dispensado de demonstrá-la, por força da inviabilidade técnica de se produzir prova de circunstância negativa.

Tal precedente homenageia tradicional doutrina de repartição do ônus da prova no processo penal, segundo a qual cumpre à acusação comprovar apenas as circunstâncias do fato constitutivas do tipo, podendo-se presumir a inexistência de causas de justificação ou de exclusão da culpabilidade, quando não demonstradas no processo. Não obstante, as variáveis sistemáticas dessa orientação, que recorre às categorias da teoria do delito para solucionar um problema de ordem processual, são subvertidas no caso em análise.

Pois em que pese o voto condutor do acórdão ter assumido a premissa de que o elemento "sem justa causa" compõe o tipo penal do crime de abandono material, conclui que a sua comprovação pela acusação é dispensável, e admite a sua presunção no caso em julgamento, uma vez que o Paciente não se desincumbira satisfatoriamente do ônus de demonstrar a justificativa que excluiria o caráter penalmente relevante de sua conduta.

Pela análise que se segue, destaca-se um ponto crítico que essa decisão revela, da pretensão de se repartir o ônus da prova no processo penal, conforme a circunstância pertença ou não à tipicidade penal. Esse ponto, que evidencia a imprestabilidade de tal critério, é o elemento de valoração global do fato, representado na definição legal do crime de abandono material pela falta de justa causa para a omissão punível.

Trata-se, pois, dos elementos de valoração global do fato e da sua problemática posição entre as categorias sistemáticas que compõem o conceito de crime, bem como das críticas que se dirigem à restrição do ônus da prova da acusação, aos elementos do tipo, no processo penal.

Ao final, propõe-se uma solução para o problema do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato, procurando conciliar o princípio do estado de inocência com as dificuldades inerentes à demonstração desses elementos. E a partir da orientação apresentada, avaliam-se as razões de decidir invocadas no precedente em comento.

2. DOS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO E SUA POSIÇÃO SISTEMÁTICA: NATUREZA DA "FALTA DE JUSTA CAUSA" NO CRIME DE ABANDONO MATERIAL

Os elementos de valoração global do fato são expressões eventualmente empregadas pela lei penal, na descrição do fato punível, que fazem expressa referência à sua ilicitude. Eles ocorrem quando um determinado tipo de delito

é legalmente definido em função da ilicitude da conduta que o concretiza. Segundo Roxin, os elementos de valoração global do fato não apenas designam um determinado tipo de injusto, mas também o caráter injusto de uma sua concreta realização particular.[1]

Em seu Tratado, Roxin elabora esse conceito analisando o emprego do termo "reprovável" na definição legal do crime de constrangimento ilegal, no § 240, II, do Código Penal Alemão (StGB). Pois no inciso I do mencionado dispositivo, prevê-se pena privativa de liberdade para quem constranger uma pessoa ilicitamente, com violência ou por meio da ameaça de lhe causar um mal considerável, a uma ação, tolerância ou omissão. Tal proposição é complementada no inc. II, que estabelece ser ilícito o fato, quando a utilização da violência ou da ameaça se considere reprovável em vista do fim perseguido pelo agente da coação.[2] Com efeito, a referência legal à reprovabilidade da conduta incriminada neste dispositivo legal não apenas designa a configuração geral e abstrata do crime de constrangimento ilegal – isto é; o tipo –, como também o juízo definitivo sobre o caráter injusto de um constrangimento concreto, determinado pela ausência de causas de justificação – isto é; a ilicitude.

Outros exemplos de elementos de valoração global do fato citados por Roxin são a referência ao abuso, no crime de abuso de chamadas de emergência, previsto no § 145 do StGB;[3] o ânimo de apropriação ilícita, que integra o tipo de furto, previsto no § 242 do StGB; e ainda a falta de um motivo razoável,

1. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Fundamentos – La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.* Madrid: Civitas, 2003. t. 1. Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.* 2. Auflage Beck, München, 1994. p. 299.

2. Tradução nossa do dispositivo, a seguir citado em versão espanhola: "§ 240. Constreñimiento (1) Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable. (...)" (ALEMANIA. *Código penal.* 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Trad. Claudia Lopez Dias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Título alemán: *Strafgesetzbuch.* 32 ed. München: Deutscher Taschenburch Verlag, des Verlages C. H. Beck, 1998. Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf]. Acesso em: 27.12.2011).

3. "§ 145. Abuso de llamadas de emergencia y perjuicio de medios de prevención de accidentes y de ayudas de emergência (1) Quien intencional o conscientemente 1.

referida pelo tipo do delito de matar um animal vertebrado sem motivo razoável, previsto no § 17, n. 1, da Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz* – TierSchG).[4]

Os elementos de valoração global do fato se distinguem dos demais elementos normativos das leis penais porque seu sentido não apenas insinua, mas coincide com a valoração definitiva do fato como ilícito. E por isso, ao contrário dos elementos normativos do tipo e dos elementos em branco das leis penais, os elementos de valoração global do fato são logicamente incompatíveis com qualquer causa de justificação.

A partir desse critério, identifica-se como elementos de valoração global do fato no direito penal brasileiro, entre outros, o "injustificadamente", no art. 71 da Lei 8.078/1990, o "ilicitamente", no art. 174 da Lei 11.101/2005, o "injustamente", no art. 98 da Lei 8666/1993, o "indevidamente", no art. 195, V, da Lei 9.279/1996, e finalmente o "sem justa causa", presente no art. 244 do CP, sobre o qual se funda a condenação no precedente em comento.

O elemento "injustificadamente", no art. 71 do CDC (Lei 8.078/1990), descreve e valora a exposição típica do consumidor ao ridículo ou a interferência no seu trabalho, por um procedimento de cobrança empregado pelo fornecedor. O elemento "ilicitamente", no art. 174 da Lei 11.101/2005, descreve e valora como um tipo de injusto falimentar punível, a aquisição, o recebimento ou o uso de bens pertencentes à massa falida. O elemento "injustamente", no art. 98 da Lei 8.666/1993, descreve e valora como um injusto punível, a obstaculização ou o impedimento da inscrição em cadastro de fornecedores da administração pública, de qualquer interessado em com ela contratar. O elemento "indevidamente", na Lei 9.279/1996, descreve e valora a utilização de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia, alheios, entre os tipos de injusto que caracterizam os crimes de concorrência desleal. E o elemento "sem justa causa", no art. 244 do CP, descreve e valora como tipo de injusto contra a assistência familiar, a omissão de prover a subsistência de filho menor, por exemplo, ou de pagar-lhe a devida pensão alimentícia judicialmente estabelecida.

Nesses dispositivos legais, como se vê, a conduta incriminada está definida em função de todos os pressupostos da ilicitude de suas particulares concreti-

---

abuse de llamadas o señales de emergência (...) será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa (ALEMANIA. Código Penal...)".

4. "§ 17 Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet (...)" (DEUTSCHLAND. Tierschutzgesetz. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/tierschg]. Acesso em: 29.07.2013).

zações. Afinal, sempre que as condutas por eles previstas forem praticadas sob o pálio de qualquer causa de justificação, legal ou extralegal, não se poderá dizer que tal se deu "sem justa causa", "indevidamente", "injustificadamente", "ilicitamente", nem "injustamente".

A posição sistemática dos elementos de valoração global do fato é tema polêmico, que divide os teóricos entre os que negam e os que reconhecem a sua pertinência ao tipo. Tal controvérsia repercute especialmente no tratamento jurídico-penal do erro sobre estes elementos. Afinal, conforme o art. 20, *caput*, do CP, só é relevante para excluir o dolo, o erro de tipo, que é o desconhecimento ou equívoco do agente sobre uma circunstância constitutiva do tipo legal de crime. O erro de proibição, que recai exclusivamente sobre a ilicitude do fato, é indiferente para o dolo e releva exclusivamente para a apuração e mensuração da culpabilidade, nos termos do art. 21 do mesmo Diploma.

Para Welzel, que trata dos elementos de valoração global do fato como "regras da ilicitude", eles não compõem o tipo, mas dizem respeito exclusivamente ao juízo de ilicitude, de tal modo que a negação de qualquer um deles no caso concreto não excluiria a tipicidade do fato, mas apenas o seu caráter de injusto.[5] Consequentemente, os tipos correspondentes aos crimes estabelecidos com recurso a essa classe de elementos são concebidos por Welzel como as formas mais agudas dos tipos abertos.

Ao contrário da generalidade dos tipos, ditos fechados, os tipos legalmente ladeados pelas "regras" ou "denominações linguísticas da ilicitude", na concepção de Welzel, são na maioria das vezes tão pobres de conteúdo que, por seus elementos próprios, não representam sequer um indício de ilicitude da conduta que lhes corresponda.[6] A verificação desta, então, não dependeria apenas da negação de causas de justificação, mas de um juízo positivo, de comprovação dos pressupostos objetivos do injusto, não mencionados expressamente pela lei penal.[7]

Maurach e Zipf, ao tratarem especificamente da posição sistemática das referências legais à ilicitude da conduta incriminada, concordam em parte com Welzel. Para eles, expressões como "ilícito", "antijurídico", ou "não autorizada", quando se referem a todo o "complexo da ação típica", não são elementos do tipo, mas do delito. Não obstante, quando essas expressões caracterizam

5. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976. p. 234-235.

6. Idem, p. 119-120.

7. Idem, p. 120, 234-235.

um elemento específico do tipo, e não o fato típico como um todo, hão de ser consideradas também como parte integrante do próprio tipo.[8]

Assim, segundo tal critério, afirma-se que a ilicitude da vantagem obtida por meio do estelionato, tal qual previsto no art. 171 do CP, integra o próprio tipo deste delito, por estar relacionada a um específico elemento seu – a vantagem obtida – e não ao complexo total dos elementos que caracterizam a sua realização. Por outro lado, Maurach-Zipf concordariam com Welzel sobre a posição sistemática do elemento "sem justa causa", empregado no art. 244 do CP para determinar o crime de abandono material. Pois como essa expressão, no dispositivo em referência, relaciona-se a todo o fato típico, caracterizando as diversas formas de omissão ali incriminadas, para esses autores ela não seria parte do tipo, mas apenas uma expressa menção legal ao juízo de ilicitude que caracteriza o delito.

O grande mérito da doutrina que nega pertencerem ao tipo os elementos de valoração global do fato está em destacar a distinção entre o tipo e a lei penal. Welzel bem pontua que o tipo não é "uma figura estilística casual", tal qual a disposição legal punitiva, mas "puramente conceitual", que contém a matéria da proibição.[9] Sendo assim, para determinar a pertinência ou não ao tipo, de uma expressão empregada pela lei penal, Welzel parte de um critério material, segundo o qual só pertencem ao tipo os termos ou expressões que participam da descrição da conduta proibida, isto é; que determinam o conteúdo ou a matéria da norma proibitiva.[10]

Com efeito, o tipo penal não se confunde com a primeira parte da proposição legal que exprime a norma penal incriminadora. Embora determine o tipo, na medida em que estabelece os seus necessários limites, a letra da lei nem sempre exprime todo o seu conteúdo, como evidenciam as leis penais em branco, e por vezes o extrapola, como quando menciona o juízo – concreto –

---

8. MAURACH, Reinhardt; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t. 1, p. 418.

9. *Tipo es la descripción concreta da la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual* (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 76).

10. Observa-se que Welzel se refere à norma proibitiva em oposição ao preceito permissivo, ou causa de justificação. Emprega, pois, a expressão "norma proibitiva" em sentido amplo, como preceito primário (pauta geral de conduta) das normas incriminadoras, abarcando nesse sentido inclusive as normas mandamentais, correspondentes aos crimes omissivos próprios.

de ilicitude, da conduta em geral proibida, que descreve abstratamente. Como elemento sistemático do conceito analítico de crime, o tipo penal inclui apenas os elementos que determinam a proibição geral, mas não o juízo de contrariedade ao direito como um todo, que recai sobre uma conduta concreta. Este juízo, afinal, é a própria ilicitude.

Todavia, é justamente em vista do conteúdo próprio do tipo, como categoria sistemática da teoria do delito, que Roxin rejeita desvincular-lhe totalmente dos elementos de valoração global do fato. Pois considerando que a função sistemática do tipo é a de estabelecer as razões positivas da ilicitude penal, distinguindo aprioristicamente a conduta penalmente relevante daquelas que não o sejam, Roxin considera inadmissível a existência de tipos abertos, que não configurem sequer indícios da ilicitude, como os que resultariam em muitos casos dessa desvinculação.[11]

Ademais, como Roxin bem demonstra, os elementos de valoração global do fato, ao exprimirem o juízo de ilicitude que recai sobre uma concreta realização da conduta típica, designam também, ainda que genericamente, os pressupostos desse juízo.[12] Dessa forma, contribuem para a determinação da matéria de proibição e, portanto, para a constituição do próprio tipo.[13]

---

11. ROXIN, Claus *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico.* Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. Título original: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale.* Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1970. p. 264-266. Segundo este autor, "es tan imposible que existan tales tipos abiertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas del tipo; pues si se considera el tipo como tipo (clase) de delito, como juicio provisional de desvalor, no puede ser valorativamente neutral respecto del injusto" (ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 298). No mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (*Tratado de Derecho Penal*... cit., p. 264)

12. A função de determinação da matéria da proibição, que segundo os pressupostos conceituais de Welzel determina os elementos do tipo, Roxin identifica também no termo "reprovável", no § 240 do StGB, que incrimina o constrangimento. Pois como "reprovável" se descrevem as formas proibidas de coação, ainda que o conteúdo daquele termo – e, portanto, a determinação dessas formas – fique a depender de um juízo "baseado em regras não escritas da moral popular" (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo*... cit., p. 97).

13. Para Roxin, todas as circunstâncias fundamentadoras do juízo de reprovabilidade, referido pela lei na determinação do delito de coação, "deben enjuiciarse como circunstancias del hecho que complementan el fragmento del tipo del § 240 I. El hecho de que esas circunstancias tengan que ser elaboradas por la jurispr. y la doctrina científica de la mano del criterio normativo de la 'reprobabilidad' no las convierte en elementos de la antijuridicidad; (...)" (*Derecho penal*... cit., p. 299).

Em vista de tal constatação, e capitaneando a doutrina dominante quanto ao ponto, Roxin propõe um posicionamento sistemático complexo dos elementos de valoração global do fato, decompondo-os em dois estratos: o da valoração em si, que eles exprimem, e o dos pressupostos dessa valoração. Pois só estes, e não aquela, pertencem ao tipo.[14] Apresenta-se assim uma solução conciliatória, que preserva no tipo os elementos fundamentadores do injusto, sem que para tanto se imponha, nos crimes definidos por elementos de valoração global do fato, a inclusão do próprio juízo de ilicitude no tipo.[15]

Por meio dessa solução, observa-se a forma tripartida do delito, pressuposta pela distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição, ainda que se reconheça uma superposição ou coincidência entre a tipicidade e a ilicitude, nos delitos determinados por elementos de valoração global do fato. Pois se, por um lado, uma conduta só será típica desses crimes se for também ilícita, por outro é possível distinguir, quanto às suas consequências dogmáticas, o erro do seu agente que recaia sobre as circunstâncias determinantes da valoração global do fato como um ilícito (erro de tipo, excludente do dolo), daquele que recaia exclusivamente sobre essa valoração (erro de proibição, indiferente para o dolo).

Assim, como elemento de valoração global do fato, a expressão "sem justa causa", empregada na definição do crime de abandono material, deve ser analisada na sua dupla dimensão semântica, para fins de determinação da sua natureza sistemática. Pois pertencem ao tipo todas as circunstâncias fundamentadoras do caráter injustificado da omissão de prestar alimentos, mas não a valoração em si, designada pela expressão "sem justa causa". Esta, afinal, corresponde ao próprio juízo de ilicitude, que recai sobre uma conduta típica concreta e que, por isso, não se confunde com o tipo.

Consequentemente, se o omitente se equivoca sobre a necessidade e a disposição do filho adolescente para receber prestações alimentares suas, em ra-

---

14. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 300-301.

15. Integralmente de acordo estão Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weingend, que também tomando por exemplo o elemento "reprovável", do § 240 I do StGB, concluem: *La solución sólo puede residir en que las circunstancias fácticas que hacen aparecer al comportamiento del autor como reprochable pertenezcan al tipo, pero que su valoración como medida de su crecida reprobabilidad se emprenda en la fase de la antijuridicidad. De este modo también se solucionan adecuadamente las cuestiones surgidas en torno al error* (JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general.* Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original: *Lehrbuch des Strafrechts*: All. Teil. 5 vollständig neubearb. u. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996. p. 265).

zão de uma alienação parental promovida pela mãe, por exemplo, incorre em erro de tipo, excludente do dolo, pois ignora a real necessidade e a vontade do filho, que integram o tipo como elementos determinantes da falta de justa causa para a omissão do pai. Mas o mesmo não ocorre se o omitente supõe que a insistência do filho menor em usar drogas é uma justa causa para expulsá-lo de casa e negar-lhe alimentos. Pois, nesse caso, ele erra exclusivamente sobre a valoração da sua conduta como injusta, ou ilícita, incorrendo então em mero erro de proibição, indiferente para o dolo.

O julgado em comento não reconhece toda essa complexidade sistemática do elemento "sem justa causa" no crime de abando no material, pois o classifica como um elemento normativo do tipo, e não como um elemento de valoração global do fato. Mas como não se vislumbrou ou sequer se cogitou no *Habeas Corpus*, de erro do Paciente sobre as circunstâncias ou sobre o caráter injustificado da sua inadimplência, tal posicionamento não representou qualquer prejuízo, em sentido lógico, para o seu julgamento.

Por outro lado, o acórdão parte da premissa absolutamente correta de que o inadimplemento do dever de prestar alimentos, quando praticado por justa causa, não é sequer uma conduta típica. Afinal, ainda que não se inclua no tipo a própria valoração da conduta como injustificada, ou ilícita, é certo que pertencem ao tipo todas as circunstâncias determinantes dessa valoração, genericamente referidas pela expressão legal "sem justa causa". E na medida em que o mérito versava sobre o ônus da prova dessas circunstâncias no processo penal, os seus julgadores foram certeiros quanto ao essencial; tratava-se do ônus de provar um ou mais elementos do tipo de abandono material, e não uma pura excludente de ilicitude da inadimplência do Paciente.

3. AMPLITUDE DA CARGA PROBATÓRIA DA ACUSAÇÃO E SEUS LIMITES QUANTO AO ELEMENTO DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO

Ocorre que, pelas razões invocadas no acórdão em análise, a posição sistemática das circunstâncias fundamentadoras da falta de justa causa para a omissão de prestar alimentos, no crime de abandono material, estabelecida com ares de pressuposto lógico no voto do Relator, tampouco se mostrou relevante para o julgamento. Pois, apesar de ter reconhecido que essas circunstâncias compõem o tipo, o acórdão lhes dispensou a mesma presunção que tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência conferem à ilicitude da conduta do acusado, uma vez demonstrada a sua tipicidade. Sendo assim, a avaliação do argumento empregado para manter condenação do Paciente demanda uma preliminar análise crítica dos fundamentos de tal presunção.

Pois bem, a tese segundo a qual se pode presumir a ilicitude da conduta comprovadamente típica, a menos que o acusado alegue e comprove tê-la praticado em circunstâncias justificantes, pretende-se legalmente amparada na primeira parte do art. 156 do CPP, segundo o qual "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Seus adeptos concretizam tal dispositivo transladando para o processo penal a regra baseada na distinção entre o ônus de afirmação e o ônus de exceção do direito deduzido em juízo, própria do processo civil e concebida, segundo Leonardo Augusto Marinho Marques,[16] para regular a produção da prova em controvérsias sobre questões contratuais.

Segundo essa regra, consagrada no art. 333 do CPC, incumbe ao autor da ação provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito. Na sua versão processual penal, em vista da controvérsia sobre o direito de punir e lançando mão da forma analítica do conceito de crime, toma-se por fato constitutivo a concretização do tipo pelo acusado e como fatos impeditivos as causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade da conduta típica. Chega-se, assim, à conclusão de que a carga probatória da acusação se resume à demonstração da autoria e materialidade do fato típico, constitutivo do direito de punir, incumbindo ao réu a prova das causas de justificação ou de não culpabilidade que eventualmente alegue em sua defesa.[17]

Essa divisão do ônus da prova no processo penal busca apoio, ainda, na máxima consagrada no brocardo latino *negativa non sunt probanda*, segundo a qual não se pode exigir da parte, por ser impossível, fazer prova do que se nega, mas apenas do que se afirma.

Ocorre que a tipicidade da conduta é fundamento positivo – embora insuficiente – da sua ilicitude, na medida em que a conduta típica contraria uma norma penal incriminadora. Consequentemente, numa verificação analítica do crime, que leve em conta separadamente cada uma das categorias do seu conceito, seguindo uma ordem lógica de prejudicialidade, a tipicidade se revela primeiramente por um procedimento positivo, de reconhecimento dos elementos do tipo legal no fato, enquanto a ilicitude deste se confirma em sequência, pela negação das causas de justificação.

---

16. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do ônus da prova na persecução penal*. Tese de Doutorado em Direito. Belo Horizonte, Faculdade de Direito, UFMG, 2006, p. 94.

17. Tal distribuição do ônus da prova no processo penal, tradicionalmente acolhida pela doutrina nacional, conforme levantamento produzido por Marques (*Do ônus da prova...* cit., p. 94, nota 147), tem entre seus defensores contemporâneos, Eugênio Pacelli e de Oliveira. (*Curso de processo penal*. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 348-349).

Então, partindo da premissa de que não se poderia impor à acusação a prova de fato negativo, como a inocorrência da legítima defesa, por exemplo, poder-se-ia concluir que a ilicitude de uma conduta típica se presume no processo penal, à menos que a defesa alegue e prove a ocorrência de alguma das causas de justificação.

Nenhum desses argumentos, contudo, justifica uma repartição do ônus da prova no processo penal, que por força do princípio constitucional do estado de inocência e do seu corolário *in dubio pro reo*, não se transfere em nenhuma medida, da acusação para a defesa. Sequer se prestam, esses argumentos, para restringir tal princípio, ressalvando em relação às causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, o critério objetivo de julgamento segundo o qual a dúvida favorece a absolvição. Afinal, ambos partem de falsas premissas, revelando-se falaciosos, como já bem demonstrou Badaró.[18]

Primeiramente, não se pode admitir que o ônus probatório da acusação se limite à demonstração da autoria e materialidade do fato típico, pela simples razão de que a mera tipicidade da conduta atribuída ao acusado não faz dela um fato constitutivo do poder estatal de puni-lo, deduzido em juízo por meio da ação penal. Com efeito, o fato constitutivo do *ius puniendi* é o crime punível, que não se verifica apenas pela tipicidade, mas também, necessariamente, pela ilicitude, culpabilidade e punibilidade da conduta do acusado.

Sendo assim, a regra do art. 156 do CPP não limita a carga probatória da acusação. Pois em que pese ser defensiva a alegação de que houve uma causa de justificação, por exemplo, para a conduta atribuída ao acusado, a falta de prova dessa alegação só importará em condenação se as circunstâncias do fato provadas pela acusação forem suficientes para contrariá-la, isto é; para fundamentarem a certeza do juízo, não apenas sobre a tipicidade, mas também sobre a ilicitude, além da culpabilidade e punibilidade de tal conduta.

Depois, o postulado da inexigibilidade de prova negativa não retira da acusação o ônus de provar a ilicitude da conduta do acusado. Pois em que pese este juízo se traduzir, no âmbito da verificação analítica do delito, pela negativa das causas de justificação, ele recai sobre uma conduta determinada, cuja ocorrência não é negada, mas afirmada pela acusação.

A verificação da ilicitude de uma conduta, afinal, dá-se em vista das suas circunstâncias, na medida em que estas sejam excludentes ou incompatíveis com a incidência de normas especiais permissivas. E sendo assim, o caráter negativo da alegação que fundamenta a ilicitude da conduta é arbitrário, do

18. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 308 et seq.

ponto de vista linguístico, já que ela mesma pode ser formulada em termos positivos, pela afirmação das circunstâncias incompatíveis com, ou excludentes das causas de justificação.

Partindo da constatação de que a toda negação corresponde uma firmação, e de que a forma negativa ou afirmativa de uma alegação só depende do estilo linguístico adotado, Badaró bem conclui não haver qualquer sentido na regra "negativa *non sunt probanda*".[19] Com efeito, provar que a morte de alguém não foi praticada em legítima defesa é o mesmo que provar, por exemplo, que a conduta do homicida não foi precedida de um gesto de caridade da vítima, que foi reação a uma agressão finda, ou que ele empregou um meio desnecessário para responder a uma agressão atual.

O que não se pode provar, como pondera Badaró, não é o fato negativo, mas o fato indeterminado, quer seja ele negativo ou positivo.[20] Pois enquanto o fato negativo – o inexistente – pode ser demonstrado pela prova do fato positivo – o ocorrido, existente – logicamente incompatível ou excludente daquele, a indeterminação do fato inviabiliza a sua demonstração, por falta do objeto a ser provado.

Ocorre que a indeterminação é justamente a nota característica dos elementos de valoração global do fato, que por meio de uma expressão linguisticamente equivalente ao juízo de ilicitude, definem o tipo penal em função de todas as circunstâncias possíveis, indeterminadas na lei, que fundamentam esse juízo; ou ainda, segundo a fórmula adotada pelo legislador, pela negação de todas as circunstâncias possíveis, igualmente indeterminadas, que, presentes, o excluiriam. Nessa indeterminação reside o problema do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato. Pois é impossível ao acusador fazer prova de todas as circunstâncias que o fundamentam, justamente porque essas são indeterminadas e muitas vezes indeterminâveis.

Ao contrário das causas gerais de justificação, legais e extralegais, que são razoavelmente determinadas na lei ou pela doutrina, inclusive quanto aos seus elementos necessários, a "justa causa" para o inadimplemento de prestação alimentícia, cuja ausência caracteriza o crime de abandono material (art. 244 do CP), é tão indefinida quanto o universo de circunstâncias que excluiriam esse dever ou autorizariam a sua inadimplência, segundo um critério orientado pela ideia de justiça. Por isso, embora seja possível e exigível do acusador alegar e provar que o fato típico imputado ao acusado não foi praticado em nenhuma das hipóteses excludentes da sua ilicitude, é impossível e, portanto,

19. Idem, p. 316.

20. Idem, p. 316-317.

inexigível da acusação, alegar e provar todas as circunstâncias do inadimplemento de prestação alimentícia que sejam excludentes ou incompatíveis com cada uma das possíveis e indetermináveis justas causas de tal conduta.

Isto não significa que nos crimes determinados por elementos de valoração global do fato, a acusação esteja totalmente dispensada de prová-los. Pois como já se destacou, esses elementos geralmente qualificam condutas valorativamente neutras, que por si só nada adiantam sobre o juízo de ilicitude. Sendo assim, em se presumindo o elemento de valoração global, estar-se-ia admitindo uma verdadeira inversão do ônus da prova nos crimes legalmente definidos por eles. Estar-se-ia dispensando a acusação de provar justamente as elementares circunstâncias que conferem relevância penal à conduta do acusado e, dessa forma, o próprio fato constitutivo da pretensão punitiva que ela deduz. Ora, tal inversão é inaceitável no processo penal, pois absolutamente incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e o seu corolário *in dubio pro reu*.

Como o ônus probatório da acusação, no processo penal, se estende por todos os elementos do crime, naqueles determinados por elementos de valoração global do fato cabe à acusação provar tantas circunstâncias da conduta quantas forem necessárias para fundamentar a sua ilicitude. Essa carga não é tão pesada quanto seria a de produzir prova excludente de todas as possíveis circunstâncias justificantes do fato, mas também não é tão leve quanto seria a de simplesmente provar a autoria e a materialidade da conduta nuclear do tipo, se valesse a presunção do elemento de valoração global.

No crime de abandono material, especificamente, não é necessário que a acusação demonstre, pelo que seria um hercúleo expediente probatório, o descabimento no caso concreto de toda e qualquer justificativa possível para a omissão do acusado de prover a subsistência de um familiar. Todavia, para a procedência do seu pedido condenatório não se dispensa a prova de tantas circunstâncias quantas sejam suficientes para fundamentar um juízo de ilicitude sobre tal conduta.

Assim, não deve ser julgada procedente a ação penal condenatória pelo crime de abandono material, se só houver sido provada no processo a mera omissão do acusado de prestar alimentos ao filho menor, por exemplo. Pois como é solidário o dever de assistência dos pais em relação aos filhos, que como tal pode ser integralmente adimplido por apenas um deles,[21] a omissão do outro genitor não configura, por si só, um injusto.

---

21. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 3, p. 361-362.

Mas considerando que a acusação comprove, ademais, que a vítima necessitava da assistência material negada pelo acusado, e que o acusado dispunha de recursos financeiros para prestá-la, este poderá suportar um legítimo decreto condenatório, a menos que alegue e se desincumba do correspondente ônus de provar (art. 156 do CPP) alguma outra circunstância do fato que, ao contrário daquelas demonstradas pela acusação, justifique a sua omissão. Assim, por exemplo, a fundada suspeita de que a vítima não fosse seu filho, à época do fato.

4. DA PRESUNÇÃO DA FALTA DE JUSTA CAUSA NO CASO EM ANÁLISE: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS CONCLUSIVAS

Discorda-se, portanto, da premissa invocada no acórdão em análise, de que caberia ao Ministério Público apenas apontar a ausência de justa causa para o descumprimento da obrigação pelo pai, ficando dispensado de prová-la, por inviabilidade técnica de se produzir prova negativa.

Tal premissa não se sustenta, por um lado, porque pretende estender a um elemento do tipo, uma presunção que a doutrina tradicionalmente só admite, e mesmo assim sujeita às críticas apresentadas, em relação às causas de exclusão da ilicitude. Neste acórdão, a propósito, surpreende-se a deficiência desse modelo tradicional de repartição do ônus da prova, em face do elemento de valoração global do fato. Pois o caso em julgamento revela que os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do caráter criminoso do fato nem sempre estão para além do tipo; nem sempre excluem apenas a ilicitude ou a culpabilidade da conduta. Eventualmente a ocorrência desses fatos é prejudicial à própria tipicidade.

Essa pertinência, confirmada pelo acórdão, dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da obrigação de prestar alimentos, à verificação da própria tipicidade do crime de abandono material demonstra o quão arbitrária é a pretensão de dividir o ônus da prova no processo penal segundo os diferentes extratos do conceito analítico de crime sobre os quais se estabeleça a controvérsia. Com efeito, a diferenciação das categorias sistemáticas do delito é puramente analítica. E como tal, não desconhece nem nega a indivisibilidade do crime – e a indissociabilidade dos seus elementos constitutivos – como fato jurídico constitutivo do poder-dever estatal de punir.

Pois bem, uma vez que o crime é determinado por condições positivas e negativas indissociáveis, não se pode restringir àquelas o ônus da prova da acusação, sem ofender o princípio constitucional da presunção de inocência. Se-

quer a regra do possível, que limita as obrigações e os ônus na ordem jurídica, compromete tal constatação, ao contrário do que alega o acórdão em análise.

Como se procurou demonstrar, o caráter negativo de uma alegação da parte, como a de que não havia justa causa para a conduta do acusado, não compromete por si só a viabilidade de sua prova. Na medida em que a negação de um fato equivale a afirmação de outro que lhe seja logicamente incompatível, a dificuldade de provar plenamente o elemento "sem justa causa" não reside no seu caráter negativo, mas sim na sua indeterminação.

Essa indeterminação, contudo, pertence apenas à lei penal, que abusa de uma expressão normativa para configurar o tipo em função de todas as circunstâncias determinantes do caráter injusto da conduta que incrimina. O fato que concretiza a hipótese de incidência de tal lei penal é, pelo contrário, determinado e determinável. Assim como determinadas e facilmente identificáveis, no fato, são as circunstâncias que fundamentam a sua valoração como um injusto. Tais circunstâncias, portanto, não se podem presumir, mas hão de ser indicadas e provadas pela acusação na ação penal fundada no crime de abandono material.

O acórdão em análise, a despeito de sua equivocada premissa, e contradizendo frontalmente a própria afirmação de que para a condenação seja suficiente a prova da autoria e da materialidade da omissão do acusado de prestar alimentos ao filho menor, não deixa de reconhecer a necessidade de o órgão acusador provar, também, que o acusado tinha condições financeiras de fazê-lo e se omitiu voluntariamente. Não obstante, nos trechos que o acórdão colaciona da denúncia, da sentença e do julgamento da apelação, não se vislumbra a alegação e nem tampouco a confirmação de que o acusado dispusesse de recursos para prestar alimentos à filha.

A partir deste ponto, a análise do julgado já transcenderia o tema do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato, objeto dessas considerações, para adentrar no problema não menos tormentoso dos limites da análise ou da valoração de elementos de prova, em sede de *Habeas Corpus*. Por isso, para concluir, resta apenas consignar que a condenação do Paciente terá, sim, violado o princípio da presunção de inocência se tiver se fundado exclusivamente na prova da sua omissão, ainda que reiterada, de prestar alimentos à filha. Pois não se tendo provado circunstâncias suficientes para fundamentar a alegação do caráter injusto dessa conduta, o insucesso do acusado em demonstrar a improcedência da acusação não compromete o seu *status* processual de inocente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil, de Nilo Batista, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 357.

1 JUSTIÇA CRIMINAL, ORGANIZAÇÕES E SISTEMAS DE INTERAÇÃO: DISCURSOS SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

Criminal justice, organizations and systems of interaction: discourses on the police inquiry

BRUNO AMARAL MACHADO

Pós-doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. *Visiting Scholar* das Universidades de Fordham e John Jay (Nova Iorque – 2011). Pesquisador associado do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Professor associado dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub (Brasília). Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT. Professor do programa de doutorado em Ciências Penais da Universidade San Carlos (Guatemala). Promotor de Justiça em Brasília.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo analisa, sob o enfoque organizacional-sistêmico, as representações sociais de membros de distintas organizações do subsistema jurídico-penal em relação ao inquérito policial. Utilizamos o material empírico produzido a partir dos grupos focais (GF) realizados no Distrito Federal com magistrados, promotores de justiça, delegados de polícia e agentes de polícia em pesquisa sobre o inquérito policial no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas – Organizações – Justiça criminal – Interações organizacionais.

ABSTRACT: The article analyses, under the organizational system focus, the social representations of the members of different organizations of the criminal subsystem in relation to the police inquiry. We used the empirical data obtained from focus groups done in the Federal District with judges, prosecutors, police marshals and police agents as part of a study on the Brazilian police inquiry.

KEYWORDS: Systems – Organizations – Criminal justice – Organizational interactions.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Comunicação, organizações e interações sociais: 2.1 Teoria organizacional sistêmica: precisões conceituais; 2.2 As organizações como sistemas sociais

distintos; 2.3 Processos decisórios, cultura e mitos organizacionais - 3. Organizações do subsistema jurídico-penal: representações sociais sobre o inquérito policial: 3.1 Metodologia e técnicas de pesquisa; 3.2 O fluxo do inquérito policial no Distrito Federal - 4. Os Grupos Focais (GF) como sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial: 4.1 O poder de papel e os papéis do poder: imagens sobre o relatório final; 4.2 Polícia e Ministério Público: redefinindo os papéis do delegado de Polícia e do promotor de justiça; 4.3 Presidir a investigação: 4.3.1 Que crimes queremos investigar?; 4.3.2 Quem sabe investigar? Saber policial, saber jurídico e cultura organizacional; 4.3.3 O juiz e o inquérito policial; 4.4 Entre o mundo policial e o subsistema jurídico-penal: cultura organizacional e comunicação; 4.5 Do inquérito ao arquivamento: o bastão com o promotor de justiça; 4.6 Cultura e organização policial: interações organizacionais entre o delegado e o agente - 5. Conclusões - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial[1] tem um significado importante na construção das relações jurídico-penais no Brasil (BEATO FILHO, 1999; BONNELLI, 2003b; CAVALCANTI, 2003; HOLLOWAY, 1997; LIMA, 2003; MACHADO, 2007a, 2007b e 2011; MISSE, 2010; SADEK, 2003; SANCHEZ FILHO, 2000; SOUZA, 2003 e 2010). Em outras tradições, foram idealizados modelos distintos, outras organizações e atores entraram em cena, novos papéis foram assumidos.

O modelo de investigação sob presidência do juiz instrutor, hoje em aparente extinção, seguindo a experiência francesa, propiciou relações mais próximas entre o Judiciário e a Polícia. Na medida em que os modelos são modificados e o promotor de justiça assume o papel instrutor, nos deparamos com novos cenários, novos dramas (MACHADO, 2007b e 2011). Na Inglaterra, a Polícia assumiu tradicionalmente um papel protagonista na investigação. A sua tarefa prosseguia até o oferecimento da ação penal, em um modelo em que o policial não se despia da farda ao assumir a toga. As mudanças recentes no modelo inglês sinalizam uma diferenciação interna do subsistema jurídico-penal, no qual o Ministério Público assume um papel mais relevante.[2]

---

1. Este artigo constitui-se em parte da pesquisa desenvolvida como *visiting scholar* nas Universidades *Fordham* e *John Jay of Criminal Justice* (Nova Iorque) nos meses de maio e junho de 2011, bem como integra pesquisa pós-doutoral em Sociologia pela Universidade de Brasília. Agradeço os comentários dos pesquisadores e estudantes do nosso Grupo de Pesquisa *Política Criminal* (Uniceub), com os quais tivemos a oportunidade de apresentar e debater uma versão parcial deste texto. Insere-se na linha de pesquisa "A diferenciação do subsistema jurídico-penal".

2. Entre 2010 e 2011 tivemos a oportunidade de participar da organização dos números 1 e 2 da *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, material que analisa em

No caso brasileiro, o processo de diferenciação do sistema jurídico, assim como o processo de diferenciação interna do sistema jurídico em subsistemas, acentuou a interação entre organizações que tradicionalmente estiveram vinculadas ao sistema político (Polícia, Ministério Público) com organizações típicas do sistema jurídico (MACHADO, 2011, p. 277-282; LUHMANN, 2005a, p. 359-367).

No Brasil, antes da criação do inquérito policial, investigar e julgar eram tarefas afetas ao magistrado, o que dificultava a diferenciação interna do subsistema jurídico-penal. A clara separação entre funções e profissionais incumbidos de investigar e julgar, em 1871, concorre para a construção de um *ethos* próprio: o *ethos* policial (BONNELI, 2002; COSTA, 2005; HOLLOWAY, 1997; MACHADO, 2011; SOUZA, 2003, 2010). A redefinição dos papéis propiciada pela idealização de um novo modelo promove a *ressignificação* de práticas e dos papéis.

Na divisão social do trabalho policial, as hierarquias são construídas a partir de técnicas – saberes-poderes, no sentido *foucaultiano* –, e saberes acumulados e transmitidos no interior do grupo, conformando a expertise policial, difundida e reproduzida nas academias de Polícia como teoria e técnica da investigação. A legitimação interna e em relação ao público e demais organizações associa-se à busca da verdade, a verdade policial (LIMA, 2003, p. 241-256).

A criação da figura do delegado de Polícia, profissional da mediação entre o *ethos* policial e o mundo do direito, consolidou novas práticas e interações entre distintos atores (BONNELLI, 2003b; SADEK, 2003; SOUZA, 2003 e 2010).[3] Cada ator que participa do processo de produção da verdade policial investe e valoriza o desempenho das funções. Como se cada ato formalizado, carimbo, redução a termo de entrevistas, interrogatórios, fossem peças articuladas desta engrenagem. Os documentos que materializam as decisões da organização policial (conclusões, verdades) fazem parte desse universo.

O paradigma sistêmico sugere novas possibilidades de pesquisa empírica das organizações do subsistema jurídico-penal. O giro mais importante é a compreensão das organizações como sistemas que comunicam por meio de decisões. Cada decisão permite a redução de complexidade e novas decisões. As

---

profundidade os temas referidos. O primeiro número foi dedicado aos modelos de Ministério Público, com experiências na Europa e América Latina. O segundo número foi dedicado às relações entre o Ministério Público e as Polícias na Europa e nos Estados Unidos (MACHADO; GOMES JR., 2011a e 2011b).

3. A análise da história do Ministério Público brasileiro sinaliza também aproximação do Judiciário (MACHADO, 2007a e 2007b).

organizações também estão inseridas nos processos de diferenciação funcional, e tendem a assumir a codificação dos distintos sistemas com os quais revela proximidade (LUHMANN, 2005, 2007, 2010).

Este parece ser o caso paradigmático do sistema jurídico e sua diferenciação interna em tribunais. Não é descabido, porém, falar-se em organizações polifônicas, na hipótese em que a codificação organizacional orienta-se por mais de um sistema social (ANDERSEN, 2003). De outro ângulo, embora as pessoas (sistemas psíquicos) não sejam o foco principal de análise, os diversos sistemas de interação que eventualmente surgem nas organizações e entre membros de diversas organizações constituem em objeto que não deve ser desconsiderado, pois as interações organizacionais podem repercutir diretamente nas decisões das organizações (SEIDL, 2005, p. 145-170). Assim, os sistemas de interação permitem adensar o conhecimento de premissas decisórias, tais como a cultura organizacional.

Neste artigo pretendemos, sob um enfoque organizacional-sistêmico, analisar as representações sociais de membros de distintas organizações do subsistema jurídico-penal em relação ao inquérito policial. Definimos as representações sociais como imagens e símbolos construídos socialmente a partir das interações entre os atores que integram as referidas organizações do sistema de justiça, condicionadas pelas experiências compartilhadas e expectativas em relação ao desempenho das atividades, pela cultura profissional e pautas organizacionais.[4]

Para análise dos discursos utilizamos o material empírico produzido a partir dos grupos focais (GF) – sistemas de interação na abordagem sistêmica (LUHMANN, 2007, p. 643-645; LUHMANN, 2010, p. 45) –, realizados no Distrito Federal com magistrados, promotores de justiça, delegados de Polícia e agentes de Polícia.

2. COMUNICAÇÃO, ORGANIZAÇÕES E INTERAÇÕES SOCIAIS

2.1 Teoria organizacional sistêmica: precisões conceituais

A teoria organizacional sempre esteve no centro das preocupações teóricas de Luhmann (1997, 2007, 2010). Assim como o neoinstitucionalismo, o foco

4. Certamente, é vasta a literatura sobre o tema. Uma definição mais ampla das representações: imagens, símbolos e expressões decorrentes das interações que ocorrem entre o indivíduo e a sociedade, com capacidade criadora de uma dada realidade, dirigindo práticas sociais para uma correspondente realidade (JOVCHELOVITCH, 2004).

dirige-se às interações entre as organizações e a sociedade.[5] O enfoque institucionalista surge, como ponto de partida para análise da teoria sistêmica, exatamente pela conexão entre as formas organizacionais e o contexto social, bem como para análise dos processos organizacionais internos, aspecto negligenciado pelo neoinstitucionalismo (HASSE, 2005, p. 253; LUHMANN, 2010, p. 56 e ss; ROWAN; MEYER, 1977, p. 41). Porém, as organizações são unidades com racionalidade e dinâmica próprias na ótica *luhmanniana*.

Diferentemente da tradição sociológica clássica, centrada na ação social, o ponto de partida da teoria sistêmica são as comunicações, as quais não são definidas sob viés psicológico, mas como processo de produção de sentido a partir de um emissor, de um transmissor e de um receptor de determinada mensagem. A compreensão como processo que possibilita a comunicação não se vincula a um sujeito cognoscente, mas à produção de sentido que enseja novas comunicações (LUHMANN, 2007, p. 49).

O ponto central na teoria sistêmica é a diferenciação dos sistemas sociais autopoiéticos na sociedade contemporânea. A política, a economia, o direito, a religião e a moral funcionam a partir de códigos e programas próprios. Este processo de diferenciação funcional está associado à criação de organizações especializadas, tais como as universidades, os tribunais, bancos e igrejas (LUHMANN, 2007, p. 666-672; LUHMANN, 2005b, p. 105). Neste processo, as organizações acabam assumindo códigos e programas dos sistemas funcionais, conformando certa identidade organizacional. O sistema jurídico, por exemplo, diferencia-se, internamente, na forma de tribunais (LUHMANN, 2005a, p. 359-367).

A abordagem permite novos enfoques sobre temas relevantes do ponto de vista sociológico, tais como a integração e a mudança, pois as organizações são definidas teoricamente como os únicos sistemas sociais que podem se comuni-

5. O neoinstitucionalismo considera o ambiente em que as organizações estão inseridas. Partindo de possíveis ambientes que conformam as ações organizacionais, distingue-se o ambiente técnico do ambiente institucional. No primeiro, prevalece ou tende a prevalecer a racionalidade da eficiência no desempenho das tarefas divididas segundo o organograma interno. No segundo, a legitimidade é conferida pela conformidade das práticas e ações ao ideário hegemônico no interior da organização. As organizações podem estar inseridas ou ter suas pautas de atuação dirigidas por um ambiente predominantemente técnico ou institucional. As organizações com forte institucionalização tendem a incorporar determinadas categorias do que deve ser a estrutura organizacional. Os produtos, serviços e programas disponibilizados pelas organizações com predomínio institucional incorporam lógicas ritualísticas e cerimoniais, isolando ou procurando isolar a racionalidade estritamente técnica (ROWAN; MEYER, 1977, p. 340-363).

car entre si, o que decorreria da duplicidade de papéis. As organizações são sistemas sociais que internalizam códigos e programas dos sistemas sociais. Por outro lado, podem ser definidos como atores, que se comunicam em situação análoga às pessoas (LUHMANN, 2007, p. 668; HASSE, 2005, p. 256).[6]

2.2 As organizações como sistemas sociais distintos

O ponto de partida da teoria organizacional sistêmica foi a crítica ao modelo *weberiano* –a burocracia como modelo de organização racional. A teoria organizacional clássica concentrou-se em aspecto fundamental: a redução de complexidade. A redução da incerteza foi construída como aspecto preponderante para a proteção da organização do risco e do excesso de informação (LUHMANN, 2010, p. 29 e ss).

Com a definição das organizações como sistemas sociais compostos de decisões e que produzem as próprias decisões, – entidades autorreferentes –, deve-se repensar a concepção que considera a organização como mero subsistema diferenciado internamente a partir dos diversos sistemas funcionais (SEIDL, 2005, p. 39). Mais recentemente, com a difusão de organizações formais e maior complexidade social a atenção dirige-se às relações entre organizações e sistemas funcionais, na medida em que as organizações aparecem como pressuposto para a diferenciação funcional.

Neste modelo teórico, as organizações são definidas como sistemas sociais autopoiéticos que produzem decisões por meio de rede de decisões autoproduzidas – máquinas não triviais (Von Foerster) (LUHMANN, 2005b, p. 105; LUHMANN, 1997, p. 9). Diferente da tradição organizacional, que define decisões como escolha entre alternativas, a decisão apresenta-se como comunicação, não se constituindo exatamente em produto humano. As decisões comunicam que alternativas poderiam ter sido escolhidas (LUHMANN, 2005b, p. 86).[7]

---

6. O enfoque sistêmico distancia-se do neoinstitucionalismo por diversas premissas teóricas e concepções sobre a sociedade. Para este, a sociedade é formada por normas e expectativas que afetam a organização. A mudança em direção ao isomorfismo é, assim, esperada (POWELL; DIMAGGIO, 1983, p. 147-160). A teoria sistêmica enfatiza a diferenciação da sociedade em sistemas funcionais e como as organizações são inseridas nestes processos (HASSE, 2005, p. 257).

7. Luhmann critica a visão predominante sobre a organização e decisões na década de 1970. No modelo criticado as decisões surgem como escolha entre alternativas. Critica-se também o objeto de pesquisa, centrado na disjunção entre o modelo formal e o modelo informal (patologias da organização) (LUHMANN, 1997, p. 3-4).

No modelo sistêmico as decisões surgem como comunicações paradoxais: decidir significa converter incerteza em risco (LUHMANN, 1997, p. 10). O sentido autorreferente na organização tem outras consequências, pois a modificação das decisões deve ser comunicada como decisão. Do contrário, deixa de ser parte da autopoiese organizacional. A fim de absorver incerteza, as comunicações decisórias devem ser integradas em processo de conexão entre decisões (LUHMANN, 1997, p. 14-15; LUHMANN, 2005b, p. 96-97).

Na medida em que as organizações atuam em sistemas funcionais, vinculam-se aos respectivos códigos. Mas estes não são suficientes para demarcar os limites organizacionais. Assim, as premissas decisórias, conjunto de distinções binárias – esta competência e não outra, esta pessoa e não aquela –, conformam o equivalente funcional da codificação dos sistemas funcionais (LUHMANN, 2010, p. 279).

A partir das informações disponíveis, e apesar da incerteza ainda existente, possibilita-se a decisão. Na conexão que se estabelece com decisões posteriores, a incerteza da primeira decisão é absorvida (LUHMANN, 2005b, p. 99). Em outras palavras, a redução de incerteza ocorre quando a decisão é usada por decisão subsequente como premissa decisória (LUHMANN, 1997, p. 38).[8]

Entre as premissas decisórias, destacam-se: programas, pessoal e canais de comunicação. Os programas, responsáveis pela estruturação da memória do sistema, distinguem-se entre programas condicionais (orientados pelo input) e finalísticos (orientados pelo output) (LUHMANN, 2010, p. 261 e ss). O pessoal refere-se à necessidade prévia de recrutamento e organização do pessoal (LUHMANN, 1997, p. 71; LUHMANN, 2010, p. 304-311). Os canais de comunicação constituem-se na organização interna, com organograma pré-estabelecido com competências e vias de comunicação, coordenados por meio de posições referentes à execução de programas específicos (LUHMANN, 2005b, p. 94-95). Luhmann introduz outras premissas em obra póstuma: premissas de decisão que não são passíveis de decisão. A cultura organizacional (ou culturas organizacionais), forma como a organização lida com os processos decisórios; as rotinas cognitivas, premissas heterorreferentes, referem-se a como o entorno é definido pela organização. Por rotinas cognitivas entende-se não o que percebem todos os indivíduos envolvidos na organização, mas as identificações

8. A concepção clássica de complexidade equivalia a "dificuldade para decidir". Para Luhmann a complexidade nos sistemas organizacionais surge como relação entre decisões. Estas funcionam como premissas decisórias para outras decisões (LUHMANN, 1997, p. 21).

registradas pelo uso reiterado nas comunicações, e que podem ser recuperadas segundo a necessidade (LUHMANN, 2010, p. 219).

Outro aspecto importante na análise da autopoiese organizacional são as formas e mecanismos de fechamento em relação ao entorno. O fechamento organizacional manifesta-se operacionalmente, na medida em que as organizações se reproduzem por meio de decisões (LUHMANN, 2005b e 2010).

Por outro lado, a decisão é paradoxal, pois apenas as questões a princípio não passíveis de decisão podem ser decididas (Von Foerster) (LUHMANN, 2005b, p. 44). Em suma, em situação real de decisão, as alternativas são equivalentes, ou não haveria alternativas. Para evitar a paralisação o paradoxo deve ser *desparadoxizado*, na medida em que sai do campo visual (LUHMANN, 2005b, p. 92). Cada decisão é uma distinção entre o que é um elemento da organização (espaço delimitado, Spencer Brown) e o que não pertence à organização.

A abordagem organizacional-sistêmica permite distintos níveis de análise. Inicialmente, surge como possibilidade empírica pesquisar os processos de diferenciação interna do subsistema jurídico-penal e suas formas de comunicação a partir da codificação jurídica. Outra perspectiva, mais especificamente organizacional, focaliza as decisões organizacionais da Polícia, o Ministério Público e o Judiciário. Em que medida tais decisões reduzem complexidade e permitem sucessivas decisões? Para isso, a pesquisa pode ser reorientada para as interações organizacionais entre os membros das distintas organizações. Finalmente, cumpre indagar sobre as premissas decisórias, especialmente a cultura organizacional, razão pela qual se revela útil investigar representações sociais dos membros das distintas organizações pesquisadas.

2.3 Processos decisórios, cultura e mitos organizacionais

O modelo organizacional sistêmico propicia ferramentas alternativas para análise organizacional. A abordagem não parece, contudo, totalmente incompatível com parte da contribuição do neoinstitucionalismo. A compreensão das rotinas cognitivas e definição do entorno pelas organizações permitem adensar a compreensão sobre os processos decisórios. A análise da autopoiese da comunicação organizacional pressupõe o conhecimento dos mecanismos de insulamento das organizações.

No enfoque institucionalista, o principal instrumento de isolamento constitui-se o mito institucional, definido como representações sociais relacionadas às estruturas e funções da organização, com elevado grau de impessoalidade, atuando como mecanismo que atribui natureza técnica às práticas, meios e fins da organização (ROWAN; MEYER, 1977, p. 343-345).

Os mitos organizacionais relacionam-se a três processos: o conjunto de relações sociais compartilhadas entre organizações em um mesmo ambiente, cuja socialização leva à consolidação de estruturas e práticas; o processo de normalização das práticas por meio do direito positivo, que define de forma clara o exercício de uma determinada ocupação; finalmente, o papel das lideranças organizacionais na construção social dos mitos e na atribuição de novos significados aos já existentes (ROWAN; MEYER, 1977, p. 343-352).

As organizações do sistema de justiça estão fortemente influenciadas pelo ambiente institucional. Pesquisas realizadas sugerem que a legitimidade conferida às práticas policiais é inspirada pelo ideário hegemônico e seus mitos institucionais (MEDEIROS, 2004; COSTA, 2005). Há evidências empíricas de que a legitimidade das práticas de outras organizações do subsistema jurídico-penal também pode estar associada à cultura e mitos organizacionais (MACHADO, 2007a, 2007b e 2011).

Ao analisar o ambiente institucional, estudos no campo da teoria organizacional associam-no a uma forma de campo institucional. Este seria marcado por processos de isomorfismo entre as organizações que compartilham determinadas pautas de atuação, fonte de legitimidade e mitos institucionais. Aponta-se a tendência de homogeneização de instituições entre as organizações que ocupam um mesmo campo. Este processo manifesta-se na tendência de aproximação das unidades ao restante do grupo (POWELL; DIMAGGIO, 1983, p. 147-160).[9]

A fim de ganhar legitimidade, as organizações atuam e se estruturam de acordo com as expectativas do entorno. Por isso, os papéis são assumidos e representados ritualmente, a fim de revelar conformidade. Nesse processo ritualístico, em busca da legitimidade, há separação das práticas organizadas das estruturas formais. A seletividade surge no interior das organizações, entre práticas e rotinas, por um lado, e estruturas formais e processos, por outro (POWELL; DIMAGGIO, 1983, p. 147-150; ROWAN; MEYER, 1977, p. 344-346).

9. O processo de isomorfismo atuaria segundo diferentes forças. A incerteza quanto às estruturas organizacionais induziria às soluções encontradas por organizações similares do campo. Este processo é definido como mimetismo. A homogeneização pode também operar a partir de processos normativos, impulsionados pela profissionalização. O aprimoramento de técnicas, práticas e valores nas organizações, assim como a pressão do movimento associacionista. Finalmente, a homogeneização pode manifestar-se por meio de processos coercitivos. Assim, determinadas organizações atuam, direta ou indiretamente, sobre as outras, conformando-se hierarquia organizacional (POWELL; DIMAGGIO, 1983, p. 150-154).

Outro mecanismo de seletividade parte dos campos organizacionais, constituídos por profissões e agências reguladoras. As organizações são, assim, afetadas diretamente pelas mesmas profissões e regras. No processo denominado como isomorfismo, as organizações buscam adaptar suas estruturas a fim de obter mais legitimidade (POWELL; DIMAGGIO, 1983, p. 152-153).[10]

Os processos descritos pelo neoinstitucionalismo não são incompatíveis com a abordagem sistêmica. Certamente existem diferenças muito importantes. Na tradição institucionalista a pesquisa concentra-se na manutenção ou transformação das estruturas organizacionais como resposta ao entorno. Por outro lado, a proposta sistêmica parte da autopoiese das organizações. Como sistemas operativamente fechados, o entorno pode suscitar irritações e estimular processos organizacionais internos. Uma releitura sistêmica do isomorfismo deve considerar que não se trata da ação do entorno, mas da autoprodução das organizações, operativamente fechadas e cognitivamente abertas. Os processos de diferenciação interna do sistema jurídico ocorrem também pela criação de organizações que assumem a codificação e programas deste sistema funcional (LUHMANN, 2005a, p. 359-367).[11] Porém, existem sistemas concorrentes com o sistema jurídico; além disso, no processo de diferenciação funcional as organizações muitas vezes assumem a codificação de mais de um sistema social, configurando organizações polifônicas (ANDERSEN, 2003, p. 151-182; NOBLES; SCHIFF, 2001, p. 197-201).

De outro ângulo, os mitos organizacionais também são úteis para a análise organizacional –sistêmica, pois se aproximam do que Luhmann define como valores. Estes atuam como mecanismos de apoio nas comunicações, ainda que não comunicados diretamente. Em geral, a validade dos valores é pressuposta nas comunicações (LUHMANN, 2010, p. 285). Os valores podem se manifestar na forma de mitos, atuando como premissa decisória; ou seja, relacionam-se à cultura organizacional e à forma de comunicação das organizações. A peculiaridade da cultura (ou culturas) organizacional de uma dada organização remete à sua história. Assim, pode-se repreender eventuais desvios da cultura organizacional (LUHMANN, 2010, p. 285-286).

---

10. Exemplos concretos destes processos podem ser identificados em relação à Polícia e ao Ministério Público. No caso da Polícia, há suficientes evidências de que haveria mimetismo entre as polícias militares e as forças armadas (COSTA, 2005). Em relação ao Ministério Público, as trajetórias nos mais diversos contextos revelam a busca de homogeneização da estrutura organizacional do Ministério Público com a do Judiciário (MACHADO, 2007a; MACHADO, 2007b).

11. As premissas decisórias conformam equivalente funcional da codificação nos sistemas sociais (LUHMANN, 2010, p. 279).

3. Organizações do subsistema jurídico-penal: representações sociais sobre o inquérito policial

3.1. Metodologia e técnicas de pesquisa

Entre 2008 e 2009, a convite da Federação Nacional de Policiais Federais, foi realizada pesquisa empírica sobre o inquérito policial no Brasil, selecionando-se unidades de investigação em cinco capitais brasileiras: Belo Horizonte, Brasília, Recife, Porto Alegre e Rio de Janeiro. A pesquisa utilizou-se de metodologias quantitativas e qualitativas e contou com coordenadores vinculados a distintas universidades, em cada local selecionado para a investigação: Michel Misse no Rio de Janeiro; Arthur Costa em Brasília; Joana Domingues Vargas em Belo Horizonte; José Luiz Ratton em Recife; Rodrigo G. de Azevedo em Porto Alegre (Misse, 2010, p. 15-16).

Entre os achados das pesquisas realizadas nas referidas capitais brasileiras, destacamos: o descompasso entre as rotinas de policiamento preventivo das Polícias Militares e a investigação realizada pelas Polícias Civis; o conflito constante entre o "saber dos tiras" ou "saber policial investigador" e o "saber dos delegados de Polícia". Em alguns estados, foram reiteradas as críticas à rotatividade de policiais e delegados e às interferências políticas. Além disso, há baixa capacidade de elucidação de crimes graves, o que contrasta com o excessivo zelo em relação às exigências cartorárias e à formalização dos procedimentos de investigação (Misse, 2010, p. 16-18).

No Rio de Janeiro, a experiência das centrais de inquéritos instituída pelo MPRJ não produziu exatamente uma melhora nas relações entre Polícia e promotores de justiça. Alguns dos delegados criticam a referida iniciativa e insistem em remeter os autos à Justiça. Policiais e delegados de polícia criticam também que os promotores não dominariam técnicas de investigação e que não conheceriam sequer a realidade das delegacias, muitas vezes requisitando o inviável. Os promotores de justiça, por outro lado, reclamam que os delegados são passivos e esperam as promoções do Ministério Público (Misse, 2010, p. 65-68).

Na pesquisa realizada em Belo Horizonte, as percepções dos sujeitos da pesquisa sugerem desarticulação entre as atividades de policiais/ delegados e promotores de justiça. Os delegados aludem ao afastamento do Ministério Público da investigação, limitando-se a ratificar o trabalho policial. O relacionamento seria estritamente protocolar, marcado pela disjunção entre as formas de atuação das duas organizações, o que não decorre da suposição de boa-fé e confiança recíprocas. Ao contrário, as entrevistas revelaram críticas mútuas entre os membros das referidas instituições (Vargas, 2010, p. 102-190).

Na fala dos delegados há uma certa amargura ao referir-se aos promotores de justiça como "bem nascidos", os quais teriam tido todas as condições, mas pouco contato com a dureza da vida, sugerindo discurso marcado por *ethos* sociais distintos. Os agentes criticam o papel dos delegados, algumas vezes representado como "rainha da Inglaterra" do inquérito policial, pois quem decide é o promotor (VARGAS, 2010, p. 173-176). Entre os promotores de justiça, algumas das falas remetem à suposta perda da centralidade do inquérito policial. Tal mudança é avaliada positivamente, e descrita como passagem de um "Estado policialesco" para um "Estado de garantias" (VARGAS, 2010, p. 181). Avalia Vargas que as relações de desconfiança e a conflituosidade entre polícia e Ministério Público preocupa pois são organizações interdependentes. Deveria ser buscada a relação de confiança entre policiais, promotores de justiça e juízes, pois a aproximação poderia levar à diminuição dos trâmites burocráticos (VARGAS, 2010, p. 185).

A pesquisa realizada em Recife sugere conflitos entre delegados e promotores de justiça. A devolução do inquérito para o prosseguimento das investigações gera reações "pouco amistosas" entre os policiais. Estes ressentem da falta de compreensão da investigação e das condições de trabalho dos policiais (RATTON, 2010, p. 290-292).

Entre os delegados entrevistados em Porto Alegre, há uma crítica generalizada à forma como se pretenderia realizar o controle externo. Além disso, o foco das investigações do Ministério Público estaria associado à projeção na mídia, deixando os casos rotineiros para a polícia. O controle externo é retratado como deficiente e burocrático, descuidando de um foco mais amplo, como a implementação de políticas públicas por meio de ações civis que dotassem a polícia de melhores condições e estrutura (AZEVEDO, 2010, p. 360-367).

3.2 O fluxo do inquérito policial no Distrito Federal

No Distrito Federal, a pesquisa compreendeu diferentes metodologias e etapas. Inicialmente, foram realizadas etnografias em uma delegacia de Polícia. Em seguida, analisou-se o fluxo do inquérito policial em homicídios. Finalmente, foram realizados grupos focais com agentes da Polícia Civil, delegados da Polícia Civil, promotores de justiça e magistrados (COSTA, 2010, p. 210-236). Os grupos focais com cada categoria profissional foram assim distribuídos: 9 promotores de justiça; 7 juízes de direito; 6 delegados de Polícia; 6 agentes de polícia.

Na pesquisa coordenada por Costa, a partir de análise longitudinal do fluxo dos inquéritos policiais pela prática de homicídios dolosos, constatou-se que

foram registrados 556 homicídios no Distrito Federal em 2004, dos quais 311 originaram procedimentos judiciais, e 87 constam nos arquivos do TJDF.

Do total identificado nos arquivos do TJDF, 64 originaram inquéritos policiais por portarias e 23 por auto de prisão em flagrante. Deste total, 68 foram denunciados pelo Ministério Público, o que levou a 49 sentenças de pronúncia e encaminhados ao Tribunal do Júri. Entre os pronunciados, 22 receberam sentença condenatória final (COSTA, 2010, p. 221-230). Costa analisa que apenas 25,3% dos inquéritos concluídos pela polícia resultaram em condenação, o que sugere reflexões sobre as interações da polícia com outros atores do sistema penal, especialmente o promotor de justiça e o juiz (COSTA, 2010, p. 223).

A análise quantitativa evidencia mais que decisões comunicadas por organizações distintas. Sugere processos interpretativos na construção jurídica dos fatos, o que justifica aprofundar o conhecimento da cultura organizacional das organizações do subsistema jurídico-penal.

Na pesquisa realizada no Distrito Federal, identificou-se pouco contato entre policiais e magistrados. Entre estes, a reclamação generalizada é a falta de comprometimento daqueles com os processos iniciados pelas investigações policiais. Os contatos entre promotores e delegados seriam "distantes e formais". Apenas nas delegacias e promotorias especializadas os contatos seriam mais frequentes. Nestas, os casos seriam resolvidos com padrões probatórios que atenderiam às demandas (COSTA, 2010, p. 231).

Neste artigo optamos por analisar os discursos dos atores das organizações selecionadas na pesquisa.[12] Se a pesquisa quantitativa aponta razoável divergência na construção jurídica dos fatos, argumentamos que isso se deve a distintos fatores, organizacionais e profissionais. Certamente, as trajetórias das organizações analisadas e a cultura profissional favorecem o insulamento destas organizações do sistema político (BONNELI, 2002, 2003a; MACHADO, 2007 a, 2007b e 2011).

4. OS GRUPOS FOCAIS (GF) COMO SISTEMAS DE INTERAÇÃO: DISCURSOS SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

Do material empírico produzido durante a pesquisa, selecionamos as representações sociais a partir dos grupos focais realizados em Brasília. Sob o enfo-

12. Agradecemos a Arthur Costa o acesso à íntegra do material da pesquisa, especialmente a documentação referente aos grupos focais. Ressalto que acompanhei diretamente a realização de alguns dos grupos focais.

que sistêmico, cada grupo focal deve ser analisado como um sistema de interação concreto (LUHMANN, 2007, p. 644-647). Do ponto de vista metodológico, analisamos o discurso de profissionais que integram diferentes organizações do sistema de justiça criminal.

Cada grupo focal (GF) configurou, assim, um sistema de interação composto por integrantes de uma única categoria profissional e os pesquisadores responsáveis pela condução da interação. Por constituírem sistemas de interação, a presença/ ausência orienta as comunicações. A análise dos discursos que emergem dos referidos sistemas de interação são relevante para adensar o conhecimento das organizações envolvidas, pois revelam mitos (e valores) e desvendam parte da cultura organizacional (premissa decisória).[13]

4.1 O poder de papel e os papéis do poder: imagens sobre o relatório final

Se[14] as organizações comunicam por meio de decisões, estas, em regra, se concretizam em documentos e relatórios. A produção do inquérito policial sugere a comunicação por meio de decisões de diferentes organizações do sistema de justiça criminal. Os relatórios produzidos pelos membros da organização policial consubstanciam decisões organizacionais. Por meio de decisões há uma redução de complexidade e possibilitam decisões subsequentes.

O relatório preliminar das Seções de Investigação Preliminar, elaborados pelos agentes de Polícia, é parte importante na construção da verdade policial. O relatório final, sob responsabilidade do delegado de Polícia, encerra a formalização dos atos cartorários que buscam verossimilhança com a prática judicial. Simbolicamente, representaria o momento em que o saber jurídico encamparia o saber policial; a verdade policial ganharia contornos jurídicos. A autoridade e o poder de definição jurídica do fato aproximam-se do que Bourdieu sugere como poder de nomeação no campo jurídico-penal (BOURDIEU, 2001). Nas falas de agentes de Polícia, delegados de Polícia e promotores de justiça, algumas destas questões aparecem repetidamente.

O relatório final aparece na imagem descrita pelos delegados de Polícia como "espelho da denúncia". Sob um enfoque sistêmico, o relatório cristaliza

13. Conferir, especialmente, a relevância das interações para a auto-organização e, em especial, as relações complementares entre organizações e interações (LUHMANN, 2010, p. 296-297). A transformação das tarefas organizacionais em cultura relaciona-se aos programas de decisão (LUHMANN, 2010, p. 299-300).

14. Aludimos aqui à interessante análise elaborada em etnografia sobre a Polícia mexicana (AZAOLA GARRIDO E RUIZ TORRES, 2009).

decisão organizacional que busca traduzir a investigação policial à codificação jurídica (LUHMANN, 2005a, 2005b). A simbologia do espelho tem uma dimensão importante para os delegados de Polícia. O relatório constitui-se na materialização da decisão final em relação à investigação. Comunica-se a verdade policial. Além disso, tem outra dimensão relevante sob o enfoque comunicativo. A verdade policial seria reconstruída sob o prisma do direito como meio de comunicação simbolicamente generalizado:

"Delegado 5 – O que faz um relatório de delegado bom? Disso porque o que o que faz o relatório de um agente é indicar quem foi, e como que ele chegou ali, porque que ele (...) o que faz um bom relatório de delegado é ele conseguir transformar o mundo dos fatos numa linguagem jurídica. Então, nesse sentido, o delegado tem o papel eu diria, tem, ele tem um papel transcendental. Um bom relatório consegue fazer a costura entre o que foi apurado e o que é necessário pra fundamentar uma boa denúncia, ou seja (...) na verdade, um bom relatório é o espelho de uma boa denúncia. (...)"

"Delegado 2 – Você pode ter uma situação em que o relatório aponta autoria, dá as razões pelas quais o investigador tá convicto de que o autor foi aquele, e o trabalho do inquérito e do delegado é transformar aquela verdade em algo juridicamente verdadeiro. Então muitas vezes o agente não consegue fazer essa transposição (...)"

Esta visão contrasta com a avaliação dos promotores de justiça. O relatório policial seria uma formalidade que muitas vezes prejudicaria a proposição da ação penal. Anteciparia conclusão jurídica muitas vezes descabida, atrapalhando o trabalho do promotor de justiça na fase judicial. Nos relatos dos promotores de justiça, aparece também a construção subjetiva das hierarquias entre as organizações do subsistema jurídico-penal. O inquérito teria um papel auxiliar, funcional para a ação penal, e deveria ser estritamente informativo. A definição jurídica seria atribuição do Ministério Público:

"Promotor 1: Relatório de inquérito pra gente é algo praticamente inútil. Concordam com a afirmação que eu tô fazendo? O que a gente precisa, como promotor de justiça no inquérito, não é de uma síntese daquilo que aconteceu. A gente precisa de informação. Então: a testemunha viu ou não viu? Você tava lá? Eu tenho arma apreendida? (...)"

"Promotor 3: Na verdade, só pra gente não perder o foco do caso, que embora os delegados não gostem disso, os relatórios só nos atrapalham."

Na avaliação recíproca sobre os papéis desempenhados por diferentes membros da organização policial, a função do agente de polícia também surge nos discursos documentados nos diferentes sistemas de interação deflagrados pe-

los grupos focais. Nos relatos é possível identificar o significado dos atos cartorários para os distintos sujeitos da pesquisa. As relações estabelecidas entre os atores que se encontram durante a investigação policial, seja cara a cara ou pela produção de atos e formalização de documentos (comunicações por meio de decisões), evidenciam os limites entre o saber dos tiras e o saber jurídico.

A atividade desempenhada pelo agente de polícia aparece na fala dos promotores como útil para a "busca da verdade real". Sob o enfoque organizacional, as decisões policiais (comunicação) são avaliadas por membros de outra organização (Ministério Público) como relevantes para a teleologia do processo penal. Em términos sistêmicos, reduzem a complexidade e permitem outras decisões. Os agentes de polícia, por outro lado, sentem-se valorizados ao identificar que o mundo do direito aceitou a "verdade policial", ainda que de forma provisória. A comunicação da organização Ministério Público por meio de uma decisão concreta, o oferecimento da denúncia, depende, em regra, de decisões anteriores de outras organizações.

A divisão do trabalho entre os membros da organização policial sugere, assim, significados distintos para os agentes de polícia:

"Agente 4 – Tanto é que, quando ele pega o inquérito, ele pega o processo, ele chega lá no relatório, vê quem produziu, eu vejo quem é essa pessoa, coloco uma testemunha. Eu lembro de uma prisão, que a gente foi chamado, eu e meu parceiro, quando chegamos na audiência e o promotor leu a denuncia, todas as linhas da denuncia era o relatório que a gente fez. Eram 11 pessoas denunciadas. A denúncia dele era o relatório que a gente fez."

4.2 Polícia e Ministério Público: redefinindo os papéis do delegado de Polícia e do promotor de justiça

A experiência brasileira mostra que o papel do delegado de Polícia no inquérito policial decorre de peculiaridades históricas. Parte da literatura refere-se à *advogadização* da profissão delegado de Polícia (BEATO FILHO, 1999; SOUZA, 2003, 2010). O rótulo remete a um profissional da área jurídica que assume a direção da investigação policial. O que se explica não apenas pelo modelo anterior, em que a presidência cabia a um funcionário que acumulava funções policiais e jurisdicionais, mas também pelo peculiar papel que lhe é atribuído (HOLLOWAY, 1997; SOUZA, 2003, 2010). Sob a ótica sistêmica, a tradução do saber policial aos códigos do subsistema jurídico-penal. Entre os profissionais das organizações pesquisadas, o papel e importância deste funcionário está longe de ser unânime.

No sistema de interação com os delegados de Polícia a relevância do papel do delegado como membro da organização policial aparece nas representações

do profissional como responsável pela conexão entre o saber "dos tiras" e o saber jurídico. Os delegados valorizam a sua importância como gestor da investigação. O profissional que domina a técnica jurídica; e próximo do dia a dia da delegacia, do saber dos tiras e da investigação:

"Delegado 3: A diferença seria que o delegado, ele – uma expressão muito usada na doutrina de Portugal – é o motor de arranque do processo. (...) Mas ele trabalha a investigação inquirindo, indagando, pra descobrir o que, como, quando, onde, trazer esses elementos. O Ministério Público não. A função dele é deflagrar a ação penal, a partir dessas informações. (...) Então o modelo brasileiro foi criado com essa função, dois bacharéis em direito. (...)"

"Delegado 5 – Na prática, eu vejo a persecução criminal como uma corrida de bastão. Não vou discutir a importância de um ou de outro. O fato é que você pode mudar o nome de inquérito pra qualquer outra coisa, você pode mudar o nome do delegado, mudar os atores, mas não tem, independente dos atores que estão em questão, ou da nomenclatura que se utiliza, não tem como começar um processo criminal em juízo sem uma instrução prévia, uma investigação preliminar (...)".

No sistema de interação com os magistrados, aparecem distintas imagens sobre o papel do delegado de Polícia. Entre os magistrados, o papel do delegado evidencia divergência sobre as funções que este servidor público deve desempenhar. O papel de presidência do inquérito policial não é associado exclusivamente ao delegado. Em outras palavras, a tradução do saber dos tiras aos códigos do sistema jurídico poderia ser feita pelo promotor de justiça. Há quem entenda que o promotor de justiça deveria assumir a função do delegado; outros divergem. O promotor não estaria preparado para isso. As funções seriam outras, a capacitação requereria técnicas que ele não disporia:

"Juiz 1 – (...) Eu acho que nós precisamos mudar várias coisas no sistema penal em geral, desde a investigação até o processo, até a área penitenciária mesmo, depois, de execução da pena. Mas eu acho que tem muitos, muitos agentes nessa história. Eu acho que a figura do delegado de polícia, numa reforma, [pode] ser condensada na figura do promotor. Os delegados não gostam quando ouvem isso, os promotores odeiam quando ouvem isso, mas o ponto que nós estamos caminhando, a figura do delegado tá ficando absolutamente desnecessária."

Entre os promotores de justiça predomina a visão de que o delegado "estaria sobrando", pois o promotor de justiça deveria assumir a direção da investigação. A Polícia não estaria preparada para a investigação de determinados crimes, tais como os praticados contra a administração pública. Os relatos su-

gerem corporativismo da Polícia, e ressentem que não haveria nenhum indiciamento pela prática de tortura no Distrito Federal. Porém, as falas revelam autocríticas. O promotor de justiça não estaria cumprindo a função fiscalizadora do inquérito policial.

"Promotor 3 – De fato há uma superposição. Eu diria hoje o Brasil é o único país que tem essa figura esdrúxula que é a do delegado. Não existe nenhum outro país no mundo que tem uma figura como é a do delegado brasileiro [...]".

"Promotor 2 – A pergunta é qual é a diferença do promotor para o delegado. Eu penso que o cerne está na diferença das instituições em que eles são formados. A instituição MP, ela permite ao promotor de justiça uma maior visão da autonomia na sua prática. O promotor e o delegado são produtos dessas instituições, então a diferença é do ponto de vista institucional. (...)"

"Promotor 6 – Ai da sociedade se tudo que vem da polícia fosse oficializado. Ai da sociedade, ai dos direitos humanos, ai do Estado democrático de direito se as garantias constitucionais não fossem do Ministério Público. O grande filtro hoje é o Ministério Público."

4.3 Presidir a investigação

Pesquisas realizadas mostram que o monopólio da investigação é um dos focos de atrito entre promotores de justiça e delegados de Polícia. Estes ressentem das investidas do Ministério Público em área tradicionalmente ocupada pela Polícia (BONNELLI, 2003b; CAVALCANTI, 2003; MACHADO, 2007a, 2007b, 2011; SADEK, 2003; SANCHEZ FILHO, 2000). As críticas também se dirigem às "intromissões indevidas" da Polícia Militar. Nas falas dos delegados, ambos não teriam capacidade para investigar (HAGEN, 2005). A formação policial civil, as técnicas e experiências acumuladas, bem como as práticas conformariam o "saber da Polícia Judiciária". A diferenciação da função policial investigativa no século XIX levou à aproximação desta organização do sistema político (COSTA, 2005; HOLLOWAY, 1997; SOUZA, 2003). Os vínculos históricos com o Executivo, as pressões políticas e das elites locais, os déficits de organização e profissionalização, assim como a atividade desempenhada, coloca em tensão a investigação de determinados crimes com o papel tradicional da polícia, de manutenção da ordem, de exercício da violência legítima pelo Estado.

Nos sistemas de interação com os distintos membros das organizações pesquisadas, as representações sociais sugerem diferentes percepções e imagens sobre temas concretos relacionados ao inquérito policial. Os relatos sinalizam pistas sobre premissas decisórias (cultura organizacional) que permitem aden-

sar o conhecimento sobre a forma de comunicação das organizações que participam da definição jurídico-penal (LUHMANN, 2005a, 2007, 2010).

4.3.1 Que crimes queremos investigar?

Pesquisa recente sobre a Polícia federal no Brasil analisa o surgimento e consolidação do que é descrito como "elite" da Polícia brasileira. Ao contrário da imagem tradicional da polícia voltada contra as classes menos privilegiadas, a Polícia Federal viria ocupando as páginas dos principais jornais no Brasil pela atuação na repressão da corrupção e do crime organizado (BAJOTTO, 2009).

Nas falas dos promotores de justiça uma das questões recorrentes é a falta de independência da Polícia. A sua organização e concepção original estariam voltadas à investigação dos delitos tradicionais, mas não estaria preparada para a investigação de crimes de colarinho branco. Na autoavaliação dos promotores, o Ministério Público ocuparia, então, este espaço, e teria mais condições (insulamento do político) para conduzir tais operações. Mas, longe de prescindir da Polícia, aparece a necessidade de usar a estrutura policial para investigar. A falta de experiência na investigação também não é desconsiderada.

"Promotor 4 – O Ministério Público resolveu criar instrumentos fortes para investigar determinadas coisas. Temos as operações citadas... Mas nós também temos as nossas operações. E as nossas operações, como elas estão sendo conduzidas? Eu acho que discutindo as operações dos delegados nós podemos refletir sobre as nossas próprias operações. Será que nós temos também condições, estamos preparados para investigar? Eu não sei. Porque a nossa formação não é essa (...)"

"Promotor 3 – Eleger o que investigar é poder. É a maior moeda política que a polícia tem a oferecer aos governantes toda vez que tomam posse (...)"

"Promotor 5 – A polícia fala assim: "vocês não querem investigar o caso do ladrão de galinha (...)". Vocês só querem investigar quando vai para o Jornal Nacional (...)".

Os relatos dos promotores de Justiça sugerem um importante ponto de tensão entre duas organizações. Na divisão de competências, a diferenciação funcional conduziu historicamente a especializações em tarefas específicas. A Polícia Civil autodescreve-se e realiza sua auto-observação como organização que comunica por meio de decisões relacionadas à investigação dos fatos. Na busca da verdade real, a verdade policial emerge como fase inicial, que permite subsequentes decisões de outras organizações que participam na construção jurídico-penal dos fatos.

Admitir-se que outras organizações concorrem na investigação supõe avaliação negativa sobre o papel desempenhado pela organização policial. A produção de novos programas jurídicos consubstanciados em legislações que tipificam novos delitos incrementa a possibilidade de atuação das organizações. A definição das prioridades organizacionais depende não apenas da estrutura hierárquica (organograma), mas também da cultura organizacional (premissa decisória).

4.3.2 Quem sabe investigar? Saber policial, saber jurídico e cultura organizacional

Os relatos dos promotores de justiça contrastam com a fala de delegados e de agentes de Polícia. Os delegados ressentem das investidas do Ministério Público em um campo em que os promotores não estariam treinados. A trajetória da Polícia é confrontada com a do Ministério Público. A polícia sofreria do "mal da subserviência", em alusão às constantes interferências políticas.

Já o Ministério Público teria investido no que é avaliado como estratégia equivocada: recrutamento de jovens recém-egressos das universidades, sem suficiente amadurecimento para compreender a investigação e as dificuldades enfrentadas pela Polícia (MISSE, 2010).

Na fala de um dos delegados de Polícia, o controle da investigação teria objetivo não explicitado, porém evidente. O inquérito policial é fonte de poder:

"Delegado 2 – Mais eu vou dar um choque de realidade pra vocês dois que tão começando, mas nós três aqui pensamos mais ou menos igual, depois de 10 anos e muita coisa que a gente viu (...). Mas existe uma guerra mais ou menos aberta, por poder, não por interesse da sociedade, envolvendo internamente na polícia agentes e outras classes, e delegados (...)."

4.3.3 O juiz e o inquérito policial

Nos relatos dos magistrados a investigação aparece como tema alheio à atividade judicial. Como já mencionado, o modelo do juiz que conduz a investigação (juiz instrutor) foi adotado na França, expandindo-se para outros países. Atualmente é questionado e reformado (MACHADO; GOMES JÚNIOR, 2011a; MACHADO; GOMES JÚNIOR, 2011b). No Brasil, durante um longo período no século XIX, as funções de investigação foram exercidas por um magistrado (juízes de paz) (HOLLOWAY, 1997; SOUZA, 2003 e 2010). Nas falas, aparece de forma recorrente não apenas o distanciamento da investigação, mas também as razões jurídicas que o justificam:

"Juiz 4: Eu acho que a gente não tem tanta proximidade, como ela falou, com inquérito pra que a gente tenha esse controle ainda na fase de inquérito, porque a atividade jurisdicional ela é (...) o juiz só age se provocado, então é preciso que depois que haja a violação, que chega a nosso conhecimento por meio de provocação de alguém por meio de uma ação, por meio de uma outra ação. Esse tipo de fiscalização fica mais a cargo dos promotores de justiça mesmo. Porque eles vão fiscalizar a atividade policial investigativa (...)".

4.4 Entre o mundo policial e o subsistema jurídico-penal: cultura organizacional e comunicação

Há extensa pesquisa que aponta a discricionariedade das práticas policiais. A moldura normativa constitui-se apenas o ponto de partida. As representações sociais sugerem o universo simbólico que orienta as práticas (ARTHUR, 2010; MINGARDI, 1992; OLIVEIRA, 2003; WALKER, 1993).[15] Pesquisas com outras organizações jurídicas também sugerem a importância da discricionariedade para interpretação da cultura organizacional (MACHADO, 2011). As interações entre os membros de distintas organizações policiais e jurídicas podem ser interpretadas pela diferenciação do subsistema jurídico-penal. A cultura policial é condicionada por práticas e um saber específico, nem sempre orientadas pela codificação jurídica. A leitura sistêmica da discricionariedade remete à existência de sistemas concorrentes que motivam as práticas policiais. Nem sempre a codificação jurídica orienta as decisões das organizações policiais (ANDERSEN, 2003, p. 151-182; LUHMANN, 2005a, p. 359-367; LUHMANN, 2010, p. 437-476; NOBLES; SCHIFF, 2001, p. 197-201).[16]

A acumulação dos saberes policiais, "dos tiras", estabelece hierarquias e micropoderes na rede de relações entre os atores que disputam o poder de nomeação da "verdade policial" (LIMA, 2003).[17] Os delegados de polícia reivindicam o papel de tornar inteligíveis (tradutor) os saberes policiais ao mundo do direito, construindo discursivamente a necessidade de conectar o mundo da polícia ao direito.

---

15. Confrontar com análise da organização policial e as formas de semi-ilegalidade (LUHMANN, 2010, p. 313-314), o que não deveria se limitar, obviamente à Polícia.

16. As premissas decisórias atuam como codificação organizacional (LUHMANN, 2010, p. 279).

17. Quando realizamos a pesquisa sobre a atuação da Promotoria Anticorrupção, na Espanha, uma imagem semelhante apareceu de forma recorrente nos relatos dos sujeitos entrevistados. Os tiras seriam o "olho da rua" (El ojo de la calle) (MACHADO, 2007b).

O promotor também surge como profissional especializado nesta divisão do trabalho de construção, ou reconstrução, da verdade. O profissional com expertise para levar a investigação ao Judiciário na imagem simbolizada na metáfora do bastão. Nessa interseção, ou passagem de bastão, surgem os conflitos e disputas. Compreensivelmente mais acentuadas que entre agentes de Polícia e promotores de justiça. Nas interações organizacionais entre membros de diferentes organizações, a concepção de campo surge como categoria que complementa a análise sistêmica. Dominar ou pretender dominar o saber jurídico significa competir na nomeação jurídica dos fatos investigados no campo jurídico-penal (BOURDIEU, 2001).

Em términos sistêmicos, a tradução da prática policial aos códigos do subsistema jurídico-penal abre duas frentes de conflito. Entre agentes de Polícia e delegados de Polícia; entre delegados e promotores. Os agentes criticam as dificuldades de acesso ao Judiciário para levar adiantes as investigações. O trabalho cotidiano muitas vezes depende de decisões de outras organizações, premissas decisórias para a comunicação da organização policial. Nas falas dos agentes aparecem os aspectos pragmáticos da investigação policial, o modelo de enfrentamento com a criminalidade, a eficácia na repressão do crime. Os delegados vivenciam o duplo pertencimento a estes dois mundos.

A atuação concreta do "delegado jurista" é representada depreciativamente, como um "defensor público", com discursos repletos de significados jurídicos, com preocupação com tendências jurisprudenciais e dogmáticas. O delegado, por outro lado, valoriza exatamente a sua função de mediador entre estes dois mundos. O sentido de eficiência na produção da verdade policial é contrastado com tradução das informações aos códigos do subsistema jurídico-penal. A tradução do saber do tira, consubstanciado em investigações concretas à codificação jurídica repercutiria na aceitação do material probatório produzido pelas demais organizações do subsistema jurídico-penal. As decisões da Polícia reduzem complexidade e ensejam novas decisões de outras organizações.[18]

Os processos de socialização organizacional e profissional e as pautas culturais são conformados pela interpenetração entre sistemas psíquicos e sistemas sociais. As mensagens do subsistema jurídico-penal também são importantes na construção das individualidades e subjetividades (LUHMANN, 1990). A aceitação ou valor conferido às investigações associa-se à conformidade jurídica das técnicas utilizadas. A comunicação jurídica valoriza o respeito a garantias

18. A análise remete ao papel da polícia como filtro importante na seletividade do subsistema jurídico-penal (OLIVEIRA, 2003; MINGARDI, 1992).

individuais (programa constitucional). A eficiência deveria ter como anteparo os direitos fundamentais.

4.5 Do inquérito ao arquivamento: o bastão com o promotor de justiça

Nos relatos dos magistrados, o primeiro passo aparece sob o comando do promotor de justiça. Um dos entrevistados relata experiência de cidade satélite (Ceilândia). A pedido dos promotores de justiça os inquéritos passaram a tramitar diretamente entre delegacias e Ministério Público, agilizando os procedimentos. Aparecem os relatos de eventuais divergências, quando o juiz discorda da interpretação do promotor e remete os autos ao procurador-geral de Justiça para revisão (art. 28 do CPP). Predomina, contudo, a confiança nas opções jurídicas do promotor. O arquivamento é retratado como *prosecutor's business*:

"Juiz 4 – Eu não tenho tempo nem de ler os pedidos de arquivamento. Pediu arquivamento eu homologo, é, fazer uma sentença de homologação de arquivamento. Aí às vezes os promotores vêm e falam assim ah, você viu que eu pedi um arquivamento dum processo, fiquei meio em dúvida.. falei não vi, você pediu, eu arquivei (...)."

"Juiz 4 – É, não vou aplicar... tem um artigo que se o juiz entender, o promotor pediu arquivamento mas eu entendo que é crime, eu mando pro procurador geral, pra ele oferecer denúncia, ou designar um promotor.. eu não faço isso, não aplico (...)."

"Juiz 1 – Eu dificilmente faço isso (...)."

"Juiz 2 – Muito pelo contrário, você tem que confiar no profissional que trabalha com você."

Os relatos são relevantes para a compreensão da comunicação das organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal. As decisões dos tribunais, forma de comunicação organizacional, não prescinde de premissas decisórias. As imagens colhidas a partir dos sistemas de interação (grupos focais) sugerem algumas pistas sobre divisão de competências jurídico-penais. A opção pelo arquivamento da investigação pelo promotor de justiça surge como decisão que, em regra, não é confrontada pelo magistrado.

4.6 Cultura e organização policial: interações organizacionais entre o delegado e o agente

Nos relatos dos agentes de Polícia, o papel do delegado de Polícia no modelo brasileiro vincula-se às finalidades do inquérito policial, à teleologia da investigação: a produção da verdade. A verdade policial, na análise de Lima

(LIMA, 2003). Nas imagens sugeridas nas representações sociais podem ser encontradas pistas sobre as interações organizacionais e premissas decisórias da organização policial. Os relatos sugerem a existência de delegados operacionais e cartorários.

O delegado operacional é representado como figura pró-ativa, comprometida com os saberes policiais e racionalidade instrumental do inquérito policial: a investigação. Já o delegado cartorário é descrito na tipologia dos agentes como burocrata, muitas vezes perdido na teia construída de atos oficiais, formalização de termos e procedimentos, com a pretensão de conferir caráter para-judicial ao inquérito policial. Como um resquício formalista que remete ao modelo anterior, em que a investigação era conduzida por um magistrado, que acumulava funções que apenas ao longo da história foram repartidas a distintos funcionários do Estado.

Na avaliação dos agentes, o delegado, gestor da Delegacia de Polícia, deveria providenciar as condições materiais e humanas para que o agente investigador, o profissional da investigação na fala dos agentes, pudesse de fato desempenhar a sua função, a verdadeira "razão de ser" do inquérito policial.

A leitura sobre o papel do delegado de Polícia surge nos relatos sobre a atividade diária na delegacia. A formação jurídica não é desprezada. Ao contrário, teria função importante: atender demandas da investigação segundo a lógica do Estado de Direito. Os agentes relatam a relevância da interação com membros de outras organizações. Durante a investigação, muitas vezes, há necessidade de medidas cautelares que dependem de autorização judicial, o que demanda intervenção do delegado de Polícia, circunstância que valorizaria a formação jurídica do delegado. Não raramente faz-se necessária a interação com promotores e magistrados, papel que os agentes assumiriam nas rotinas da delegacia:

"Agente 2 – É, eu acho que o delegado ele exerce um papel fundamental na delegacia, ele, assim, né, minha opinião, o delegado tem que atuar junto com as sessões (...)."

"Agente 2 – Eu conheço delegados que atuam realmente junto com as sessões. (...)".

"Agente 1 – Que a gente chama delegados operacionais."

"Agente 2 – Então, por exemplo, o chefe de sessão, ele vai lá, conversa, o delegado, doutor, olha, tão precisando que o senhor faça uma requisição aí de uma escuta telefônica oh, o caso é esse, o delegado ta ali, interagindo, sabe o caso, então você tem, vamos dizer assim, uma equipe coesa, né, onde agentes e

delegados trabalham, o delegado trabalha na investigação, ele não só disfarça, né, (...)."

"Agente 4 – (...) Quem faz investigação é a gente (...), eu não to dizendo que o delegado não possa participar, o Ministério Público tem até brigado pra poder ter esse direito também, creia-se até que vai conseguir (...). Se o agente investigador precisa duma viatura, o chefe tem que correr atrás, tem que tentar conseguir."

Os agentes de Polícia ressentem do distanciamento com os delegados de Polícia. A hierarquia não é discutida, e inclusive é ressaltada como importante para a corporação. Mas também revela certo distanciamento. As barreiras simbólicas construídas pela distribuição de cargos segundo a aproximação com o mundo do direito marcariam a diferença com o *ethos* policial.

"Agente 2 – Então agente vê às vezes vê um agente que tem, é, vou até usar a palavra medo, mas, é, receio de chegar no delegado, pedir isso e achar que ele vai interpretar de uma outra maneira que não (...)".

"Agente 1 – Tem delegado também que já chega e fala não quero agente na minha sala. (...)

Agente 1 – Oh, na verdade, o delegado, ele se sente o rei."

Entre os agentes de Polícia predomina a visão que valoriza a figura descrita (conceito nativo) como delegado operacional. A definição associa-se à sintonia com os objetivos da investigação, com a "atividade-fim", a razão de ser do inquérito policial. O delegado cartorário aparece muitas vezes, na fala dos agentes, como um antagonista, antes que um parceiro.

"Agente 1 – Na minha opinião, eu acho que todos os delegados, eu , na minha opinião, acho que todos os delegados deveriam ser operacional sim, entendeu? Porque, porque tem situações que agente tá na rua e fica em dúvida, vamo entrar, vamo num vamo, quando o delegado operacional ele tá ele fala assim vamos e seja o que Deus quiser, eu arco com a consequência, você entendeu? [...]."

Os delegados operacionais seriam raros, na visão dos agentes de Polícia. A formação profissional focaria em trabalhos burocráticos do inquérito, fazendo com que ele tivesse pouco domínio das técnicas de investigação, do *know how* acumulado na rua, saber "dos tiras".

"Agente 2 – Dentre os delegados, você conta poucos operacionais, poucos delegados operacionais."

"Agente 3 – São raros, mas é justificado porque o trabalho dele é despachar inquérito, é ficar impondo inquérito, ele não tem uma experiência de rua, de investigação. Ele precisa de inquérito, de presidir um inquérito (...)."

5. CONCLUSÕES

Certamente, as premissas decisórias são importantes para a compreensão da forma de comunicação das organizações. As ações sociais perdem a centralidade na análise. Contudo, as estruturas hierárquicas e os procedimentos por meio dos quais são recrutados os membros e divididas as tarefas não perdem a relevância no modelo sistêmico (premissas decisórias).

A compreensão das decisões como comunicação organizacional pressupõe adensar o conhecimento sobre a forma como as organizações se auto-observam e autodescrevem, bem como sobre as premissas decisórias, como a distribuição dos papéis e tarefas (organograma), recrutamento dos membros e interações organizacionais. Aprofundar o conhecimento da cultura organizacional significa desvendar parte das premissas decisórias.

Na análise dos sistemas de interação, as pessoas mantêm um papel fundamental, já que a comunicação é estruturada pela presença/ ausência. Por outro lado, a interpenetração entre organizações e sistemas de interação permite novas possibilidades de pesquisa empírica, razão pela qual se fala em interações organizacionais. Neste artigo, privilegiamos a análise das representações sociais produzidas por meio de sistemas de interação (Grupos Focais).

Os mitos organizacionais não são incompatíveis com a proposta sistêmica. Na medida em que conformam a cultura organizacional, são relevantes para a compreensão das premissas decisórias e forma de comunicação das organizações. Os discursos dos profissionais da Polícia e do Direito, membros de diferentes organizações, revelam mitos organizacionais. A chamada verdade real parece permear grande parte das falas dos sujeitos da pesquisa.

Entre os magistrados, predomina visão crítica sobre a atuação da Polícia. Embora não haja voz unânime, chega-se a propor a abolição da figura do delegado de Polícia, papel que deveria ser ocupado pelo promotor de justiça. A prova técnica é valorizada como elemento de prova fundamental. O magistrado deve-se manter afastado do conteúdo do inquérito policial, padrão de comportamento que é descrito como tendência contemporânea das reformas processuais penais. Valoriza-se a análise inicial do promotor de justiça em relação ao resultado do inquérito policial. Em regra, não há divergência quanto aos arquivamentos requeridos pelos promotores. Analisando sob o enfoque sistêmico, a decisão do Ministério Público reduz complexidade para decisões de outra organização. Ao mesmo tempo, comunica a existência de alternativa.

Entre os promotores de justiça, predomina o ceticismo no papel cumprido pelo delegado de Polícia. O relatório final, peça que culmina a investigação, é descrito como documento que, em regra, não ajuda e muitas vezes atrapa-

lha o promotor. A análise jurídica e o enquadramento do suposto tipo penal gerariam dificuldades dificilmente contornáveis durante a instrução. Os promotores de justiça reivindicam atuação mais relevante na fase do inquérito e defendem que apenas assim os delitos não tradicionais, como os crimes de colarinho branco poderiam ser devidamente investigados.

Em um ponto a fala dos promotores encontra eco no discurso dos juízes: a falta de autonomia da Polícia impediria investigações sensíveis para o poder local. As interferências políticas enfraqueceriam a atuação isenta da polícia.

O discurso dos delegados de Polícia valoriza o papel de um profissional da área jurídica que conduz o inquérito policial. A referida "advogadização" é construída internamente como elemento peculiar do modelo brasileiro que não deveria ser modificado. Ao contrário, seria a tradição da investigação no Brasil. As críticas são dirigidas fundamentalmente aos promotores de justiça, que pouco ou nada compreenderiam das investigações. O saber especializado do Delegado de Polícia estaria exatamente na conexão entre a expertise policial e a formação técnica do jurista. A profissão do Delegado de Polícia constituiria, assim, em forma de acoplamento estrutural entre o mundo policial e o mundo do direito.

Entre os agentes de Polícia predomina o discurso de autovalorização do trabalho policial. A função precípua do inquérito, a investigação, configuraria um campo complexo para quem domina o saber "dos tiras".

O trabalho do agente apareceria na denúncia do promotor, na imagem retórica do "espelho da denúncia". Os relatórios detalhados dos agentes de Polícia forneceriam os subsídios fundamentais para a ação penal. Além disso, na prática, os agentes cumpririam o papel de convencimento do promotor e juiz da linha da investigação, bem como da necessidade de medidas cautelares. A imagem dos delegados de Polícia aparece associada à razão de existir do inquérito: investigação. O delegado operacional é descrito como profissional dedicado à investigação. Antes de um jurista, fala como policial, que apoia material e juridicamente a "apuração dos fatos". O delegado cartorial aparece como profissional que se perderia nos meandros da burocracia, orientado pela codificação jurídica. No afã de conferir juridicidade aos atos de investigação, perderia o foco principal da atividade da Polícia Judiciária.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSEN, Niels A. Polyphonic organizations. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor. *Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann's social systems perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003.

AZAOLA GARRIDO, Elena; RUIZ TORRES, Miquel Ángel. Investigadores de papel. El papel judicial en la investigación de los delitos en la Ciudad de México. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 80, p. 323-345. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2009.

AZEVEDO, Rodrigo G. O inquérito policial na cidade de Porto Alegre. In: MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

BAJOTTO, Carolina Cancián. *Polícia federal: a elite policial traçando identidades e distinções*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Porto Alegre, UFRGS, 2009.

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. *São Paulo em Perspectiva*. vol. 13. n. 4. p. 13-27. São Paulo, out.-dez. 1999.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1999.

BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do Direito*. São Paulo: EdUFScar/Sumaré, 2002.

_____. As disputas em torno da fronteira entre profissão e política no Ministério Público paulista. *Novos Estudos Cebrap*. n. 65. p. 169-182. São Paulo, 2003a.

_____. Perfil social e de carreira dos delegados de polícia. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Delegados de polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003b.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2. ed. Trad. Maria José Bernuz Beneitez, Andrés García Inda, Maria José Ordovás e Daniel Oliver Lalana. Bilbao: Desclée de Brower, 2001.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. Problemas e desafios da polícia civil: percepções dos delegados. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Delegados de polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003.

COSTA, Arthur T. M. *Entre a lei e a ordem: violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e de Nova Iorque*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

_____. A discricionariedade no sistema de justiça criminal: uma análise do caso do Distrito Federal. In: MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

DOUGLAS, Mary. *Cómo piensan las instituciones*. Trad. José Antonio López de Letona e Gonzalo Gil Catalina. Madrid: Alianza, 1996.

HASSE, Raimund. Luhmann's systems theory and the new institutionalism. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge (eds.). *Niklas Luhmann and organizational studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktruyckeri AB, 2005.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. *Estudo da Polícia Civil do Rio Grande do Sul*. Tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, UFRGS, 2005.

HOLLOWAY, Thomas W. *Polícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

JOVCHELOVITCH, Sandra. Psicologia social, saber, comunidade e cultura. *Psicologia & Sociedade*. n. 2. vol. 16. p. 20-31. Porto Alegre, maio-ago. 2004.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos civis, Estado de Direito e "cultura policial": a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 41. p. 241-256. São Paulo: Ed. RT. jan.-mar. 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali: fondamenti de una teoria generale*. Trad. Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Bolonha: Il Mulino, 1990.

_____. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Dario Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1997.

_____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005a.

_____. The paradox of decision making. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge (eds.). *Niklas Luhmann and organizational studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktruyckeri AB, 2005b.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

_____. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007a.

_____. *Fiscalías. Su papel social y jurídico-político: una investigación etnográfico-institucional*. Barcelona: Anthropos, 2007b.

_____. Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 88. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2011.

MACHADO, Bruno Amaral; GOMES JR., Luiz Moreira. Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. n. 1. p. 5-9. 2011.

_____. O Ministério Público e a polícia no sistema de justiça criminal: interações, dinâmicas organizacionais e controle. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. n. 2. p. 7-11. 2011.

MEDEIROS, Mateus Afonso. Aspectos institucionais da unificação das polícias no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. vol. 47. n. 2. p. 271-296. Rio de Janeiro, 2004.

MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas: cotidiano e reforma na Polícia Civil*. São Paulo: Página Aberta, 1992.

MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. Criminal Justice: autopoietic insights. In: PRIBAN, Jiri; NELKEN, David. *Law's new boundaries: the consequences of legal autopoiesis*. Aldeshot: Dartmouth, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o comissário: a polícia enquanto 'justiça informal' das classes populares da Grande Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 44. p. 279-300. São Paulo: Ed. RT, 2003.

POWELL, Walter W; DIMAGGIO, Paul J. The iron-cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*. vol. 48. p. 147-160. 1983.

RATTON, José Luiz. Refletindo sobre o inquérito policial na cidade de Recife: uma pesquisa empírica. In: MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

ROWAN, Brian; MEYER, John W. Institutionalized organization: formal structure as law and ceremony. *American Journal of Sociology*. vol. 83. n. 2. p. 340-363. 1977.

SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995.

_____. *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré/IDESP, 1997.

_____. Apresentação. In: _____ (org.). *Delegados de polícia*. São Paulo: Sumaré/Fundação Ford, 2003.

SANCHEZ FILHO, Alvino Oliveira. Ministério Público e controle externo da polícia na Bahia. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000.

SEIDL, David. Organization and interaction. In: _____; BECKER, Kai Helge (ed.). *Niklas Luhmann and organizational studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktruyckeri AB, 2005.

SOUZA, Luiz Antonio Francisco de. Delegados de polícia e a gestão cotidiana da violência em São Paulo, final do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 83. p. 271-288. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2010.

_____ Polícia, direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 43. p. 295-313. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.

WALKER, Samuel. *Taming the system: the control of discretion in criminal system, 1950-1990*. New York: Oxford University Press, 1993.

VARGAS, Joana Domínguez. Uma abordagem empírica do inquérito policial: o caso de Belo Horizonte. In: MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Polícia Judiciária, o Delegado e o Inquérito Policial no Brasil, de Bismael B. Moraes e Francisco de Camargo Lima – *RT* 925/267.

INDICADORES DE SAÚDE PÚBLICA: TAXA DE MORTALIDADE ESPECÍFICA POR CAUSAS EXTERNAS – TME/HOMICÍDIOS

2

Public health indicators: specific death rate by external causes – SDR/Homicides

ELIETE GONÇALVES RODRIGUES ALVES

Mestre em Ciência Política. Especialista em Política Criminal e Penitenciária e Segurança Pública. Especialista em Direito Público.

ROBERTO MINADEO

Doutor em Engenharia de Produção. Analista em C&T do CNPq. Professor do Mestrado em Ciências Políticas do Centro Universitário Euro Americano – Unieuro.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Trata-se de uma análise sobre os indicadores sociais de saúde, com enfoque na metodologia desenvolvida pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (Datasus), para a formulação da Taxa de Mortalidade Específica por Causas Externas (TME/homicídios). Descreve os códigos da 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e na Classificação Suplementar de Causas Externas, de Lesões e de Envenenamentos da 9ª Revisão (CID-9), dos óbitos considerados categorias de análise e de agregação para a formulação do indicador social TME/homicídios.

ABSTRACT: This is an analysis of the social indicators of health, focusing on the methodology developed by the Information Technology Department of the Unified Health System (Datasus), for the formulation of the Specific Death Rate by External Causes (SDR/homicides). The article describes the codes of the 10th Revision of International Classification of Diseases (ICD-10), and the Additional Classification of External Causes, Injury and Poisoning contained in the 9th Revision (ICD-9), focusing on the deaths under the categories of analysis and aggregation for the formulation of the social indicator SDR/homicides. It is

important to understand the issue of the indicators of homicide, focusing in one second phase to provide subsidies when formulating more appropriate public policies to combat crime. In order to understand the phenomenon of crime, more comprehensive data on these indicators is needed, enabling innovative policy solutions to achieve better results for the society - investments in prevention and rehabilitation could be better applied.

PALAVRAS-CHAVE: Indicadores de mortalidade - Homicídio - Mortes por causas externas.

KEYWORDS: Mortality indicators - Homicide - Deaths from external causes.

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Metodologia - 2. Contextualização histórica: as estatísticas nas políticas públicas do Estado - 3. Indicadores sociais: 3.1 Classificação dos indicadores de saúde do Ministério da Saúde; 3.2 Taxa de mortalidade específica por causas externas - TME: 3.2.1 Taxa de mortalidade por agressões e intervenções legais; 3.3 Causas específicas de mortalidade para homicídios - TME/homicídios - 4. O homicídio como elemento de formulação de indicador de criminalidade e violência - 5. Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp): unidade gestora de estatísticas criminais - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo apresentar uma análise sobre os indicadores formulados pelo Datasus, com enfoque para o esclarecimento da metodologia adotada na construção da Taxa de Mortalidade Específica por Causas Externas para Homicídios (TME/homicídio), indicando-se os elementos ou variáveis categorizados para a formulação dos indicadores de saúde.

As medidas de promoção da saúde, incluindo nesse contexto a prevenção da violência e criminalidade, compreendem o estudo da evolução dos crimes e o monitoramento de eventos que possam causar interferências na ordem social. Nesse sentido, o atual sistema de gestão pública utiliza-se de indicadores, como estratégia de intervenção no campo das políticas públicas, de sorte que as medidas adotadas encontrem fundamento objetivo, isto é, sejam guiadas por uma ferramenta científica.

Pode-se dizer que as medidas de promoção da saúde possuem vieses distintos; para a segurança pública tratam-se da formulação de políticas públicas específicas para o controle, prevenção e repressão do crime, além da manutenção da ordem pública, isto é, medidas que alcancem e reforcem a extensão do mandato policial. Para a saúde, as metas destinadas a fortalecer as diretrizes

propostas na Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS/2011), que tem em um dos eixos, a abordagem da violência como questão de saúde pública.

Com efeito, a Política Nacional de Promoção da Saúde, ao incluir a violência como demanda social, acena para a relevância do tema no campo das políticas públicas, reforçando a postura de que a saúde não está adstrita apenas à prevenção e controle de doenças, não se subsumindo ao corpo adoecido fisicamente, mas amplia-se buscando alcançar o bem estar social (ELIAS, 2004).

Nesse sentido, este estudo aborda a aplicação dos indicadores sociais de saúde como ferramentas de gestão pública, tendo como referencial os indicadores formulados pelo Datasus, e como essas ferramentas são utilizadas hoje no monitoramento de fenômenos sociais, inclusive como indicador de criminalidade específica, subsidiando organizações policiais na gestão da segurança pública.

As organizações policiais adotam como fonte primária de dados da criminalidade os registros de ocorrência policial. A partir das informações obtidas nos boletins de ocorrência (BO) essas organizações podem estabelecer seus planos de atuação, estruturando os respectivos planejamentos; metas e focadas em resultados. A "forma como elas (as organizações policiais) produzem, organizam e disponibilizam e utilizam as informações é que determina a natureza e efetividade das atividades desenvolvidas" (BEATO, 2009, p. 8).

O processo de utilização de dados de interesse da segurança pública é bastante dinâmico e complexo; não bastasse os problemas relacionados à qualidade dos registros e ao armazenamento em bases de dados não integradas,[1] o Brasil ainda carece de indicadores de criminalidade formulados com vistas ao monitoramento de fenômenos criminais; um problema que não afeta apenas o Brasil. A América Latina carece de estudos focados na criminalidade e violência, e na implementação de políticas públicas que não tenham visão apenas descritiva de fatos e de problemas, mas que sejam efetivas (BEATO, 2009).

Há muitas implicações no campo da formulação dos indicadores da criminalidade. Primeiro, no que diz respeito à qualidade dos dados, conforme mencionado. Segundo, a subnotificação de registros impede uma apreensão da realidade social, causando uma falsa impressão sobre a incidência de crimes.

1. Sobre a necessidade de integração das bases de dados das organizações de segurança pública, Souza, (2003) enfoca o caráter ainda precário dessas organizações no sentido de estabelecer um sistema verdadeiramente eficaz de comunicação de informações de interesse da segurança pública. Disponível em: [www.bdtd.ucb.br/tede/tde_arquivos/3/TDE-2003-11-06T140136Z-9/Publico/Nelson.pdf].

Terceiro, e com maior ênfase neste estudo, as organizações policiais não desenvolveram ainda uma cultura organizacional destinada a estabelecer metodologias de formulação de indicadores da criminalidade e violência e, também, consolidar entre os atores sociais envolvidos nesse processo a relevância do uso dessas ferramentas nas atividades de gestão.

A problemática deste estudo está delimitada na dificuldade de interpretação das taxas de mortalidade divulgadas pelo Datasus. Primeiro, porque traz ao debate a aplicação do homicídio como um dos elementos de formulação dos indicadores de saúde pública. Segundo, porque, ao formular a TME/homicídios, o Datasus incorpora outros eventos, além do homicídio doloso consumado, descrito no Código Penal brasileiro, apresentando um indicador agregado.

Dessa construção, emerge a problemática, uma vez que os indicadores sociais do Datasus com frequência são utilizados como parâmetros para os indicadores de criminalidade e violência das organizações policiais, os quais não seguem a mesma metodologia de formulação.

1.1 Metodologia

A concepção que guia este estudo é a de que os indicadores sociais do Datasus, ao serem formulados, utilizam metodologias e bases de dados específicos, dessa forma, expressam-se por meio de unidades diferentes e, representam diferentes realidades sociais. Nesse contexto, trata-se de uma análise descritiva e conceitual sobre a metodologia utilizada pelo Datasus. Como fonte de dados, foram utilizadas as planilhas de cálculo e orientação técnica publicadas em *site* eletrônico do Ministério da Saúde, o Código Internacional de Doenças (CID 9 e CID 10). Esses documentos oficializam os procedimentos técnicos aplicados na formulação da TME/homicídios, além de conferir fundamento científico à pesquisa, no seu aspecto bibliográfico ou documental (CERVO, 1983).

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: AS ESTATÍSTICAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO ESTADO

Remonta ao reinado de Davi os primeiros levantes e protestos da população contra as contagens compulsórias da população, que via nos números uma forma de opressão do Estado, já que essas medidas tinham como objetivo a imposição de tributos ou a majoração de seus valores ao povo. Talvez essa tenha sido a maior utilidade das estatísticas e, também, o fator que explica a grande dificuldade dos Estados em estabelecê-la como política pública, ao longo da história da construção do Estado como instituição pública (CREVELD, 2006, p. 182).

No século XVIII, a Islândia (1703) e a Suécia (1739), foram os primeiros países modernos a realizarem os primeiros censos populacionais. Na França, os registros de nascimento, casamentos e mortes tornaram-se obrigatórias em 1736. Todavia, apenas em 1741, a Assembléia Nacional francesa criou um escritório estatístico (idem).

A Inglaterra, em 1690, intitulou de "aritmética política" uma primeira tentativa de obter informações estatísticas sobre a população. Os trabalhos de William Petty, no século XVII já davam conta da relevância da estatística para as ações do Estado. Mas foi no "estudo quantitativo do fato social", em especial, nos trabalhos do inglês John Graun que as estatísticas foram cientificamente reconhecidas como ferramentas de análise. Incentivado por Petty, Graun publicou em 1662 um estudo pioneiro sobre os nascimentos, óbitos e incidências de doenças (ELIAS, 2004, p. 42).

Em 1753, houve também na Inglaterra a primeira tentativa de realizar o primeiro recenseamento nacional, o que foi profundamente rechaçado pelo Parlamento, que via nesse instrumento uma violação à liberdade do homem. Seis anos mais tarde, a Inglaterra tentou estabelecer a obrigatoriedade aos registros de nascimentos, casamento e óbitos, também rebatidos. Mais tarde, em 1801, seguindo exemplo americano, Inglaterra e França realizaram o primeiro recenseamento. Todavia, somente em 1851 essa prática tornou-se rotina nesses países (CREVELD, 2006, p. 183).

No século XX, os indicadores sociais ocuparam lugar de destaque. Na década de 1960, os Estados Unidos utilizaram pela primeira vez essas ferramentas de análise para responder ou, ao menos tentar compreender, a grave crise interna que se instalava no país; evidenciando os descontentamentos da população (SANTAGADA, 1990, p. 243).

Em 1966, os EUA 'cunharam' a expressão indicadores sociais,[2] aplicando-os como ferramentas de avaliação dos impactos da corrida espacial na economia americana. Após 1970, organismos internacionais, com destaque para a Organização das Nações Unidas (ONU) passaram a estudar e a formular indica-

2. A expressão "indicadores sociais" surgiu nos EUA, em 1966. Foi veiculada em uma obra coletiva por Raymond Bauer e chamada *Social Indicators*. São marcos de referência na história dos indicadores sociais as obras: *The Annals*, coletânea de 21 artigos publicados em 1967, com organização de Bertrand Gross, que serviram de subsídios para a elaboração, em 1969, de outra obra expressiva, o *Toward a Social Report*, que vincula os indicadores com a temática do planejamento governamental (ALTMANN, 1981, apud SANTAGADA, 1999).

dores sociais, com enfoque para a mensuração do bem-estar social em razão da aceleração do desenvolvimento econômico, período em que o *welfare state* dava os primeiros sinais de crise. Era preciso contar, mensurar, parametrizar e evidenciar os descontentamentos da população (SANTAGADA, 1990).

Em 1975, a ONU propôs a formulação de um sistema de estatísticas sociais e demográficas; no mesmo ano, formulou a taxa de mortalidade infantil para menores de cinco anos (TMI5), considerado ainda hoje o melhor indicador social de desenvolvimento já formulado. Também foram criados outros indicadores sociais, como o índice de desenvolvimento humano[3] (IDH) e o índice da liberdade humana (ILH).

No Brasil, coube ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no início da década de 1970 a responsabilidade de formular os indicadores sociais. Mas, somente em 1975 essas ferramentas foram aplicadas pela primeira vez no país (SANTAGADA, 1990, p. 244).

Com as reformas administrativas do governo, tornou-se mais efetiva a aplicação dos indicadores sociais como mecanismo de avaliação. Ademais, o país carecia de mecanismos eficazes para o acompanhamento das reformas já implementadas, isto é, seria necessário o acompanhamento das políticas públicas em andamento, o que exigia o uso de ferramentas específicas (DRAIBE, 1998, p. 21, citado por WIECZYNSKI, p. 1).

3. INDICADORES SOCIAIS

Segundo a Organização Panamericana de Saúde (OPAS/OMS, 2001), os indicadores são medidas-síntese que contêm informação relevante sobre atributos e dimensões de determinado estado de saúde. Cada indicador reflete a realidade para a qual foi formulado. Dessa forma, ao aplicar na análise vários indicadores, tem-se uma visão integrada das circunstâncias ou conjunturas.

A metodologia de construção de indicadores pode variar conforme a finalidade, ou seja, o objeto a ser mensurado e, também, segundo os elementos selecionados para observar uma dada realidade. Ressalta a Organização Panamericana de Saúde (2001) que a construção de um indicador é um processo cuja complexidade pode variar desde a simples contagem direta, a cálculos mais complexos, exemplo da aplicação de proporções, razões, taxas ou índices para a construção dos indicadores.

---

3. Para estudos sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) consultar Amartya Sen (2011).

Como a qualidade de um indicador depende das propriedades dos componentes utilizados em sua formulação, há certas propriedades que devem ser observadas. Em se tratando de fenômenos sociais, observa-se a frequência dos casos, ou seja, a prevalência ou constância do caso na população estudada e/ou a incidência do caso nessa população.

Deve-se atentar também para o tamanho da população e, em relação a qual parcela dessa população pretende-se estabelecer a análise. Já que os indicadores são unidades de síntese, é possível observar o todo (a população) a partir de medidas-síntese, que, por sua vez, carecem de precisão. Ou seja, há certos atributos que compõem o que se denomina de qualidade dos elementos utilizados na formulação dos indicadores sociais.

Nesse sentido, o sistema de coleta e transmissão dos dados e os registros dos dados representam esses elementos-chave, e estão, mais precisamente, vinculados à qualidade das fontes de dados e, ao dado, propriamente dito. Os atributos da qualidade permeiam o dado, desde o seu surgimento.

Os atributos da qualidade do dado indicam o grau de excelência de um indicador, isto é, o seu potencial de mensurabilidade. Destacam-se como atributos da qualidade, nesse caso, a *validade* (capacidade de medir o que se pretende) e a *confiabilidade* (reproduzir os mesmos resultados quando aplicado em condições similares).

Em geral, a validade de um indicador é determinada por sua *sensibilidade* (capacidade de detectar o fenômeno analisado) e *especificidade* (capacidade de detectar somente o fenômeno analisado). Outros atributos de um indicador são a *mensurabilidade* (basear-se em dados disponíveis ou fáceis de conseguir), a *relevância* (responder a prioridades de saúde) e o *custo-efetividade* (os resultados justificam o investimento de tempo e de recursos).

Ressalta ainda a Organização Panamericana de Saúde que a *integridade* ou *completude* (dados completos) e a *consistência interna* (valores coerentes e não contraditórios) são fundamentais à formulação dos indicadores. Tais atributos tem como premissa maior assegurar a confiança dos usuários na informação produzida.

Além da preocupação com os atributos inerentes à qualidade da informação, destaca-se também a necessidade de revisão periódica da consistência da série histórica de dados, já que uma série histórica pode ser complementada. Quanto mais longa a série temporal, mais dados serão apreendidos e, maior segurança haverá em relação ao objeto mensurado. Implica dizer que as metodologias de formulação de indicadores carecem de revisão e de atualização constante.

Por fim, menciona-se a disseminação da informação ou resposta, segundo os princípios da oportunidade e regularidade, como forma de atender à proposta para a qual foram formulados, ou seja, subsidiar a gestão e a avaliação das circunstâncias ou conjunturas, porque não dizer, das realidades.

Vistos como ferramentas de gestão, os indicadores são utilizados para o controle de metas e resultados. Para as políticas públicas, podem ser utilizados para a avaliação de ações ou programas, podendo indicar quando e em qual setor deve haver reformulações, ou mudanças. Podem ser aplicados em vários campos de análise, individualmente ou correlacionados a outros indicadores sociais. Em conjunto, são aptos a refletir a prevalência e incidência do fenômeno que se pretende monitorar numa dada população ou área geográfica.

Para a sua formulação, requerem informações-chave, de modo que o observador, ao *lançar o olhar* sobre o objeto, seja capaz de alcançá-lo além da dimensão numérico-espacial, numa perspectiva real dos fatos. Indicam o que há a fazer e o que pode melhorar (GODINHO, 2004, 84).

Para formulação de indicadores sociais, é condição essencial à eficácia[4] da ferramenta a prévia e cuidadosa seleção das categorias de medição, que são as unidades do fenômeno social que se pretende analisar/acompanhar. É que essa parcela representativa, dotada de significado, designa um dado da realidade social; esse mesmo dado interage e se correlaciona com outros dados; formando, assim, uma teia firme de informações, que se transformam no tempo e no espaço. Essa realidade amplia-se aos olhos do analista por meio dos indicadores.

O uso dessas ferramentas potencializa a 'vigilância' das condições de desenvolvimento social a fim de direcionar ou redirecionar investimentos e mudanças e medir resultados. Auxiliam, assim, na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas; e podem ser aplicados às diferentes áreas temáticas. Para a sua elaboração torna-se necessário selecionar as fontes de dados disponíveis e conhecer os conceitos sociais daquilo que se pretende avaliar, exemplo da violência, criminalidade, vulnerabilidade social, pobreza, indigência, dentre vários outros fenômenos sociais.

Em suas características funcionais, podem ser classificados em objetivos ou quantitativos, que mensuram, a partir de números, determinado fenômeno social; esses são representados por taxas e índices. Já os subjetivos ou qualita-

4. Segundo Cotta, (2001), "Eficácia é o grau em que se alcançam os objetivos e metas (...) em determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados. Os conceitos de eficiência e eficácia diferenciam-se do conceito de efetividade, que corresponde à relação entre os resultados e os objetivos do projeto".

tivos aplicam como fonte de dados grupos focais e/ou de pesquisas de opinião, entrevistas, questionários, observações, como forma de apreender o julgamento ou o conceito de um grupo específico de pessoas frente ao objeto que se busca conhecer (GODINHO, 2004).

A construção de um indicador social é um processo complexo, que se inicia com a seleção da amostragem, coleta dos dados, seleção de técnicas estatísticas e apresentação dos resultados. Quando bem delimitados, esses elementos tendem a aumentar o grau de sensibilidade do indicador.

Várias instituições públicas possuem repositórios de dados (bases de dados e bancos de dados), como as instituições de segurança pública, as secretarias de educação, os órgãos de fiscalização. Outras são expertises na produção de indicadores sociais, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para a formulação de indicadores demográficos, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), na formulação de indicadores econômicos, e o Datasus, na formulação de indicadores de saúde. Importa dizer que há fontes de dados substanciais que podem e devem ser exploradas pelas instituições públicas no sentido de formular indicadores de qualidade.

Segundo o IBGE, os indicadores são estatísticos que, em conjunto, retratam o estado social e o nível de desenvolvimento de um país; só tem sentido quando vistos como elementos de um mesmo conjunto, uns em relação aos outros. Cada um desses elementos reflete um aspecto social, por isso, é necessário que se estabeleçam quais aspectos que se pretende demonstrar com os indicadores.

Há consenso hoje de que é necessário ter um mínimo de indicadores sociais, que possam demonstrar as características da população, como a dinâmica demográfica, trabalho e rendimento, saúde, justiça e segurança pública, educação e condições de vida, já que as demandas da sociedade são atendidas por meio de políticas públicas específicas e, essas, carecem de instrumentos de avaliação adequados às suas metas.

Políticas públicas são cíclicas e dinâmicas, e possuem fases distintas. Os indicadores, nesse sentido, são ferramentas que possibilitam estabelecer um diagnóstico de cada fase do processo. No campo temático, devem retratar a realidade social com amplitude. Em regra, os indicadores são formulados para avaliar a eficácia, eficiência e efetividade dos programas. Como medidas operacionais, são facilitadores da tomada de decisão (JANUZZI, 2006).

Segundo Januzzi (2006), algumas características ou atributos lhes são fundamentais, dos quais, destaca-se a relevância social; a validade, que corresponde ao grau de aproximação entre o conceito social mensurado e o fato a ele correlacionado; a confiabilidade, que diz respeito à qualidade dos dados, tanto

no sentido da fonte de coleta ser segura, quanto à completude dos dados. Um indicador deve conter os elementos necessários ao estudo do conceito social que se busca apreender[5].

3.1 Classificação dos indicadores de saúde do Ministério da Saúde

O conceito utilizado para expressar o conteúdo de um indicador social tem a ver com o fato social e com a relevância que esse fato tem na sociedade. Essa característica é tão importante à ferramenta que chega a ser considerada como um dos atributos do indicador. Assim, os indicadores sociais podem ser classificados de acordo com a realidade social, que se pretende mensurar, e são ferramentas de avaliação/monitoramento dessa realidade social.

Nesse sentido, verificou-se que os Indicadores e Dados Básicos – IDB, do Ministério da Saúde estão classificados em "subconjuntos temáticos", atrelados ao fator social mensurado/avaliado: indicadores demográficos; indicadores socioeconômicos; indicadores de mortalidade; indicadores de morbidade; indicadores de fatores de risco e proteção; indicadores de recursos e indicadores de cobertura (RIPSA, 2009).

Critérios metodológicos indicam que os dados utilizados na construção desses indicadores passam por um processo prévio de avaliação a fim de demonstrar a relevância para a compreensão da situação de saúde, suas causas e conseqüências; validade para orientar decisões de política e apoiar o controle social; identidade com processos de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS); e disponibilidade de fontes regulares (RIPSA, 2009).

Para a construção dos indicadores de mortalidade são mensurados os números de óbitos causados por diversos fatores específicos, dentre os quais, os acidentes e violência, classificados como causas externas de mortalidade. Os indicadores de mortalidade são agregados, isto é, compostos por taxas distintas ou coeficientes de mortalidades específicas, com relevância para este estudo, a taxa de mortalidade específica por causas externas, classificadas no grupo C.9 (RIPSA, 2009).

Os dados aplicados para formulação desses indicadores são fornecidos pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, com

5. O autor também especifica outros atributos inerentes aos indicadores sociais: cobertura, sensibilidade, periodicidade na atualização (transformações sociais), desagregabilidade, factibilidade para obtenção, comunicabilidade, replicabilidade, historicidade (JANUZZI, 2006).

base demográfica obtida junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Observa-se que esses indicadores sociais, além de serem conceituados com base em critérios rigorosos de classificação temática, também possuem uma ficha de qualificação, que é um instrumento de orientação técnica disponibilizada ao usuário. Essa ficha permite ao usuário identificar os elementos aplicados para a definição do indicador, o seu significado, como devem ser aplicados, as principais finalidades e como os dados devem ser considerados na análise.

Constam também as limitações do indicador, as fontes utilizadas na coleta de dados, os métodos de cálculo aplicados na sua formulação, as categorias sugeridas para análise e os dados estatísticos utilizados.[6] Ou seja, é um sumário da metodologia e dos procedimentos técnicos adotados na formulação; além de conter orientações de uso.

3.2 Taxa de mortalidade específica por causas externas – TME

Para a construção dos indicadores de mortalidade, classificados no grupo C, segundo orientação da RIPSA, são consideradas várias taxas de mortalidade, inclusive a Taxa de Mortalidade Específica Por Causas Externas – TME.

A TME é um indicador que tem como finalidade identificar "situações de desigualdades e tendências que demandem ações específicas", além de contribuir para a "avaliação dos níveis de saúde e de planejamento socioeconômico da população, e subsidiar o planejamento, a gestão e a avaliação das políticas públicas" adotadas. As categorias de análise dessa taxa são basicamente os óbitos, vinculados especificamente a causas não patológicas.

A Taxa de Mortalidade Específica Por Causas Externas – TME[7] compreende o número relativo de óbitos praticados por acidentes e violência, em razão de

6. "A ficha de qualificação do indicador pode ser consultada junto a Rede Integrada de Informações para a Saúde, instituição que reúne informações em saúde a nível nacional. Apesar de ser um tema complexo de se analisar, os procedimentos técnicos aplicados na metodologia de formulação dos indicadores do Datasus são didaticamente apresentados em planilhas explicativas, com indicação da metodologia adotada" (RIPSA, 2009).

7. "Taxa de mortalidade infantil – C.1; Taxa de mortalidade neonatal precoce – C.!.1; Taxa de mortalidade neonatal tardia – C.1.2;Taxa de mortalidade pós-neonatal – C.1.3; Taxa de mortalidade perinatal – C.2; Taxa de Mortalidade em menores de cinco anos – C.16; Razão de mortalidade materna - C.3; Mortalidade proporcional por causas mal definidas - C.5; Mortalidade proporcional por doença diarréica aguda em menores de 5 anos

determinada população e área geográfica. Essa taxa estima o risco de morte causada por acidentes e violência. Nessa taxa inclui-se, por exemplo, as mortes violentas, praticadas intencionalmente, que é o objeto ou foco deste estudo (IDB, 2008, p. 132).

Nota técnica sobre a formulação da TME esclarece sobre possíveis limitações da formulação desse indicador, capazes de comprometer a qualidade da informação que se espera obter com a aplicação da ferramenta. Como exemplo, a nota cita a inconsistência de dados sobre a especificidade da ocorrência, que está intimamente vinculada à fonte de coleta dessas informações. Quanto mais segura e confiável for essa fonte, melhor será o grau de eficácia do indicador social.

Exemplificando a situação: quando, no momento da notificação do fato, deixa-se de informar qual a causa externa do óbito, se homicídio, suicídio, ou acidente; ou se a causa corresponde a acidente ou a algum tipo de violência, haverá uma elevação dos índices de mortes por causas não determinadas, fazendo com que esses números sejam mais elevados do que os obtidos na TME. Essa inconsistência diminui a eficácia do indicador.

A TME subdivide-se em grupos de causas específicas ou seja, o óbito considerado para a composição desse indicador guarda nexo causal com um evento específico. As causas externas de mortalidade específica estão agrupadas observando-se os principais tipos de acidentes e de violências: intencionais (dolosos) e não intencionais (culposos).

Por estarem classificados no grupo "C", os seus subníveis são assim classificados: C.9.1 Taxa de Mortalidade por acidentes de transporte; C.9.2 Taxa de Mortalidade por Agressões e intervenções legais (homicídios); C.9.3 Taxa de Mortalidade por lesões autoinfligidas (suicídios); C.9.4 Taxa de Mortalidade por todas as demais causas externas; C.9.5 Taxa de Mortalidade por lesões em que se ignora se foram acidental ou intencionalmente infligidas.

Para esta análise, o enfoque será a Taxa de Mortalidade Agressões e Intervenções Legais, classificada no subnível C.9.2, denominada de TME/homicí-

---

de idade – C.6; Mortalidade proporcional por infecção respiratória aguda em menores de 11 anos de idade – C.7; Taxa de mortalidade específica para doenças do aparelho circulatório – C.8; *Taxa de mortalidade específica por causas externas* – C.9; Taxa de mortalidade específica por neoplasias malignas – C.10; Taxa de mortalidade específica por acidentes de trabalho - C.11Taxa de mortalidade específica por diabete mel Ito – C.12; Taxa de mortalidade específica por aids – C.14; Taxa de mortalidade específica por afecções originadas no período perinatal – C.15; Taxa de mortalidade específica por doenças transmissíveis – C.17" (RIPSA, 2009) (grifo nosso).

dios, cuja metodologia de formulação será abordada, segundo as orientações da RIPSA, constantes na ficha de qualificação do indicador.

3.2.1 Taxa de mortalidade por agressões e intervenções legais

Este tópico aborda a Taxa de Mortalidade por Agressões e Intervenções Legais – C.9.2, formulada a partir dos códigos descriminados na 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e Classificação Suplementar de Causas Externas, de lesões e de envenenamentos, da 9.ª Revisão (CID-9).

Para o Datasus, o homicídio doloso consumado compõe o índice agregado demonstrativo da mortalidade específica por causas externas, ou coeficiente de mortalidade específica por causas externas,[8] ou seja, está excluída desse indicador qualquer causa de mortalidade vinculada a patologias.

Para a formulação da taxa de mortalidade por agressões e intervenções legais foram considerados além do homicídio doloso consumado, tipificado no art. 121 do CP, outros eventos, também de natureza dolosa, distintos do homicídio. Assim, a primeira interpretação que se tem desse indicador é em relação às categorias ou eventos nele considerados e, por conseguinte, se tais eventos são praticados intencionalmente (dolosamente).

Verificou-se que a Taxa de Mortalidade por Agressões e Intervenções Legais corresponde a um índice agregado, calculado a partir da tabulação de dados sobre os óbitos e, esses óbitos correspondem aos códigos X85-Y09 e Y35-Y36, do capítulo XX, da 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), e aos códigos E960-969 e E970-978, da Classificação Suplementar de Causas Externas, de lesões e de envenenamentos, da 9.ª Revisão (CID-9). Assim, confirma-se tratar de um indicador composto por grupos de causas; dentre esses grupos, há o que abrange o homicídio intencional.

Os códigos classificados na CID-9 e CID-10 referem-se, individualmente, a um grupo de causas externas e específicas de mortalidade. Esses grupos são utilizados como subunidades de formulação da Taxa de Mortalidade por Agressões e Intervenções Legais. Há cinco grupos de eventos compondo esse indicador: a) acidentes de transportes; b) suicídios; c) homicídios (incluídas

8. Consideram-se causas externas de mortalidade específica as provenientes de acidentes e violências, correspondentes aos códigos V01 a Y98 descritos no capítulo XX – Causas Externas de morbidade e mortalidade, da 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), e aos Códigos E800-E999, da Classificação Suplementar de Causas Externas, de lesões e de envenenamentos da 9.ª Revisão (CID-9).

as intervenções legais); d) causas de intenção indeterminada; e) demais causas externas.

3.2.1.1 Taxa de Mortalidade Específica para Homicídios (TME/homicídios)

No terceiro grupo, estão classificados os homicídios, incluídas as intervenções legais; por esse motivo, esse indicador denomina-se Taxa de Mortalidade Específica para Homicídios (TME/homicídios). Mas, é preciso ainda compreender quais são os elementos ou variáveis consideradas para a formulação dessa taxa.

O nome do indicador TME/homicídios, remete o leitor desavisado à interpretação equivocada de que se trata de uma ferramenta com aptidão para mensurar os homicídios dolosos consumados, conforme a capitulação jurídica do Código Penal brasileiro. Mas, é um entendimento superficial e não técnico, uma vez que se trata de um indicador agregado, isto é, há outros eventos, que não apenas homicídio doloso, em sua composição. Assim, outros óbitos, também intencionalmente causados, inclusive aqueles praticados por intervenções legais[9] são considerados para a formulação desse indicador social.

Em última análise, está claro que a simbologia utilizada para representar a Taxa de Mortalidade Específica para homicídios – TME/homicídios pode levar à interpretação equivocada sobre o referencial de mensuração desse indicador. O conceito *homicídios* requer interpretação segundo a classificação dos grupos de causas e de códigos respectivos, enumerados na CID-9 e CID-10 e, para facilitar e até compreender a metodologia utilizada, é de suma importância uma leitura prévia da ficha de qualificação do indicador, disponíveis na nota de introdução temática (IDH, 2011).

Nesse sentido, torna-se imperioso compreender as características intrínsecas desse indicador, para que se possa adotá-lo como parâmetro de formulação de outros indicadores, em especial, aqueles correlacionados a políticas de segurança pública.

Como exemplo de interpretação desse indicador, cita-se entre 1990 e 2004, o aumento da taxa de mortalidade por causas externas em todas as regiões do Brasil, com exceção da região Sudeste. Ainda, em 2004, quando os homicí-

9. Nos Comentários sobre os Indicadores de Mortalidade, p. 13, as notas complementares esclarecem que o indicador C.9.2 (Taxa de mortalidade para homicídios) engloba, no numerador, os óbitos por agressões acrescido daqueles motivos por intervenção legal. As taxas são as mais elevadas dentre todos os tipos de causas externas.

dios ocuparam o primeiro lugar nas regiões Norte, Nordeste, e Sudeste (RIPSA, 2008).

Segundo esclarecimentos técnicos propostos na metodologia de análise do indicador, a leitura que se deve ter a partir da informação citada é que, não se trata, especificamente, do aumento de homicídios dolosos consumados, mas de vários eventos, observados os códigos Y85-Y09 e Y35-Y36; E960-E969 e; E970-978, que compõem a TME/homicídios.

3.3 Causas específicas de mortalidade para homicídios – TME/homicídios

Nesse tópico, é necessário descrever as causas de mortalidade para homicídios, segundo a 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e a classificação suplementar de causas externas, de lesões e de envenenamentos da 9.ª Revisão (CID-9) para que se possa estabelecer comparação entre os indicadores de mortalidade adotados para o monitoramento de homicídios, na visão das organizações de saúde, e outras instituições.

Os eventos representativos das causas de mortalidade específica utilizados para compor a taxa de mortalidade por homicídios, segundo a classificação da CID-09 - Códigos de E960 a E969 são: luta, briga e violação (E-960); ataque com substâncias corrosivas ou cáusticas, exceto envenenamento (E-961); envenenamento intencional provocado por outra pessoa (E-962); homicídio por estrangulamento e enforcamento (E-963); homicídios por submersão (afogamento) (E-964); ataque com arma de fogo ou explosivos (E-965); ataque com instrumentos cortantes ou penetrantes (E-966); síndrome da criança mal tratada e outras formas de tratos (E-967); ataques por outros procedimentos especificados e não especificados (E-968); efeitos tardios de lesão infligida intencionalmente por outra pessoa (E-969).

As intervenções legais, citadas nos códigos E-970 a E-978, da CID-09 referem-se a condutas praticadas com autorização do Estado, e são representados pelas lesões por intervenção legal com armas de fogo (E-970); explosivos (E-971); gás (E-972); objetos contundentes (E-973); objetos cortantes e perfurantes (E-974); outros meios especificados (E-975); meios não especificados (E-976); efeitos tardios de lesões infligidas por intervenções legais (E-977); execução legal (E-978).

Na CID-10, os códigos X85-Y09 e Y35-36 referem às agressões praticadas por meios diversos: drogas, medicamentos e substâncias biológicas (X85); substâncias corrosivas (X86); pesticidas (X87); gases e vapores (X88); produtos químicos e substâncias nocivas especificadas (X89); produtos químicos e substâncias nocivas não especificadas (X90); enforcamento, estrangulamento

e sufocação (X91); afogamento e submersão (X92); disparo de arma de fogo de mão (X93); disparo de espingarda, carabina, ou arma de fogo de maior calibre (X94); disparo por outra arma de fogo ou de mão não especificada (X95); explosivos (X96); fumaça, fogo e chamas (X97); vapor de água, gases ou objetos quentes (X98); objeto cortante ou penetrante (X99); objeto contundente (Y00); projeção de um lugar elevado (Y01); projeção ou colocação da vítima diante de um objeto em movimento (Y02); impacto de um veículo a motor (Y03); força corporal (Y04); agressão sexual utilizando força física (Y05); negligência e abandono (Y06); outras formas de maus-tratos (Y07); outros meios especificados (Y08); outros meios não especificados (Y09).

As intervenções legais, descritas na CID-10, nos códigos Y35 e Y36 são: Intervenção legal (Y35); operação de guerra (Y36).

Para estabelecer parâmetros comparativos entre os indicadores do DATASUS com outros índices, primeiro o intérprete deve-se atentar para a classificação dos componentes utilizados no cálculo das taxas respectivas e, também, delimitar e indicar o que se pretende mensurar. Ora, se a conduta a ser medida é a descrita no artigo 121, do CPB "Matar alguém", é possível que a TME/homicídios não seja o melhor parâmetro de comparação, já que se trata de um indicador agregado.

Em relação à comparabilidade[10] de indicadores, recomenda-se atenção especial quanto às fontes utilizadas para a coleta dos dados, ao procedimento de padronização dos registros, além da parametrização dos elementos utilizados na construção dos índices.

Dados originados do Sistema de Justiça Criminal abrangem os registros de ocorrências policiais de fatos descritos na legislação penal, exemplo do homicídio, tipificado no art. 121 do CP. Enquanto, para o Datasus, consideram-se registros de homicídios os eventos classificados nas CID – 9 e CID 10, os quais descrevem, além do homicídio, diversos eventos com resultado morte.

Assim, a observação que se faz é que as taxas de homicídios originadas do Ministério da Saúde (TME/homicídios) não expressam as mesmas informações ou realidades que as taxas de homicídios originadas nos Sistemas de Justiça

10. A qualidade e a comparabilidade dos indicadores de saúde dependem da aplicação sistemática de definições operacionais e de procedimentos padronizados de medição e cálculo. A seleção do conjunto básico de indicadores – e de seus níveis de desagregação – deve ajustar-se à disponibilidade de sistemas de informação, fontes de dados, recursos, prioridades e necessidades específicas em cada região Organização Panamericana da Saúde. *Indicadores de Salud: elementos básicos para el análisis de La situación de salud.* Boletín Epidemiológico 2001; 22(4): 1-5 (IDB, 2009).

Criminal, por razões óbvias: os dados são distintos, desde a origem e, com maior ênfase, à metodologia empregada nas suas construções.

A TME/Homicídios compreende o número de óbitos por causas externas (acidentes e violência), por 100 mil habitantes, na população residente em determinado espaço geográfico, no ano considerado. Estima o risco de morte por causas externas e dimensiona a sua magnitude como problema de saúde pública; reflete aspectos culturais e de desenvolvimento socioeconômico, com o concurso de fatores de risco específicos para cada tipo de acidente ou violência; expressa as condições da assistência médica dispensada e a qualidade do registro das ocorrências. Dentre a aplicabilidade; subsidia processos de planejamento, gestão e avaliação de políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde, concernentes às causas externas de mortalidade (RIPSA, 2008).

4. O HOMICÍDIO COMO ELEMENTO DE FORMULAÇÃO DE INDICADOR DE CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA

É comum a sociedade estabelecer um padrão de violência a partir do aumento no número de registros de ocorrências de homicídios. Talvez por esse motivo, as estatísticas oriundas do Sistema de Justiça Criminal adotem o homicídio doloso como referência para mensuração de criminalidade violenta.

Os números de homicídios, em tese, podem até representar o indicador de criminalidade violenta, todavia, tão importante quanto mensurar os homicídios, é entender a causa ou motivação que leva a óbitos tão específicos, com ênfase para intervenções preventivas de suporte e proteção social, e repressivas, visando respostas eficazes e efetivas das polícias.

O homicídio representa um dos elementos eficazes à formulação dos indicadores de mortes violentas; mas não representa, em métrica individualizada, o coeficiente de criminalidade. Pelas características e números palpáveis torna-se mais fácil estabelecer um sistema de informação de estatística criminal. Se o objetivo é estabelecer políticas de segurança pública para controle e prevenção de homicídios, em primeiro momento, a base de dados a ser utilizada na seleção e descrição das variáveis será aquela que contém os registros de ocorrências policiais, ou boletins de ocorrência (BO); essas fontes que podem ainda ser complementadas por fontes outras.

De qualquer forma, para a construção de indicadores de criminalidade para a segurança pública, é possível utilizar as fontes de dados básicos das polícias e do IBGE. A primeira, consolidada a partir dos boletins de ocorrência, con-

tem informações básicas, das quais se destacam como essenciais a natureza do fato (descrição legal do fato criminoso conforme o Código Penal brasileiro) e a data, hora e local do evento. A segunda, contem informações sobre áreas geográficas, densidade populacional, estimativa da população, e análises socioeconômicas.

Embora estudos demonstrem que a insurgência de crimes, em especial os homicídios esteja relacionada com a desigualdade social e a pobreza, para a construção dos indicadores de criminalidade, no que tange à intervenção das polícias, tais fatores não são mensurados; mesmo sendo relevantes. Todavia, nada impede que as ações de segurança pública sejam implementadas de forma integrada às ações de outros seguimentos da rede de proteção social, pois consolidado está o entendimento de que os problemas de segurança pública não são solucionados de forma estanque, sem a integração de políticas públicas de proteção social.

Logo, no monitoramento de homicídios, o parâmetro do indicador social será o número de homicídios registrados em determinada área geográfica, já que se pretende monitorar esse fenômeno criminal, sem excluir, outros possíveis crimes ou desvios sociais, que possam interferir na incidência de mortes violentas, inclusive de homicídios, numa visão multifocada e multicausal do crime.

Em contrapartida, se o foco é o estabelecimento de políticas de controle e prevenção da criminalidade violenta, que não apenas os homicídios, melhor seria a formulação de indicadores específicos, construídos a partir dos registros dos crimes violentos, agregando, também, dados sobre homicídios e outros dados sociais correlacionados à incidência de crimes. A fonte primária de dados, para o caso, são os registros de ocorrências policiais. Não estão incluídas fontes secundárias, exemplo das pesquisas formuladas pelo IBGE.

Em síntese, os indicadores de criminalidade violenta podem ser elaborados a partir crimes específicos: latrocínios; estupros seguidos de morte; homicídios dolosos e outras mortes violentas. O grau de comoção social causado pela incidência desses delitos, e conseqüente urgência em apresentar respostas eficazes das instituições de segurança pública na prevenção/repressão de crimes, exige a formulação de indicadores, e também, a formulação de metas e resultados. Vale dizer que qualquer crime pode ser elemento de construção de indicador, desde que seja parâmetro para o que se pretende monitorar.[11]

11. Em políticas públicas, a validade de um indicador está diretamente subordinada à capacidade de medir o que se pretende, e que os dados sejam extraídos com facilidade

A boa técnica orienta para a necessidade de descrição objetiva da metodologia utilizada na construção dos indicadores sociais, exemplo do que já se pratica no Datasus. Logo, procedimentos e os cálculos devem ser minuciosamente descritos; a fonte de dados utilizada para a produção das informações deve ser citada, e os atributos da qualidade, tais como, a validade e confiabilidade métrica[12] necessitam ser rigorosamente observados. Assim, ao utilizar determinado crime como elemento de indicador de criminalidade, as organizações policiais precisam fazer o seguinte questionamento: o que se pretende mensurar, monitorar ou avaliar com esse indicador?

5. SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (SENASP): UNIDADE GESTORA DE ESTATÍSTICAS CRIMINAIS

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp/MJ) publica anualmente as estatísticas representativas da criminalidade e da violência por Unidade da Federação. Na formulação de um sistema de estatísticas criminais, a Senasp aponta como prioridade o monitoramento de determinados delitos, objetivando a definição e avaliação de políticas de segurança pública em nível local e nacional, voltadas à prevenção/controle e repressão de crimes. Esse processo denomina-se fluxo de sistema e coleta de informações de interesse da segurança pública.

A Senasp sistematizou o *fluxo do sistema de coleta de informações* em quatro níveis diferentes: Secretaria Nacional de Segurança Pública; Secretarias Estaduais de Segurança Pública; um órgão central da Polícia Civil e, as delegacias distritais e especializadas da polícia civil.

Como objetivo de definir 'conteúdos mínimos de informação', e de padronizar o sistema de registro e classificação de ocorrências policiais no Brasil, a Senasp instituiu o Sistema Nacional de Estatísticas de Segurança Pública e Justiça Criminal, disponibilizando o Módulo de Ocorrências Criminais e Atividades de Polícia para a polícia civil e militar, respeitadas as especificidades de cada Instituição; além de disponibilizar o manual de preenchimento do formulário de coleta de dados, com vistas a tornar efetivo o novo sistema de padronização das estatísticas criminais no país.

---

e regularidade, isto é, que se possa repetir, disseminar, tornar público e aplicável o indicador, qualificando-o pelo uso, não apenas pela construção (MPOG, 2012).

12. "(...) as definições operacionais e os procedimentos padronizados de medição e cálculo, a disponibilidade dos sistemas de informação, fontes de dados (...) conferem validade e confiabilidade ao indicador" (JANUZZI, 2006).

O Manual de Preenchimento de Formulário de Coleta Mensal de Ocorrências Criminais e Atividades de Polícia da Senasp (2001, p. 6-7), aponta como condições imprescindíveis para a definição de políticas de segurança pública em âmbito nacional e local, o mapeamento dos seguintes eventos:

Ocorrências com morte, tanto criminais, como não criminais (homicídios dolosos e culposos, latrocínios e outros crimes resultantes em mortes; suicídios; acidentes fatais e mortes a esclarecer);

Principais categorias de crimes violentos não letais contra a pessoa e contra a liberdade sexual;

Principais categorias de crimes não letais contra o patrimônio (diversas modalidades de roubo sem morte e de furto, extorsões mediante sequestro e estelionatos);

Delitos sujeitos à legislação especial (racismo, tortura, atos infracionais, posse/uso e tráfico de entorpecentes, porte ilegal de armas de fogo, crimes contra o meio-ambiente, crimes contra o consumidor, violação de direito autoral, e lavagem de dinheiro);

Atividades policiais e de outras informações relevantes para a avaliação do funcionamento do sistema de segurança pública nas unidades da Federação (...);

Letalidade da ação policial (civis mortos em confronto com a Polícia) e do risco de letalidade a que estão expostos os próprios agentes de segurança (policiais mortos em serviço e fora de serviço).

Na classificação da Senasp (2001, p. 6), o homicídio está incluído no grupo das ocorrências letais praticadas voluntária ou intencionalmente, por qualquer instrumento ou meio; isso quando se trata de homicídio doloso; a modalidade culposa também é mensurada para as estatísticas de criminalidade culposa praticada ao volante e demais formas de homicídios involuntários ou não intencionais.

Além dos homicídios, especificamente tratados, o sistema de informação e estatística criminal da Senasp classifica outras ocorrências letais: Roubo seguido de morte; (art. 157, § 3.º); e demais delitos contra a pessoa, contra o patrimônio ou de outra natureza, previstos co Código Penal brasileiro, que resultem morte da vítima, exemplo do art. 122; 123; 133, § 2.º; 134, § 2.º, dentre outros, palpáveis ao monitoramento da criminalidade violenta.

Há também a classificação das "mortes a esclarecer", correspondente ao somatório das ocorrências de mortes ainda não tipificadas no momento do registro da ocorrência policial. Ou seja, são fatos que demandam investigação

policial a fim de determinar se houve morte natural, ou se violenta. De certa forma, esse critério diminui o número de registros de ocorrências criminais registradas sem nenhuma especificação da natureza do crime, ou "em apuração", eis que, para fins de estatística criminal, esses registros nada informam sobre a natureza fato, e não mencionam, sequer, no título da ocorrência, que ocorreu um evento com morte.

Para as instituições de segurança pública a proposta de formulação dos indicadores de criminalidade violenta está pautada na necessidade de gerir a aplicação de recursos; avaliar a qualidade dos serviços prestados à comunidade e, de acordo com especificidade de cada órgão, implementar políticas de segurança pública adequadas, com vistas à prevenção/redução da criminalidade, de sorte que o viés é tão específico quanto específicas são as ações adotadas por tais órgãos.

Há diversas propostas de formulação de indicadores de criminalidade, que demonstram constante preocupação dos sujeitos envolvidos na problemática do aumento constante da criminalidade. Importa saber que, independente do viés adotado, o homicídio é caso de saúde pública, porque afeta diretamente a população, e ocasiona danos irreparáveis à sociedade.

Dentre as várias atribuições dos órgãos de segurança pública, está o acompanhamento sistemático dos índices de criminalidade e violência. Dessa forma, o monitoramento sistemático da criminalidade necessita compor o plano de ação de segurança pública, como resposta efetiva à prestação dos serviços públicos.

Documento publicado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, em 2010, em sede da auditoria operacional realizada na área de segurança pública, recomendou aos órgãos congêneres, observando as suas competências constitucionais, que seus planos de ação devem conter indicadores de desempenho e sistema de acompanhamento e avaliação da política de segurança pública, institucionalizando metodologia de avaliação da qualidade dos serviços, cujos critérios devem ser objetivos, pautados em coleta periódica de informações e produção de indicadores de qualidade.[13]

Expressa, dessa forma, o colendo Tribunal de Contas do DF, a necessidade da adequação das instituições de segurança pública, na busca da avaliação de seus produtos. Verifica-se, portanto, que não se trata de formular indicadores que tenham por objetivo apenas o acompanhamento dos índices de criminali-

13. Decisão 5993/2010, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal – DODF, em 22.11.2010, às p. 22.

dade e violência, mas de ações que permitam, de forma objetiva e científica, às organizações policiais fomentarem uma cultura organizacional de valorização do uso dos indicadores, num contexto geral de suas ações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada obsta que naturezas criminais específicas sejam aplicadas como categorias ou variáveis de formulação de indicador de criminalidade e de violência. Como exemplo, cita-se o monitoramento das ações de contenção de homicídios desenvolvidas no Projeto Fica Vivo, sob a responsabilidade da Secretaria de Estado e Defesa Social de Minas Gerais. Conquanto considerações técnicas quanto à padronização de registros e à metodologia adotada para a construção dos indicadores são pontos importantes a serem observados, como forma de transparência e cientificidade do produto final.

Ademais, ressalta-se que outras instituições, que não as relacionadas à segurança pública, utilizam o homicídio doloso consumado na construção de seus indicadores, exemplo do Banco de Dados do Sistema único de Saúde – Datasus, ao formular a Taxa de Mortalidade Específica por Causas Externas, resultante de uma associação de delitos e de eventos. Todavia, orientações técnicas indicam que se trata de coeficiente agregado a outras causas externas de mortalidade. Tais questões são esclarecidas na metodologia e, amplamente debatidas em notas explicativas.

Nesse sentido, espera do usuário desses indicadores uma interpretação técnica, sobretudo, acerca dos elementos utilizados para compor a taxa de mortalidade por agressões e intervenções legais – C.9.2 (TME/homicídios), a qual compõe a TME. Logo, a comparabilidade desses indicadores com os formulados nas organizações de segurança pública não indica nenhum pré-requisito de parametrização.

Logo, quando o Datasus afirma que a TME/homicídios para o Distrito Federal é de 28 óbitos para cada grupo de 100.000 habitantes, não se está falando das mortes tipificadas segundo o art. 121 do CP. Ressalta-se, aqui, o conceito de 'mortes por causas externas' para a interpretação desse indicador.

Não custa ressaltar que a classificação adotada pelo Datasus para descriminar condutas criminosas aponta o homicídio, dentre outros eventos dolosos (lesões corporais, estupros, maus tratos, e outros eventos intencionais) como elementos formuladores do indicador ou coeficiente agregado de mortalidade por causas externas, representativos da Taxa de Mortalidade por Homicídio (*Comentários sobre os indicadores de mortalidade*, p. 7).

Conforme se demonstrou, a taxa de mortalidade por homicídios (TME/homicídios) representa o coeficiente agregado de homicídios intencionais e de outras mortes violentas, também intencionais, representados pelos códigos X85-Y09 e Y35-Y36, do Capítulo XX, da 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças – CID-10, e aos códigos E960-969 e E970-978, da Classificação Suplementar de Causas Externas, de lesões e de envenenamentos, da 9.ª Revisão – CID-9.

Em síntese, a TME/homicídios agrega o homicídio doloso consumado e outros eventos com resultado morte, o que a torna totalmente fora de padrão para comparação com as taxas de criminalidade violenta elaboradas pelas polícias.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMANN (1981), apud SANTAGADA (1999). Disponível em: [http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/179/389]. Acesso em: 12.08.2013.

BEATO, Claudio F. Determinantes da Criminalidade em Minas Gerais. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200004&script=sci_arttext]. Acesso em: 13.12.2011.

BRASIL. Secretaria de Estado e defesa Social de Minas Gerais. Programa Fica Vivo. Disponível em: [www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=283&Itemid=117]. Acesso em: 12.08.2013.

_____. Gestão da Informação. *Coleção segurança Pública com cidadania*. Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça – ano I, 2009, n. 02. Brasília, DF.

_____. Política Nacional Para promoção da Saúde (PNPS). 2011. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_promocao_saude_3ed.pdf]. Acesso em: 13.12.2011.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Indicadores – Orientações Básicas Aplicadas à Gestão Pública, 2012.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça. *Manual de Preenchimento – Formulário de Coleta Mensal de Ocorrências Criminais e Atividades de Polícia*. 2004.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. (1983). *Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários*. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil.

CID10. 10.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças.

CID9. Classificação Suplementar de Causas Externas, de lesões e de envenenamentos da 9.ª Revisão (CID-9).

CREVELD, Martin Van. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ELIAS, Paulo Eduardo. *Estado e saúde. Os desafios do Brasil contemporâneo.* Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000300005&script=sci_arttext]. Acesso em: 13.13.2011.

GODINHO, Tatau. *Políticas públicas e igualdade de gênero.* São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. Disponível em: [http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf]. Acesso em: 12.08.2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – MIBGE. O que são indicadores sociais? Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsociais2012/default.shtm]. Acesso em: 12.08.2012.

JANUZZI, P. M. *Indicadores sociais no Brasil. Conceitos, fontes de dados e aplicações.* 4. ed. Campinas: Alínea, 2009.

LAURENTI R, Mello Jorge MHP. *O atestado de óbito.* 2 ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Classificação de Doenças; 1987.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Indicadores Básicos para a Saúde no Brasil 2008.* 2. ed. Capítulo 3, alínea C, p. 132. Disponível em: [www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm]. Acesso em: 13.12.2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Comentários sobre os indicadores de mortalidade.* Disponível em: [http://tabnet.datasus.gov.br/tabdata/livroidb/Com2007/Com_C09.pdf]. Acesso em: 11.01.2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Classificação estatística internacional de doenças: manual de lesões e causas de óbito: nona revisão.* São Paulo: Centro Brasileiro para Classificação de Doenças em Português; 1979.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde: décima revisão.* São Paulo: Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português; 1993.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE. *Indicadores de Salud: elementos básicos para el análisis de La situación de salud.* Boletín Epidemiológico 2001; 22(4): 1-5, apud IDB (2009). Disponível em: [www.ripsa.org.br/fichasIDB/record.php?node=c.9&lang=pt&version=ed4]. Acesso em: 12.12.2011.

SANTAGADA, Salvatore. *Indicadores sociais: contexto social e breve histórico.* Disponível em: [http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/179/389]. Acesso em: 12.08.2013.

WIECZYNSKI, Marineide. *Considerações teóricas sobre o surgimento do* Welfare State *e suas implicações político-sociais: uma versão preliminar.* Disponível em: [www.portalsocial.ufsc.br/publicacao/consideracoes.pdf]. Acesso em: 13.12.2011.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública, de Renato de Mello Jorge Silveira, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 1185.

64020

HOMICÍDIOS DE ADOLESCENTES NAS CIDADES DA FAIXA DE FRONTEIRA DO BRASIL: REFLEXÕES EM TORNO DA QUESTÃO DA VULNERABILIDADE

3

Teenage homicide in the cities located along the Brazilian border: a reflection about the issue of vulnerability

FERNANDO SALLA

Professor do Programa de Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei da Universidade Bandeirante-SP. Membro da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCCRIM. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência – NEV-USP. Sociólogo.

PAULO MALVASI

Doutor em Saúde Pública. Docente e pesquisador do Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei da Universidade Bandeirante-SP. Pesquisador do Centro de Estudos da Metrópole (Cebrap) e do Liesp (FSP/USP). Antropólogo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Infância e Juventude

RESUMO: O artigo analisa as ocorrências de homicídio de adolescentes nos municípios da faixa de fronteira do Brasil no período 2000 a 2010. Analisa quatro municípios da faixa de fronteira que estão entre os 20 municípios brasileiros que apresentam as maiores taxas de homicídio. Discute os limites do conceito de vulnerabilidade para explicar tais ocorrências. E propõe que tais homicídios de adolescentes sejam analisados a partir das dinâmicas das economias ilegais, como o tráfico de droga e o contrabando, e das lógicas de repressão que as acompanham.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescentes – Fronteiras – Homicídios – Vulnerabilidade – Economias ilegais.

ABSTRACT: This article addresses teenage homicides along the Brazilian border municipalities from 2000 to 2010. It analyzes four municipalities located along the border which are among the 20 Brazilian municipalities holding the highest homicide rates. It also discusses the limits in the concept of vulnerability in order to explain these cases. Finally, it proposes that these teenage homicides be analyzed within the context of the illegal economies scenario in which they take place with drug trafficking, smuggling, and the logic of repression that come with it.

KEYWORDS: Teenagers – Borders – Homicides – Vulnerability – Illegal economies.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O lugar da vulnerabilidade - 3. Homicídios de adolescentes - 4. Discussão - 5. Observações finais - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da década de 2000, intensificou-se o debate público sobre as fronteiras do Brasil, tendo como foco privilegiado a possível utilização das áreas de fronteira para o desenvolvimento de atividades ilegais como contrabando, tráfico de armas, de drogas. Atualmente, a faixa de fronteira do Brasil compreende 588 municípios e uma população média de cerca de 10 milhões de habitantes no período 2000-2010, o que representa cerca de 5% da população brasileira. Formada por uma faixa de território de 150 km a partir dos limites do estado nacional, a faixa de fronteira representa aproximadamente 27% da área do território brasileiro e está presente em 11 Estados.

Os acontecimentos de setembro de 2001 nos Estados Unidos contribuíram intensamente para esse debate provocando uma atenção especial para a tríplice fronteira Brasil-Argentina-Paraguai, envolvendo as cidades de Foz do Iguaçu, Puerto Iguazu e Ciudad Del Este, como espaço privilegiado não apenas de atividades ilegais, mas também como território por onde circulariam terroristas e recursos destinados a ações terroristas (HUDSON, 2003; AMARAL, 2010). Além das tradicionais questões relacionadas à defesa do território, que marcaram os debates sobre a fronteira, desenha-se uma preocupação mais ampliada, em termos da gestão governamental, com outros aspectos como, por exemplo, a segurança pública, a saúde, o desenvolvimento local, as possíveis formas de integração com os países vizinhos. Os dois eixos mais visíveis dessa nova forma de gestão das áreas fronteiriças são representados pelas iniciativas do Ministério da Integração Nacional através, por exemplo, do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira (2009) e o Plano Estratégico de Fronteira (2011) que recompôs linhas de atuação do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa.[1]

A presente reflexão coloca como questão central se nessa parcela do território nacional, faixa de fronteira, considerando suas características de demarcação dos limites do Estado Nacional, de proximidade com os países vizinhos,

1. Dentro desse Plano, foi criada a Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras (Enafron), que vem firmando convênios com os Estados para repasse de recursos para essa área. Tais iniciativas contam com os recursos do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci).

de trânsito ali de pessoas e mercadorias, de uma suposta rarefação da presença do estado, haveria uma especificidade das ocorrências de violência (homicídios) dessa área em relação ao restante do país. De forma pontual, a questão é analisar a participação dos homicídios de adolescentes em relação ao conjunto de ocorrências de homicídios nas cidades da faixa de fronteira do Brasil, no período 2000 a 2010. Pretende-se analisar as dinâmicas sociais específicas das cidades da faixa de fronteira e se elas resultam em maior ou menor incidência nos homicídios de adolescentes em comparação com o restante do país.[2] Com base nessa reflexão é feita uma discussão sobre a chamada vulnerabilidade dos adolescentes nesses municípios, estabelecendo relações entre as ocorrências de homicídio, indicadores socioeconômicos e políticas públicas.

O argumento norteador da reflexão é que as ocorrências de mortes de adolescentes por homicídio no Brasil estão associadas em maior ou menor grau a sua integração às atividades ilegais, aos mercados ilegais, e às práticas institucionais de repressão a tais mercados.

É um pressuposto neste artigo que a participação de adolescentes em organizações voltadas para o crime (com diferentes graus de estruturação) representa ganhos estratégicos para estas na medida em que os adolescentes são vistos como passíveis de punição menos severa ou prolongada quando do fracasso de atividades criminosas; dispensaria, ao mesmo tempo, partilhas mais substantivas de ganhos uma vez que aqueles adolescentes não ocupam em geral posições relevantes nas organizações. Assim, restam as atividades "avulsas" que podem praticar os adolescentes – furtos, assaltos etc. – desvinculadas de grupos e lógicas mais abrangentes dos mercados ilegais, mas que são igualmente alcançadas como alvos de repressão violenta. Nestes mercados, outro aspecto central é a combinação com políticas de repressão baseadas no uso de armas em uma visão de guerra, relações perigosas de corrupção, extorsão e vingança entre agentes do Estado e agentes do crime.

Uma hipótese possível é de que nos municípios de fronteira que apresentam intensa atividade ilegal, de tráfico, contrabando etc. e aonde as taxas de homicídio de adultos é alta também o mesmo fenômeno de taxas elevadas de homi-

2. Os dados de homicídio dos adolescentes foram coletados junto ao sistema de informação sobre mortalidade (Datasus) do Ministério da Saúde. Foram selecionadas as ocorrências contidas no grande grupo CID-10 – item Agressões (X85-Y09). Utilizou-se a faixa etária de 15 a 19 anos para a comparação das ocorrências de homicídio nessa faixa etária com aquelas do restante da população. Os indicadores socioeconômicos dos municípios da faixa de fronteira foram coletados principalmente junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

cídio vai se repetir em relação aos adolescentes. Porém, nos municípios em que essas atividades ilegais não envolvem formas de organização mais complexas as taxas de homicídios de adolescentes tendem a ser baixas.

Isso nos leva a discutir os chamados fatores de vulnerabilidade e considerar, além desses aspectos relativos à dinâmica dos mercados ilegais, o modelo das políticas públicas que podem incidir nos homicídios. Busca-se, dessa forma, ampliar os fatores tradicionalmente apontados como definidores da vulnerabilidade que têm sido recorrentemente usados nas áreas de saúde pública e assistência social.

2. O LUGAR DA VULNERABILIDADE

Antes de analisarmos se as dinâmicas sociais específicas das cidades da faixa de fronteira resultam em maior ou menor incidência nos homicídios de adolescentes em comparação com o restante do país, cabe uma breve discussão sobre a chamada vulnerabilidade dos adolescentes nesses municípios. Podemos identificar, de forma geral, na literatura uma tendência de associação entre as ocorrências de homicídio e determinados indicadores socioeconômicos. Os dados epidemiológicos indicam que os jovens pobres são as maiores vítimas de homicídios no Brasil das últimas décadas. O homicídio tornou-se a primeira causa de óbito na população entre 14 e 29 anos na passagem da década de 1980 para a de 1990. Estudos epidemiológicos (REICHENHEIM, 2011) sobre a vulnerabilidade indicavam as populações pobres urbanas, sobretudo a jovem, como o principal "grupo de risco".

Entre 1996 e 2006, os homicídios na população juvenil – entre os 15 e 24 anos – passaram de 13.186 para 17.312 representando um aumento de 31,3% em uma década (WAISELFISZ, 2008). Esse crescimento foi bem superior ao experimentado pelos homicídios na população total, que foi de 20% nesse mesmo período.

O Índice de Homicídios de Adolescentes (IHA), divulgado em julho de 2009, aponta para o fato de que metade das mortes de jovens brasileiros entre 12 e 19 anos são causadas por homicídio. E a mesma pesquisa prognosticou que, seguindo os números de 2006, entre o ano citado e 2012, aproximadamente 33 mil adolescentes morrerão por homicídio (UNICEF, 2009).

O alto número de homicídios, predominantemente entre os homens jovens, se constitui na maior dificuldade para a proteção desse grupo etário – configurado como um grave problema de saúde pública (REICHENHEIM, 2011).

Nas últimas duas décadas, a utilização do termo vulnerabilidade se expandiu para diferentes campos de conhecimento e intervenção, sendo comumente

usado para o delineamento dos aspectos negativos de determinados contextos sociais, invariavelmente relacionados a condições socioeconômicas. A partir dos anos 1990, diversas legislações específicas (como aquelas que instituem o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Único de Assistência Social (Suas) colocaram em movimento uma nova concepção de política na sociedade brasileira, em que os índices de aferição da qualidade de vida da população, como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), passaram a ser almejados. Neste movimento, a noção de vulnerabilidade passou a compor o léxico e as práticas dos operadores das políticas públicas.

O número acentuado de homicídios entre jovens, entre outros fatores, levou a busca pelo delineamento da vulnerabilidade juvenil. No ano 2000, foi elaborado em São Paulo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil (IVJ/Seade),[3] um exemplo de como se manifesta a visão sobre a vulnerabilidade e os riscos da juventude. O documento é ambíguo ao tentar separar a noção da vulnerabilidade do esquadrinhamento das condições específicas da vida dos jovens moradores de bairros de baixa renda em São Paulo. A escolha do termo "vulnerabilidade juvenil" é justificada no documento como uma tentativa de evitar a "mensagem preconceituosa" de que "só os pobres são vulneráveis", "quando na verdade a sua maior sujeição à vulnerabilidade está na sua condição de adolescente amplamente potencializada pela sua situação de pobreza".[4] Ou seja, o termo indicaria a associação entre adolescência e "problemas/perigo", como decorrente de fatores de natureza biológica do período chamado de adolescência ("um período natural de turbulência" e da ampliação da "vulnerabilidade" pela situação de pobreza). O objetivo deste tipo de mapeamento seria "impedir ou minimizar escorregões para a transgressão", a partir de um delineamento "biopsicossocial" de indivíduos e coletividades "vulneráveis".

Uma publicação da Unesco do início dos anos 2000 propõe "o combate da vulnerabilidade social por intermédio do capital social" (ABRAMOVAY, 2002). A chave para a compreensão da potencialidade do "capital social" é a mensuração de sua capacidade de produzir "externalidades", "uma composição de vários elementos sociais que promovem a ação individual e coletiva" (ABRAMOVAY,

3. Índice criado pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados; estabelece medidas de vulnerabilidade juvenil dos diferentes distritos da cidade de São Paulo a partir das seguintes variáveis: taxa anual de crescimento da população, percentual de jovens de 15 a 19 anos, taxa de mortalidade dos jovens desta faixa etária, percentual de mães adolescentes entre 14 e 17 anos, renda e frequência à escola. Todos os recortes levam os bairros periféricos ao topo dos índices de vulnerabilidade.

4. Acessado em: [www.seade.gov.br/produtos/ivj].

2002, p. 63). A noção de externalidade é uma noção oriunda da economia – "custos e benefícios resultantes da interdependência social" – e, nesse sentido, um conceito chave para a compreensão da grade de inteligibilidade neoliberal (FOUCAULT, 2008).

Tais conceitos trazem uma ambiguidade e podem ter como efeito o uso da noção de vulnerabilidade para um enquadramento discriminatório de determinados segmentos da juventude. O caminho para a superação da vulnerabilidade se mostra obstruído, pois a própria condição de "vulnerabilidade" implica baixo "capital humano". A teia da vulnerabilidade social, cujo enfrentamento deve ser o aumento do capital humano, é um labirinto conceitual que enreda basicamente jovens moradores de bairros de baixa renda. A utilização da noção de vulnerabilidade é defendida como uma estratégia para abrir caminhos para a defesa e proteção de jovens pobres, rejeitados pela escola, sem oportunidades; ela, entretanto, pode levar à estigmatização e à criminalização, comprovando a verdade que previra – a adesão ao crime e à violência dos jovens mais "vulneráveis" – e municiando a repressão sobre eles.

Tais conceitos expressam, portanto, limitações que pouco contribuem para uma melhor compreensão da violência nesse grupo social. Propomos ser mais específicos e interrogar se os homicídios de adolescentes não se explicam, para além de contexto de pobreza ou baixa renda, pelo modo como determinados ambientes de mercados criminosos e políticas de repressão baseados no uso de armas e em uma visão de guerra se estruturam na vida de adolescentes. Alguns estudos, particularmente na área da Saúde Pública, indicam que "há conjecturas sobre uma forte associação entre homicídios, tráfico de drogas e posse ilegal de armas" (REICHENHEIM, 2011, p. 77). Estudos etnográficos recentes, entretanto, têm mostrado que atividades ilegais como o tráfico de drogas não implicam necessariamente em alto número de homicídios (FELTRAN, 2010; MALVASI, 2012), sobretudo quando não estão associadas a um modelo militarizado, fortemente organizado em torno da posse ilegal de armas e em disputa bélica com as polícias.

Nossa hipótese geral é de que a combinação de modelos de gestão violenta de atividades ilícitas, em que diferentes grupos disputam espaço e oportunidades por meio de contendas que envolvem uso de armas e assassinatos, e modelos de políticas de repressão que também lançam mão da violência armada, frequentemente articuladas pela intensa troca de mercadorias políticas, estabelecendo relações perigosas com o crime, como denominou Michel Misse (2006), são fatores concretos e diferenciais de contextos em que há alto índice de homicídios na adolescência e outros que não.

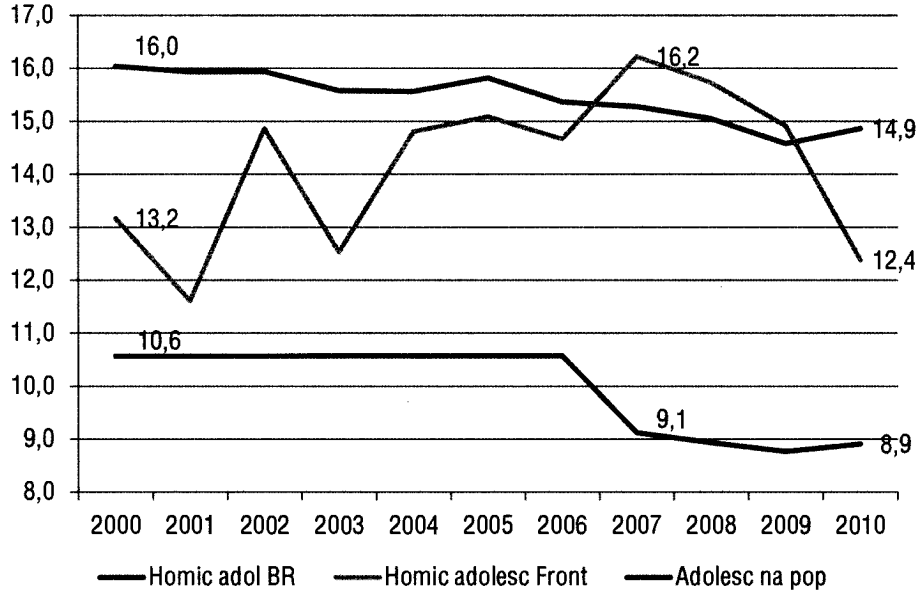
3. HOMICÍDIOS DE ADOLESCENTES

O Brasil teve, em 2010, o total de 49.932 mortes por agressões (homicídios) em todas as faixas etárias, das quais 26.743 (53,6%) foram de jovens de 15 a 29 anos. Os casos de homicídios de jovens de 15 a 19 anos foram 7.454 (14,9% do total).

Observando os dados processados para o período 2000-2010, o Brasil teve uma média anual de 48.958,5 homicídios. Desse número, a média de homicídios de jovens de 15 a 19 anos foi de 7.561, o que correspondia a 15,4% do total de homicídios do país.

Considerando-se a representação dessa faixa etária na população brasileira, que oscilou de 10,6% (2000) para 8,9% (2010), como se nota no gráfico abaixo, o percentual de homicídios, ao longo da década, entre os jovens de 15 a 19 anos foi sempre superior à sua representação demográfica na população em geral.

Gráfico 1 – Evolução dos percentuais de homicídio de adolescentes na fronteira e no restante do país, 2000-2010



As duas curvas superiores, no Gráfico 1, ilustram de forma comparativa a evolução percentual dos homicídios nos municípios da faixa de fronteira e nos municípios do restante do país. As curvas mostram percentuais de homicídios

de jovens de 15 a 19 anos, ambas apresentando ligeiro declínio entre 2000 e 2010, mas com percentuais ainda superiores à representação demográfica dessa faixa etária.

Na faixa de fronteira, 255 municípios, dentre os 588, ou seja, 43,4% não tiveram nenhum homicídio de jovens de 15 a 19 entre 2000 e 2010. Se compararmos esse dado com o restante do Brasil se nota que 2.278 municípios (de 4977, já excluídos os de fronteira), ou seja, 45,8%, não tiveram nenhum homicídio de adolescentes entre 2000 e 2010. Embora os percentuais sejam próximos, pode-se afirmar que na faixa de fronteira há um grau um pouco mais elevado de violência uma vez que se constata que há percentual maior de municípios em que se encontram ocorrências de homicídio de jovens de 15 a 19 anos em comparação com o restante do país (56,6% e 54,2% respectivamente).

Como se observa na tabela abaixo, quatro municípios da faixa de fronteira – Coronel Sapucaia (MS), Foz do Iguaçu (PR), Guaíra (PR) e Chupinguaia (RO) – estão entre os 20 municípios brasileiros que apresentam as maiores taxas médias de homicídios no período 2000 a 2010. É emblemático que a tabela seja encabeçada por um município da faixa de fronteira.

Tabela 1 – Municípios brasileiros segundo as maiores taxas médias de homicídio por 100 mil habitantes, 2000-2010

	Estado	Município	Homic	Pop	Taxa
1	MS	Coronel Sapucaia	14,4	13.583,5	105,7
2	ES	Serra	275,3	273.204,1	100,6
3	PA	Tailândia	54,3	54.220,5	100,1
4	MT	Colniza	14,6	16.060,8	91,1
5	PA	Marabá	172,8	193.217,0	89,4
6	PE	Ilha de Itamaracá	16,2	18.163,5	89,1
7	PE	Recife	1284,4	1.494.398,8	85,9
8	MT	Juruena	6,1	7.138,7	85,4
9	PR	Foz do Iguaçu	245,1	290.167,5	84,5
10	PR	Guaíra	24,1	29.624,7	84,3
11	PE	Itapissuma	18,2	22.295,0	81,6

12	MT	Itanhanga	2,1	2.569,2	81,4
13	PR	Campina Grande do Sul	32,1	39.857,1	80,5
14	BA	Simões Filho	85,1	106.545,3	79,9
15	AL	Maceió	705,5	884.071,1	79,8
16	PE	Cabo de Santo Agostinho	132,5	166.809,6	79,5
17	ES	Cariacica	273,5	348.457,2	78,5
18	ES	Vitória	239,7	310.269,6	77,3
19	RJ	Duque de Caxias	618,7	831.083,1	74,4
20	RO	Chupinguaia	4,8	6.628,2	72,7

Fonte: IBGE/Datasus.

Dos municípios da faixa de fronteira, Foz do Iguaçu é aquele com maior população, podendo ser considerados os outros de fronteira como de pequeno porte. Em comparação com outros municípios do restante do país, os municípios da faixa de fronteira de pequeno porte, como Coronel Sapucaia, Guaíra e Chupinguaia, não apresentam números elevados de homicídios, no entanto é necessário destacar que as taxas se mantiveram suficientemente elevadas ao longo dos 11 anos de apuração aqui processados.

Em relação aos homicídios de adolescentes, as quatro cidades de fronteira que estão entre as 20 mais violentas do país, apresentaram o seguinte panorama:

Tabela 2 – Municípios de fronteira segundo o número médio de homicídio de adolescentes de 15 a 19 anos, 2000-2010

	Nº médio de homicídios		
	geral	*15 a 19 anos*	*%*
Foz do Iguaçu	245	56,9	23,2
Guaíra	24,5	3,5	14,5
Coronel Sapucaia	14,4	1,1	7,6
Chupinguaia	4,8	0,0	0,0

Fonte: Datasus/IBGE

Embora as quatro cidades da faixa de fronteira estejam entre as 20 mais violentas, elas apresentaram números de homicídios e respectivas taxas por

100 mil habitantes bastante distintas. Foz do Iguaçu (PR) encabeça no período 2000 a 2010 o *ranking* dos municípios de fronteira com a maior média de homicídios de jovens de 15 a 19 anos (56,9) número que representava 23,2% da média dos homicídios em geral naquele município. Foz do Iguaçu tinha o 27.° posto dentre os municípios brasileiros com maior número médio de homicídios naquele período, sendo, no entanto, um município que estava na 80.ª posição em termos de número médio de habitantes (290.167,5). Outros municípios da faixa de fronteira com população acima de 200 mil habitantes apresentaram números bem menores de homicídios, à exceção de Porto Velho (RO): Pelotas (RS) com 336.178,4 habitantes teve número médio de homicídios, entre 2000 e 2010, de 38,9 casos o que representava uma taxa de apenas 11,6 ocorrências por 100 mil habitantes. Já Porto Velho (RO) teve população média de 370.253,5 habitantes, número médio de 212,5 homicídios e taxa de 57,4 casos por 100 mil habitantes. Rio Branco (AC), com população de 293.075,5 habitantes, número médio de 96,6 homicídios e taxa de 33 casos por 100 mil habitantes. Tais dados sugerem que Foz do Iguaçu apresenta não só elevados números de homicídio em geral, mas que eles se refletem nos números relativos aos adolescentes de 15 a 19 anos.

Guaíra, também no Estado do Paraná apresentou um número médio de 3,5 mortes de adolescentes para o período, o que representava 14,5% das ocorrências totais de homicídio do município.

Por sua vez, Coronel Sapucaia (MS), de 2000 a 2010, teve número médio de 14,4 homicídios, mas apenas 1,1 caso de homicídio de jovens de 15 a 19 anos no período, correspondendo a 7,6% do total dos homicídios do município.

É de se notar que Chupinguaia (RO), no mesmo período, não teve homicídio de jovens de 15 a 19 anos, embora tenha apresentado uma taxa média elevada que colocava esse município dentre os 20 mais violentos do país.

4. DISCUSSÃO

Apresentamos em seguida alguns indicadores que podem contribuir para a compreensão do fenômeno das mortes de adolescentes por homicídio nos municípios da faixa de fronteira do Brasil. Manteremos a observação sobre aqueles quatro municípios fronteira que apresentavam as maiores taxas de homicídio de 2000 a 2010 dentre os 20 municípios mais violentos do país.

Infelizmente os dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) ainda não foram atualizados por município. Eles referem-se a 2000 e os quatro municípios apresentaram uma considerável melhora em relação a 1991, mas em

2000 todos ainda se encontravam na condição de municípios considerados de desenvolvimento humano médio.[5]

Tabela 3 – Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)

Município	1991	2000
Foz do Iguaçu (PR)	0,722	0,788
Guaíra (PR)	0,708	0,787
Coronel Sapucaia (MS)	0,644	0,713
Chupinguaia (RO)	0,597	0,707

Fonte: IBGE

Se a mesma tendência for mantida, adiante de 2000, de melhora no desempenho do IDH, é possível projetar a manutenção dessa hierarquia entre os municípios, na qual Foz do Iguaçu continuaria a apresentar os percentuais mais elevados de mortes de adolescentes por homicídio, mesmo com IDH ainda mais elevado.

Outro indicador possível a ser utilizado para a análise é o Índice de Gini.[6] Na Tabela 4, nota-se que à maior desigualdade revelada pelo Índice corresponde a maior violência, expressa nas mortes de adolescentes por homicídio, apontada na Tabela 2 acima.

Tabela 4 – Índice GINI, 2003

Município	2003
Foz do Iguaçu (PR)	0,45
Guaíra (PR)	0,44
Coronel Sapucaia (MS)	0,42
Chupinguaia (RO)	0,38
Brasil	0,59

Fonte: IBGE

5. Em novembro de 2007, com dados referentes a 2005, o Brasil pela primeira vez alcançou o nível 0,80, passando a integrar o grupo de países com IDH elevado. Países com IDH até 0,499 são considerados de desenvolvimento humano baixo, e os com índices entre 0,50 e 0,799 são considerados de desenvolvimento humano médio.

6. Esse índice mede "o grau de concentração de uma distribuição, cujo valor varia de zero (perfeita igualdade) até um (a desigualdade máxima)." IBGE ver: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm])

A Tabela 5 apresenta os quatro municípios de fronteira com as maiores taxas de homicídio aqui analisados com relação à incidência de pobreza no ano de 2003. Verifica-se que o município com a menor incidência é Chupinguaia (24,04%) enquanto Coronel Sapucaia é o que apresenta o maior percentual (53,50%). Se considerarmos que é possível a correlação entre a incidência de pobreza e o fato dos homicídios atingirem mais os adolescentes, pelos dados se constata que esse argumento é aceitável para Chupinguaia, que não teve nenhum homicídio de adolescente entre 2000 e 2010; porém, não se aplica para Coronel Sapucaia que tem a mais elevada incidência de pobreza dentre os quatro municípios, mas em termos de homicídio de adolescente naquele período foram apenas 7,6% de todos os homicídios. Como se observou na Tabela 2, Foz do Iguaçu e Guaíra foram os municípios de fronteira que apresentaram os maiores percentuais de mortes de adolescentes para o período (23,2 e 14,5% respectivamente). No entanto, Foz do Iguaçu é entre os quatro municípios o que tem a terceira posição em termos de incidência de pobreza.

Tabela 5 – Incidência de pobreza em municípios de fronteira, 2003

Município	Incidência de pobreza
Foz do Iguaçu (PR)	42,91%
Guaíra (PR)	45,04%
Coronel Sapucaia (MS)	53,50%
Chupinguaia (RO)	24,04%

Fonte: IBGE

Pelo que se pode constatar nessa breve análise, os tradicionais indicadores socioeconômicos são insuficientes para permitir explicações razoáveis sobre as ocorrências de homicídios de adolescente nos municípios aqui escolhidos. Assim, sugerimos uma vertente de análise na qual as formas de organização das economias ilegais, os conflitos que delas derivam entre os grupos que atuam nesse mercado e ainda as tensões geradas pela relação com as forças da ordem são parte substantiva da explicação das mortes dos adolescentes. Cabe ainda adicionar um ponto essencial nessa equação e que reafirma esse perfil analítico. Os adolescentes integram as economias ilegais (tráfico de drogas, contrabando etc.) ocupando posições de pouca relevância hierárquica nas organizações e se constituem mão de obra que é recrutada principalmente para as operações de varejo (FEFFERMANN, 2006; CRUZ NETO, 2001; OLIVEIRA, 2008).

Nesse sentido, pode-se analisar o alto percentual de mortes de adolescentes por homicídio em Foz do Iguaçu (23,2% do total de homicídios entre 2000 e

2010) considerando o uso intenso de adolescentes nas atividades de varejo das economias ilegais que ali predominam. São os adolescentes os mais expostos nos conflitos entre os grupos que disputam os mercados ilegais e são os alvos mais visíveis da repressão. Da mesma forma, é possível fazer essa associação em relação a Guaíra, aonde 14,5% das mortes por homicídio no mesmo período se referem a adolescentes. Embora sejam de menor intensidade, em relação a Foz do Iguaçu, as economias ilegais em Guaíra também apresentam um porte de varejo, ainda que não exclusivamente e provavelmente devam afetar adolescentes envolvidos em tais atividades.

O caso de Coronel Sapucaia permite confirmar essa associação entre mortes de adolescentes e o seu pertencimento às redes de varejo nas economias ilegais. Os homicídios de adolescentes naquele município, entre 2000 e 2010, foram 1,1 na média representando 7,6% do total de homicídios no período naquele município. A cidade, com pouco mais de 13 mil habitantes na média do período está constantemente associada a conflitos entre traficantes de grandes centros urbanos como Rio de Janeiro e São Paulo, pelo controle de fontes produtoras de maconha e de rota de cocaína ou de matéria-prima para seu processamento. Ou seja, a cidade não oferece oportunidades de uma rede de varejo para a comercialização de drogas, o que provavelmente implique uma baixa participação de adolescentes no tráfico que assume naquela localidade um caráter mais de "atacado".

As práticas institucionais de repressão aos mercados compõem os riscos de homicídio entre adolescentes que trabalham em mercados ilegais. A repressão ao varejo de venda de drogas é mais intensa do que o despendida para coibir produção, refino, distribuição, venda no atacado. Nas cidades em que as redes de varejo oferecem emprego aos adolescentes, é maior o risco deles sofrerem a violência policial, além daquela imposta pela violência interna do varejo de drogas nas cidades consideradas neste artigo.

Nesse mesmo sentido, o fato de Chupinguaia não ter nenhuma ocorrência de homicídio de adolescente em 10 anos sugere que os mercados ilegais, se existentes na cidade, não chegam a mobilizar adolescentes e também que boa parte dos homicídios ali não tenham relação com as economias ilegais e estejam mais vinculados aos conflitos agrários e às relações interpessoais.

5. OBSERVAÇÕES FINAIS

Os dados levantados e discutidos neste artigo permitem, mais do que conclusões, a elaboração de questões que podem ser aprofundadas com estudos qualitativos. Como se dá a combinação entre fatores sociais, econômicos e cul-

turais na predisposição de homicídios entre adolescentes nas diferentes realidades locais dos municípios? Quais os fatores que em Chupinguaia têm protegido os jovens habitantes do assassinato e quais os fatores que têm estimulado tal ocorrência em Foz do Iguaçu? Até que ponto a população de um município como Foz do Iguaçu (que possui quase 300 mil habitantes) reconhece os homicídios de adolescentes como um problema do conjunto da população? E quais os resultados de um mesmo inquérito em um município como Coronel Sapucaia (que possui menos de 15 mil habitantes)? Quais os modelos dos mercados ilegais e das políticas de repressão ao crime em cidades de diferentes portes? Qual a relação entre pertencimento a estruturas ilegais e relações de vizinhança nas cidades estudadas?

Tais questões suscitadas pela discussão oferecem um quadro que complexifica a simples associação vulnerabilidade, pobreza, crime, violência e juventude. A problematização da questão da vulnerabilidade dos jovens, a partir do conhecimento da realidade local de municípios como Chupinguaia (RO) (que não teve homicídio de jovens no período de 2000 a 2010) ou de Coronel Sapucaia (MS) (que teve percentual de homicídio de jovens menor que a média nacional) ou de Foz do Iguaçu, aponta para a necessidade de estudos das dinâmicas locais para que tenhamos elementos qualitativos de comparação entre os municípios.

Partindo da hipótese de que as mortes de adolescentes no Brasil estão associadas em maior ou menor grau a sua integração às atividades ilegais, aos mercados ilegais, e às práticas institucionais de repressão a tais mercados, podemos vislumbrar caminhos de pesquisa iniciados com a discussão aqui esboçada. Isso nos leva a discutir os chamados fatores de vulnerabilidade e considerar, além desses aspectos relativos à dinâmica dos mercados ilegais, o modelo das políticas públicas que podem incidir nos homicídios. A noção de vulnerabilidade precisa ser problematizada para que não se configure como um dispositivo voltado para a passagem do ambiente (considerado "vulnerável") para o comportamento, fortalecendo a associação entre determinadas localidades de baixa renda, adolescência e violência.

A vida humana está no cerne do movimento de criação de sistemas de gestão das áreas sociais do Estado brasileiro; tal movimento engendra aparatos de repressão-cuidado-atenção direcionados a setores da juventude (frequentemente pobres), baseados em sua caracterização como "vulneráveis" e, ao mesmo tempo, potencialmente perigosos para a sociedade. Examinar a gestão cotidiana da vida de adolescentes aponta para uma abordagem singular do Estado desde as suas margens (DAS; POOLE, 2008). Como o Estado constrói desde a *margem* a marca de distinção entre jovens perigosos e jovens

vulneráveis? A diversidade na taxa de homicídio de adolescentes nas quatro cidades com maior índice geral de homicídios entre as cidades da faixa de fronteira do Brasil nos conduz a pensar nas especificidades da ação repressiva do Estado e de determinadas dinâmicas de mercados ilegais em cidades de diferentes portes.

6. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, M. et al. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco/BID, 2002.

ALBUQUERQUE, José Lindomar C. *A Dinâmica das fronteiras: os brasiguaios na fronteira entre o Brasil e o Paraguai*. São Paulo: Annablume-Fapesp, 2010.

AMARAL, Arthur Bernardes do. *A tríplice fronteira e a guerra ao terror*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2010.

BOJUNGA, Claudio. *Fronteiras: viagem ao Brasil desconhecido*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Gabinetes de Gestão Integrada em Segurança Pública – Coletânea 2003-2009*. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2009.

CRUZ, Marcus Vinicius; BATITUCCI, Eduardo C. (orgs.). *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga; SUCENA, Luiz Fernando Mazzei. *Nem soldados, nem inocentes: juventude e tráfico de drogas no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2001.

DAS, Veena; POOLE, Deborah. El Estado y sus márgenes. Etnografias comparadas. *Cuadernos de Antropologia Social* 27/19-52, 2008.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis: Vozes, 2006.

FELTRAN, Gabriel. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Cadernos CRH*. vol. 23. n. 58. p. 59-73, jan.-abr. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUDSON, Rex. *Terrorist and Organized Crime Groups in the Tri-Border Area (TBA) of South America – A report prepared by the Federal Research Division, under an Interagency Agreement with the United States Government*. The Library of Congress, Washington, 2003.

MALVASI, P. A. *Interfaces da Vida Loka: um estudo sobre jovens, tráfico de drogas e violência em São Paulo.* Tese de Doutorado em Saúde Pública, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da USP, 2012.

MARTINS, José de Souza. *Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano.* São Paulo: Contexto, 2008.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo. Estudos de Sociologia do crime e da violência urbana.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Pedro Paulo. Sobre a adesão juvenil às redes de criminalidade em favelas. In: MACHADO DA SILVA, L. A. *Vida sob Cerco – Violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

PERES, Maria Fernanda Tourinho. *Homicídios de crianças e jovens no Brasil: 1980-2002.* São Paulo: NEV/USP, 2006.

PROCÓPIO, Argemiro; COSTA VAZ, Alcides. O Brasil no contexto do narcotráfico internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 40 (1): 75-122, 1997.

REICHENHEIM et al. Violência e lesões no Brasil: efeitos, avanços alcançados e desafios futuros. *The Lancet Série "A saúde dos brasileiros"*. Publicado on-line em maio de 2011, acessado em: [http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf].

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. Estado-Nação, fronteiras, margens: redesenhando os espaços fronteiriços no Brasil contemporâneo. *Anais do XV Congresso Brasileiro de Sociologia*, realizado de 26 a 29 de julho de 2011 em Curitiba, no GT 32 – Violência e Sociedade. Disponível em:

[www.sistemasmart.com.br/sbs2011/arquivos/28_6_2011_15_38_19.pdf].

_____; _____. *Violência e fronteiras no Brasil: tensões e conflitos nas margens do Estado-nação, paper* apresentado no *34.º Encontro Anual da Anpocs*, 25 a 29 de outubro de 2010, no Seminário Temático ST-37 Violência, Criminalidade e Justiça Criminal no Brasil, 2010. Disponível em:

[www.anpocs.org.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=90].

_____; _____; OI, Amanda Hildebrand. *Homicídios na Faixa de Fronteira do Brasil, 2000-2007.* Relatório de Pesquisa do Projeto Violência e Fronteiras – Fapesp/CNPq. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP), 2011. Disponível em:

[www.nevusp.org/downloads/down251.pdf].

SOARES, Glaucio Ary Dillon. *Não matarás: desenvolvimento, desigualdade e homicídios.* Rio de Janeiro: FGV, 2008.

UNICEF. Índice de Homicídios na Adolescência (IHA). Brasília, 2009.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência.* Ritla. Ministério da Saúde, Ministério da Justiça do Brasil, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tutela de urgência e a criança e o adolescente: em defesa de uma atuação especializada e efetiva, de Manoel Onofre de Souza Neto e Sasha Alves do Amaral – *RDJ* 1/43;
- Juventude, narcotráfico e a teoria da ação situacional da causação do delito, de Clarissa Pepe Ferreira – *RCP* 17/107;
- O jovem paulista na virada do século: caso de polícia, "aborrecente" ou vítima?, de Celia Soibelmann Melhem – *RBCCrim* 35/225;
- O problema dos homicídios em Belo Horizonte, de Cláudio C. Beato Filho – *RBCCrim* 42/345; e
- Políticas de atendimento a adolescentes em conflito com a lei: repensando o vínculo pobreza/criminalidade, de Rita de Cássia da Silva Lago Garcia – *RBCCrim* 39/289.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA: DIMENSÕES, SIGNIFICADOS E PERSPECTIVAS ATUAIS

4

Critical criminology: current dimensions, meanings and perspectives

SALO DE CARVALHO

Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da UFSM. Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A investigação apresenta os fundamentos políticos e os antecedentes teóricos da criminologia crítica como elementos-chave para indagar a sua relevância como discurso de resistência à lógica punitivista e aos processos de hiperencarceramento que caracterizam a sociedade contemporânea. A partir da análise dos seus pressupostos teóricos e da descrição dos seus desdobramentos político-criminais (políticas criminais alternativas), o estudo sustenta uma vinculação orgânica entre o pensamento criminológico crítico e os movimentos de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminologia crítica – Direitos humanos – Política criminal – Punição.

ABSTRACT: The research presents the political foundations and theoretical background of critical criminology as key elements to inquire about its relevance as a resistance discourse against the logic of punishment and to the hyper-incarceration processes that distinguish modern society. Through the analysis of its theoretical assumptions and the description of its political-criminal unfolding (alternative criminal policies), this paper gives support to an organic link between the critical criminological thought and the human rights' movements.

KEYWORDS: Criminology – Critical criminology – Human rights – Criminal policy – Punishment.

SUMÁRIO: 1. O tema e o problema – 2. Criminologia crítica: dimensões históricas – 3. Criminologia crítica: perspectivas teóricas (agenda negativa) – 4. Criminologia crítica, criminologia

da práxis: as políticas criminais alternativas (agenda positiva) - 5. Considerações finais: a criminologia crítica como criminologia dos direitos humanos - 6. Referências bibliográficas.

1. O TEMA E O PROBLEMA

1.1 Um questionamento motivou a redação deste texto: *qual a atualidade da criminologia crítica?* No entanto para responder a esta pergunta uma anterior se fez presente: *o que é a criminologia crítica?* Se a primeira indagação parece extremamente pertinente, a segunda é posta como uma espécie de provocação, sobretudo porque apesar de o termo *criminologia crítica* ser utilizado de forma usual nos trabalhos acadêmicos da área, os seus fundamentos e os seus pressupostos parecem não ser suficientemente explorados.

O trabalho procura, pois, investigar os saberes que possibilitaram a consolidação da crítica criminológica como movimento orgânico, apresentar os principais temas de investigação, abordar os problemas centrais na formação do seu núcleo teórico e delinear os seus alcances político-criminais. A construção de um acordo prévio acerca do significado da criminologia crítica permite, em um segundo momento, avaliar a sua atualidade, notadamente no que tange à contribuição do discurso crítica na interpretação dos sintomas sociais contemporâneos.

1.2 A problematização acerca da *atualidade* (ou do esgotamento) desta perspectiva criminológica é realizada a partir do reconhecimento da crise que atingiu o pensamento crítico em geral, e criminológico em particular, a partir das mudanças no contexto geopolítico que ocorreram no final da década de 80.

No entanto, para além da crise de paradigmas, dois fenômenos concretos servem como tema de análise acerca da validade do pensamento criminológico crítico na contemporaneidade: primeiro, o atual panorama de crescimento global dos índices de encarceramento; segundo, as tendências político-criminais de conversão do pensamento criminológico em ação administrativa na área da segurança pública.

Neste cenário é enfatizada a relevância da criminologia crítica como discurso de resistência ao punitivismo e, a partir de seu estreito vínculo com a pauta dos movimentos de proteção aos direitos humanos, analisam-se os seus desdobramentos teóricos (novas correntes críticas) e as suas projeções político-criminais.

2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA: DIMENSÕES HISTÓRICAS

2.1 A consolidação da *criminologia crítica* a partir da década de 70 do século passado representa o momento de superação de uma perspectiva *micro*

para uma compreensão *macro*criminológica no interior das ciências criminais. Nesse sentido, dois antecedentes teóricos fornecerão importantes inovações na pesquisa criminológica: o *labeling approach* (criminologia da reação social, teoria do etiquetamento ou rotulacionismo) e as teorias do conflito.

Baratta percebe que é com o *labeling approach* que o centro do problema criminológico se desloca das causas da criminalidade para as definições do comportamento ilícito (criminalização primária), os seus pressupostos políticos e os efeitos sociais da aplicação desta etiqueta, pois a criminalidade passa a ser entendida como uma qualidade ou um *status* que se aplica a determinados indivíduos.[1] Assim, embora a teoria do etiquetamento não seja uma *condição suficiente*, é uma *condição necessária* para a consolidação da criminologia crítica.[2]

No momento em que Becker questiona a definição de desvio, o pressuposto causal-determinista do crime, a natureza patológica do desviante e os dados oficiais acerca da criminalidade (estatísticas criminais), inicia-se um processo de mudança paradigmática que será irreversível na criminologia contemporânea (*criminological turn*). Ao afirmar que o desvio não é uma qualidade do ato ou da pessoa que o pratica, mas a consequência de um rótulo aplicado ("o desviante é alguém a quem um rótulo foi satisfatoriamente aplicado; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como desviante"),[3] Becker desestabiliza as bases da criminologia ortodoxa de matriz positivista que pressupunha serem neutras as definições legais e os processos de atribuição de responsabilidade que qualificam como anormais determinadas pessoas e ilícitos certos comportamentos.

Na precisa análise de Baratta, com o *labeling approach* ocorre a *desreificação* dos conceitos de desvio e de criminalidade. A criminologia ortodoxa (paradigma etiológico), ao explicar o delito a partir de um modelo causal-naturalista, *reificou* os resultados dos processos de criminalização (definições legais e atuação das agências de controle), no momento em que considera o delito como um fenômeno que existe independemente da sua definição – "é o que ocorre efetivamente na criminologia 'tradicional', na qual geralmente as normas e as valorações sociais restam estranhas do objeto de indagação".[4]

---

1. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 109.
2. BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? *Dei Deliti e delle Penne* 1/53.
3. BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1991. p. 9.
4. Baratta, Alessandro. Che cosa... cit., p. 53.

Ocorre, porém, que apesar de o *labeling approach* ter possibilitado este salto qualitativo, o modelo permanecia insuficiente em razão de desconsiderar as *relações de poder* que permitem que certas pessoas, grupos ou classes, detenham, em uma determinada sociedade, a capacidade de eleição das condutas lícitas e ilícitas, dos comportamentos normais e anormais.

Nesse quadro, lembra Shecaira, que a teoria da rotulação, a mais próxima e contemporânea das teorias criminológicas, não escapou às críticas da criminologia crítica.[5] Em diálogo com Víctor Sancha Mata, Baratta procura enumerar os efeitos da mistificação do *labeling approach*, o que de certa forma sintetiza grande parte dos problemas do rotulacionismo apontados pela criminologia crítica: (1.º) a perspectiva subjetivista (idealista) poderia conduzir a sub ou a desvalorização dos problemas *reais* e das efetivas situações de sofrimento, agressões ou injustiças que envolvem o conflito; (2.º) a relativa ausência de problematização da forma de intervenção da justiça penal nos conflitos ofuscaria o reconhecimento que este tipo de ingerência não produz soluções satisfatórias; ao contrário, normalmente reproduz violências e cria novos conflitos decorrentes da estigmatização e da marginalização; (3.º) a falta de percepção do caráter seletivo do direito penal impediria notar que a criminalização é direcionada aos indivíduos pertencentes aos grupos mais vulneráveis e excluídos da sociedade.[6]

De forma mais aguda, Cirino dos Santos entende a teoria do etiquetamento como "(...) politicamente limitada e historicamente confusa: não compreende a estrutura de classes da sociedade, não identifica as relações de poder político e de exploração econômica (e sua interdependência) do modo de produção capitalista e, definitivamente, não toma posição nas lutas fundamentais da sociedade moderna. A estrutura teórica e metodológica subjetivista e romântica da teoria, embora de utilidade (e relativamente crítica) nos limites intersubjetivos de seu marco teórico, não define uma posição radical, no sentido do radicalismo da Criminologia Radical".[7-8]

---

5. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 327.
6. BARATTA, Alessandro. Che cosa... cit., p. 54-69.
7. SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 17. Em sentido similar: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1994. p. 139-171; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 114-116.
8. No Brasil, a recepção do paradigma do etiquetamento ocorreu, sobretudo, com as investigações fomentadas pelo centro de pesquisas em Antropologia Social do Museu Nacional (UFRJ), sob a coordenação de Gilberto Velho. Porém, nestes estudos realizados a partir de meados da década de 70, já é perceptível a incorporação da análise das condições materiais nos processos de subjetivação, a problematização da construção

2.2 O segundo impulso na mudança para a perspectiva macrocriminológica é fornecido pelas *teorias conflituais*, pois possibilitam que o foco se desprenda da análise do desviante e do desvio e seja direcionado ao *sistema de controle social*. Assim, as teorias do conflito permitem que a investigação criminológica incorpore (a) as condições de produção das leis penais incriminadoras (agência legislativa) – "se a criminologia deve progredir como ciência, ela deve ser livre para questionar as causas não somente do crime, mas, também, das normas que, em um sentido primário, criam o crime – isto é, normas legais";[9] e (b) a forma seletiva de atuação das agências executivas e judiciais na gestão e no controle da população criminalizada.

Em decorrência da redefinição e da ampliação dos objetos de investigação criminológica, ingressam no horizonte de pesquisa as "estruturas gerais da sociedade e os conflitos de interesses e de hegemonia".[10]

Se o *labeling approach* havia superado o causalismo (determinismo) e colocado em perspectiva a *dimensão da definição*, as teorias do conflito põem em cena a *dimensão do poder*. Ocorre, portanto, o segundo salto qualitativo que cria o ambiente teórico para a emergência da criminologia crítica – "quando, além da 'dimensão da definição' é suficientemente desenvolvida a 'dimensão do

---

social do desvio e os efeitos negativos derivados da ingerência do sistema punitivo, situação que evidencia o significativo impacto da criminologia crítica no pensamento rotulacionista. Sobre o tema, VELHO, Gilberto. O estudo do comportamento desviante. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 11-28; VELHO, Gilberto. Estigma e comportamento desviante em Copacabana. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 116124; GOLDWASSER, Maria Julia. Cria fama e deita-te na cama: um estudo de estigmatização numa instituição total. In: Velho, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 29-51; CHINELLI, Filipina. Acusação e desvio em uma minoria. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 125-144.

Em relação à redefinição dos processos de atribuição de etiquetas, a partir da percepção das condições de vulnerabilidade e da disposição pessoal para a rotulação (esforço para a vulnerabilidade), ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 270-277; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 46-51; CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230-238.

9. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra. In: _____; _____; _____ (orgs.). *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 56.

10. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 143.

poder', são realizadas as condições mínimas, segundo os critérios de classificação que proponho, para que se possa qualificar como 'crítica' uma teoria do desvio e uma criminologia".[11]

As teorias do conflito, porém, nos termos indicados por Baratta, ainda careceriam de uma análise que possibilitasse a individualização das condições estruturais da sociedade no local em que os grupos efetivamente interagem e se confrontam.[12] A investigação sobre as relações de poder e disputas pela hegemonia estariam restritas exclusivamente à esfera política, circunstância que poderia criar um distanciamento com os *conflitos concretos*.

A problematização e tentativa de superação desta concepção abstrata dos conflitos ocorrem a partir da afirmação do materialismo histórico como método de análise dos temas criminológicos. A criminologia crítica se afirma, pois, em seu momento de ebulição, como uma criminologia materialista na qual a natureza e o conteúdo do crime e da lei não podem ser compreendidos fora de uma perspectiva histórica que "(...) revela a primazia não do pensamento legal, mas das condições materiais, como determinantes das mudanças normativas em geral, e de normas criminais e legais em particular".[13] Nesse sentido, as teorias conflituais são percebidas como deficitárias, pois apenas o materialismo histórico, como método de análise das relações de poder, permitiria perceber que não é possível "proceder análises sobre a base de categorias gerais (tais como 'produção'), argumentando, ao contrário, que somente existem formas de produção distintas, historicamente limitadas, específicas a dadas épocas e dadas condições".[14]

2.3 A *criminologia crítica* emerge, portanto, como uma perspectiva criminológica orientada pelo materialismo (método) que, ao incorporar os avanços das teorias rotulacionistas e conflituais, refuta os modelos consensuais de sociedade e os pressupostos causais explicativos da criminalidade de base microssociológica (criminologia ortodoxa) e redireciona o objeto de investigação aos processos de criminalização, à atuação das agências do sistema penal e, sobretudo, às relações entre estrutura política e controle social.

Segundo Cohen, a criminologia crítica inicialmente desenha alguns traços a partir do *labeling approach* e da sociologia do conflito para, posteriormen-

11. BARATTA, Alessandro. Che cosa... cit., p. 53.

12. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 145.

13. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock, op. cit., p. 59.

14. Idem, p. 62.

te, fundada no marxismo clássico, abordar temas próprios como lei, classe e Estado, distanciando-se de forma radical da agenda positivista (criminologia ortodoxa), cujos pressupostos (etiológicos) são percebidos como racionalidades subservientes à lógica criminógena do capitalismo. Assim, objetivando interpretar o crime e o controle social a partir de uma perspectiva político-econômica, a crítica submete as definições legais à investigação histórica e materialista. Em paralelo, a análise é expandida de forma a englobar os "crimes dos poderosos" ("aqueles danos sociais que o Estado autoriza-se a cometer").[15]

Na conversão da perspectiva micro para a macrossociológia, a crítica evidenciou o papel de destaque que a criminologia de corte positivista desempenhou na legitimação da estrutura e das instituições punitivas e do saber penal. Embora no plano epistemológico tenha sido reduzida a uma ciência menor, auxiliar do direito penal,[16] a criminologia ortodoxa desenvolveu todas as ferramentas necessárias para justificar o poder punitivo. Nesse aspecto, Cohen, na trilha de Foucault, é preciso ao apontar que "o conhecimento criminológico [criminologia científica, criminologia positivista] sempre foi altamente utilitário: um elaborado álibi para justificar o exercício do poder".[17] Em sentido similar, Herman e Julia Schwendinger nominam como doutrinas tecnocráticas[18] os empreendimentos teóricos que se percebem como livres-de-valor ou ideologicamente neutros, mas que operam na garantia da estabilidade e da ordem ao construir "(...) uma visão do mundo que estava a serviço do novo

15. COHEN, Stanley. *Against criminology*. 4. ed. New Jersey, 2009. p. 6.

16. Sobre a auxiliaridade da criminologia no modelo integrado de ciências criminais, conferir, dentre outros, ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 97-100; ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 341-346; BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 13-48; BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. *Criminología crítica*. Universidad de Medellin, 1984. p. 8-14; CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320-322.

17. COHEN, Stanley, op. cit., p. 5.

18. "Básico para a definição de tecnologia [doutrinas tecnocráticas] é a visão de uma sociedade administrada não por pessoas comuns, mas por peritos ou líderes esclarecidos, que são altamente informados por peritos assistentes. Outra característica da doutrina tecnocrática é o uso implícito das normas de instituições estabelecidas como critérios para identificação do comportamento 'anormal', 'patológico' ou 'desviante'" (SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (orgs.). *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 162).

Estado liberal corporativo e, implicitamente, justificava o uso de critérios que favoreciam a manutenção das instituições vigentes".[19-20]

Assim, ao concentrar as pesquisas na etiologia do delito (causas da criminalidade) e no nível de periculosidade individual (prognósticos de reincidência), a criminologia ortodoxa desempenhou um papel altamente funcional ao sistema punitivo, sobretudo porque excluiu do horizonte de investigação as violências (re)produzidas *nas* e *pelas* suas agências. No caso do cárcere, por exemplo, a criminologia positivista foi (e segue sendo) totalmente omissa ao desconsiderar não apenas as graves violações aos direitos humanos que são inerentes à lógica penitenciária, mas, igualmente, ao abstrair dos seus juízos os filtros de criminalização (seletividade) que agenciam a prisionalização, que evidenciam a vulnerabilidade dos sujeitos e que ativam os processos de mortificação da subjetividade encarcerada. O pensamento positivista consolida, portanto, um olhar criminológico a-histórico que retira o sujeito do ambiente social em que se encontra e que esquece ou oculta as violências institucionais às quais é submetido.[21] Exatamente por desconsiderar as violências inerentes ao sistema punitivo, configura um saber altamente funcional que opera na sua legitimação.

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA: PERSPECTIVAS TEÓRICAS (AGENDA NEGATIVA)

3.1 Na precisa elaboração de Baratta, a etiqueta criminologia crítica corresponde a um campo vasto e heterogêneo do pensamento criminológico e sociológico-jurídico que tem em comum uma nova forma de definir o objeto e os problemas relativos à questão criminal.[22] Desta forma, "opondo ao enfoque

19. Idem, p. 164

20. Ao criticar a perspectiva legalística presente nas doutrinas de Sutherland e Sellin, Herman e Julia Schwendinger destacam que "guiados pela metateoria do controle social, muitos criminólogos americanos funcionavam como 'consultores' tecnocráticos que gastavam suas vidas juntando informações que seriam de utilidade para os homens que administravam as instituições existentes, estivessem eles conscientes disso ou não. A profissão de neutralidade ideológica da sua parte, de nenhum modo era uma garantia desta neutralidade. Ao contrário, ela foi um dos grandes mitos que impediu os acadêmicos honestos de se tornarem conscientes do caráter ideológico de suas posturas teóricas básicas" (idem, ibidem).

21. Segundo Taylor, Walton e Young, "problemas sociais tornam-se problemas individuais em uma criminologia a-histórica; e a tarefa da criminologia é reduzida ao exame das 'causas do crime', amplamente em termos de explicações individualísticas, com a ocasional interferência de fatores ou determinantes sociais" (idem, p. 57).

22. BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico... cit., p. 3.

biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica – duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si".[23]

Não por outra razão, a *agenda primeira da criminologia crítica* é de *caráter negativo*, ou seja, objetiva desenvolver um corpo teórico voltado à desconstrução dos fundamentos e dos pressupostos da criminologia positivista. Inclusive alguns autores, ao identificar o saber criminológico tradicional com o positivismo, definem a criminologia crítica como uma *anticriminologia*, assim como os psiquiatras adeptos do movimento antimanicomial haviam se autodenominado antipsiquiatras.[24]

Em síntese, a pauta negativa (desconstrutora) da criminologia crítica pode ser exposta em quatro distintos planos:

1.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos da (micro)criminologia ortodoxa (positivismo criminológico): (a) negação dos modelos consensuais de sociedade; (b) negação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente; (c) negação do caráter científico do saber criminológico e da neutralidade do criminólogo; (d) invalidação dos critérios metodológicos de constatação da criminalidade (estatísticas criminais e ambiente carcerário).

2.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos do direito penal dogmático: (a) negação dos discursos de igualdade e de imparcialidade na eleição dos bens jurídicos (criminalização primária); (b) negação do caráter positivo atribuído à sanção penal (pena útil).

3.º) Crítica às diretrizes operacionais (funcionamento) das agências e das instituições do sistema punitivo: (a) demonstração do caráter seletivo de in-

23. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...* cit., p. 160.

24. Nesse sentido, ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 166; COHEN, Stanley, op. cit., p. 8-32; RUGGIERO, Vicenzo. *Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 8-11.

cidência do controle penal (criminalização secundária); (b) demonstração das contradições existentes entre as funções reais exercidas pelo sistema penal e as funções declaradas pelo direito penal e pela criminologia (discursos oficiais e científicos de legitimação).

4.º) Crítica do sistema político-econômico que configura o sistema punitivo: (a) denúncia da funcionalidade do sistema penal para a manutenção do sistema capitalista; (b) demonstração da relação de dependência existente entre o sistema político-econômico (questões de poder e relações de produção) e o sistema de controle social punitivo.

Fundamental referir, ainda, que a pluralidade de perspectivas sugere que se compreenda a criminologia crítica como um *movimento* prático-teórico e não necessariamente como uma *escola*. O deslocamento e a identificação da crítica como um movimento permite problematizar as reais necessidades de definição de parâmetros metodológicos (método e objeto, por exemplo) e, inclusive, questionar uma espécie de *vontade de sistema* que anima alguns autores a postular um *status* científico à criminologia crítica.

Duas questões são relevantes para enfrentar este problema.

A *primeira* é a do explícito reconhecimento da ausência de uma *unidade de pensamento*, motivo pelo qual seria mais correto referir a coexistência de criminologias críticas. Todavia, apesar de a pluralidade de perspectivas ser algo nítido, sobretudo quando se comparam distintas tradições criminológicas – a criminologia anglo-saxônica, a criminologia europeia continental e a criminologia latino-americana, por exemplo –, um dos fios condutores que permitem identificar e definir esta *heterogeneidade* como uma *unidade crítica* é a efetiva *negação do pressuposto do delito natural* sustentado pelo paradigma causal-etiológico (criminologia ortodoxa). Nas lições de Thompsom, se a criminologia positivista esforçou-se para identificar o crime como um *ente natural*, a crítica afirmou sua natureza de *ente político*.[25]

A *segunda questão*, decorrente da primeira, é a da constante autocrítica a que o pensamento crítico se submete. Note-se, por exemplo, que imediatamente após a publicação da *Nova Criminologia* (1973), Taylor, Walton e Young organizam *Criminologia crítica* (1975), trabalho que procura rever alguns con-

25. "A criminologia positivista, escamoteando o fato mediante uma retórica sofisticada e palavrosa, tomou para seu objeto o criminoso, com o que, aparentemente, se livrou de enfrentar a dificuldade de transformar um ente político – o crime – em ser natural" (THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 29).

ceitos e redefinir alguns rumos. Dentre as principais problematizações inegavelmente se encontram as percepções relativas à imagem do criminoso. Conforme Larrauri e Cid, nesta primeira fase do pensamento crítico, a análise do comportamento delitivo a partir da desigual distribuição da riqueza inerente ao capitalismo havia provocado uma certa romantização do desviante como um rebelde político ou uma vítima do sistema social. Embora a percepção dos problemas derivados do determinismo econômico que caracterizou a primeira fase da criminologia crítica tenha amadurecido na década de 80, na *Criminologia crítica* surgem as primeira problematizações de que "(...) esta imagem do delinquente é insustentável quando se começa a estudar e reconhecer que o delito afeta as camadas mais pobres da sociedade. O delinquente pode ser pobre, mas seus atos se dirigem contra os pobres, os quais têm interesse em evitar estes comportamentos".[26]

3.2 Embora a postura reativa ao positivismo demarque um horizonte de atuação e defina um campo de investigação bastante fértil, é possível identificar outro fio condutor que agrega distintos pensadores críticos: a *tensão entre indivíduo e autoridade*, questão inexoravelmente latente nas práticas punitivas.

Pavarini, ao analisar os "mil saberes" que procuram compreender a criminologia, afirma se tratar de um conhecimento no qual aporta uma pluralidade de discursos que investigam uma heterogeneidade de objetos, através de incontáveis métodos não homogeneizáveis entre si. Todavia, apesar da impossibilidade de definição de um padrão, entende que há certos direcionamentos bastante claros entre estes distintos discursos que acabam por pontuar um problema comum: a *garantia da ordem social*. No fundo, portanto, haveria em cada reflexão criminológica uma "preocupação com a ordem social, com a ameaça à ordem instituída".[27] A questão que emerge desta preocupação, e que cria um critério para identificar e diferenciar os diferentes discursos, é relativa à posição do criminólogo (sua concepção de mundo) nessa conflitiva relação entre indivíduo e autoridade.[28]

O problema havia sido pontuado de forma bastante contundente pelo casal Schwendinger em *Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos?* (1975), no momento em que interpelam as teorias criminológicas sobre o seu

26. LARRAURI PIJOAN, Elena; CID MOLINÉ, José. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 241.

27. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Madrid: Siglo XXI, 1988. p. 18.

28. Idem, p. 20.

papel perante o sistema punitivo. Herman e Julia Schwendinger confrontam as teorias positivistas, reformistas e tradicionalistas, representadas por Sellin, Sutherland e Tappan, identificando um modelo tecnocrático de produção criminológica.[29] Os problemas lançados pelos Schwendingers avançam até a década de 90 na (auto)crítica pertinente que a criminologia crítica realizou em razão do encanto de certas correntes, notadamente o realismo de esquerda, com a gestão da segurança pública.[30]

3.3 A questão acerca da *identidade da criminologia crítica* como um *movimento de esquerda* e a relação deste saber contestador com o poder punitivo havia sido igualmente problematizada, com um direcionamento relativamente distinto, nas agudas críticas de Taylor, Walton e Young ao *labeling approach* e às teorias do conflito.[31]

Em 1967, porém, Becker havia publicado um seminal artigo intitulado *Whose side are we on?*, no qual procura responder as críticas advindas do *mainstream* criminológico (criminologia ortodoxa) de que a sociologia do desvio (os teóricos do *labeling approach*) apresentava leituras parciais dos problemas que investigava e que, muitas vezes, eram interpretadas como manifestos de apoio àqueles que perturbavam a ordem.[32] Em 1971, na reunião anual da Sociedade Britânica de Sociologia, Becker agrega argumentos e apresenta a primeira versão do texto que posteriormente será publicado como posfácio da edição de 1973 de Outsiders, intitulado *A teoria da rotulação reconsiderada*. No trabalho, procura responder as "críticas morais advindas de perspectivas políticas de centro e de direita; da esquerda política e do campo crítico. [Pois] as teorias interacionistas foram acusadas de auxiliar e confortar o inimigo, seja o inimigo aquele que desestabiliza a ordem existente ou o Establishment."[33]

Becker destaca que a teoria interacionista inovou em abordar temas desde perspectivas distintas e em incluir sujeitos "relativamente ignorados – aqueles

29. SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia, op. cit., p. 135-176.

30. Nesse sentido, são esclarecedoras as conclusões de COHEN, Stanley, p. 8-32.
No Brasil, atualmente, este fascínio é bastante nítido e envolve inúmeros criminólogos de esquerda na gestão das instituições punitivas e no desenvolvimento de programas eficientes no campo da segurança pública. Importante abordagem crítica sobre esta questão em MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. A criminologia crítica na encruzilhada da dominação e da transformação social. *Revista de Estudos Criminais*. São Paulo: Síntese, 2013. p. 1-24, prelo.

31. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock, p. 139-171/237-268.

32. BECKER, Howard. *Whose side*... cit., p. 239-247.

33. BECKER, Howard. *Outsiders*... cit., p. 194.

suficientemente poderosos, com poder de realizar imputações de delitos: política, tribunais, médicos, professores e pais".[34] A mudança da lente criminológica – dos desviantes (rotulados) às autoridades (rotuladores) – suscitou a crítica da quebra da imparcialidade científica e da condescendência do investigador com o desvio – crítica similar àquela de "romantização do criminoso" ("rebelde" ou "vítima" do sistema capitalista) atribuída à criminologia crítica, diga-se. A propósito, este tipo de argumento é bastante comum para desqualificar os saberes críticos, não apenas no campo criminológico: designar o pensamento desconstrutor como acientífico e ideológico, pressupondo que a produção do conhecimento (ortodoxo) é isento de influências políticas e, em decorrência desta neutralidade axiológica, dotar este discurso de validade ou *status* superior em termos científicos.

Em realidade, o interacionismo possibilitou que as autoridades e as instituições de controle social fossem confrontadas, situação que provocou, em muitos casos, uma desilusão (perda da fé) com os poderes constituídos em razão da exposição das contradições entre os discursos oficiais (funções aparentes veiculadas) e a sua realidade operacional (funções reais exercidas).[35] Assim, afirma Becker que todos os envolvidos com o desvio devem ser encarados como objetos potenciais de pesquisa e que os criadores e impositores das regras não podem ficar imunes, porque "isentar-se de estudo significa que as suas pretensões, teorias e demonstrações não estão sujeitas ao debate público".[36]

Nesse sentido, a orientação metodológica proposta pelo interacionismo não se distancia da perspectiva da criminologia crítica, inclusive no que tange aos temas (objetos) de estudo.[37] Aliás, conclui Becker que (a) a investigação do conjunto de todos os participantes desses "dramas morais" (acusados e acusadores), sem exclusão (imunização) de qualquer uma das partes, aliada (b) à

34. Idem, p. 186.

35. Alguns exemplos trazidos por Becker são significativos: "quando compreendemos como os psiquiatras escolares atuam como representantes das autoridades escolares, e não dos seus pacientes (SZASZ, 1967), perdemos parte da fé que tínhamos na psiquiatria convencional" (idem, 206).

36. Idem, p. 186.

37. "Pesquisa dessa natureza tem especial relevância moral quando possibilita inspecionar a prática de uma instituição à luz dos seus fins declarados e as descrições que realizam sobre a sua própria atividade. Em consequência, nosso trabalho [dos interacionistas] invariavelmente possui um impulso crítico quando produz algo que pode ser percebido como uma avaliação das operações da sociedade ou de suas partes" (idem, p. 206).

ênfase no poder que certas pessoas possuem de impor definições (atribuição de rótulos) para determinadas condutas ou pessoas, "conferem ao paradigma interacionista, nas circunstâncias atuais, um caráter radical". Inclusive porque tais abordagens "questionam o monopólio da verdade e da 'totalidade da história' reivindicada por aqueles que detêm posições de poder e de autoridade".[38]

4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA, CRIMINOLOGIA DA PRÁXIS: AS POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS (AGENDA POSITIVA)

4.1 O deslocamento do objeto de investigação do desviante (microcriminologia) para a estrutura político-econômica e às instituições do poder criminalizador (macrocriminologia) permite a aproximação do pensamento criminológico crítico com inúmeros movimentos sociais de defesa dos direitos humanos. A propósito, é no ambiente de luta pelos direitos civis e contra o poder militar no final da década de 60 – com as devidas peculiaridades locais: Estados Unidos (movimentos contra Guerra do Vietnã), Europa (movimentos contraculturais que eclodem nas "Barricadas do Desejo" de maio de 68) e América Latina (luta de resistência às Ditaduras Civis-Militares) – que emerge a própria criminologia crítica.

O entrelaçamento da teoria criminológica crítica com a prática política dos movimentos sociais cria um grau de organicidade que permite afirmar o nascimento de uma *criminologia da práxis*,[39] ou seja, de um saber criminológico revolucionário, subversivo e inovador que assume o caráter político da teoria e procura contribuir para a transformação da realidade social e a emancipação do homem.[40] Em uma apropriação da décima primeira das *Teses sobre*

---

38. Idem, p. 207.

39. Termo utilizado originariamente em CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172-176.

40. Leandro Konder afirma que para Marx era preciso superar a oposição entre materialismo e idealismo e reconhecer o poder do sujeito de intervir no mundo. Desta forma, seria "nesta intervenção [que] consistia a práxis, a atividade 'revolucionária', 'subversiva', questionadora e inovadora, ou ainda, numa expressão extremamente sugestiva, 'crítico-prática'" (KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1992. p. 115).
Na sequência, sintetiza: "a práxis é a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para se aprofundar de maneira mais consequente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos,

Feuerbach,[41] seria possível dizer que o norte da criminologia crítica é negar a autonomia do conhecimento em relação à realidade e promover uma ação capaz de transformá-la: "os criminólogos têm se limitado a interpretar o crime e o desvio; trata-se, entretanto, de transformar as estruturas de criminalização".

Se a teoria coirmã da criminologia crítica (ou anticriminologia) no campo dos saberes médico-psiquiátricos é a antipsiquiatria (psiquiatria crítica),[42] assim como os antipsiquiatras deram organicidade à sua teoria no movimento antimanicomial, a criminologia crítica irá projetar sua elaboração teórica em ação transformadora nas denominadas *políticas criminais alternativas*. Assim, conforme Link e Mayora, "a criminologia crítica só é criminologia na medida em que esteja desvelando a atuação do direito penal, principalmente as funções ocultas, latentes ou subterrâneas que este exerce na atual fase do capitalismo, e, a partir daí, propondo políticas criminais alternativas".[43]

4.2 A constante revisão conceitual, aliada à pluralidade de direções e à interação com os movimentos sociais, impulsiona, pois, desenhar a *segunda agenda da criminologia crítica: agenda positiva*.

---

cotejando-os com a prática", pois "(...) é na práxis que o ser humano tem que comprovar a verdade, isto é, a efetividade e o poder, a terrenalidade do seu pensamento. E Marx acrescentava: 'a controvérsia sobre a realidade ou a irrealidade do pensamento – isolado da práxis – é um problema puramente escolástico'. Práxis e teoria são interligadas, interdependentes. A teoria é um momento necessário da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, 'abstratas'" (KONDER, Leandro, op. cit., p. 115).
Roberto Lyra Filho, de forma inovadora, realiza em solo brasileiro a crítica da criminologia e do direito penal de matrizes positivistas a partir do humanismo dialético. Em *Criminologia dialética*, o conceito de práxis atravessa a investigação criminológica (LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 48-52).

41. "Os filósofos têm se limitado a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo" (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 10. ed. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 14).

42. Sobre as relações entre criminologia crítica e antipsiquiatria, conferir, Anyar de Castro, op. cit., p. 166-178; CARVALHO, Salo. *Antimanual*... cit., p. 270-311; WEIGERT, Mariana; GUARESCHI, Neuza. Mulheres em cumprimento de medida de segurança: silêncio e invisibilidade nos manicômios judiciários brasileiros. In: SILVEIRA, Raquel da Silva (org.). *Direito e psicologia: o desafio da interdisciplinaridade*. Porto Alegre: Uniritter, 2011. p. 155-169.

43. LINCK, José Antônio Gerzson; MAYORA, Marcelo. Criminologia e cultura contemporânea: três proposições para uma criminologia pós-moderna. *Sistema penal & Violência*. vol. 2. n. 2. Porto Alegre: PUC-RS, 2010. p. 106.

Logicamente que a perspectiva negativa se projeta como ação deslegitimadora das práticas punitivas. No entanto esta circunstância não incapacita a proposição de pautas positivas (construtivas) que, em decorrência da heterogeneidade das perspectivas, constituem-se como projetos políticos de distintos alcances; como plataformas de curto, médio e longo prazo; ou, apenas, como utopias concretas. Conforme o nível de agudização da crítica, ou seja, o maior ou menor grau de deslegitimação ao sistema punitivo, as perspectivas político-criminais alternativas variam e podem ser apresentadas da seguinte forma:

1.a) *Garantismo penal*: modelo teórico-normativo neopositivista, direcionado à prática judicial, fundamentado na defesa das regras do jogo processual penal como forma de tutela dos direitos fundamentais contra o poder punitivo. Incorpora as pautas político-criminais do direito penal mínimo e refuta o abolicionismo.

2.a) *Direito penal mínimo*: movimento prático-teórico de crítica aos critérios de seleção da relevância dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal (políticas de descriminalização); de crítica aos critérios quantitativos e qualitativos de determinação das penas (políticas de despenalização) e de crítica à forma carcerária de pena privativa de liberdade (políticas de descarcerização e de implementação de substitutivos penais). As perspectivas do direito penal mínimo tendem entre a crítica (garantismo) e a defesa do abolicionismo – na formulação de Zaffaroni, por exemplo, o direito penal mínimo "(...) não [pode ser compreendido] como uma meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça".[44]

3.a) *Uso alternativo do direito penal*: movimento prático-teórico, derivado da teoria crítica do direito, que procura, a partir da atuação dos atores jurídicos, explorar as lacunas e as contradições do sistema jurídico para ampliar os espaços de liberdade e restringir o poder punitivo, em sentido muito similar àquilo que Zaffaroni e Batista designam como *dogmática conseguente*.[45] Supera o garantismo penal em razão da profunda crítica ao positivismo jurídico e da aproximação epistemológica com a sociologia do direito, situação que permite explorar, de forma virtuosa, o pluralismo jurídico.

4.a) *Realismo de esquerda*: perspectiva político-administrativa de gestão do sistema punitivo e das agências de segurança pública. Pressupõe a atuação

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 106. No mesmo sentido, BARATTA, Alessandro. Che cosa... cit., p. 73.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro II. Direito penal brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 24. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança*... cit., p. 149-155.

de *experts* (criminológos), em instituições geridas por partidos políticos de esquerda, objetivando diminuir a seletividade, reduzir os danos da criminalização e da prisionalização e ampliar o rol de alternativas ou substitutivos penais. Projeta, igualmente, a construção de políticas públicas de reforma social como forma pragmática de prevenção da criminalidade. A perspectiva realista é questionada, sobretudo, pelos teóricos do abolicionismo que percebem o atuar na gestão do sistema penal como um movimento de relegitimação do poder punitivo.[46]

5.a) *Abolicionismo penal*: movimento prático-teórico que procura construir estratégias para a superação do sistema penal, das agências e instituições punitivas e da própria gramática (linguagem) criminalizadora. Inverte a lógica da

46. Ensina Shecaira que a perspectiva (neo)realista procura apresentar alternativas político-criminais e de segurança pública aos governos de esquerda, a partir de uma orientação humanitária que privilegie a defesa dos direitos e reduza os danos do sistema penal. No plano teórico, lembra que "o chamado neo-realismo de esquerda toma seu nome de realismo para contrapor-se ao idealismo, como são designados os representantes das tendências críticas em geral" (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 330).
A perspectiva realista pressupõe, pois, a necessidade de atuação no campo da prevenção do delito e na administração do sistema punitivo, de forma a produzir o menor dano possível, notadamente se a sua gestão fosse orientada por políticas conservadoras de (extrema) direita (lei e ordem, tolerância zero, por exemplo). Sobre as perspectivas e críticas do realismo de esquerda, conferir SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 330-338; e LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. p. 156-191.
No entanto, Mayora e Garcia chamam atenção para a necessidade de pensar criticamente as relações entre os campos da criminologia e o da segurança pública, o que remete ao debate sobre os distintos tipos de violência (individual e institucional) e, nos termos pontuados por Pavarini, entre *autoridade* e *liberdade*. Segundo os autores, fortemente inspirados no texto de referência do casal Schwendinger, "os objetos da criminologia e da segurança pública são distintos, e, na maior parte do tempo, conflitantes, se ao gestor e ao teórico da segurança pública cabe imaginar meios para reduzir os ruídos sociais em nome da busca por uma sociedade ordeira, ao criminológo que se posiciona a partir da tese forte de que a violência estrutural é mais importante, cabe criticar, no sentido de distinguir, as ações sociais potencialmente emancipatórias, mesmo que tais ações possam carregar algum grau de violência, ou seja, mesmo que tais ações sejam consideradas, desde o ponto de vista dos defensores da ordem, como criminosas" (MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana, op. cit., p. 2).
Sobre a necessidade de tomada de posição perante a dicotomia autoridade e liberdade, conferir PAVARINI, Massimo. Vale la pena salvar a la criminología? In: SOZZO, Maximo (org.). *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. p. 31-37.

resposta estatal, enfatizando a necessidade de criação de mecanismos de proteção e tutela às vítimas – quanto mais grave o delito, maior deve ser o apoio estatal às vítimas. Enfatiza a criação de espaços de mediação e de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos, através da superação da lógica carcerocêntrica.[47]

4.3 A pluralidade de perspectivas, em alguns pontos nitidamente conflitiva (questão relativa ao abolicionismo *versus* garantismo, por exemplo), não obstaculiza, porém, a construção de uma agenda político-criminal alternativa de base direcionada à contração do sistema punitivo. Nesse aspecto, entendidos como estratégia ou como fim, o garantismo e o direito penal mínimo parecem configurar discursos e ferramentas relativamente consensuais no pensamento crítico. Por outro lado, a vinculação de determinadas tendências teórico-críticas com os movimentos sociais organizados produziu, em certo sentido, algumas contradições aparentes, como a demanda de criminalização de certas condutas a partir da afirmação da necessidade do uso simbólico do direito penal contra as ações lesivas praticadas pelos agentes públicos ou agentes contra a coisa pública.

É interessante perceber, inclusive, que nas primeiras elaborações do pensamento criminológico crítico se afirmava a *inversão da seletividade* do direito penal, através da criminalização das condutas consideradas altamente danosas, cometidas pelos sujeitos detentores dos poderes político e econômico.

Ao analisar as perspectivas da criminologia radical em relação à criminologia tradicional, Juarez Cirino dos Santos sustenta que algumas definições legais de crime e de dano no pensamento ortodoxo (greves, dissidência política, por exemplo) são nitidamente distintas daquelas que importam à crítica (imperialismo, exploração, genocídio, dano ecológico, por exemplo). Assim, "a Criminologia Radical inverte a equação: relações sociais danosas/crime, compreendendo a exploração imperialista, as violações da autodeterminação dos povos, do direito dos trabalhadores ao controle e à administração da mais-valia produzida, os abusos de poder econômico e político, e todos os danos sociais definidos como 'crimes sistêmicos'".[48]

---

47. Perspectivas de mediação penal, especificamente em relação aos projetos de justiça restaurativa, a partir de um forte embasamento abolicionista, conferir em ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Porto Alegre, PUC, 2012. p. 112-123; e PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009. p. 37-45.

48. SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 37.

Baratta admite que, em certos casos, a função (meramente) simbólica do direito penal pode representar um "significado político importante em uma determinada fase de lutas pela afirmação dos direitos humanos, conduzidas pelos seus movimentos representativos".[49] Dentre outros exemplos, cita o caso das lutas do movimento feminista contra a violência de gênero e dos movimentos de direitos humanos pela punição dos agentes públicos responsáveis por graves delitos (mortes, sequestros, torturas e desaparecimentos), sob a justificativa da repressão aos crimes políticos, durante os regimes autoritários. Percebe o autor, contudo, que esta opção pelo direito penal simbólico, em muitos casos, é contraproducente, pois acaba, inclusive, por obstaculizar a efetiva tutela dos direitos em jogo.[50]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CRIMINOLOGIA CRÍTICA COMO CRIMINOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 A sintonia da pauta político-criminal com os movimentos sociais de defesa dos direitos humanos – aliada ao amadurecimento teórico derivado das *crises* que atingiram o pensamento crítico em geral nas últimas décadas, notadamente a partir da queda do Muro de Berlin – permite redefinir o horizonte de projeção da criminologia crítica. A propósito, a afirmação dos direitos humanos e a negação da matriz criminológica positivista possibilitam que inúmeras correntes de pensamento, mais ou menos autônomas em relação à matriz radical, sejam integradas no rol das criminologias críticas – por exemplo, criminologia feminista, criminologia cultural, criminologia *queer*, criminologia racial, criminologia ambiental (*green criminology*), criminologia pós-moderna,

49. BARATTA, Alessandro. Che cosa... cit., p. 77.

50. Sobretudo a partir da elaboração do conceito de "empresários morais atípicos", proposto por Scheerer em 1986 apud LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. p. 216-224, o debate sobre a (im)propriedade do uso do direito penal pelos movimentos sociais organizados como ferramenta de tutela dos direitos humanos é uma variável constante na pauta das políticas criminais alternativas.
A dúvida que resta parece ser sobre as (im)possibilidades de um uso controlado do direito penal. Nesse sentido, em estudo específico sobre a criminalização da homofobia e da violência doméstica, CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. *RBCCrim* 99/187-211. Interessante perspectiva sobre o tema, em importante problematização sobre a imunidade dos *poderosos* à criminalização, em PANDOLFO, Alexandre Costi et alii. Em defesa da esquerda punitiva. *Rastros* 1/3-4.

da não-violência (*peacemaking criminology*), criminologia condenada (*convict criminology*), *newsmaking criminology*, criminologia marginal, além das inesgotáveis possibilidades de interação decorrentes, como, por exemplo, a criminologia feminista negra (*black feminist criminology*).[51]

Nesse sentido, o postulado de Baratta de os direitos humanos serem encarados como *objeto* e *limite* do direito penal parece ganhar indiscutível atualidade e fornecer um inesgotável campo de investigação e uma urgente área de intervenção: "o conceito de direitos humanos assume, neste caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa relativa aos limites de intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva, direcionada à definição do objeto, possível, mas não necessário, de tutela por meio do direito penal. Um conceito histórico-social de direitos humanos oferece, em ambas as funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui a agenda prioritária de uma política alternativa de controle social."[52]

Na agenda dos direitos humanos, a criminologia crítica parece reencontrar um rumo bastante definido, hábil, inclusive, para excluir determinadas tendências utilitaristas com forte inspiração punitivista que procuram sustentar (legitimar), desde um discurso aparentemente crítico, a intervenção punitiva e a preponderância dos poderes em detrimento dos direitos – algumas (re)interpretações (criminalizadoras) do pensamento garantista operam exatamente nesse sentido. Assim, além de um campo teórico revitalizado e aberto aos movimentos sociais, a criminologia crítica como *criminologia dos direitos humanos*, nos termos propostos por Lola Anyar de Castro, abre espaço, igualmente, para intervenções político-criminais, concretizando esta necessidade visceral de contato com a realidade social (*criminologia da práxis*).

A propósito, Lola Anyar de Castro é precisa ao demonstrar o movimento pendular dos distintos discursos criminológicos que se deslocam do extremo violador ao polo protetor dos direitos humanos.[53] A reversibilidade do discurso criminológico em relação aos direitos humanos parece depender, em grande

---

51. Sobre as atuais tendências da criminologia crítica, conferir DEKESEREDY, Walter S. *Contemporary critical criminology*. New York: Routledge, 2011. p. 25-58.

52. BARATTA, Alessandro. Principios de derecho penal mínimo. In: _____. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B&dF, 2004. p. 299.

53. ANYAR DE CASTRO, Lola. La criminología crítica en el Siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística. *RBCCrim* 76/265. São Paulo: Ed. RT, jan. 2009. p. 269.

medida, da sua maior ou menor adesão às razões do poder punitivo ou, em última análise, à razão de Estado (punitivo).[54]

A "vocação antiautoritária da criminologia crítica" permite, portanto, "(...) com a sua observação permanente do exercício do poder, e concentrada na justiça social e em toda ação de democracia emancipatória generalizada, incorporar não apenas estes direitos humanos [liberdade e igualdade], mas todos os direitos humanos, para todas as pessoas".[55] Anyar de Castro adere à perspectiva de Baratta de os direitos humanos representarem os limites e o objeto do direito penal; agrega, contudo, uma função de *conteúdo* que orienta um saber criminológico que exerce a crítica externa ao direito penal, pois "a criminologia dos direitos humanos controla os poderes. Assim, deve ter sob a sua observação permanente os movimentos de toda a relação fática de poder".[56]

Além disso, a proposição de uma criminologia dos direitos humanos adquire uma capacidade crítica potencializada se a interpretação do conteúdo, a denúncia das violações e a ação de tutela dos direitos forem projetadas a partir de uma perspectiva marginal, nos termos propostos por Zaffaroni (realismo marginal). Marginal não apenas por demarcar um local periférico na geopolítica mundial (norte *versus* sul), mas, sobretudo, por identificar relações de dependência com os poderes centrais e nominar aqueles sujeitos que são objetos de violências extremas perpetradas pelo sistema penal.[57]

---

54. Nesse sentido, é fundamental que se adote uma postura crítica em relação ao próprio conceito de direitos humanos. Sobre o tema, dialogando diretamente com o saber criminológico, SÁNCHEZ RUBIO, David. Inversión ideológica y derecho penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico. In: Borges, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 137-162.

55. ANYAR DE CASTRO, Lola. La criminología... cit., p. 271.

56. "O direito penal é, para esta nova criminologia, parte do 'ser' a ser estudado e vigiado; 'Ser' ao qual deve controlar os desvios que se produzam no terreno dos valores. A criminologia dos direitos humanos controla os controles (...). Um penalista crítico e um criminólogo crítico se encontram no mesmo terreno, em um trabalho fordista de aporte, assimilação e reelaboração. O criminólogo, com os pés na terra, aporta o dado crítico exterior. O penalismo o converte em tendências modernas da dogmática" (idem, p. 289).

57. Embora Zaffaroni identifique o realismo marginal como uma perspectiva criminológica tipicamente latino-americana – "'marginal' indica não apenas a complexa conceituação do setor urbano mais atingido pelos albores do tecnocolonialismo, mas também a situação que se generaliza no plano cultural em razão de o colonialismo, o neocolonialistmo e o tecnocolonialismo iniciante originarem determinada

5.2 Conforme leciona Vera Malaguti Batista, o neoliberalismo trouxe o sistema penal para o epicentro da atuação política nas últimas décadas, conjugando a prisão com novas tecnologias de controle, de vigilância e de exclusão social.[58] Desta forma, apesar das suas crises, a criminologia crítica, no atual cenário de densificação dos processos de criminalização seletiva, que resulta no encarceramento massivo de pessoas e grupos vulneráveis, segue fornecendo instrumentos sofisticados para a compreensão das violências. Violências que são inerentes às estruturas dos poderes político e econômico e às instituições de controle social que as sustentam e as legitimam.

O reencontro com o pensamento crítico em criminologia é, portanto, muito mais do que justificado; é urgente e necessário. A perspectiva macrocriminológica permite atualizar a crítica das violências produzidas pela lógica de governança do capitalismo contemporâneo (violência estrutural) e problematizar a funcionalidade das instituições do sistema punitivo (violência institucional), sobretudo da prisão, neste cenário de hiperpunitividade.

A *crítica ao fenômeno do grande encarceramento*, bem como às práticas e aos discursos fundamentadores, configura um dos problemas centrais de um pensamento criminológico que tenha como horizonte a efetividade dos direitos humanos.

Todavia as preocupações macro não elidem a necessidade de redimensionar perspectivas microcriminológicas, desde que entendidas como projetos criminológicos de matriz crítica que produzam investigações cujo enfoque esteja direcionado aos processos de vulnerabilidade à criminalização e à vitimização que atingem indivíduos, coletivos ou grupos sociais concretos. Nesse aspecto, as tendências contemporâneas da criminologia crítica (ou pós-crítica) referidas acrescentam importantes elementos para a desconstrução e a resistência aos assujeitamentos produzidos pelas estruturas do poder político e econômico e pelas instituições do poder punitivo.

---

configuração de toda a população latino-americana que se formou sob o signo da 'marginalização'" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das* penas... cit., p. 166) –, as relações entre *centro* e *margem* ou *periferia* não são fixas. Assim, a violência do sistema penal é igualmente perceptível nas margens geográficas e culturais existente nos centros dos poderes políticos e econômicos. A perspectiva *marginal* auxilia, portanto, se identificadas as especificidades geográficas e temporais, a compreensão das violências produzidas no *centro*.

58. BATISTA, Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 99.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Porto Alegre, PUC, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANYAR DE CASTRO, Lola. La criminología crítica en el Siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 76. São Paulo: Ed. RT, jan. 2009.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? *Dei Deliti e delle Penne*. vol. 1. Roma: Abele, 1991.

_____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Criminología y dogmática penal: passado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. *Revista de Sociologia*. vol. 13. Barcelona, 1980.

_____. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. *Criminología crítica*. Universidad de Medellin, 1984.

_____. Principios de derecho penal mínimo. In: _____. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B&dF, 2004.

BATISTA, Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1991.

_____. Whose side are we on? *Journal of Social Problems*. vol. 14. 1967.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

_____. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 99. São Paulo: Ed. RT, nov. 2012.

CHINELLI, Filipina. Acusação e desvio em uma minoria. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

COHEN, Stanley. *Against criminology*. 4. ed. New Jersey, 2009.

GOLDWASSER, Maria Julia. Cria fama e deita-te na cama: um estudo de estigmatização numa instituição total. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

DEKESEREDY, Walter S. *Contemporary critical criminology*. New York: Routledge, 2011.

KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1992.

LARRAURI PIJOAN, Elena; CID MOLINÉ, José. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2001.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

LINCK, José Antônio Gerzson; MAYORA, Marcelo. Criminologia e cultura contemporânea: três proposições para uma criminologia pós-moderna. *Sistema penal & Violência*. vol. 2. n. 2. Porto Alegre: PUC-RS, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 10. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. A criminologia crítica na encruzilhada da dominação e da transformação social. *Revista de Estudos Criminais*. São Paulo: Síntese, 2013 (prelo).

PANDOLFO, Alexandre Costi et alii. Em defesa da esquerda punitiva. *Rastros*. vol. 1. Cultura e Barbárie, out. 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Madrid: Siglo XXI, 1988.

PAVARINI, Massimo. Vale la pena salvar a la criminología? In: Sozzo, Maximo (org.). *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

RUGGIERO, Vicenzo. *Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Inversión ideológica y derecho penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Schwendinger, Herman; Schwendinger, Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos. In: Taylor, Ian; Walton, Paul; Young, Jock (orgs.). *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra. In: _____; _____; _____ (orgs.). *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

_____; _____; _____. *The new criminology*. London: Routledge, 1994.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

VELHO, Gilberto. Estigma e comportamento desviante em Copacabana. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

_____. O estudo do comportamento desviante. In: VELHO, Gilberto (org.). *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

WEIGERT, Mariana; GUARESCHI, Neuza. Mulheres em cumprimento de medida de segurança: silêncio e invisibilidade nos manicômios judiciários brasileiros. In: SILVEIRA, Raquel da Silva (org.). *Direito e psicologia: o desafio da interdisciplinaridade*. Porto Alegre: Uniritter, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; _____; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal, de Joe Tennyson Velo – *RT* 886/387;
- Criminologia – Conceito e evolução, de Manoel Pedro Pimentel – *RT* 645/247;
- Objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica, de Cézar Roberto Bitencourt – *RT* 662/247;
- Problemas atuais da criminologia crítica, de Borja Mapelli Caffarena – *RT* 696/297; e
- Reivindicando a la criminología crítica: justicia social y tradición europea, de René Van Swaaningen – *RBCCrim* 32/229.

1 EVASÕES DURANTE AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS: ESTUDO EMPÍRICO DO DESEMPENHO DO INSTITUTO E DO PERFIL DO EVADIDO

Escape while on temporary release: empirical research on the institute's performance and the profile of the escapee

DANIEL NICORY DO PRADO

Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito, do curso de Especialização em Direito Público do JusPodivm e do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Unifacs. Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia, representante da Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) junto à Subcomissão de Crimes e Penas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, entre 2011 e 2012.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho consistiu em uma análise empírica das evasões durante as saídas temporárias, visando a verificar as taxas de cumprimento voluntário do instituto e a traçar um perfil do evadido, tendo, para tanto, como base empírica, o universo das saídas temporárias concedidas aos internos da Colônia Penal de Simões Filho em 2010 e 2011, a partir dos bancos de dados da Defensoria Pública na comarca e da própria unidade prisional. Primeiro, discutiu-se se os percentuais de evasão são aceitáveis. Posteriormente, desenvolveram-se hipóteses de fatores de risco de não retorno, a partir das características mais frequentes nos casos dos internos componentes do grupo, comparando-os, em seguida, a um grupo de controle. Por fim, confirmou-se

ABSTRACT: This work is an empirical analysis on prisoner escape cases while on temporary release, aiming to determine the institute's voluntary compliance rates and to create a profile of the escapee. The sample chosen, as an empirical base, is all the temporary releases granted to the inmates of Simões Filho's penitentiary during 2010 and 2011, according to the databases of the Public Defenders' Office in the vicinage and of the correctional facility. At first, the discussion centered on whether the escapee rates were acceptable or not. Then, hypothesis on escape risk factors were developed based on the most frequent characteristics of the inmates' cases comprising the sample, while comparing them to a control group. It was determined that escapees

que a morosidade judicial e o fato de estar em gozo da primeira saída influenciam as evasões.

PALAVRAS-CHAVE: Saída temporária - Evasão - Pesquisa empírica - Fatores de risco - Testagem de hipóteses.

were influenced by the slow judicial process and by their first release experience.

KEYWORDS: Temporary release - Escape - Empirical research - Risk factors - Hypothesis testing.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Informações gerais sobre o cumprimento da saída temporária - 3. Perfil do evadido: 3.1 O número de saídas temporárias antes da evasão; 3.2 O tempo de pena cumprida antes da evasão; 3.3 O cumprimento do requisito temporal para o livramento condicional antes da evasão; 3.4 As hipóteses do "marinheiro de primeira viagem" e da impaciência; 3.5 Perfil dos internos evadidos após o prazo do livramento condicional; 3.6 A hipótese da morosidade do Sistema Judicial; 3.7 A hipótese da perspectiva de permanência prolongada no cárcere; 3.8 Balanço da testagem das hipóteses explicativas da evasão - 4. Perfil dos internos do grupo de controle - 5. Comparação entre os perfis dos evadidos e dos internos do grupo de controle - 6. Conclusões - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a realizar um estudo empírico sobre as evasões de presos durante as saídas temporárias. O instituto da saída temporária, amplamente conhecido na literatura jurídica, consiste na autorização de saída do estabelecimento penal, por um período determinado e sem escolta, destinada a finalidades compatíveis com os objetivos da pena, concedida aos internos do regime semiaberto, que apresentem bom comportamento carcerário e tenham cumprido certa fração de sua pena.[1]

O retorno ao cárcere, ao fim do prazo, é voluntário e, por esse motivo, sempre há o risco de o sujeito em gozo da saída, por diversos motivos, não se apresentar à administração penitenciária no momento devido. As evasões são amplamente noticiadas pela mídia como uma suposta demonstração da fragilidade ou até mesmo da falência do instituto,[2] embora as reportagens teoricamente reconheçam a sua importância no contexto do modelo progressivo

1. PRADO, Daniel Nicory do. A saída especial no processo de execução penal na Bahia. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 137-156 e 148.
2. 113 Presidiários não voltaram da saída temporária. *Jornal O Expresso*. 04.01.2012. Disponível em: [http://jornaloexpresso.wordpress.com/2012/01/04/113-presidiarios-nao-voltaram-da-saida-temporaria/]. Acesso em: 06.01.2012.

de cumprimento da pena privativa de liberdade[3] e de sua suposta função ressocializadora.[4]

As saídas temporárias existem em diversos sistemas jurídicos, com o mesmo objetivo de reintegração social. Cezar Roberto Bittencourt afirma que o instituto "pode diminuir os efeitos prejudiciais do isolamento produzido pela pena privativa de liberdade"[5] e relata que a experiência espanhola de sua implementação teve grande êxito, não havendo, no Brasil, dados confiáveis a seu respeito.[6]

O presente trabalho tem o objetivo de suprir essa ausência, analisando as evasões por meio de uma pesquisa empírica, com ampla coleta de dados destinada a verificar o desempenho do instituto das saídas, por seus percentuais de cumprimento e, especialmente, traçar um perfil do evadido, para tentar identificar os principais fatores de risco de evasão. Para dar mais segurança às conclusões, analisar-se-á também um grupo de controle composto por internos que tenham retornado de saídas temporárias.

Para tanto, analisar-se-ão os dados disponíveis na Colônia Penal de Simões Filho (CPSF), referentes aos anos de 2010 e 2011, que correspondem a quase metade do tempo de funcionamento da unidade, inaugurada em meados de 2007.

Se, por um lado, a custódia na Colônia Penal de Simões Filho parece ser um pouco menos penosa do que a média dos cárceres – por ser uma unidade relativamente pequena, com capacidade para 244 internos, e com pouco tempo de funcionamento –, por outro, a sua localização territorial, à margem de uma rodovia em localidade distante do centro de um município da Região Metropolitana de Salvador (RMS), com poucas e caras opções de transporte coletivo,[7] e

3. Sobre o sistema progressivo de cumprimento de penas, ver Bittencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94-109; e Ximenes, Rafson Saraiva. Progressão por salto e racionalidade. In: _____; Prado, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 107-132; 108-115.

4. MARQUES, Lílian. Presos falam da expectativa para saída temporária de Natal na Bahia. Portal G1 BA. Globo.com. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/2011/12/presos-falam-da-expectativa-para-saida-temporaria-de-natal-na-bahia.html]. Acesso em: 16.09.2013.

5. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 215-216.

6. Idem, ibidem.

7. Bahia. Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. *Unidades prisionais do Estado da Bahia – Interior: colônia penal de Simões Filho*. Disponível em: [www.

o fato de abrigar presos de diversas comarcas do interior do Estado, afastadas da RMS,[8] tornam mais difícil o retorno ao estabelecimento do que às unidades prisionais alocadas na capital.

Essas características contrapostas indicam que os resultados obtidos na CPSF podem ser generalizados para as demais unidades prisionais da Bahia, para os propósitos do presente trabalho, eis que o cumprimento voluntário da saída temporária, no referido estabelecimento, seguramente, não é mais fácil do que nos demais e, por isso, os dados referentes à evasão podem ser representativos do quadro geral do sistema.

2. INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE O CUMPRIMENTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA

Para iniciar a análise das evasões, é preciso ter em vista, em primeiro lugar, a evolução da lotação da Colônia Penal de Simões Filho desde sua inauguração. Existem duas fontes confiáveis de informação a respeito da lotação histórica da Colônia Penal: (1) os livros de ocorrência preenchidos pela segurança da unidade, que trazem um relato pormenorizado de cada dia de serviço na Colônia; (2) as relações de internos periodicamente requisitadas pelos órgãos que atuam na execução penal, tais como a Defensoria Pública. Considerando a maior facilidade de acesso aos dados, optou-se por coletar as relações de internos encaminhadas à Defensoria no período.

Na tabela abaixo, perceber-se-á que não há uma uniformidade nos meses do ano escolhidos como marco para a verificação da lotação. Isso decorre do fato de as relações não serem solicitadas todos os meses, embora a frequência seja, em geral, inferior a 60 dias. Para uma análise razoável, estabeleceu-se, como intervalo relevante, um período entre 90 e 120 dias para cada inserção de dados na tabela.

A opção de recorrer aos livros de ocorrências da unidade, apenas para ter uma uniformidade total entre os meses, foi descartada, pois representaria o dispêndio de grande esforço adicional – especialmente para a obtenção dos livros antigos já arquivados – sem que a sua utilidade justifique o referido esforço, que pode ser canalizado para outras atividades no contexto da própria pesquisa.

---

sjcdh.ba.gov.br/sap/unidades_prisionais.htm#COL%C3%94NIA_PENAL_DE_SIM%C3%95ES_FILHO_%28NOVO%29]. Acesso em: 16.01.2012.

8. Prov. CGTJ 7/2010. Disponível em: [www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimentocgj072010.pdf. Acesso em: 16.01.2012. p. 19-20.

Tabela 1 – Lotação da Colônia Penal de Simões Filho entre 2008 e 2011

Mês/ano	06/08	12/08	02/09	06/09	12/09	04/10	07/10	10/10	01/11	05/11	08/11	12/11
Lotação	209	223	236	221	236	250	262	276	252	262	250	200
Excedente	+65	+21	+8	+23	+8	6	18	32	8	18	6	44

Pelos dados acima, pode-se constatar, como tendência geral, que a Colônia Penal de Simões Filho operou abaixo da capacidade durante os seus dois primeiros anos de funcionamento (2008 e 2009) e que, a partir do terceiro ano (2010), passou a funcionar com lotação ligeiramente superior à capacidade (quase nunca acima de 10%), até perto do fim do período analisado, quando houve uma queda expressiva na lotação, chegando, em dezembro de 2011, ao nível mais baixo de ocupação da unidade, com 44 vagas disponíveis.

Foi possível obter, com grande facilidade, as relações dos internos que obtiveram saídas entre os anos de 2010 e 2011, bem como as listas de evadidos no mesmo período, graças à cooperação da Coordenação de Registro e Controle da Colônia Penal de Simões Filho.

As saídas, usualmente concedidas em períodos festivos, foram reunidas em grandes grupos, por sua proximidade temporal, para facilitar a análise. A praxe, em Simões Filho, é conceder as saídas nos períodos da Semana Santa, do Dia das Mães, do Dia dos Pais, do Dia das Crianças e do Natal. Quando, por motivos operacionais, o interno deixa de receber a saída nas datas mais comuns, passa a obtê-la em feriados próximos à data originalmente prevista, como os Dias de *Corpus Christi*, Finados e da Proclamação da República.

No ano de 2011, por conta da intensa proximidade entre o Dia das Mães e a Semana Santa, as saídas para esses períodos não foram concedidas simultaneamente, em razão do disposto no art. 124, § 3.°, da LEP (Lei de Execução Penal),[9] que proíbe sua a concessão num intervalo inferior a 45 dias.

Pode-se observar, de logo, durante todo o período analisado, que as taxas de evasão são muito parecidas, oscilando entre 5,76% (na Semana Santa de 2010) e 10,76% (no grupo Dia das Crianças + Proclamação da República de

9. "Art. 124. (...).
§ 2.° Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. (Renumerado do parágrafo único pela Lei 12.258/2010).
§ 3.° Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (Incluído pela Lei 12.258/2010)".

2010). Essa grande semelhança se reflete no cômputo geral de saídas e evasões: somando todas as atividades dos anos de 2010 e 2011, constata-se que foram concedidas 993 saídas temporárias aos internos da Colônia Penal de Simões Filho, tendo havido 83 evasões, ou seja, 8,35% do total das concessões.

Os dados detalhados, para cada período, podem ser observados na tabela abaixo:

Tabela 2 – Saídas e evasões da Colônia Penal de Simões Filho entre 2010 e 2011

Saídas	88	118	105	130	120	121	123	110	78
Taxa	5,68%	8,47%	8,57%	10,76%	8,33%	6,61%	9,75%	7,27%	8,97%

Apenas para demonstrar a pertinência da generalização a ser realizada a partir do caso da Colônia Penal de Simões Filho, é interessante observar um dado divulgado pela imprensa, segundo o qual a média nacional de evasões, na saída temporária de Natal de 2011, foi de 5,3%, ou seja, de 2.300 evadidos num total de 43.344 internos que obtiveram a autorização.[10] Desta forma, a CPSF, pelos motivos expostos na introdução (distância da capital, das cidades de origem dos presos, e escassez de meios de transporte público), apresenta percentual de evasões não muito superior à média nacional, sendo, portanto, um universo de análise representativo de um universo mais amplo, o do sistema prisional brasileiro.

Os dados sobre as evasões, presentes na tabela acima, levam à mesma indagação que está subjacente, com muita frequência, no discurso da mídia, como se pode perceber, por exemplo, nas reportagens mencionadas ao longo deste trabalho: o instituto da saída temporária, é, na prática, uma iniciativa de

10. STOCHERO, Tahiane. Mais de 2,3 mil presos que saíram nas festas de fim ano não retornaram. *G1 Brasil*. 12.01.2012, 13h09. Disponível em: [http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/01/mais-de-23-mil-presos-que-sairam-nas-festas-de-fim-ano-nao-retornaram.html]. Acesso em: 16.01.2012. Disponível também em: [www.atribuna.com.br/imprimir.asp?idnoticia=131402&idDepartamento=11&idCategoria=0]. Acesso em: 16.01.2012.

reintegração social bem sucedida? Para respondê-la, o percentual de retorno voluntário ao cárcere não é a única variável, mas, certamente, é a primeira, e se o seu valor for insatisfatório, isso já é suficiente para levantar dúvidas sobre a idoneidade do instituto.

O retorno de 91,65% dos internos, em gozo de saída temporária, será insatisfatório apenas para quem considerar que toda e qualquer evasão é suficiente para deslegitimar o instituto. Contra uma interpretação assim tão radical, só é possível responder a partir de uma fundamentação filosófica mais ampla: exigir 100% de retorno é desconhecer que o homem é um ser essencialmente livre, e que qualquer regra de conduta não só está sempre sujeita a ser descumprida, como só existe porque há a possibilidade de descumprimento.[11] Generalizando essa posição radical, se se entender que uma regra de comportamento só é bem sucedida quando há 100% de cumprimento voluntário, estar-se-á decretando, de forma inapelável, a falência e a inutilidade de toda a ordem jurídica. Essa postura também representa um desconhecimento da essencial falibilidade humana.[12] Por não ser perfeito, entre muitas outras coisas, nem sempre o homem se comporta tal como deveria, tal como se esperaria dele, e, além disso, seus atos frequentemente produzem efeitos diversos dos pretendidos.[13]

Superada a questão e passando a uma análise mais racional e mais ponderada do percentual de evasão nas saídas temporárias, é preciso encontrar, embora não seja fácil, um parâmetro de comparação para o melhor julgamento do sucesso ou insucesso do instituto das saídas.

Embora toda decisão metodológica dessa natureza seja criticável, optou-se, no presente trabalho, por estabelecer as taxas de comparecimento e de abstenção eleitoral como parâmetros para o sucesso ou insucesso do instituto das saídas temporárias. A escolha não é arbitrária: em primeiro lugar, o sistema eleitoral brasileiro (não confundir com o sistema político) é frequentemente elogiado como um dos mais avançados e eficientes do mundo, exemplo de organização e garantidor da representatividade da democracia. O ponto mais criticado do sistema eleitoral é o voto obrigatório, mas é precisamente essa ca-

11. Sobre a liberdade como condição de existência do Direito, ver Hegel, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12-32.

12. Sobre a falibilidade como característica inafastável do homem, ver Popper, Karl. *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 302-321.

13. Idem, p. 452-466.

racterística que permite uma comparação mais apropriada com as saídas temporárias, eis que, tanto quanto retornar ao final do prazo estabelecido, o ato de votar, com algumas exceções, também é uma obrigação, de acordo com a previsão expressa do art. 14, § 1.º, da CF.[14]

Sendo assim, pretende-se comparar o cumprimento de duas obrigações (votar e retornar de saídas temporárias), muito diferentes uma da outra. Simplificando-o ao extremo, o ato de votar representa o exercício de uma das formas de interferência do cidadão no destino político do país, cujo ônus é, tão somente, o deslocamento, num dia de domingo, para o local de votação, o comparecimento à seção eleitoral, o aguardo na fila e o dispêndio de alguns segundos ou, no máximo, minutos perante a urna eletrônica; e cuja sanção pelo descumprimento é a restrição provisória ao exercício de diversos direitos relacionados com a máquina estatal, como a participação em concursos públicos, até que haja a regularização, pela justificativa ou pelo pagamento de multa, de acordo com o art. 7.º do Código Eleitoral.[15]

---

14. "Art. 14. (...).
§ 1.º O alistamento eleitoral e o voto são:
I – obrigatórios para os maiores de 18 (dezoito) anos;
II – facultativos para:
a) os analfabetos;
b) os maiores de 70 (setenta) anos;
c) os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos."

15. "Art. 7.º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367. (Redação dada pela Lei 4.961, de 04.05.1966).
§ 1.º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:
I – inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;
II – receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;
III – participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;
IV – obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;

Por outro lado, o retorno voluntário e no prazo da saída temporária é o dever correspondente ao exercício do próprio direito à saída, cujo ônus é o abandono do breve período de liberdade (sete dias)[16] obtido após um período mais ou menos longo de prisão, e a volta ao cárcere, e à opressão inerente a qualquer instituição total, e isso sem discutir as reais condições de cumprimento da pena no país; e cuja sanção pelo descumprimento é a regressão para o regime fechado,[17] em que permanecerá sem contato com o mundo exterior, salvo em casos excepcionalíssimos e mediante escolta policial,[18] até voltar a preencher os requisitos para nova progressão.[19]

A obrigação de retornar ao sistema prisional, após a saída temporária, para permanecer por pelo menos 45 dias, até a próxima autorização, é imensamente mais penosa do que a de ocupar parte de um domingo para se deslocar ao local de votação. As sanções pelo descumprimento são mais ou menos correspondentes à condição jurídica de cada sujeito obrigado (cidadão/eleitor e cidadão/apenado) e, por isso, não serão discutidas mais a fundo.

Feitas essas ressalvas quanto às possibilidades de comparação entre os deveres de votar e de retornar das saídas temporárias, cabe agora analisar os

---

V – obter passaporte ou carteira de identidade;
VI – renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;
VII – praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou Imposto de Renda."

16. "Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano."

17. "Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (...)."

18. "Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:
I – falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;
II – necessidade de tratamento médico (parágrafo único do art. 14).
Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso."

19. Para uma leitura crítica do instituto da regressão de regime, ver SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 473-502.

dados referentes à abstenção nas eleições presidenciais de 2010. As tabelas abaixo, que representam o comparecimento de eleitores no Brasil e na Bahia nos dois turnos da eleição, foram compostas a partir dos dados obtidos no sítio de Internet do TSE.[20]

Tabela 3 – Comparecimento e abstenção nas eleições presidenciais de 2010 no Brasil

Turno	Eleitorado	Comparecimento	Abstenção	Percentual
1.º	135.804.043	111.193.747	24.610.296	18,12%
2.º	135.803.366	106.606.214	29.197.152	21,49%

Tabela 4 – Comparecimento e abstenção nas eleições presidenciais de 2010 na Bahia

Turno	Eleitorado	Comparecimento	Abstenção	Percentual
1.º	9.544.368	7.486.735	2.057.633	21,55%
2.º	9.544.691	7.178.205	2.366.486	24,80%

O resultado demonstra que a abstenção é sempre maior no segundo do que no 1.º turno, e, no Brasil, oscilou entre 18,12% e 21,49%, enquanto, na Bahia, ficou entre 21,55% e 24,82%. Assim, em todos os quatro universos analisados (Brasil – 1.º turno, Brasil – 2.º turno, Bahia – 1.º turno e Bahia – 2.º turno), o percentual de abstenção eleitoral é maior do que o dobro do percentual de evasão nas saídas temporárias estudado neste trabalho.

O fenômeno da abstenção é interpretado pelos cientistas sociais e pela mídia como parte importante de um problema específico do sistema eleitoral nas democracias representativas (a alienação eleitoral),[21] que tem o poder de influenciar o resultado de disputas muito acirradas, em função da distribuição desigual das abstenções,[22] e cujo crescimento pode indicar uma crise do pró-

20. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Eleições 2010. Estatísticas de Resultado – Quadro de Comparecimento*. Disponível em: [www.tse.gov.br/hotSites/estatistica2010/Est_resultados/quadro_comparecimento.html]. Acesso em: 11.01.2012.

21. Borba, Julian. As bases sociais e atitudinais da alienação eleitoral no Brasil. *Revista Debates*. vol. 2. n. 2. 2008. p. 134-157. Disponível em: [www.seer.ufrgs.br/debates/article/download/6989/4559]. Acesso em: 16.01.2012.

22. Costa, Fernando Nogueira da. *Abstenções em eleições*. Disponível em: [http://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2010/10/06/abstencoes-em-eleicoes/]. Acesso em: 16.01.2012.

prio instituto da representação política,[23] mas, que nem assim é suficiente para decretar a falência do sistema eleitoral como um todo.

Por outro lado, muitas notícias sobre o balanço de evasões nas saídas temporárias enfatizam, em suas manchetes, o número absoluto de internos que não retornaram, com um discurso alarmista e de deslegitimação do instituto, mesmo quando o percentual de evasão é ínfimo,[24] ao invés de avaliá-las também como um problema pontual de sua implementação, como sugerem os baixos números relativos de não retorno, quando comparados ao total dos internos que obtiveram a autorização no mesmo período.

A coleta de dados mostra que, no mesmo período (anos de 2010 e 2011), o apenado baiano foi bem mais disciplinado no cumprimento de uma obrigação do que o eleitor brasileiro e, especialmente, do que o eleitor baiano. Não se desconhece que outras variáveis ficaram de fora da análise: no caso das saídas, pode-se cogitar, mesmo no caso dos internos que retornaram no prazo, quantos deles praticaram delitos durante o período, sem que esse fato tenha chegado ao conhecimento do aparato repressor do Estado. No entanto, no caso do comparecimento às urnas, também não se está estudando a prática de crimes, como a inscrição fraudulenta e o recebimento de vantagens para votar ou se abster.

Em resumo, a ausência de tais informações, que poderiam ser chamadas de "cifras ocultas"[25] do comportamento criminoso do apenado e do eleitor, não impede a análise do cumprimento da obrigação básica – votar, retornar da saída –, podendo-se afirmar que o percentual de comparecimento voluntário do preso ao final do prazo determinado (91,65%) é plenamente satisfatório e permite a conclusão de que, pelo menos sob esse aspecto, a saída temporária é, sim, uma iniciativa bem sucedida de integração social e de exercício da liberdade e da autodisciplina.

---

23. SANTOS, Homero Costa dos. *Alienação eleitoral no Brasil: uma análise dos votos brancos, nulos e abstenções nas eleições presidenciais (1989-2002)*. Dissertação de Doutorado em Ciências Sociais. São Paulo, PUC, 2006. Disponível em: [www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4211]. Acesso em: 16.01.2012.

24. G1 MS. Presídios no interior de MS registram 24 evasões na saída temporária. *G1 Mato Grosso do Sul*. 12.01.2012, 10h40. Disponível em: [http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/01/presidios-do-interior-de-ms-registram-24-evasoes-na-saida-temporaria.html]. Acesso em: 16.01.2012.

25. Sobre as cifras ocultas da criminalidade, resultantes da incompletude seletiva das estatísticas oficiais, ver Sutherland, Edwin. H. *Princípios de criminologia*. Tradução de Asdrubal Mendes Gonçalves. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1949. p. 40-61.

3. PERFIL DO EVADIDO

Feita a constatação inequívoca de que as saídas temporárias são uma iniciativa bem sucedida, apesar dos problemas existentes, sobretudo após a comparação dos percentuais de evasão em saídas com as taxas de abstenção eleitoral, é preciso ir além e identificar, dentre os poucos internos que deixaram de retornar no prazo devido, as características mais comuns, para tentar traçar um perfil do evadido e perceber se é possível, com os dados disponíveis, identificar os principais fatores de risco de descumprimento da obrigação.

É importante observar que o presente trabalho não pretende estudar os motivos declarados pelo próprio interno acerca da sua evasão, por duas razões: primeiro, eles só são acessíveis no caso dos presos recapturados, que são convocados para uma audiência de justificação prevista no art. 118, § 2.º, da LEP;[26] segundo, porque, mesmo nesses casos, o motivo declarado – independentemente da discussão acerca da sua legitimidade ou veracidade – pode não ser o único ou mesmo o determinante para o não retorno, sendo mais viável acreditar numa convergência de causas.

Se não é possível desvendar, dada a complexidade da escolha e das consequências para a vida do interno, com toda a segurança, a causa determinante de cada evasão, pelo menos algumas hipóteses podem ser evidenciadas pela análise dos dados.

É preciso ter em mente que o dado, enquanto realidade objetiva, nada diz por si só, mas o seu tratamento, resultante de diversas decisões metodológicas, desde a pergunta que orienta a coleta até a interpretação do material obtido, é que leva às conclusões verdadeiramente úteis e interessantes. Tanto isso é verdade que as discussões mais frutíferas a respeito de pesquisas empíricas não apenas questionam a interpretação do autor, mas vão além e indagam o motivo para a omissão de determinadas perguntas orientadoras da coleta.

A fonte para a análise do perfil do evadido foi o banco de dados da Defensoria Pública em Simões Filho, que mantém registros fieis sobre o perfil e a trajetória prisional de todos os internos que passaram pela unidade no período estudado.

As perguntas que orientaram a coleta de dados surgiram da necessidade de testar algumas hipóteses formuladas pelo autor, a partir da observação da atu-

26. "Art. 118. (...).
§ 2.º Nas hipóteses do inc. I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado."

ação prática dos Defensores Públicos. Elas dizem respeito a diversos aspectos do perfil do evadido, desde o número de saídas cumpridas regularmente antes da evasão, ao tempo de pena cumprida antes do não retorno, ao atendimento dos pedidos do sentenciado no curso do processo de execução.

A discussão a seguir começará com a análise de uma única variável para cada pergunta, para, em seguida, tornar-se mais complexa, combinando as variáveis anteriormente descritas para tentar obter respostas mais precisas e mais reveladoras.[27]

3.1 *O número de saídas temporárias antes da evasão*

Já há algum tempo, a hipótese do "marinheiro de primeira viagem" chama a atenção, pela frequência com que se observa a evasão de internos em sua primeira saída. A tabela abaixo organiza os evadidos em função do número de saídas anteriores à evasão, ou seja, o número de saídas regularmente cumpridas pelo interno.

Tabela 5 – Número de Saídas Temporárias antes da evasão

Saídas anteriores	Número de evadidos	Percentual
0	37	44,57%
1	15	18,07%
2	12	14,45%
3 a 5	7	8,43%
6 a 10	7	8,43%
Mais de 10	5	6,02%

Reunir os dados desta forma, excluindo da análise a própria saída de que resultou e evasão, tem a vantagem de permitir a visão, com mais clareza, da gradual assunção, pelos internos, do dever de autodisciplina inerente aos regimes mais brandos de execução da pena.

Pelos dados ora apresentados, parece que a hipótese do "marinheiro de primeira viagem" foi confirmada, eis que, do total de evadidos, 83 (oitenta e três),

27. Para uma explicação sucinta do manejo de variáveis e indicadores em pesquisas jurídicas, ver Gustin, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 81-83.

37 (trinta e sete) deles, ou 44,57%, deixaram de retornar logo de sua primeira saída, ou seja, antes de terem vivido a experiência de retornar ao cárcere após o breve período de liberdade.

Quanto mais arraigada está a vivência do retorno, o percentual de evasão cai: 18,07% dos evadidos retornaram 01 (uma) vez, 14,45% deles haviam retornado 02 (duas) vezes, e assim por diante. Como há um número menor de internos, na unidade, com muitas saídas, quando comparado ao de internos novos e com poucas saídas, os sentenciados, a partir de 03 (três) retornos, foram agrupados em categorias maiores (3 a 5, 6 a 10 e mais de 10), para evitar a distorção. É bastante significativo o fato de apenas 22,89% dos evadidos serem apenados que haviam retornado de mais de duas saídas anteriores.

Mais uma vez, parece confirmada a hipótese de que a aposta na autodisciplina do condenado e, em última análise, no seu livre arbítrio, que está na essência do sistema progressivo e das próprias saídas, é bem sucedida, visto que os internos, em sua esmagadora maioria, retornam (91,65%) e, mesmo entre os que não retornaram, quanto mais arraigada está a experiência das saídas anteriores, menor é a evasão.

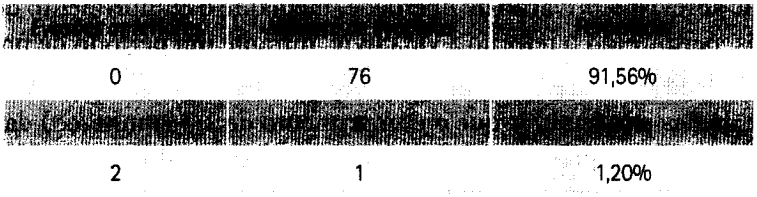
Os referidos dados parecem refutar outra hipótese, contrária à do "marinheiro de primeira viagem", que é da "impaciência" ou "exaustão", ou seja, a de que os internos se evadiriam por não suportarem mais a experiência de tantos retornos ao cárcere.

Sem embargo, a hipótese da "impaciência" pode ser resgatada posteriormente, com modificações, a partir de uma análise específica do perfil dos 22,89% de evadidos que haviam retornado de mais de duas saídas.

Antes de prosseguir, é preciso fazer mais um registro metodológico: são consideradas "saídas anteriores" apenas as obtidas pelo preso desde o seu ingresso na Colônia Penal de Simões Filho. Sendo assim, caso o preso tenha tido saídas em outra unidade, ou na própria CPSF e, durante uma delas, tenha ficado evadido, e retornado após recaptura ou reapresentação tardia, ele será incluído no grupo dos internos sem nenhuma saída anterior.

Essa decisão metodológica quer privilegiar a análise do comportamento do preso dentro da CPSF durante o período estudado, deixando de fora a sua atitude em outros locais e em outras evasões. Na tabela abaixo, indica-se, para fins de registro, o número de evasões anteriores que cada preso teve antes do ato de não retorno registrado no período em estudo:

Tabela 6 – Numero de evasões anteriores à atual



Veja-se que, para a grande maioria (91,56%), a evasão em estudo foi o seu primeiro descumprimento do dever de retornar. Como o grupo de "evasores reincidentes" é muito reduzido (8,44% do total), é difícil conceber, pelo menos nesse momento, qualquer tipo de generalização a partir do dado coletado.

3.2 O tempo de pena cumprida antes da evasão

Para começar a delinear a hipótese da "impaciência" ou "exaustão", é preciso observar o tempo de pena cumprida por cada interno antes da evasão. O padrão do "marinheiro de primeira viagem" poderia sugerir que a maioria dos evadidos estava no início do cumprimento da pena.

A tabela abaixo aponta no sentido contrário: apenas 28,91% dos sentenciados haviam cumprido menos de 1/3 (um terço) da pena na data da evasão. A escolha dos parâmetros de 1/3 (um terço), 1/2 (metade) e 2/3 (dois terços) da pena não é arbitrária; ao contrário, baseia-se nos requisitos temporais para a concessão do Livramento Condicional, previstos no art. 83 do Código Penal,[28]

28. "Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)
I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)
II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)
III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)
IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)
V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei 8.072, de 25.7.1990)

o mais importante dos institutos da Execução Penal, pois, na prática, tem o condão de abreviar a privação de liberdade, mediante o cumprimento de certos requisitos, permitindo o retorno à vida livre, durante um período de prova, até a extinção da pena.

Não é demasiado lembrar que o cumprimento de 1/3 (um terço) da condenação não significa o preenchimento, em todos os casos, do requisito temporal para o livramento, tanto que, no item a seguir, o prazo para o livramento será mais uma variável analisada.

Por outro lado, a fração de 1/3 (um terço) é um bom parâmetro para o teste da hipótese da "impaciência", eis que representa o dobro do requisito temporal mínimo para a saída temporária, que é, segundo a Lei de Execuções Penais, de 1/6 (um sexto) para réus primários, e de 1/4 (um quarto) para os reincidentes.[29] Ou seja, 71,09% dos evasores já haviam cumprido mais que o dobro do tempo necessário para a obtenção da saída.[30]

Para aprofundar a análise, verificar-se-á, mais à frente, quantos dos "marinheiros de primeira viagem" haviam cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena por ocasião da evasão. No entanto, é preciso observar que a obtenção da primeira saída após o cumprimento de mais de 1/3 (um terço) da pena pode representar não necessariamente um retardo na concessão durante o regime semiaberto: pode, ao contrário, indicar o cumprimento de um longo período de prisão provisória, para aqueles com regime inicial semiaberto, ou, ainda, a permanência, por muito tempo, em regime fechado, antes da progressão.

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir."

29. "Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: (...)
II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente."

30. A discussão sobre a obrigatoriedade do cumprimento desse requisito temporal extrapola os limites do presente trabalho, mas pode ser encontrada em MARTINS, André Maia de Carvalho. A Saída temporária e a (in)exigibilidade do requisito objetivo ao preso que inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal 2: por um discurso emancipatório democrático*. No Prelo, 2012.

Tabela 7 – Fração de pena cumprida antes da evasão

Fração da Pena	Número de Evadidos	Percentual
Menos de 1/3	24	28,91%
De 1/3 a 1/2	21	26,50%
De 1/2 a 2/3	22	26,50%
Mais de 2/3	10	12,05%

3.3 O cumprimento do requisito temporal para o livramento condicional antes da evasão

Se o dado a respeito da fração de pena já cumprida, por si só, não é tão significativo, um tratamento preliminar do dado bruto permite conclusões mais relevantes. A tabela abaixo é o resultado da interpretação das frações de pena cumprida a partir dos critérios jurídicos para a concessão do livramento condicional. Tais critérios são objetivos e subjetivos, relacionados à pena cumprida, ao fato praticado, à conduta do sentenciado durante a execução, às suas perspectivas de futuro e à repercussão para a vítima, e podem ser, em princípio, encontrados no art. 83 do CP, embora a sua redação seja notoriamente lacunosa e ambígua.

Os problemas de interpretação disso resultantes podem levar a uma discordância na análise do material coletado, eis que, a depender da postura do intérprete, o número de evadidos que haviam preenchido o requisito temporal para o livramento poderá ser maior ou menor. Nos casos problemáticos, adotou-se, neste trabalho, o entendimento predominante dos Tribunais Superiores, que não necessariamente representam a posição pessoal do autor.

Embora sejam diversos os critérios, propõe-se a discussão, no presente trabalho, de apenas um deles: o requisito temporal. Cabe lembrar que, se obtiveram saída temporária, os sentenciados também haviam preenchido outro critério: o do comportamento carcerário satisfatório, previsto no art. 83, III, do CP.

Quanto ao tempo necessário para o Livramento, o art. 83, I, do CP, indica ser cabível o livramento condicional desde que "cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes", o inc. II do mesmo artigo exige que seja "cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso"; e, por fim, o inc. V diz que deve ser "cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza".

De logo, percebem-se duas situações jurídicas a respeito das quais o Código Penal se omitiu: a dos sentenciados primários com maus antecedentes, e a dos reincidentes em crimes hediondos ou equiparados.

Quanto ao fato de não haver previsão específica do requisito temporal para o livramento, tem-se um dos mais evidentes exemplos de lacuna do ordenamento jurídico. Levando-se em conta o princípio da taxatividade da lei penal, de que decorre a proibição da analogia prejudicial ao réu,[31] só resta conceder o livramento condicional, aos primários com maus antecedentes, no mesmo prazo fixado para os primários com bons antecedentes, pois equipará-los aos reincidentes seria exatamente a analogia *in malam partem*, proibida na seara penal.

Embora alguns julgados mais antigos do STJ tenham aplicado, aos primários com maus antecedentes, o mesmo requisito temporal dos reincidentes,[32] a atual orientação do STJ é a aplicação do prazo de um terço da pena, equiparando-os aos primários com bons antecedentes.[33]

Quanto à reincidência específica em crimes hediondos ou equiparados, a pena deverá ser cumprida integralmente em algum dos regimes de privação de liberdade previstos em lei, no sistema progressivo.[34]

Ainda há uma terceira questão, a do cumprimento conjunto de pena por crime hediondo ou equiparado e crime comum. Nesse caso, o STJ já decidiu que o requisito temporal para o livramento é cumprido com a soma de dois terços da condenação pelo crime hediondo e de um terço ou metade, conforme o caso, da pena do crime comum.[35]

Tabela 8 – Cumprimento do requisito temporal para o Livramento antes da evasão

Haviam cumprido	38	45,78%

31. Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26-29.

32. STJ, HC 12.075, 5.ª T., rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 11.12.2000.

33. STJ, HC 102.278, 6.ª T., rel. Des. Convocada Jane Silva, *DJ* 03.04.2008; HC 39.259, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 01.07.2005.

34. STJ, HC 84.189, *DJ* 14.04.2008.

35. STJ, HC 23.942, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 19.12.2002.

A tabela acima é mais uma indicação de que, pelo menos como causa mais frequente, a hipótese da impaciência pode ser descartada, já que a maioria dos internos (54,21%) ainda não havia preenchido o requisito para o livramento condicional.

No entanto, há uma minoria expressiva (45,78%) de evadidos após o cumprimento do requisito temporal do livramento condicional, indicando que esse subgrupo merece uma análise mais aprofundada para o teste da validez da hipótese da impaciência no seu caso específico.

3.4 As hipóteses do "marinheiro de primeira viagem" e da impaciência

Até então, as análise de dados vinham sendo feitas com base numa única variável (número de saídas, de evasões, fração de pena etc.) observada em todo o grupo de análise (evadidos). A partir de agora, formar-se-ão subgrupos específicos para a análise das mesmas e de outras variáveis, para o teste da hipótese da impaciência, que nem foi cabalmente refutada nem cabalmente confirmada até o momento.

Primeiro, é preciso verificar o cruzamento das variáveis "fração da pena" e "prazo do livramento" com a variável "número de saídas anteriores". As tabelas abaixo apresentam a fração de pena cumprida para os subgrupos dos extremos da variável "numero de saídas anteriores": respectivamente, os internos evadidos sem nenhum retorno anterior e aqueles evadidos depois de mais de dois retornos no prazo:

Tabela 9 – Fração da pena cumprida pelos evadidos na primeira saída

Menos de 1/3	17	45,94%
De 1/2 a 2/3	11	29,72%

Como era de se esperar, o percentual de evadidos na primeira saída com mais de 1/3 (um terço) da pena cumprida (54,03%) é menor do que o percentual geral dos evadidos que haviam cumprido a mesma fração (71,09%, tal como indicado no item 3.2), o que, de alguma forma, demonstra que a hipó-

tese do "marinheiro de primeira viagem", mencionada desde o item 3.1, pode mesmo ter pertinência.

Ainda assim, o fato de a maioria absoluta dos evadidos (54,03%) desse subgrupo ter recebido a sua primeira saída somente depois de terem cumprido o dobro do tempo necessário permite a formulação de outra hipótese, relacionada com a da impaciência, mas que merece menção específica: a hipótese da morosidade do sistema judicial. Mais à frente, discorrer-se-á sobre ela com mais detalhes.

A demora para a concessão da primeira saída pode ter algumas causas – como a demora para obter a progressão para o regime semiaberto, o tempo excessivo de prisão provisória, a demora para a regularização processual do apenado na comarca, e a demora para a apreciação do próprio pedido de saídas, entre outras – que serão estudadas se puderem fornecer material para o teste da hipótese.

Deixada de lado, por enquanto, a questão, passar-se-á a analisar a fração da pena cumprida pelo subgrupo de internos que se evadiram após o segundo retorno de saídas anteriores:

Tabela 10 – Fração da pena cumprida pelos evadidos após o segundo retorno

Fração da Pena	Número de Evadidos	Percentual
Menos de 1/3	2	11,11%
De 1/3 a 1/2	7	38,88%
De 1/2 a 2/3	4	22,22%

A tabela acima começa a fortalecer a validez da hipótese da impaciência, pelo menos para o subgrupo dos evadidos após o segundo retorno, eis que 88,87% deles já haviam cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena no momento da evasão. Repita-se, o cumprimento dessa fração, por si só, não representa o cumprimento do requisito para o livramento, nem, nesse subgrupo, a demora para a concessão das saídas, eis que se trata de internos que já haviam recebido anteriormente a autorização.

O próximo passo é observar os mesmos subgrupos a partir da variável do cumprimento do requisito temporal para o livramento:

Tabela 11 – Cumprimento do requisito do livramento pelos evadidos na primeira saída

Requisito temporal para o Livramento	Número de Evadidos	Percentual
Haviam cumprido	16	43,24%
Não haviam cumprido	21	56,76%

Tabela 12 – Cumprimento do requisito do livramento pelos evadidos após o segundo retorno

Requisito temporal para o Livramento	Número de Evadidos	Percentual
Haviam cumprido	10	55,55%
Não haviam cumprido	8	44,44%

Em ambos os subgrupos, os percentuais de cumprimento do requisito temporal para o livramento (43,24% e 55,55%), são semelhantes ao percentual de todos os evadidos (44,57%), ao contrário da grande divergência que se observou na comparação dos subgrupos segundo a variável da fração da pena.

Como esse dado ainda não diz o suficiente, é preciso eleger outro subgrupo para análise pormenorizada. A partir de agora, tratar-se-á do subgrupo dos internos evadidos após o cumprimento do requisito para o livramento.

3.5 *Perfil dos internos evadidos após o prazo do livramento condicional*

A primeira variável a ser observada quanto aos evadidos que já haviam cumprido o prazo para o livramento condicional é o tipo de assistência judiciária recebida. A tabela abaixo informa os números e percentuais de internos atendidos, respectivamente, por defensor público e por advogado particular, dentro do subgrupo dos evadidos após o prazo do livramento:

Tabela 13 – Tipo de assistência judiciária dos evadidos após o prazo do livramento

Tipo de assistência	Número de Evadidos	Percentual
Defensor Público	29	76,31%
Advogado Particular	9	23,68%

É preciso ir além e perquirir a qualidade de cada tipo de assistência. São muitos os indicadores possíveis (facilidade de acesso da família ao profissional, quantidade de entrevistas pessoais e de contatos telefônicos com o interno, documentação anexada aos pedidos etc.), mas o fato de esse trabalho ser baseado num banco de dados da Defensoria Pública impede a coleta de diversos elementos dos casos acompanhados por advogados particulares, que permitiriam uma comparação mais profunda.

No entanto, pelo menos um indicador de qualidade, suficientemente importante, pode ser encontrado com a complementação da base da Defensoria pelo sistema de consulta processual do TJBA: o fato de, no momento da evasão, já haver pedido de livramento condicional em tramitação na Vara de Execuções Penais.

As tabelas abaixo apresentam quantidade e percentuais de pedidos de livramento para cada subgrupo de internos segundo o tipo de assistência prestada:

Tabela 14 – Pedidos de livramento para os evadidos assistidos pela Defensoria

Evadidos assistidos pela Defensoria	Número de evadidos	Percentual
Com pedido de livramento antes da evasão	23	79,31%
Sem pedido de livramento antes da evasão	6	20,68%

Tabela 15 – Pedidos de livramento para os evadidos assistidos por advogado

Evadidos assistidos por advogado	Número de evadidos	Percentual
Com pedido de livramento antes da evasão	4	44,44%
Sem pedido de livramento antes da evasão	5	55,55%

Pelo menos dentro do período analisado e do subgrupo dos evadidos após o cumprimento do prazo para o livramento, e considerando o indicador acima, a qualidade da assistência prestada pela Defensoria Pública foi superior à prestada por advogados particulares (79,31% contra 44,44% de pedidos formulados antes da evasão), refutando a hipótese de que a morosidade se deve à insuficiência do serviço público de assistência judiciária.

3.6 A hipótese da morosidade do Sistema Judicial

Por ora, no entanto, prosseguir-se-á com a análise dos dados para a testagem da hipótese da morosidade judicial como causa determinante das evasões.

Para tanto, a tabela abaixo reúne os dados dos evadidos após o cumprimento do prazo para livramento, independentemente do tipo de assistência prestada, para observar o efeito da morosidade dos órgãos do Poder Judiciário.

Tabela 16 – Pedidos de livramento formulados antes da evasão do interno

Evadidos que pedido a Progressão	Assistidos pela Defensoria Pública	Assistidos por Advogado	Total	Percentual
Com pedido de antes da evasão	23	4	27	71,05%
Sem pedido de antes da evasão	6	5	11	28,94%

A tabela acima demonstra que, em 71,05% dos casos, os internos evadidos, após o cumprimento do requisito temporal para o livramento, já haviam formulado o pedido, por meio de seus patronos, à Vara de Execuções Penais, antes da evasão. Embora o procedimento para a concessão de livramento, segundo a Lei de Execuções Penais, possa ser iniciado inclusive de ofício,[36] indicando que nem mesmo a falta de assistência jurídica eximiria o Poder Judiciário da eventual demora, ficou claro que, dentro do subgrupo estudado, os requerimentos já haviam sido formalmente apresentados na grande maioria dos casos.

Pode parecer incoerente a evasão de um interno com direito a livramento que já tenha pedido em tramitação, demonstrando, em princípio, uma impaciência injustificada e uma inadaptação às regras do sistema carcerário. Para confirmar ou refutar essa impressão, será apresentado, na tabela abaixo, o tempo de tramitação dos pedidos de livramento até a evasão.

Tabela 17 – Tempo de tramitação dos pedidos de livramento antes da evasão

Tempo de tramitação antes da evasão	Assistência de Defensor Público	Assistência de Advogado	Total	Percentual
Menos de 1 mês	3	0	3	11,11%
De 1 mês a 2 meses	5	1	6	22,22%

36. "Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa."

De 2 meses a 3 meses	3	0	3	11,11%
De 3 meses a 6 meses	5	1	6	22,22%
De 6 meses a 1 ano	4	0	4	14,81%
Mais de 1 ano	3	2	5	18,51%

É notável que apenas 11,11% dos internos desse subgrupo poderiam ser considerados verdadeiramente impacientes. Os outros 88,87% esperaram durante mais de um mês, antes da evasão, pela resposta a um pedido de livramento. Cabe lembrar que, segundo o art. 196 da LEP, o Ministério Público deve se manifestar em 3 (três) dias e, a menos que seja necessária a produção de prova pericial, o magistrado deve decidir de plano, em igual prazo.[37] É difícil mensurar o tempo ideal de cumprimento de diligências até a apreciação judicial de um requerimento; no entanto, em pelo menos 55,54% dos casos, em que os internos aguardaram por mais de três meses, já é possível dizer que a garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5.°, LXXVIII, da CF/1988,[38] foi desrespeitada, configurando uma morosidade injustificável.[39]

Para continuar testando a hipótese da morosidade judicial, é preciso voltar à análise de outro subgrupo, já estudado, em seus contornos gerais, mais acima. No item 3.4 e, especialmente, na Tabela 9, constatou-se que 54,03% dos evadidos na primeira saída precisaram cumprir mais de 1/3 (um terço) da pena até obtê-la, sendo que o requisito temporal é de 1/6 (um sexto) para sentenciados primários e 1/4 (um quarto) para reincidentes, de acordo com o art. 123, II, da LEP. A tabela abaixo reúne, para os internos do subgrupo de evadidos na primeira saída, que haviam cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena, as principais causas da demora:

37. "Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.
§ 1.° Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo.
§ 2.° Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada."

38. "[A] todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

39. A esse respeito, ver ARAÚJO, Alan Roque Souza de. A garantia da duração razoável do processo e suas implicações no campo da execução da pena. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coord). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 71-94.

Tabela 18 – Causas da demora para a concessão da primeira saída

Excesso de prazo na prisão provisória	10	50,00%
Regularização do processo de Execução	6	30,00%
Progressão para o Regime Semiaberto	1	5,00%
Evasão anterior	3	15,00%

A análise dos dados permite concluir que o único responsável pela demora, em 85% dos casos, foi o Poder Judiciário, tendo como causa mais comum o excesso de prazo nos processos de conhecimento a que os sentenciados responderam presos.

O excesso de prazo na prisão provisória leva o réu, frequentemente, a iniciar o cumprimento da pena já tendo atendido ao requisito temporal para a concessão de diversos direitos decorrentes da execução penal. Não por acaso, instituiu-se a prática da execução provisória da pena, primeiro como construção judicial na apreciação de casos concretos, e, posteriormente, diante da frequência com que isso acontecia, em termos gerais e abstratos,[40] quando os réus não têm concedido o direito de recorrer em liberdade, pois o aguardo da tramitação do processo até o trânsito em julgado poderia ser superior à própria duração da pena.

Cabe lembrar que, em apenas 1 (um) dos 20 (vinte) casos do subgrupo, o evadido havia praticado crime hediondo ou equiparado após a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, que alterou a Lei 8.072/1990 para elevar o requisito temporal para a progressão de regime para 2/5 (dois quintos) da pena no regime atual.[41] Ainda assim, em seu caso, houve atraso na regularização do processo de execução penal.

---

40. Res. CNJ 113, de 20.04.2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010]. Acesso em: 17.01.2012.
"Art. 8.º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis."

41. "Art. 2.º (...).
§ 2.º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei 11.464/2007)."

Com base em todas as combinações de variáveis feitas até o momento, foi possível identificar três principais indicadores de morosidade judicial, a saber: a concessão da 1ª saída após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, o preenchimento do requisito temporal para o livramento antes da evasão, e a formulação de pedido de livramento condicional antes da evasão.

A tabela abaixo demonstra a incidência de indicadores de morosidade judicial nos processos dos evadidos no período estudado. No total, 41 (quarenta e um) processos apresentaram pelo menos 1 (um) indicador de morosidade, ou seja, 49,39% do total dos evadidos da Colônia Penal de Simões Filho. O mais significativo, no entanto, é que, em 33 (trinta e três) processos, ou 39,75% do total dos evadidos, foram encontrados, pelo menos, 2 (dois) indicadores de morosidade. Em 10 (dez) processos, ou 12,04% dos casos, os processos dos evadidos apresentaram os 3 (três) indicadores de morosidade.

Tabela 19 – Indicadores de morosidade judicial dos processos dos evadidos

01 (1.ª Saída após 1/3 (um terço) da pena, sem prazo para o livramento)	03	3,61%
02 (1.ª Saída após 1/3 (um terço) da pena, com prazo para o livramento, sem pedido)	06	7,22%
03 (1.ª Saída após 1/3 (um terço) da pena, com prazo para o livramento, e pedido)	10	12,04%

Aproximando-se do final da análise, é preciso observar em que medida a hipótese da morosidade judicial influencia as evasões na 1.ª saída. A tabela abaixo verifica a presença ou ausência de indicadores de morosidade nos internos desse subgrupo.

Tabela 20 – Indicadores de morosidade nos processos dos evadidos na 1.ª saída

Presentes	18	48,64%

Essa compilação indica que em quase metade dos casos de evasão na 1ª saída havia morosidade judicial, objetivamente comprovada, nos processos. É preciso organizar todos os subgrupos não só em função dos indicadores, como já foi feito, mas das principais hipóteses formuladas, para ver o alcance empírico das formulações teóricas a respeito das causas da evasão:

Tabela 21 – Características significativas para a formulação de hipóteses de evasão

Hipótese	Número de Evadidos	Percentual
Evasão na 1.ª saída sem indicadores de morosidade	19	22,89%
Evasão na 1.ª saída com indicadores de morosidade	18	21,68%
Evasão após a 1.ª saída com indicadores de morosidade	23	27,71%
Evasão após a 1.ª saída sem indicadores de morosidade	23	27,71%

Fazendo o balanço do sucesso das hipóteses formuladas a respeito das evasões, é possível dizer que 60 (sessenta) delas, ou 72,28% do total, encontraram explicação teórica em pelo menos uma ("primeira viagem" ou "morosidade judicial"), sendo que 18 (dezoito), ou 21,68% do total, couberam em ambas as explicações.

3.7 A hipótese da perspectiva de permanência prolongada no cárcere

No entanto, o que chama mais a atenção é a ocorrência de 23 (vinte e três) casos, ou 27,71% do total, que não se enquadram em nenhuma das duas hipóteses ("primeira viagem" e "morosidade judicial"). Analisando-os, talvez seja possível reabilitar, pelo menos para esse subgrupo, a hipótese da impaciência.

Não havendo morosidade judicial, não se pode falar em culpa do próprio Estado sobre as evasões desse subgrupo. Resta saber se o subgrupo remanescente tem alguma característica notável e divergente do grupo total de evadidos.

O elemento mais significativo, sem nenhuma dúvida, é a natureza do crime cometido. Os evadidos do subgrupo não explicado pelas hipóteses anteriores apresentam imensa concentração de condenados por crimes hediondos ou equiparados, quando comparados ao grupo total. As tabelas abaixo compilam os dados referentes a esse fato:

Tabela 22 – Natureza do crime cometido pelos evadidos após a 1.ª saída e sem indicadores de morosidade

Crime hediondo ou equiparado	20	86,95%

Tabela 23 – Natureza do crime cometido pelos evadidos dos outros subgrupos

Crime hediondo ou equiparado	10	16,66%

Tabela 24 – Natureza do crime cometido pelo grupo total de evadidos

Crime hediondo ou equiparado	30	36,14%

Ao adotar, para fins de análise, a categoria dos crimes hediondos, o presente trabalho não traz, com isso, uma concordância com a existência dessa classificação, muito menos com a opção político-criminal do constituinte e do legislador na eleição de algumas figuras delitivas como merecedoras de especial reprovação.[42]

O seu emprego tem um propósito exclusivamente pragmático: tal como hoje funciona o sistema jurídico-penal brasileiro, os condenados por crimes hediondos ou equiparados têm uma permanência no cárcere bastante superior aos demais, dado o maior rigor dos requisitos temporais para a progressão de regime (2/5, para os primários, e 3/5 para os reincidentes específicos, contra 1/6 ou 1/4 da pena, respectivamente, para os primários ou reincidentes sentenciados por crimes não hediondos) e para o livramento condicional (2/3 ou

42. Para um panorama das implicações da condenação por crime hediondo na execução penal, embora tratando de problemas em parte já superados com a edição da Lei 11.464/2007, ver Azevedo, Tupinambá Pinto de. Crimes hediondos e regime carcerário único: novos motivos de inconstitucionalidade. In: Carvalho, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 465-472.

ausência de direito ao livramento, para os reincidentes específicos, contra 1/3 ou 1/2 da pena para os crimes não hediondos).

Nesse contexto, o sentenciado pela prática de crime hediondo ou equiparado, que tem diante de si a perspectiva de uma permanência muito prolongada em regimes severos de privação de liberdade (fechado e semiaberto), estaria mais sujeito a se sentir exausto com a rotina dos muitos retornos ao cárcere após o fim do prazo da autorização, que sempre reavivam o trauma da distância da família, temporariamente anulado pelas próprias saídas, acabando por se evadir.

3.8 Balanço da testagem das hipóteses explicativas da evasão

A inclusão de uma terceira hipótese explicativa – a da perspectiva de permanência prolongada no cárcere, pelos condenados por crimes hediondos, evadidos após o primeiro retorno – aumenta a abrangência para 80 (oitenta) casos estudados, ou 96,38% do total das evasões, por, pelo menos, uma delas. Na tabela abaixo, pode-se vislumbrar, após uma reformulação destinada a descrever as hipóteses em termos mais gerais, uma grande predominância da morosidade judicial como causa da evasão.

É preciso fazer mais uma advertência metodológica: no caso da convergência entre hipóteses explicativas, como se viu no item 3.6 e, especialmente, na tabela 21, privilegiou-se, como causa predominante, a morosidade judicial com relação às demais, em razão dos seus notáveis efeitos deletérios; em seguida, a hipótese do "marinheiro de primeira viagem"; e, por fim, como hipótese subsidiária às demais, a da perspectiva de permanência prolongada no cárcere, mesmo porque ela só surgiu para tentar compreender a alta concentração de crimes hediondos ou equiparados no subgrupo não explicado pelas duas hipóteses iniciais da pesquisa.

Tabela 25 – Teste das hipóteses explicativas das causas de evasão

Morosidade judicial	41	49,39%
Perspectiva de permanência prolongada no cárcere	20	24,09%
Casos não explicados por nenhuma das hipóteses	3	3,61%

Embora qualquer generalização seja arriscada e criticável, revelou-se, durante a pesquisa, com bastante segurança, que a morosidade judicial é a ca-

racterística mais comum entre os processos dos internos evadidos, atingindo 49,39% dos casos. Já são muito poucos os casos registrados (8,35% do total das saídas concedidas no período) em que os apenados deixaram de cumprir o seu dever de retorno das saídas, e, em metade deles, o próprio Estado havia, anteriormente, descumprido seus deveres para com o apenado, retardando a concessão dos direitos ao livramento condicional e à própria saída temporária.

4. PERFIL DOS INTERNOS DO GRUPO DE CONTROLE

Para complementar a análise e dar mais segurança à assunção das hipóteses de evasão, optou-se pela análise de um grupo de controle, composto pelos 71 (setenta e um) internos que retornaram da Saída Temporária do Natal de 2011, elevando a base empírica para um total de 154 (cento e cinquenta e quatro) casos dentro do universo de 993 (novecentos e noventa e três) saídas do período.

A opção metodológica por esse grupo, em detrimento de outros conjuntos de apenados retornados em outras saídas, decorre do fato de eles se situarem no final do período estudado, e, por isso, terem vivido por mais tempo as mesmas condições de custódia dos evadidos, além de evitar que o mesmo interno (retornado, por exemplo, na Saída do Dia das Crianças, mas evadido na Saída de Natal) figurasse simultaneamente nos dois grupos, de estudo e de controle.

As investigações empíricas que adotam a estratégia metodológica da comparação entre grupos, também chamada de "amostra por contraste", têm a vantagem de permitir um teste mais seguro de cada hipótese. Segundo Álvaro Pires, "é graças a um conjunto de características comuns, particulares a cada grupo, que se podem descartar algumas tendências e generalizar para todos os indivíduos em situação semelhante".[43]

No caso dos grupos investigados no presente trabalho, vê-se que a sua quase identidade (ambos são compostos por apenados em regime semiaberto, custodiados na Colônia Penal de Simões Filho, nos anos de 2010 e 2011, com bom comportamento carcerário e direito a Saídas Temporárias) só é rompida por uma divergência notável quanto ao cumprimento regular de um dever da execução (o grupo de estudo é de evadidos em saídas temporárias, e o grupo de controle é de retornados das saídas).

---

43. PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et alli (coords.). *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008. p. 154-211; 200.

O fato de haver uma única divergência importante na constituição dos membros dos grupos (evasão ou retorno) torna a pesquisa menos complexa e a avaliação dos resultados mais segura, já que as diferenças de incidência de cada variável podem ser associadas mais facilmente ao pertencimento a cada grupo.

Caso alguma característica apareça com a mesma frequência nos dois grupos, é de se suspeitar que ela se manifesta com uniformidade em toda a população carcerária daquele universo e, portanto, não é um indicativo significativo da evasão, embora isso não sirva para a rejeição categórica da hipótese. Se alguma característica aparecer com maior frequência no grupo de controle (retornados) do que no grupo de estudo (evadidos), esse é um importante argumento para o descarte da hipótese, que aparentemente havia sido confirmada na primeira fase da pesquisa.[44] Por fim, se alguma característica aparecer com maior frequência no grupo de estudo (evadidos) do que no grupo de controle (retornados), aí sim se poderá afirmar, com maior segurança, que a hipótese está confirmada, embora esse tipo de aceitação seja sempre provisório e contestável.[45]

Nem todos os passos da análise serão repetidos com o grupo de controle, mas apenas os que demonstram maior interesse para a comparação com o grupo de estudo. Por isso, passar-se-á, nas tabelas abaixo, à verificação da incidência, no grupo de controle, das mesmas características que levaram à formulação das hipóteses de evasão durante a análise do grupo de evadidos.

Tabela 26 – Características significativas para a formulação de hipóteses de evasão, nos internos do grupo de controle

Primeira saída e sem indicadores de morosidade	6	8,45%
Mais de uma saída e com indicadores de morosidade	15	21,12%

44. "São as diferenças entre os grupos que vêm reforçar a pertinência da descrição proposta para cada grupo" (idem, ibidem).

45. Sobre o caráter sempre provisório da confirmação de hipóteses, ver Prado, Daniel Nicory do. *Temas de metodologia da pesquisa em direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011. p. 68-69; e Popper, Karl. Op. cit., passim.

Tabela 27 – Natureza do crime cometido pelos internos do grupo controle com mais de uma saída e sem indicadores de morosidade

Natureza do crime	Número de internos	Percentual
Crime hediondo ou equiparado	31	75,60%
Crime não hediondo	10	24,39%

Tabela 28 – Natureza do crime cometido pelos internos dos outros subgrupos de controle

Natureza do crime	Número de internos	Percentual
Crime hediondo ou equiparado	17	56,66%
Crime não hediondo	13	43,33%

Tabela 29 – Natureza do crime cometido pelos internos do grupo controle

Natureza do crime	Número de internos	Percentual
Crime hediondo ou equiparado	48	67,60%
Crime não hediondo	23	32,39%

Tabela 30 – Incidência das hipóteses de evasão nos internos do grupo controle

Hipótese	Número de internos	Percentual
Morosidade judicial	24	33,80%
Marinheiro de primeira viagem	9	12,67%
Perspectiva de permanência prolongada no cárcere	31	43,66%
Outras hipóteses	7	9,85%

Para a interpretação dos resultados da Tabela 30, valem as mesmas considerações metodológicas da Tabela 25: a hipótese da morosidade judicial é considerada preponderante; entre os casos sem morosidade, verificou-se a incidência da do "marinheiro de primeira viagem" e, por fim, ao conjunto remanescente, observou-se a hipótese da perspectiva de permanência prolongada no cárcere.

5. COMPARAÇÃO ENTRE OS PERFIS DOS EVADIDOS E DOS INTERNOS DO GRUPO DE CONTROLE

Comparando os resultados da análise dos evadidos (grupo de estudo) e dos retornados (grupo de controle), dispostos na tabela abaixo, pode-se concluir que as hipóteses da morosidade judicial e do "marinheiro de primeira viagem" foram confirmadas, eis que a sua incidência é maior entre os evadidos do que entre os retornados (49,39% contra 33,80%, para a morosidade; e 22,89% contra 8,45%, para a "primeira viagem"); por outro lado, a hipótese da perspectiva de permanência prolongada no cárcere foi refutada, com muita clareza, já que sua incidência é menor entre os evadidos do que entre os retornados (24,09% contra 43,66%).

A adoção de um grupo de controle é uma decisão metodológica de cautela, pois demonstra que mesmo as hipóteses mais atraentes e mais plausíveis num primeiro momento (como a da perspectiva de permanência prolongada no cárcere como indutora de evasão) podem se mostrar falsas quando submetidas a uma testagem mais rigorosa.

Tabela 31 – Comparação entre os perfis dos evadidos e dos internos do grupo controle

Morosidade judicial	49,39%	33,80%
Marinheiro de primeira viagem	22,89%	8,45%

Superada a questão acima, agora é preciso retirar a hipótese do "marinheiro de primeira viagem" de sua posição subsidiária com relação à hipótese da morosidade judicial para comparar a incidência, em ambos os grupos, das características das duas hipóteses confirmadas, para chegar à última comparação do trabalho, que leva em conta a sua incidência nas duas populações.

Tabela 32 – Comparação da incidência das características das hipóteses confirmadas

Primeira saída e sem indicadores de morosidade	22,89%	8,45%

Mais de uma saída e com indicadores de morosidade	27,71%	21,12%
[illegible]	[illegible]	[illegible]

Tabela 33 – Comparação final da incidência em ambos os grupos das hipóteses confirmadas sem exclusão recíproca na contagem

[illegible]	[illegible]	[illegible]
Marinheiro de Primeira Viagem	44,57%	21,12%
Morosidade Judicial	49,39%	33,80%

Como se pode ver, há uma presença significativamente maior de casos de morosidade e de primeira saída no grupo de estudo (evadidos) do que no grupo de controle (retornados). Embora a incidência da morosidade judicial na população evadida (49,39%) seja maior do que a da primeira saída (44,57%), a diferença de incidência na comparação entre os grupos é maior para a primeira saída (23,45%) do que para a morosidade judicial (15,59%).

Depois da checagem de tantas variações, é possível afirmar que a morosidade judicial e a primeira saída são características substancialmente mais frequentes no perfil dos evadidos do que no perfil dos retornados das saídas, podendo ser vistas como fatores de risco de evasão, embora os dados analisados não sejam conclusivos para que se afirme qual delas tem maior peso sobre a decisão de se evadir.

6. CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

A Saída Temporária é uma iniciativa bem sucedida de integração social e de exercício da liberdade e da autodisciplina, considerando o alto percentual de retorno voluntário dos internos ao final do prazo, que é de 91,65% no universo estudado, devendo ser dito que, apesar de já serem bastante reduzidos, os índices de evasão na Colônia Penal de Simões Filho são, ainda assim, superiores à média nacional.

Apesar disso, foi necessário realizar uma pesquisa empírica destinada a traçar um perfil do evadido, com as características mais comuns aos casos de não retorno, para, a partir delas, chegar a hipóteses confiáveis a respeito dos principais fatores de risco de evasão.

Após a análise do perfil dos 83 (oitenta e três) casos de evasão da Colônia Penal de Simões Filho, nos anos 2010 e 2011, num universo de 993 (novecentos

e noventa e três) autorizações de saída, pôde-se chegar a três principais hipóteses: a de que a morosidade judicial, a perspectiva de permanência prolongada no cárcere e o fato de ser "marinheiro de primeira viagem", ou seja, estar em gozo de sua primeira saída, seriam fatores importantes para a decisão de se evadir.

Em seguida, para dar mais segurança às conclusões, analisou-se um grupo de controle composto pelos 71 (setenta e um) internos da Colônia Penal de Simões Filho que retornaram da Saída do Natal de 2011, para verificar a incidência das mesmas características, nesse grupo, que levaram à formulação das hipóteses anteriormente mencionadas.

Após a análise do grupo de controle, as hipóteses da morosidade judicial e do "marinheiro de primeira viagem" foram confirmadas, eis que a sua incidência foi superior no grupo de evadidos do que no grupo de retornados, e a hipótese da perspectiva de permanência prolongada no cárcere foi rejeitada, já que a sua incidência foi bastante superior no grupo dos retornados do que no grupo dos evadidos.

Em resumo, a incidência de indicadores de morosidade judicial foi constatada em 49,39% dos casos de evasão, mas apenas em 33,80% dos casos de retorno; o fato de ser a primeira saída foi constatado em 44,57% dos casos de evasão, mas apenas em 21,12% dos casos de retorno; a perspectiva de permanência prolongada no cárcere foi constatada em apenas em 24,09% dos casos de evasão, mas esteve presente em 43,66% dos casos de retorno.

Por fim, apesar de saber que qualquer conclusão dessa natureza é provisória e discutível, pode-se afirmar, com bastante segurança, a partir da base empírica analisada, que a morosidade judicial e a primeira saída são fatores de risco de evasão e que essas hipóteses podem ser generalizadas para todo o sistema prisional baiano e brasileiro, dependendo, é claro, de outras checagens empíricas semelhantes para a confirmação ou refutação das hipóteses.

É notável que o mal funcionamento da máquina pública teve influência sobre quase metade das evasões do período, o que permite imaginar que as taxas de evasão, que já são muito pequenas, cairiam ainda mais se o Estado cumprisse todos os seus deveres para com o sentenciado durante a execução da pena. Quando o sistema funciona adequadamente, os dados indicam que nem mesmo a perspectiva de permanência prolongada no cárcere é capaz de influenciar o interno a se evadir.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

113 Presidiários não voltaram da saída temporária. *Jornal O Expresso*. 04.01.2012. Disponível em: [http://jornaloexpresso.wordpress.com/2012/01/04/113--presidiarios-nao-voltaram-da-saida-temporaria/]. Acesso em: 06.01.2012.

ARAÚJO, Alan Roque Souza de. A garantia da duração razoável do processo e suas implicações no campo da execução da pena. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crimes Hediondos e Regime Carcerário Único: Novos Motivos de Inconstitucionalidade. In: Carvalho, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAHIA. Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. *Unidades prisionais do Estado da Bahia – Interior: colônia penal de Simões Filho*. Disponível em: [www.sjcdh.ba.gov.br/sap/unidades_prisionais.htm#COL%C3%94NIA_PENAL_DE_SIM%C3%95ES_FILHO_%28NOVO%29]. Acesso em: 16.01.2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORBA, Julian. As bases sociais e atitudinais da alienação eleitoral no Brasil. *Revista Debates*. vol. 2. n. 2. 2008. p. 134-157. Disponível em: [www.seer.ufrgs.br/debates/article/download/6989/4559]. Acesso em: 16.01.2012.

COSTA, Fernando Nogueira da. *Abstenções em eleições*. Disponível em: [http://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2010/10/06/abstencoes-em-eleicoes/]. Acesso em: 16.01.2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizone: Del Rey, 2002.

HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES, Lílian. Presos falam da expectativa para saída temporária de Natal na Bahia. Portal G1 *BA. Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/2011/12/presos-falam-da-expectativa-para-saida-temporaria-de-natal-na-bahia.html]. Acesso em: 16.09.2013.

MARTINS, André Maia de Carvalho. A saída temporária e a (in)exigibilidade do requisito objetivo ao preso que inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto. In: Ximenes, Rafson Saraiva; Prado, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal 2: por um discurso emancipatório democrático*. No Prelo, 2012.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: Poupart, Jean et alli (coords.). *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

POPPER, Karl. *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006.

PRADO, Daniel Nicory do. A saída especial no processo de execução penal na Bahia. In: Ximenes, Rafson Saraiva; Prado, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 137-156.

_____. *Temas de metodologia da pesquisa em direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

G1 MS. Presídios no interior de MS registram 24 evasões na saída temporária. *G1 Mato Grosso do Sul. Globo.com.* 12.01.2012, 10h40. Disponível em: [http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/01/presidios-do-interior-de-ms-registram-24-evasoes-na-saida-temporaria.html]. Acesso em: 16.01.2012

SANTOS, Homero Costa dos. *Alienação eleitoral no Brasil: uma análise dos votos brancos, nulos e abstenções nas eleições presidenciais (1989-2002).* Dissertação de Doutorado em Ciências Sociais. São Paulo, PUC, 2006. Disponível em: [www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4211]. Acesso em: 16.01.2012.

SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica. In: Carvalho, Salo de (coord.). Crítica à execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STOCHERO, Tahiane. Mais de 2,3 mil presos que saíram nas festas de fim ano não retornaram. G1 Brasil. 12.01.2012, 13h09. Disponível em: [http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/01/mais-de-23-mil-presos-que-sairam-nas-festas-de-fim-ano-nao-retornaram.html]. Acesso em: 16.01.2012. Disponível também em: [www.atribuna.com.br/imprimir.asp?idnoticia=131402&idDepartamento=11&idCategoria=0]. Acesso em: 16.01.2012.

SUTHERLAND, Edwin. H. Princípios de criminologia. Tradução de Asdrubal Mendes Gonçalves. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Eleições 2010. Estatísticas de Resultado – Quadro de Comparecimento.* Disponível em: [www.tse.gov.br/hotSites/estatistica2010/Est_resultados/quadro_comparecimento.html]. Acesso em: 11.01.2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

XIMENES, Rafson Saraiva. Progressão por salto e racionalidade. In: _____; Prado, Daniel Nicory do (coords.). *Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios.* Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Hermenêutica na execução penal, de Andrei Zenkner Schmidt – *RBCCrim* 38/84;
- Permissão de saída e saída temporária: institutos diversos, necessários à execução penal e desacreditados pela sociedade, de Douglas Bonaldi Maranhão – *RCP* 17/357; e
- Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade e adequabilidade, como estratégia humano-dignificante da execução penal, de Luiz Antônio Bogo Chies e Flávia Lucimeri Rodrigues – *RT* 847/419.

A ARGUMENTAÇÃO DO STF E DO STJ ACERCA DA PERICULOSIDADE DE AGENTES INIMPUTÁVEIS E SEMI-IMPUTÁVEIS

1

The reasoning of the Supreme Court and the Superior Court of Justice on the dangerousness of non-imputable and semi-imputable agents

CLAUDIA ROSANE ROESLER

Doutora em Direito pela USP. Professora-adjunta na Faculdade de Direito da UnB.

LEONARDO ALMEIDA LAGE

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisador voluntário do Programa de Iniciação Científica (ProIC/UnB/CNPq) nos períodos de 2010-2011 e 2011-2012.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: As decisões judiciais devem ser adequadamente fundamentadas, isto é, devem oferecer razões racionalmente persuasivas para a solução encontrada em cada caso concreto. Este trabalho propõe a avaliação da argumentação judicial acerca da periculosidade de pessoas acometidas de transtorno mental em conflito com a lei penal. São analisados 14 acórdãos do STF e 51 do STJ em torno dessa questão. A argumentação empregada nessas decisões é descrita e criticada com base nos conceitos fundamentais da Teoria da Argumentação Jurídica. Após a identificação de quatro problemas argumentativos, conclui-se

ABSTRACT: Judicial decisions must be properly justified, that is, they must offer rationally persuasive reasons for the solution found in each particular case. This article proposes the evaluation of the legal reasoning concerning the dangerousness of criminally insane people. Fourteen decisions by the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) and fifty one by the Brazilian Court of Appeals (Superior Tribunal de Justiça) about that matter are analyzed. The reasoning behind these decisions is described and criticized based on the basic concepts of the Theory of Legal Reasoning. After identifying four argumentative problems, it

que há uma carência de argumentos que justifiquem a validade ou a relevância da noção de periculosidade para o direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Teoria da Argumentação Jurídica - Periculosidade - Inimputabilidade - Medidas de segurança.

is concluded that there is a lack of arguments to justify the validity or the relevance of the notion of dangerousness to law.

KEYWORDS: Criminal Law - Theory of Legal Reasoning - Dangerousness - Non-imputability - Safety measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A inimputabilidade, as medidas de segurança e a periculosidade no direito penal brasileiro - 3. A metodologia e o objeto do estudo: 3.1 O modelo de análise dos argumentos de Toulmin; 3.2 A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick - 4. A argumentação judicial sobre as medidas de segurança e a periculosidade de agentes inimputáveis: 4.1 A relação entre direito e psiquiatria nas decisões sobre periculosidade; 4.2 A medida de segurança como sanção penal; 4.3 A duração das medidas de segurança; 4.4 A aplicação concomitante das leis penais e da Lei 10.216/2001 e o problema da incoerência normativa - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil determina, em seu art. 93, IX, que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Não se trata de uma exigência meramente formal. O Estado Democrático de Direito requer que as leis sejam publicadas e tenham efeitos prospectivos; que cidadãos e cidadãs sejam considerados iguais diante dessas leis; que o poder seja limitado e exercido em respeito à liberdade individual. Entretanto, "isso não seria possível se as leis e os argumentos a respeito delas tivessem apenas um simulacro de inteligibilidade" (MACCORMICK, 2008b, p. 2).

O direito é uma prática social que incorpora uma pretensão de correção (ATIENZA, sem data). Ele contém textos normativos cuja textura é aberta. A indeterminação do sentido desses textos – e, via de consequência, do próprio direito – é uma questão perenemente presente em qualquer debate jurídico. Por essa razão, em Estados constitucionais o direito deve buscar "bases razoáveis para preferir uma interpretação a outra" (MACCORMICK, 2008b, p. 2), as quais não podem ser encontradas em outro domínio que não o da razão prática. Nesse contexto, a argumentação jurídica, isto é, a atividade orientada pelo fim de conferir sentido à prática, adequando as normas aos fins por ela almejados e conferindo ao sistema um aspecto minimamente coerente, permite superar o apelo à autoridade ou ao convencionalismo.

Fundamentar significa oferecer razões para justificar determinada pretensão. Ao formular um pleito judicial, uma parte em um processo apresenta as

razões por que considera que tem um direito, as quais são normalmente contestadas pela parte contrária. Ao juiz ou à juíza, cabe decidir se a parte postulante apresentou uma pretensão válida a um direito – e, para fazê-lo, ele ou ela deve fundamentar a sua decisão. Essa atividade permite que se exerça um controle racional sobre a decisão – ainda que, em um caso hipotético, o juiz ou a juíza tenha preconceitos em função dos quais tome uma decisão, ele ou ela deve oferecer razões que de algum modo a justifiquem com base em princípios ou regras reconhecidamente pertencentes ao sistema jurídico (aqui se encontra a diferença entre o contexto de descoberta e o de justificação).

Este trabalho propõe a avaliação da argumentação judicial acerca de um problema muito específico: a periculosidade de pessoas acometidas de transtorno mental em conflito com a lei penal, comumente chamadas de "loucos infratores". Não se pretende demonstrar logicamente a correção ou a incorreção dos argumentos que fundamentam as decisões, mas discutir se eles podem ser considerados racionalmente persuasivos, isto é, se seriam capazes de convencer um espectador imparcial que, após levar em consideração os fatos relevantes e os sentimentos das pessoas envolvidas, adotaria a mesma decisão ou considerá-la-ia suficientemente fundamentada. Com isso, espera-se lançar alguma luz sobre os direitos dessas pessoas.

O diagnóstico da doença mental, no direito, pode gerar efeitos profundos sobre a vida de uma pessoa: "serve como linha divisora entre o reconhecimento de que indivíduos são responsáveis por seus atos e têm autoridade para tomar decisões acerca do que lhes acontece e uma possível intervenção privando o indivíduo de direitos básicos de cidadania" (Bartlett; Sandland, 2007, p. 33, trad. nossa). A questão, sempre que se coloca, envolve o desdobramento do poder estatal sobre indivíduos. Identificar uma pessoa como "doente mental" é também um exercício de poder, porque altera a percepção que ela tem sobre si mesma e o modo como é vista por outras pessoas. Então "se o poder deve ser exercido, é apropriado insistir que ele seja exercido adequadamente, por justificações convincentes, de acordo com critérios razoavelmente claros e defensáveis" (Bartlett; Sandland, 2007, p. 34, trad. nossa).

Optou-se por delimitar a pesquisa ao STF e ao STJ, porque o seu interesse concentra-se na discussão sobre a validade ou a relevância da noção de periculosidade para o direito, bem como sobre a interpretação de dispositivos legais que estabelecem um vínculo entre o direito penal e os saberes "psi" (em especial, a psiquiatria). A partir da análise dos acórdãos desses tribunais, sob a ótica da Teoria da Argumentação Jurídica, este trabalho propõe a descrição dos aspectos centrais dos argumentos oferecidos pelos Ministros e Ministras como justificação para as suas decisões. A identificação de problemas argumentati-

vos, ainda que não sejam superáveis por meio estritamente discursivo, pode contribuir para repensar a prática como um todo.

Visando a atingir esse objetivo, descrever-se-á a metodologia empregada – como foram selecionados e comparados os acórdãos que foram objeto do estudo –, as características gerais da argumentação judicial nos casos avaliados e os principais problemas argumentativos identificados. Pretende-se demonstrar que há uma tensão entre a tentativa de segregação do indivíduo considerado perigoso e o seu tratamento – e que isso se reflete na argumentação, que deveria ocupar-se mais atentamente dos direitos das pessoas acometidas de transtorno mental. Antes, contudo, considerando que este estudo não se dirige apenas aos estudiosos do direito, convém apresentar de modo sucinto a disciplina legal dos institutos jurídico-penais relacionados à periculosidade de "doentes mentais". É o que se passa a fazer.

2. A INIMPUTABILIDADE, AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E A PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal dispõe, em seu art. 26, que não se aplica pena ao agente "que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Nesse dispositivo legal, encontra-se a disciplina jurídica da inimputabilidade penal em razão de doença mental. Se a pessoa tem capacidade reduzida, fala-se em semi-imputabilidade, conforme o parágrafo único do mesmo artigo. A imputabilidade é "o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível" (JESUS, 2010, p. 513). É um elemento da culpabilidade – isto é, do juízo de reprovação sobre a conduta –, ao lado da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

A consequência jurídica da infração penal praticada por pessoa inimputável é a medida de segurança, que pode consistir em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP) ou, se o crime for punível com detenção e as condições pessoais do agente indicarem, em tratamento ambulatorial (arts. 96 e 97 do CP). A maior parte da doutrina penal contemporânea conceitua as medidas de segurança como uma espécie de sanção penal, gênero do qual elas, por um lado, e as penas, por outro, fariam parte. Assim entendem, por exemplo, Damásio de Jesus (2010, p. 589), Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 781), Luiz Regis Prado (2011, p. 787) e Julio Fabbrini Mirabete

(2012, p. 353).[1] Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2009)[2] e Rogério Greco (2011)[3] não apresentam um conceito claro de medidas de segurança, mas parecem entender que se trata de um tratamento médico, não de uma sanção penal. André-Jean Arnaud (1999) relata que se afirma, de modo geral, a natureza não-sancionatória das medidas de segurança, mas há uma percepção diferencial no fato de que aquele a quem é imposto o tratamento psiquiátrico muitas vezes o percebe como verdadeira sanção.[4] Entre autores mais antigos, Aníbal Bruno (1940) sustenta que as medidas de segurança são

1. A opção por mencionar, nesse ponto, apenas manuais de direito penal é estratégica, não porque se trate necessariamente da mais qualificada explicação sobre medidas de segurança, mas porque é em livros com essa característica que se encontram as ideias que se reproduzem na prática judiciária. Dessa forma, descrever os institutos do direito penal com base nessas referências ajudará a compreender melhor as decisões judiciais que são objeto de estudo deste trabalho.
2. "Não se pode considerar 'penal' um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que desta diferencia por seus objetivos e meios. Mas as leis penais impõem um controle formalmente penal, e limitam as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o seu cumprimento, nas condições previamente fixadas que elas estabelecem, e cuja execução deve ser submetida aos juízes penais" (Zaffaroni; Pierangeli, 2009. p. 731).
3. "(...) as medidas de segurança têm finalidade diversa da pena, pois se destinam à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito. Assim sendo, aquele que for reconhecidamente declarado inimputável, deverá ser absolvido" (Greco, 2011. p. 658).
4. "A tomada em consideração de sua dimensão simbólica nos faz colocar o problema da 'percepção diferencial' da reação que se supõe seja uma 'sanção'. É possível, com efeito, que os sujeitos ativos e passivos da reação e o resto do grupo social, partindo de diferentes sistemas normativos de referência, percebam em termos diferentes aquilo que ocorre e o motivo pelo qual ocorre: não vemos como sanção o 'tratamento' de um sujeito cuja conduta *não censuramos* – um sujeito que não consideramos *responsável* pela transgressão de um *dever* – tratamento esse que é aplicado colocando-se de lado qualquer justificação punitiva (por exemplo, o tratamento de um doente psiquiátrico); mas mesmo se este posto [sic] de vista é absolutamente sincero por parte do sujeito da reação, e não um disfarce cínico dos termos em que ele percebe realmente a situação (por exemplo, a psiquiatrização da dissidência), é sempre possível que essa seja percebida como verdadeiramente sancionatória (ou sancional) para o sujeito passivo e/ou o resto ou uma parte do grupo. É certamente isto o que ocorre com o que chamamos de 'medidas de segurança' no campo penal, cuja natureza não sancional é de modo geral afirmada – a despeito muitas vezes da semelhança de seu conteúdo com o das penas propriamente ditas – invocando o fundamento não-punitivo de sua imposição, fundamento que não é certamente percebido do mesmo modo pelos sujeitos passivos da medida e pelo resto do grupo" (Arnaud et al, 1999. p. 704).

sanções,[5] embora cite com aprovação Birkmeyer, para quem elas são tratamento.[6] Nélson Hungria (1959, p. 11) sustenta que "a medida de segurança não é pròpriamente [sic] sanção", mas não explica o que ela é. Finalmente, como notícia histórica de uma visão que parece ter sido superada, havia autores que conceituavam medidas de segurança como um instituto de natureza administrativa, como, por exemplo, J. C. Ataliba Nogueira (1937).[7] O conceito de medida de segurança, em si, não é muito importante, mas os usos práticos que são feitos a partir dele são. Há certa ambiguidade em um instituto que reúne, ao mesmo tempo, os traços definidores de uma sanção penal e de um tratamento médico – e isso se reflete nas decisões judiciais, conforme se discutirá.

De acordo com os autores contemporâneos mencionados, as diferenças entre penas e medidas de segurança seriam essencialmente quatro: (a) o fundamento da pena é a culpabilidade e o da medida de segurança é a periculosidade; (b) a pena tem caráter retributivo-preventivo, enquanto a medida de segurança tem apenas o caráter preventivo; (c) a pena é aplicável a agentes imputáveis e semi-imputáveis, e a medida de segurança a inimputáveis e a semi-imputáveis que necessitarem de "especial tratamento curativo" (art. 98 do CP); e (d) a pena tem duração determinada, ao passo que a medida de segurança é por tempo indeterminado, durando enquanto persistir a periculosidade do agente (art. 97, § 1.°, do CP) (BITENCOURT, 2010; JESUS, 2010; PRADO, 2011).[8] A essas

5. "Podem ser tomadas, assim, as medidas de segurança como a sanção racional que o direito penal científico contrapõe á [sic] sanção sentimental do que vonHentig chamou o direito penal mítico. É este o sentido filosófico e histórico do novo instituto" (BRUNO, 1940. p. 42).

6. "Válido o conceito da pena, unânime entre os clássicos, a distinção se esclareceria muito bem nos termos em que a formulou Birkmeyer: 'a pena é compensação e por tanto repressão e se destina ao fim da compensação; as medidas de segurança, ao contrário, são tratamento e de natureza preventiva e se referem ao fim da segurança" (Idem, p. 49).

7. "Medida de segurança é uma providencia [sic] administrativa, jurisdicionalmente empregada para proteger a sociedade contra o indivíduo perigoso, imputável [*sic*] ou não, punível [*sic*] ou não, colocando-o na improbabilidade de praticar, novamente, um fato definido como crime ou contravenção" (NOGUEIRA, 1937. p. 290).

8. Essas diferenças, embora sejam enumeradas com regularidade nos manuais de direito penal, não são unânimes. Paulo Queiroz (2005) argumenta que todas as causas de exclusão da culpabilidade e as de exclusão da punibilidade são aplicáveis a réus inimputáveis, de modo que não se pode dizer que o juízo de culpabilidade é completamente substituído pelo juízo de periculosidade. Para o autor, também não se pode dizer que as medidas de segurança tenham caráter apenas preventivo, em primeiro

diferenças, deve-se adicionar que as penas são impostas por sentença penal condenatória, enquanto as medidas de segurança são impostas por sentença absolutória. Trata-se, obviamente, de um paradoxo que uma sanção penal seja determinada por sentença que absolve (Figueiredo Neto e Rosa, 2008). Em resposta a isso, a doutrina criou a expressão "absolvição imprópria", a qual não elimina o paradoxo, mas o expõe.

A periculosidade, conforme exposto, é o fundamento da medida de segurança e pode ser definida, sucintamente, como a probabilidade de que o agente volte a praticar infrações penais (Prado, 2011; Cardoso e Pinheiro, 2012. p. 48; Mirabete e Fabbrini, 2012. p. 355). Essa definição é semelhante àquela empregada pelo Instituto Médico-Legal do Distrito Federal, órgão responsável pelos exames de sanidade mental e de cessação de periculosidade nessa unidade federativa: "periculosidade é o conjunto de sintomas que indicam a possibilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime" (Bravo, 2004, p. 129). Deve-se levar em consideração, contudo, que no contexto judicial o termo é frequentemente empregado para expressar uma *qualidade* do sujeito *perigoso*. Bitencourt, articulando os dois elementos, propõe a seguinte definição: "Periculosidade pode ser definida como *um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade*. É um *juízo de probabilidade* – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que voltará a delinquir" (2010, p. 782).

De modo geral, afirma-se que a imposição da medida de segurança possui três requisitos: a ausência de plena imputabilidade, a prática de um injusto penal (fato típico e ilícito) e a existência da periculosidade (Bitencourt, 2010; Prado, 2011; Mirabete e Fabbrini, 2012). Embora Prado (2011) não admita que a periculosidade seja presumida, há, com efeito, uma presunção *ex vi legis* no caso de agentes inimputáveis (Bitencourt, 2010; Jesus, 2010; Mirabete e Fab-

---

lugar, porque "tanto as penas quanto as medidas de segurança pressupõem fato típico, ilícito, culpável e punível, de modo que, desse ponto de vista, as medidas de segurança constituem também uma retribuição a uma infração penal punível" e, em segundo lugar, porque "as medidas de segurança buscam os mesmos fins assinalados à penas" (p. 15). Quanto à indeterminação do prazo de duração, argúi que ela não se coaduna com os princípios da igualdade, proporcionalidade, humanidade e não-perpetuação das penas, logo o limite deveria ser o máximo da pena abstratamente cominada para a infração cometida. Conclui que "a distinção reside (...) unicamente nas consequências: os imputáveis estão sujeitos à pena e os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo a critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação" (p. 16).

BRINI, 2012). Isso porque, quando constatado por meio de exame de sanidade mental que determinado agente não tinha capacidade de entender a ilicitude do fato que praticou ou de autodeterminar-se conforme esse entendimento, ele é absolvido e a medida de segurança é imposta. O Código Penal não confere ao juiz ou à juíza margem de discricionariedade para deixar de aplicar ao caso uma resposta penal. Entretanto, considerando o prazo indeterminado de duração da medida de segurança, o agente inimputável é mantido internado até que se verifique a cessação da periculosidade – mesmo que, a princípio, ele pudesse não ser perigoso no momento em que ocorreu a internação. Já no caso de agentes semi-imputáveis, fala-se em "periculosidade real" (BITENCOURT, 2010; JESUS, 2010), que precisa ser reconhecida pelo juiz ou pela juíza (juntamente com a necessidade de "especial tratamento curativo") para que se lhe determine a medida de segurança.[9]

Há outros aspectos importantes na disciplina legal das medidas de segurança – em especial aqueles que poderiam ser reportados ao Código de Processo Penal (CPP) e à Lei de Execução Penal (LEP – Lei 7.210/1984). Eles serão apresentados à medida que se fizer necessário. A exposição, em linhas gerais, do tratamento que o Código Penal confere às medidas de segurança e à periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis é suficiente, por ora, para a boa compreensão deste trabalho.

3. A METODOLOGIA E O OBJETO DO ESTUDO

Este trabalho é a conclusão de um projeto de Ciências Sociais Aplicadas com uso de técnicas qualitativas de pesquisa e avaliação dos dados. Realizou-se o levantamento e a análise de todos os acórdãos[10] relativos ao assunto profe-

9. Isso acontece, porque, no caso semi-imputabilidade, pode o juiz ou a juíza determinar a aplicação de uma pena reduzida de um a dois terços ao invés da medida de segurança, que é imposta apenas se verificada a periculosidade do réu e a necessidade de que ele receba "especial tratamento curativo". Desde a reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984 e a substituição do sistema duplo binário pelo sistema vicariante, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a aplicação concomitante ou sucessiva de penas e medidas de segurança.

10. O acórdão, como se sabe, é apenas uma das espécies de decisões que emanam dos tribunais superiores. Ele é o resultado final do julgamento de ações e de recursos e é proferido pelos órgãos colegiados que compõem os tribunais. Por essa razão, é a única espécie incluída no âmbito deste estudo. Assim, ao longo do trabalho os termos "acórdão" e "decisão" serão usados de modo mais ou menos indistintos para indicar os textos de origem judicial avaliados.

ridos pelo STF e pelo STJ que atendiam aos critérios escolhidos. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos *sites* dos respectivos tribunais, utilizando-se as palavras-chave "periculosidade" *e* "inimputabilidade" *ou* "semi-imputabilidade". Foi empregado um caractere que substitui parte das palavras, de modo que, em uma única pesquisa, pudessem ser encontrados resultados que utilizassem as palavras "inimputabilidade" ou "inimputável". Além disso, adotou-se como critério de delimitação temporal a partir do dia 13.07.1984, data em que foram publicadas a Lei 7.209, que reformou a Parte Geral do Código Penal, e a Lei 7.210 (Lei das Execuções Penais), as quais compõem o núcleo da atual disciplina legal sobre inimputabilidade e medidas de segurança, até o dia 15.06.2012, data em que foi publicado o acórdão mais recente do STJ no momento da pesquisa jurisprudencial.

A escolha por essas palavras-chave visava a identificar os acórdãos que mais se aproximavam do tema da pesquisa e, ao mesmo tempo, a excluir aquelas decisões que dele muito se distanciavam – por exemplo, o termo "periculosidade" é utilizado no direito do trabalho para designar atividades que ofereçam risco ao trabalhador (questão essa que não interessa a este trabalho). Evitou-se ao máximo a inclusão ou a exclusão arbitrária de decisões. Alguns resultados obtidos têm menos relação com o tema da pesquisa do que outros, e é certo que o critério escolhido não poderia ter sido adequado para alcançar absolutamente todos os acórdãos que seriam relevantes para a pesquisa. Entretanto, a amostra reunida é suficiente para atingir conclusões significativas sobre a argumentação judicial dos tribunais acerca da periculosidade de sujeitos inimputáveis e semi-imputáveis.

Ao todo, foram identificados catorze acórdãos proferidos pelo STF e 51 pelo STJ. No STF, nove desses acórdãos foram proferidos em sede de *habeas corpus* (HC); três em recursos ordinários em *habeas corpus* (RHC); um em recurso extraordinário (RE); e um em extradição (Ext). No STJ, foram 42 em *habeas corpus*; cinco em recursos ordinários em *habeas corpus*; e quatro em recursos especiais (REsp).

Deve-se também levar em consideração quais foram os órgãos fracionários dos tribunais que efetivamente julgaram as ações e os recursos em cujo âmbito os acórdãos foram proferidos, pois não é incomum que haja diferenças entre a jurisprudência de um e de outro órgão, sobretudo no STJ. No STF, sete casos foram julgados pela Primeira Turma; seis pela Segunda; e um pelo Tribunal Pleno. No STJ, 40 foram julgados pela 5.ª Turma e 11 pela 6.ª.

Quanto à origem geográfica, no STF, quatro ações ou recursos provêm de São Paulo; quatro do Rio Grande do Sul; três do Paraná; um do Rio de Janeiro; um de Minas Gerais; e um da Itália. No STJ, vinte e quatro provêm de

São Paulo; onze do Rio Grande do Sul; cinco do Rio de Janeiro; três da Bahia; dois do Mato Grosso do Sul; e um de cada um dos seguintes estados: Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais e Rio Grande do Norte.[11]

Uma vez realizado esse levantamento, iniciou-se a fase de análise do inteiro teor dos acórdãos. Com objetivo de tornar viáveis a avaliação e a posterior comparação da argumentação judicial dos Ministros e Ministras em seus votos, os argumentos empregados foram analisados de acordo com o modelo proposto por Stephen Toulmin (2006), reunidos em uma tabela e, finalmente, explorados sob a ótica da Teoria da Argumentação Jurídica, em especial conforme desenvolvida por Neil MacCormick (2008b), autor adotado como principal referencial teórico deste estudo. Antes de prosseguir, faz-se necessária uma elucidação concisa sobre os instrumentos teóricos utilizados.

3.1 O modelo de análise dos argumentos de Toulmin

Stephen Toulmin é considerado um dos precursores da Teoria da Argumentação Jurídica padrão. O objetivo a que se dedica em seu livro *Os usos do argumento* (TOULMIN, 2006), originalmente publicado no ano de 1958, é chamar a atenção para o modo como as pessoas de fato argumentam e discutir como é possível que uns argumentos sejam considerados melhores ou mais persuasivos do que outros. Em outras palavras, trata-se de uma tentativa de lidar com o problema da lógica prática, em oposição à lógica formal, a qual, para o autor, distanciou-se demasiadamente do modo como as pessoas argumentam no cotidiano e, por isso, poderia oferecer pouca ou nenhuma contribuição para a "avaliação crítica de argumentos que efetivamente usamos ou que podem ser usados por nós" (TOULMIN, 2006, p. 3).

---

11. Não se pretende discutir aqui os motivos por que há uma quantidade consideravelmente maior de ações e recursos cuja origem é o estado de São Paulo (28,57% das decisões no STF e 47,06% no STJ) e as regiões Sudeste e Sul (92,86% das decisões no STF e 82,35% no STJ).
A Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, sob a coordenação da antropóloga Debora Diniz, realizou nos últimos anos o censo dos manicômios judiciários. Os resultados dessa pesquisa, ainda não publicados, poderão revelar se a quantidade de processos que chegam ao STF e ao STJ é proporcional, pelo menos de maneira aproximada, à população internada em cumprimento de medidas de segurança. É possível especular, contudo, que essa diferença possa ser atribuída, pelo menos em parte, a um maior ou menor grau de acesso à justiça. Essas hipóteses sugerem a realização de novas pesquisas para confirmá-las ou rejeitá-las.

Toulmin tornou-se mais conhecido pelo modelo de análise dos argumentos que propôs (Breton e Gauthier, 2001), o qual se provou bastante útil para os propósitos deste trabalho. O modelo simples tem quatro elementos: a alegação (ou conclusão), os dados, a garantia e o apoio.[12] A *alegação* ou *conclusão(claim)* é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e de chegada do argumento – é a proposição cujos méritos se pretende estabelecer. Os *dados (data)* são "os fatos aos quais recorremos como fundamentos para a alegação" (Toulmin, 2006, p. 140). A *garantia (warrant)* é uma proposição de caráter geral que autoriza a passagem dos dados à conclusão – ela funciona como uma ponte que permite a passagem de certos enunciados a outros. Além disso, às vezes se faz necessário um elemento que serve de *apoio (backing)* à garantia, indicando o campo do argumento[13] para mostrar que ela tem autoridade, vigência ou relevância. Esses quatro elementos compõem um argumento válido ou correto (Atienza, 2006, p. 99), mas dois outros – referentes à questão da força de um argumento – podem ser adicionados: um *qualificador (qualifier)* deve ser acrescentado quando a passagem dos dados à conclusão não é necessária, mas possível ou provável e as *condições de refutação (conditionsofexceptionorrebuttal)* devem ser utilizadas para indicar "circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia" (Toulmin, 2006, p. 145).

Levando em consideração que o STF e o STJ geralmente não apreciam questões de fato, mas apenas questões de direito, há variação das suposições típicas que constituem os elementos do argumento:

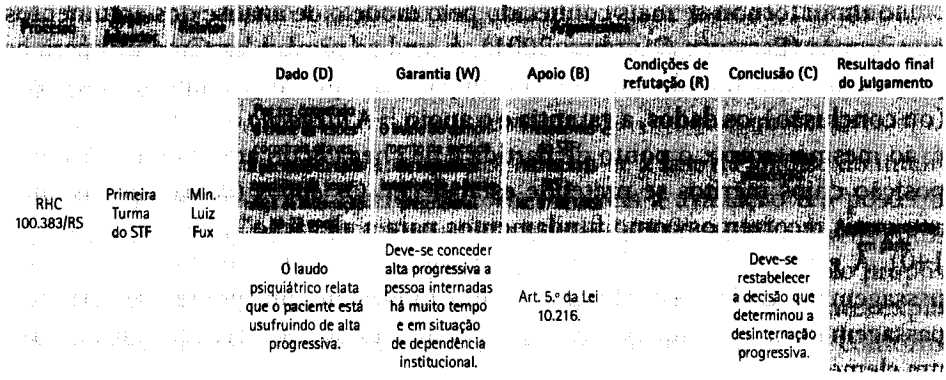
"(...) nas questões de Direito, funcionarão como razões [dados] não só os fatos declarados, provados pelo tribunal de instância, como também decisões de outros tribunais de apelação, normas, declarações de autoridades etc. (...) a garantia será uma norma jurídica geral ou um princípio jurídico. E algo semelhante precisa ser dito com relação ao respaldo [apoio] da argumentação que (...) consistirá (...) na indicação de que a garantia enuncia uma norma ou um princípio jurídico vigente". (Atienza, 2006, p. 108-109)

Para mostrar como isso foi aplicado às decisões judiciais que atendiam aos critérios da pesquisa, pode-se citar como exemplo o mais recente acórdão do STF entre aqueles incluídos no levantamento jurisprudencial efetuado:

---

12. Optou-se por utilizar a mesma tradução desses termos que os tradutores do livro de Toulmin escolheram para a edição brasileira de *Os usos do argumento*.

13. Considerando o "caráter multiforme da argumentação" (Breton; Gauthier, 2001. p. 77) e os inúmeros contextos em que essa atividade se desenvolve, Toulmin introduz a noção de campo *(field)* para explicar o pertencimento de argumentos a diferentes tipos lógicos (Toulmin, 2006. p. 20 e ss.).



			Dado (D)	Garantia (W)	Apoio (B)	Condições de refutação (R)	Conclusão (C)	Resultado final do julgamento
RHC 100.383/RS	Primeira Turma do STF	Min. Luiz Fux	O laudo psiquiátrico relata que o paciente está usufruindo de alta progressiva.	Deve-se conceder alta progressiva a pessoa internadas há muito tempo e em situação de dependência institucional.	Art. 5.º da Lei 10.216.		Deve-se restabelecer a decisão que determinou a desinternação progressiva.	

Esse procedimento foi repetido em todos os casos, que em seguida foram avaliados de acordo com os conceitos fundamentais da Teoria da Argumentação Jurídica.

3.2 A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick

Ao se reportar à Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick, este trabalho refere-se precipuamente ao livro *Retórica e o Estado de Direito* (2008b), que constitui uma revisão de uma das principais obras do autor – o livro *Legal reasoningand legal theory*, originalmente publicado em 1978 – e uma consolidação da sua teoria.

MacCormick propõe a reconciliação do caráter argumentativo do direito – entendido como a necessária avaliação da força dos argumentos concorrentes apresentados pelas partes envolvidas em uma argumentação – e o Estado de Direito – compreendido como o estado de coisas criado pelo respeito ao corpo de normas jurídicas estabelecidas e pela certeza em torno das regras e dos padrões a partir dos quais a conduta das pessoas é julgada – por intermédio de uma teoria retórica da argumentação jurídica. Como Robert Alexy (2011), MacCormick sustenta que a argumentação jurídica é um caso especial do raciocínio prático em geral e "precisa então conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática" (MACCORMICK, 2008b, p. 23).

O autor sustenta que o silogismo tem um papel central como estrutura da argumentação jurídica, dentro de certos limites e com alguns matizes. As normas jurídicas selecionam alguns fatos possíveis no mundo e estipulam que determinadas consequências jurídicas devem se ligar a eles quando ocorrem em casos particulares. Assim, para cada fato operativo, há uma consequência normativa. Não se trata, contudo, de um processo mecânico de subsunção. A

premissa maior (a lei) em geral contém mais de uma parte e "as alegações sobre fatos equivalem a um conjunto de premissas menores" (MACCORMICK, 2007, p. 326, tradução nossa): os fatos operativos não se ligam em bloco à consequência normativa. Para cada universal, deve haver um exemplo particular no caso, mas cada um dos termos é suscetível de interpretação "à luz de uma compreensão do propósito do Direito, de sua adequação ao Direito que o rodeia e de um sentido de justiça apropriado ao campo jurídico em questão" (MACCORMICK, 2007, p. 329). Podem ocorrer, nesse processo, problemas relacionados à prova (isto é, se houve prova da ocorrência dos fatos operativos); problemas de classificação, caracterização ou qualificação (se o fato provado pode ser caracterizado como um exemplo dos fatos operativos); problemas de avaliação (se o fato operativo inclui alguma expressão com carga valorativa ou algum conceito jurídico indeterminado); problemas de interpretação (se a regra admite mais de um sentido possível); e problemas de relevância (se a regra que liga o fato operativo à consequência normativa pode ser extraída das fontes de direito como "uma concretização ou determinação razoáveis de seu conteúdo") (MACCORMICK, 2008b, p. 58). Quando esses problemas surgem, faz-se necessário que se ofereçam razões para preferir uma interpretação à outra – e o livro *Retórica e o Estado de Direito* pretende responder a esta pergunta: "Que tipos de razões são apropriados para essa tarefa?" (MACCORMICK, 2007, p. 332, trad. nossa).

O papel que MacCormick atribui ao silogismo na argumentação jurídica permite afirmar que, para ele, argumentos de tipo dedutivo cumprem a função de justificação das decisões, sempre que normas válidas (que possuem em sua opinião valor-verdade) sejam aplicadas e que "o predicado universal seja considerado como tendo sido reproduzido de forma particular no caso em apreço" (MACCORMICK, 2008b, p. 93). Resolver eventuais problemas de classificação é um passo anterior e necessário à lógica dedutiva – e isso também implica uma decisão.

O autor "apresenta a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática. Essa tese está alinhada com aquela visão do princípio do Estado de Direito que ressalta o seu caráter universalista e, portanto, igualitário" (MACCORMICK, 2008b, p. 103). Isso não significa que elementos particulares dos casos não devam ser levados em consideração, mas que quaisquer circunstâncias adicionais que tornem preferível uma solução diferente da regra geral (em razão da interação de mais de um princípio relevante) devem ser igualmente universais. Resumindo:

O "porquê" da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que

materialmente as mesmas características se apresentarem. Isso é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal (MACCORMICK, 2008b, p. 120)

Em relação a problemas normativos, a universalização significa que não podem existir soluções *ad hoc*.A universalidade não se confunde com a generalidade. Uma norma aplicável a pouquíssimos casos deve ser também universal. Em relação a problemas fáticos, significa que sempre que se repetirem os fatos provados X, Y e Z, também será considerado verdadeiro outro fato do passado (aquele que se trata de provar) (ATIENZA, sem data).

Além dos argumentos de tipo dedutivo e da exigência de universalidade, entram também em jogo argumentos relativos à consistência interna do direito (satisfeita pelo princípio da não contradição). Outro tipo de argumento que cumpre um papel muito importante refere-se "à coerência global da lei à luz de seus princípios subjacentes e à luz de outros princípios fundamentais do ordenamento jurídico" (MACCORMICK, 2007, p. 331). A coerência pode ser normativa, se relacionada "à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa" (MACCORMICK, 2008b, p. 247) ou narrativa, se relacionada "à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir das provas" (MACCORMICK, 2008b, p. 247) e significa a "propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, 'faz sentido' na sua totalidade" (MACCORMICK, 2008b, p. 248). Podem propor-se "casos hipotéticos que sugerem a inaceitabilidade de uma interpretação e a preferência por suas rivais" (MACCORMICK, 2007, p. 331). A razoabilidade, em um dado contexto, requer que sejam identificados "os valores, interesses e assemelhados que são relevantes" (MACCORMICK, 2008b, p. 234) e ignorados os fatores irrelevantes. Finalmente, podem ser examinadas "as implicações, para o sistema jurídico e para a vida social, de uma ou outra decisão interpretativa, e em alguns casos os argumentos abertamente consequencialistas podem ser apropriados" (MACCORMICK, 2007, p. 331) – e este, para MacCormick, será o argumento conclusivo de um caso difícil.

Essa é uma exposição bastante sucinta de uma teoria sofisticada que desenvolve de maneira detalhada tipos de argumentos que são persuasivos no campo jurídico. Ela serve apenas para colocar dentro de um contexto mais amplo certas ideias que serão mais bem explicadas na parte principal deste trabalho, em que a Teoria da Argumentação Jurídica de MacCormick será utilizada para avaliar a argumentação dos Ministros e Ministras do STF e do STJ em casos envolvendo a periculosidade de pessoas acometidas de transtorno mental.

4. A argumentação judicial sobre as medidas de segurança e a periculosidade de agentes inimputáveis

Em primeiro lugar, é importante assinalar algumas características comuns a todas ou à maioria das decisões incluídas na pesquisa. Todos os acórdãos foram aprovados por unanimidade dos Ministros e Ministras que compõem os órgãos fracionários em que foram julgados, com exceção da *Ext 932/IT*. Isso tem um reflexo na maneira como são apresentados: no STJ, não há registro de qualquer debate ou discordância entre os Ministros, sendo o acórdão constituído exclusivamente pelo relatório e pelo voto do relator ou da relatora; no STF, há duas exceções a essa regra: o *HC 98.360/RS* e a *Ext 932/IT*, casos em que há registro de debates bastante acentuados entre os Ministros na Primeira Turma e no Plenário, respectivamente.[14]

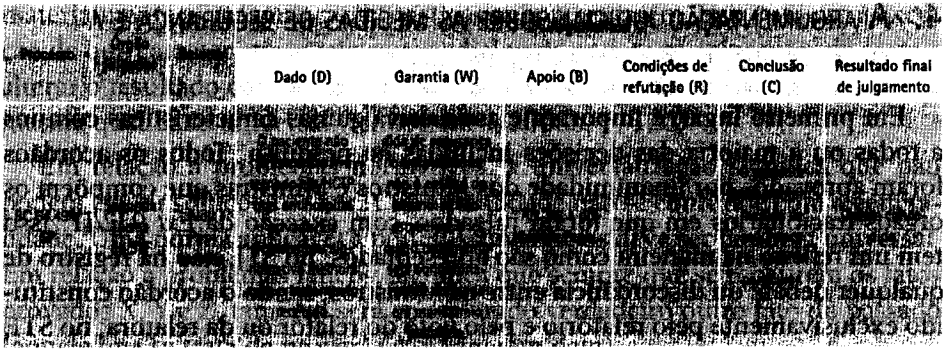
Além disso, o tipo de argumento cuja força preponderou em praticamente todos os casos avaliados foi dedutivo. Isso não significa, entretanto, que proposições de outros tipos não tenham sido enunciadas. Afirmações de caráter consequencialista são comuns entre os *obiterdicta* identificados,[15] ora ressaltando a segregação da pessoa acometida de transtorno mental para fins de prevenção, ora para o seu tratamento: por exemplo, "Essa norma [o art. 97, § 1.º, do CP] visa a resguardar a sociedade do convívio de um indivíduo perigoso" (STJ, *HC 121.062/SP* e *REsp 820.330/RS*). Em contraposição, no *HC 64.494/SP*, julgado pelo STF no final do ano de 1986, preponderou o argumento de tipo consequencialista,[16] que poderia ser esquematizado do seguinte modo:

---

14. Outra exceção também deve ser anotada: no *HC 84.219/SP* (STF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 23.09.2005), houve voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence, a que o relator aderiu, além de uma observação pontual do Min. Eros Grau. Esse caso não se enquadrou nos critérios escolhidos pela pesquisa, porque a ementa do acórdão e a indexação não contêm as palavras-chave selecionadas, mas não pôde ser ignorado, pois a partir dele houve uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a duração das medidas de segurança, e, desde então, ele tem sido citado reiteradamente como apoio nos argumentos dos demais casos sobre o mesmo assunto. Ele pode ser considerado, por esses motivos, um *leadingcase*, cujo argumento central será discutido neste trabalho.

15. Caracterizar certas asserções como *obiterdicta* ou como *ratiodecidendi* é um exercício interpretativo. Nos casos avaliados, pode-se dizer que essas afirmações de caráter consequencialista são, de modo geral, *obiterdicta*, porque não se colocou em questão a validade dos dispositivos legais que embasaram as decisões, de tal maneira que, em tese, não se fariam necessários outros argumentos além daqueles de tipo dedutivo.

16. "(...) a sociedade não há de procurar castigar o insano, mas sim recuperá-lo" (STF, *HC 64.494/SP*, *DJ* 27.02.1987, rel. Min. Aldir Passarinho. O argumento pode ser conside-



	Dado (D)	Garantia (W)	Apoio (B)	Condições de refutação (R)	Conclusão (C)	Resultado final de julgamento

A conclusão, a partir dos dados coletados, de que preponderam os argumentos de tipo dedutivo deve ser interpretada com alguns cuidados. Em regra, prevalece certa informalidade sob o ponto de vista estritamente lógico. A forma silogística que classicamente caracteriza a lógica dedutiva não é utilizada pelos Ministros e Ministras dos tribunais superiores. Ademais, entre os argumentos que podem ser considerados de tipo dedutivo há uma diversidade muito grande. Por exemplo, na *Ext 932-IT*, prevaleceu o argumento de que o STF não tem competência para examinar a imputabilidade de um extraditando (uma razão institucional,[17] portanto).

Na maior parte dos acórdãos, a argumentação limitou-se à justificação interna das decisões.[18] Houve quatro situações em que os Ministros e Ministras do STJ efetuaram a justificação externa das premissas dos argumentos:[19] (a) nos casos *HC 145.510/RS*, *HC 113.993/RS*, *HC 112.227/RS* e *REsp 1.111.820/*

rado de tipo consequencialista, porque, nesse caso, o que se discutiu foi a necessidade de cumprimento da medida de segurança em manicômio judiciário. Considerando que o Código Penal permite a internação em HCTP ou "em outro estabelecimento adequado", o que permitiu ao Ministro relator optar por um ou outro foi o *objetivo* das medidas de segurança, cuja finalidade – o tratamento, em sua opinião – estaria sendo atingida em hospital particular.

17. Razões institucionais são aquelas voltadas para o funcionamento adequado do direito. São exemplos de razões institucionais os apelos à segurança jurídica e à separação de poderes (ATIENZA, sem data).

18. Como explica Alexy (2011. p. 219), "[n]a justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção dessas premissas".

19. Os argumentos que estabelecem garantias, segundo o modelo de análise dos argumentos de Toulmin, tal como aplicado a esta pesquisa, normalmente revelam a justificação externa das premissas.

RS, em que foi suscitada a questão da prescrição executória das medidas de segurança, a argumentação seguiu dois passos: discutiu-se, primeiro, se o instituto da prescrição aplica-se às medidas de segurança e, em seguida, se ela havia ocorrido no caso concreto; (b) nos casos *HC 55.044/SP*, *HC 44.794/SP*, *HC 41.269/SP* e *HC 24.455/SP*, o Min. Gilson Dipp – relator desses quatro processos – considerou importante diferenciar as medidas de segurança previstas no Código Penal daquelas previstas na LEP para a superveniência de doença mental antes de avaliar o caso concreto; (c) no *HC 13.054/SP*, o Min. Gilson Dipp precisou analisar se a redação do Código Penal anterior à Lei 7.209/1984 era mais favorável ao paciente para depois decidir qual norma aplicar ao caso; por fim, (d) no *HC 57.924/MS*, em que se questionou a dosimetria da pena aplicada a três réus condenados, a Min. Maria Thereza de Assis Moura teve de considerar individualmente cada uma das majorantes aplicadas pelo tribunal de origem antes de definir qual a pena correta.

Como apoio para as garantias são normalmente apresentados dispositivos legais avulsos (como, por exemplo, um artigo de lei isoladamente considerado) e precedentes jurisprudenciais. Tipicamente, os Ministros e as Ministras limitam-se a transcrever a ementa desses precedentes em seus votos e a afirmar que a jurisprudência do tribunal está sendo seguida. A ementa é uma espécie de resumo que tem por objetivo expressar em parcas linhas a *ratiodecidendi* de determinado julgamento, a fixar a interpretação correta de um dispositivo legal questionado. Ocorre, entretanto, que muitas vezes ela apenas repete o que a lei já diz – citar um precedente em que isso acontece parece, portanto, uma redundância. Além disso, as ementas são elaboradas com tal grau de generalidade que, de vez em quando, mais se assemelham a normas que poderiam ser encontradas nas leis. Em nenhum dos acórdãos avaliados houve uma comparação entre os fatos e as circunstâncias do precedente citado e a ação ou o recurso em apreço para então determinar se a mesma solução se aplicaria a ambos os casos.

Levando em consideração a unanimidade em quase todos os julgamentos, a prevalência de argumentos do tipo dedutivo e a predominância da justificação interna das decisões, é possível inferir que esses casos são considerados fáceis pelos tribunais, visto que os magistrados parecem ter encontrado respostas claras para eles no ordenamento jurídico brasileiro, sem que tivessem sido suscitados desacordos morais, com exceção da *Ext 932-IT*, referente a dois pedidos de extradição formulados pela Itália contra um homem – um dos quais para o cumprimento de uma pena, que já havia prescrito, e outro para responder a um processo criminal. Nesse caso, a defesa do extraditando levantou um incidente de sanidade mental, que foi negado, de ofício, pelo relator, Min.

Joaquim Barbosa. Um agravo regimental interposto contra a decisão do relator foi julgado procedente, por maioria, pelo Plenário. Constatou-se, então, que o extraditando era portador de esquizofrenia paranoide, mas o laudo não foi conclusivo quanto à sua capacidade de entendimento no momento dos fatos pelos quais era acusado (que teriam ocorrido na Itália nos anos de 1999 e 2000). No julgamento do mérito da extradição, a questão central era decidir se era possível deferir o pedido, considerando as informações do laudo. Para o relator, cuja opinião – formalista – prevaleceu, não cabia ao STF perquirir sobre a imputabilidade do extraditando, apenas determinar se o pedido de extradição cumpriria todos os requisitos; para a minoria, liderada pelo Min. Ayres Britto, a Itália já havia reconhecido a doença mental do sujeito, e a inimputabilidade exclui a culpabilidade, que é um dos elementos do conceito de crime – e, se não houvesse crime, não poderia ser deferida a extradição. O Min. Cezar Peluso insistiu em um argumento consequencialista, afirmando que, se o STF decidisse avaliar a imputabilidade penal do extraditando, o mesmo raciocínio teria de ser aplicado a qualquer causa de exclusão de tipicidade, de antijuridicidade ou de culpabilidade (inclusive, por exemplo, a legítima defesa), substituindo-se ao juízo natural. A *Ext 932-IT*, como se vê, é um ponto fora da linha jurisprudencial em que se enquadraria a maior parte dos acórdãos analisados.

Feitas essas considerações sobre as características gerais da argumentação, devem ser enfrentados alguns problemas argumentativos específicos que foram encontrados: (a) a relação entre direito e psiquiatria nas decisões sobre a periculosidade; (b) a medida de segurança como sanção penal; (c) a duração das medidas de segurança; e (d) a aplicação concomitante das leis penais e da Lei 10.216/2001 e o problema da incoerência normativa. É o que se faz a seguir.

4.1 A relação entre direito e psiquiatria nas decisões sobre periculosidade

Como já foi dito, atenderam aos critérios de pesquisa escolhidos alguns acórdãos que tinham menos relação com o tema deste trabalho. No STJ, repetiram-se algumas vezes casos em que agentes imputáveis contestavam a prisão preventiva que lhes foi ordenada enquanto respondiam por infrações penais praticadas com a participação de menores (inimputáveis): *HC 224.730/SP*, *HC 218.020/BA*, *HC 222.868/DF*, *HC 205.290/SP* e *HC 152.875/SP*. Nesses casos, entendeu-se que a gravidade do crime supostamente cometido revelaria a periculosidade do agente e que a prisão preventiva estaria justificada na garantia da ordem pública. Isso é digno de nota por um motivo: o termo "periculosidade" é utilizado sem qualquer distinção aparente de sentido em casos de réu imputável e de inimputável, embora, no segundo, considere-se que cabe à perícia psiquiátrica constatar essa condição.

Em relação à periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis, são relevantes o *HC 208.336/SP*, o *HC 121.062/SP*, o *HC 42.460/SP*, o *HC 10.765/SP* e o *RHC 4.407/CE*, todos do STJ.

No primeiro caso, *HC 208.336/SP*, o impetrante formulou um pedido de desinternação sob o fundamento de que o laudo pericial havia apontado a atenuação da periculosidade, embora permanecesse o estado crônico da doença mental. A relatora do caso transcreveu em seu voto a decisão do tribunal de origem – que negou o pedido – e aplicou o art. 182 do CPP,[20] mantendo a decisão, a qual foi considerada suficientemente fundamentada. A decisão mantida utiliza alguns dados do próprio laudo para concluir que se mantém a periculosidade, logo não deve ser concedida a desinternação.

No *HC 121.062/SP*, algo muito semelhante acontece. O juiz da Vara de Execuções Criminais prorrogou a medida de segurança imposta ao paciente, contrariando a indicação dos médicos peritos. A decisão, transcrita pela Ministra relatora, diz:

"Ademais, segundo laudo acostado aos autos é portador de 'esquizofrenia paranoide', faz uso de medicamentos para controlar a doença, não recebe apoio familiar, é pessoa sugestionável, com nível intelectual limítrofe e seu senso ético está fragilizado."

Portanto, diante deste panorama e do próprio histórico do sentenciado, não vislumbra este Juízo como é possível autorizar sua desinternação, com submissão a tratamento em local perto de sua residência.

Aliás, frise-se que, segundo o próprio laudo acostado aos autos, o sentenciado antes de sua prisão, recebia tratamento irregular em razão de sua agressividade com o padrasto (ameaçando-o de morte), bem como, permanecia perambulando pelas ruas como andarilho (não possui residência fixa).

Assim, é óbvio que a doença está controlada em razão do local em que o sentenciado se encontra, onde o medicamento é ministrado regularmente, não há necessidade de luta para sua sobrevivência etc.

O TJSP manteve a decisão do juiz de primeira instância:

"Na última perícia a que foi submetido, os profissionais concluíram que ele estaria 'com a periculosidade cessada' (f.).

Todavia, reconheceram também os peritos a necessidade de "contínuo seguimento medicamentoso", além de uma "supervisão de seus atos".

20. Código de Processo Penal: "Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

Ora, o agravante não conta com respaldo familiar, situação evidenciada durante o tratamento e anotada em todos os pareceres médicos encartados nos autos.

Bem por isso, difícil aceitar que, desinternado, possa dar continuidade ao tratamento disciplinado que vem recebendo no Hospital de Custódia, tratamento esse que foi, sem qualquer dúvida, consoante se observa dos registros médicos, condição *sine qua non* para a melhora em seu quadroclínico.

Como bem observado pela Douta Procuradoria de Justiça, tanto é verdade que a cessação da periculosidade é condicionada à manutenção da terapêutica adequada – vale dizer, acompanhamento médico contínuo, prática de atividades dirigidas e, especialmente, administração de medicamentos controlados - que os próprios expertos sugeriram forma anômala de "desinternação", vinculando-o a tratamento em hospital psiquiátrico comum.

Ora, se de fato a cessação de periculosidade houvesse sido constatada de modo inequívoco, não haveria razões para tanto.

Não fosse isso o bastante, o mesmo parecer que indicou a cessação da periculosidade (f.) reconheceu que o agravante apresenta "atitude subjetiva algo inadequada", "senso ético algo fragilizado" e "diminuição acentuada da sintomatologia delirante", tudo a indicar que, de fato, a desinternação pretendida não é a melhor medida a ser aplicada, porque essa somente pode ocorrer quando houver certeza da cessação da periculosidade, o que não se verifica no presente caso.

(...)

Portanto, pela argumentação exposta, evidente que, diante dos elementos constantes dos autos e do próprio relatório médico que fundamentou o parecer favorável – que, aqui cabe ressaltar, a teor do art. 182 do CPP, não vincula o magistrado – não se pode ter como inequívoca a cessação de periculosidade do agravante.

As longas citações são para mostrar que nesse caso, como no anterior, o tribunal de origem colheu dados do laudo psiquiátrico para chegar a uma conclusão diametralmente oposta àquela dos peritos. O STJ, aplicando o art. 182 do CPP, entende que o magistrado pode aceitar ou rejeitar, no todo ou em parte, o laudo, contanto que o faça de modo fundamentado – e isso é muito interessante sob o ponto de vista da Teoria da Argumentação. O problema, nesses dois casos, é que a argumentação cinge-se à afirmação de que a decisão foi suficientemente fundamentada. Parece se supor que a mera transcrição da decisão é evidência suficiente da verdade dessa afirmação. Finalmente, argumenta-se que, para decidir em sentido contrário, far-se-ia necessária a avaliação das pro-

vas, o que não é possível em sede de *habeas corpus*, ação que não comporta dilação probatória.

No *HC 42.460/SP*, conclui-se que não há ilegalidade na conversão do tratamento ambulatorial em internação quando o paciente, após ter tido a medida de segurança de internação convertida em tratamento ambulatorial em razão de laudo pericial favorável, mesmo intimado pessoalmente não comparece para o exame de cessação de periculosidade. No *HC 10.765/SP*, consagrou-se a alegação de que pode o magistrado optar pelo regime de internação na medida de segurança imposta a agente que praticou o crime de ato obsceno, punível com detenção, mesmo que o laudo pericial indique o tratamento ambulatorial. Finalmente, no *RHC 4.407/CE*, julgado em abril de 1995, entendeu-se que a decisão que determinou a internação do agente que a princípio havia sido mantido em liberdade, mas depois demonstrou comportamento agressivo ao encontrar casualmente com o promotor, é correta por ter se havido com prudência e que não se pode avaliar pela via do *habeas corpus* se o recorrente seria ou não capaz de viver normalmente entre as pessoas.

O *HC 208.336/SP* e o *HC 121.062/SP* certamente são mais interessantes para os propósitos deste trabalho. A decisão em cada um desses casos contraria os resultados atingidos pelas pesquisas de Omar Bravo (2004; 2007) e de Mariana Weigert (2006). Bravo (2004; 2007) estudou os processos de execução das pessoas que, à época da sua pesquisa, estavam internadas em cumprimento de medidas de segurança na Ala de Tratamento Psiquiátrico do Presídio da Colméia, no Distrito Federal, e, observando que as decisões dos juízes não discrepavam dos laudos periciais, concluiu que a periculosidade funciona como um operador linguístico que permite ao psiquiatra ocupar o lugar do juiz na determinação do futuro do agente inimputável. Weigert (2006) realizou uma investigação documental na Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre e, após analisar dez processos selecionados aleatoriamente, constatou:

O principal resultado observado é que nos processos pesquisados *todas* as sentenças penais estavam vinculadas diretamente ao exame médico-legal, dentre as quais cinco delas apresentavam transcrição literal do parecer. O único caso em que a decisão se opôs ao relatório psiquiátrico foi em situação na qual o réu, acusado de homicídio qualificado, obteve laudo de semi-imputabilidade, e o juiz, por força da decisão do tribunal do júri, classificou-o como totalmente incapaz, impondo-lhe medida de segurança (Weigert, 2006, p. 141).

A diferença entre os resultados atingidos pelas pesquisas é explicada pelas diferentes funções atribuídas aos juízes das varas de execução e ao STJ, a quem compete realizar o controle sobre a interpretação que as instâncias inferiores conferem às leis federais. A autorização que, segundo a jurisprudência do STJ,

a lei confere ao juiz ou à juíza para que discorde do laudo pericial, ao que tudo indica, não pode ser vista como uma garantia de direitos do sujeito acometido de doença mental, porque as decisões encontradas que se opõem ao laudo mantêm a medida de segurança ou agravam o seu regime de cumprimento, em detrimento da liberdadedo agente inimputável.

A periculosidade é considerada pela jurisprudência do STJ uma questão de fato, que se afere a partir do exame das provas. A relevância da noção de periculosidade para o campo do direito é naturalizada, embora nos últimos anos ela tenha sido denunciada como um conceito operável juridicamente (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005). Conforme foi discutido, a periculosidade é geralmente definida como um juízo probabilístico. Apesar disso, não há, nos argumentos, qualificadores que indiquem o grau de probabilidade de que determinado agente inimputável volte a praticar infrações penais.

Previsões têm de ser respeitáveis. Dois problemas diferentes podem atingir as asserções em argumentos que envolvem probabilidade: as alegações podem ser impróprias, quando a previsão é feita com fundamentos inadequados, ou equivocadas, se carecem de alguma correção à luz dos acontecimentos subsequentes (TOULMIN, 2006). De modo geral, estudos têm demonstrado que "entre metade e três quartos daqueles identificados como perigosos por profissionais psiquiátricos acabam, no final, não sendo violentos" (BARTLETT; SANDLAND, 2007, p. 147, tradução nossa) e que "psiquiatrassão mais propensos aperceberas pessoas negrascomo perigosas" (BARTLETT; SANDLAND, 2007, p. 149, trad. nossa). Bernard L. Diamond sustenta que essa quantidade pode ser ainda maior: "Só se podeconcluir que ospsiquiatrasque realizamtais julgamentos tendem a exagerar muito a previsão de periculosidade, a um fatorem algum lugar entredez ecem vezesa incidênciareal decomportamento perigoso" (1974, p. 447, trad. nossa). E explica:

Se o psiquiatra subestima (*underpredicts*) o perigo e libera um paciente que mais tarde comete um ato violento, ele será exposto a críticas severas. Se, em contrapartida, ele prevê em excesso (*over-predicts*) o perigo, ele não sofrerá qualquer consequência dessa previsão falha, porque sua previsão poderia ter se tornado verdadeira se não tivesse havido intervenção (como a institucionalização) (DIAMOND, 1974, p. 447, trad. nossa).

Seriam essas previsões exageradas (conforme constatadas por diversos estudos) alegações impróprias ou alegações equivocadas (para usar a terminologia de Toulmin)? A pesquisa desenvolvida por Bravo (2004), a que já se fez referência, detectou os indicadores de periculosidade adotados pelo Instituto Médico-Legal (IML) do Distrito Federal. Talvez eles lancem alguma luz sobre a questão:

"Indicadores de periculosidade: – Quanto à curva vital: inconstância no trabalho, integração com grupos sem atividades construtivas, existência de cri-

minalidade precoce, número elevado de incidentes jurídicos e policiais, reincidência rápida, início precoce da doença. – Quanto à morfologia do crime: crime praticado com agravantes legais, crime sem motivo psicológico explicável, crimes com multiplicidade de golpes, crimes praticados com frieza de sentimentos, crimes praticados contra pessoas indefesas. – Quanto a intercorrências psiquiátricas: agitação psicomotora, surtos e episódios psicóticos, crimes de irrascibilidade, necessidade de altas dosagens de fármacos. – Quanto ao exame psíquico atual: humor explosivo, falta de crítica ao ato delituoso que praticou, falta de planos para o futuro, alucinações, delírios, falta de remorso, falta de sentimentos superiores, egocentração dos sentimentos. É importante também que seja avaliada a ligação do examinando com a família e o desejo e o interesse de conviver com a mesma. Ao contrário da intoxicação aguda pelo álcool que se encontra muitas vezes em íntima ligação com atos heteroagressivos (alcoolismo crônico) tende a levar a pessoa a um estado de destruição progressiva no qual ele se afasta da convivência social e mergulha pouco a pouco no mundo da miséria pessoal e da enfermidade. Fala-se de um suicídio social, visto que o indivíduo permite que o álcool gradativamente destrua sua vida, seu organismo, seu respeito e seu futuro (Bravo, 2004, p. 129).

Três observações parecem exsurgir desses indicadores encontrados nos laudos periciais elaborados pelo IML do Distrito Federal: (a) muitos indicadores não têm qualquer relação com a doença mental em questão, em especial aqueles relativos à "curva vital" e à "morfologia do crime". Isso não parece ser uma particularidade do sistema de predição adotado pelo IML, já que Bartlett e Sandland (2007), que escrevem principalmente a partir da experiência do Reino Unido, também constatam que frequentemente se usam outros tipos de dados para o cálculo preditivo; (b) outros, além de terem pouco a ver com a questão da insanidade mental, contêm excepcional conteúdo valorativo; por fim, (c) chama atenção a sua abrangência. Essas observações, somadas aos exemplos oferecidos por Bravo (2004; 2007), permitem assinalar uma característica dos laudos de exame de sanidade mental constatada por Michel Foucault (2001): eles são "grotescos", em um sentido muito preciso – é "o fato, para um discurso ou para um indivíduo, de deter por estatuto efeitos de poder de que sua qualidade intrínseca deveria privá-los" (Foucault, 2001, p. 15). Diz o autor:

"Que o exame psiquiátrico constitua um suporte de conhecimento igual a zero é verdade, mas não tem importância. O essencial do seu papel é legitimar, na forma do conhecimento científico, a extensão do poder de punir a outra coisa que não a infração" (Foucault, 2001, p. 23).

O exame de sanidade mental pode ser visto como um "processo de reificação", ou seja, um "processo por meio do qual a ação ou o comportamento é traduzido em um atributo da pessoa" (DIAMOND, 1974, p. 449), ideia que se assemelha ao conceito de "dobramento" de Foucault:

"O exame psiquiátrico permite dobrar o delito, tal como é qualificado pela lei, com toda uma série de outras coisas que não são o delito mesmo, mas uma série de comportamentos, de maneiras de ser que, bem entendido, no discurso do psiquiatra, são apresentadas como a causa, a origem, a motivação, o ponto de partida do delito. De fato, na realidade da prática judiciária, elas vão constituir a substância, a própria matéria punível (FOUCAULT, 2001, p. 19).

A periculosidade não é só um juízo de probabilidade em que se fundamenta a medida de segurança, ela expressa a personalidade do portador de transtorno mental. "O sujeito representa probabilidades de conduta, não havendo espaço para a sua liberdade e autodeterminação" (FIGUEIREDO NETO; ROSA, 2008, p. 194). Em relação ao inimputável por enfermidade mental, diz-se que "[a] imprevisibilidade de seu comportamento (...) demanda o controle da prevenção especial, que visará o [*sic*] seu tratamento e a [*sic*] contenção de seus atos" (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 47). Todavia, convém perguntar: Qual pessoa tem o comportamento previsível em qualquer situação? Claudio Cohen, por exemplo, diz que "a periculosidade é algo intrínseco a qualquer ser humano" (2006, p. 128).

Tudo isso serve para mostrar que, se, por um lado, a existência de pessoas genuinamente perigosas parece ser um dado da experiência, por outro há motivos suficientes para desconfiar de que a determinação da periculosidade possa ser racionalmente defendida como uma função psiquiátrica[21] (DIAMOND, 1974) ou mesmo judicial (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005; FIGUEIREDO NETO; ROSA, 2008). O silêncio tanto do STF quanto do STJ acerca da periculosidade como fundamento para a imposição das medidas de segurança pode ser visto, por conseguinte, como um déficit argumentativo que precisaria ser sanado para as decisões judiciais alcançarem a persuasão racional do espectador imparcial.[22-23]

---

21. Nelson Hungria há muitos anos alertou para o problema: "A não ser nos casos de justificável dúvida sôbre [*sic*] anormalidade psíquica do réu (art. 149 do CPP), deve o juiz evitar a companhia do psiquiatra. Afeito ao estudo do psiquismo anormal, o alienista se predispõe, insensivelmente [*sic*], a ver loucos ou 'semiloucos' por tôda [sic] parte, como que a confirmar o dito jocoso de que, nos manicômios, só se acha recolhido o 'estado-maior' dos insanos mentais" (HUNGRIA, 1959, p. 78).

22. MacCormick (2008a; b) propõe que os julgamentos sobre a razoabilidade sejam construídos pelo modelo de um espectador imparcial, tal como sugerido por Adam Smith. Diz o autor: "Pessoas razoáveis parecem-se com o que Adam Smith chamou de 'espectador imparcial' (...). Elas buscam abstrair-se de sua posição pessoal de

4.2 *A medida de segurança como sanção penal*

Tanto o STF quanto o STJ apresentam argumentos a partir do conceito de medida de segurança como uma espécie de sanção penal. Argumentos conceituais são admitidos pela Teoria da Argumentação Jurídica de MacCormick, que explica como manejá-los corretamente:

"Os argumentos conceituais (conhecidos como argumentos "lógicos" naqueles sistemas particularmente influenciados por Savigny) dizem que se qualquer conceito jurídico geral reconhecido e elaborado doutrinariamente for usado na formulação da disposição legal, ele deve ser interpretado de modo a manter o uso consistente por todo o sistema jurídico. Ao menos, deveria haver particular consideração à consistência conceitual dentro de um ramo particular do Direito" (MACCORMICK, 2008b, p. 173).

---

modo a enxergar e sentir a situação tal como ela se parece a outras pessoas envolvidas, e elas ponderam imparcialmente os seus interesses e compromissos em comparação com os dos outros. Elas têm consciência de que certas coisas, atividades e relações podem ter valores diferentes para as pessoas, e que todos os valores devem receber algum tipo de atenção, mesmo que não seja possível realizar todos eles em uma vida, num projeto ou num determinado contexto de ação. Portanto, elas tentam promover um equilíbrio que leve em conta essa pluralidade aparentemente irredutível de valores. Dessa maneira, pessoas razoáveis são objetivas: elas não são consumidas pela paixão por seu próprio interesse ou projeto (...) de tal modo que se tornem capazes de se distanciar momentaneamente e olhar a situação a partir do ponto de vista de outras pessoas" (MACCORMICK, 2008b, p. 219). O autor tenta conciliar o racionalismo de Kant com o sentimentalismo de Smith para propor uma nova maneira de desenvolver a argumentação no âmbito da razão prática (MACCORMICK, 2008a).

23. Em 1983, no julgamento do caso *Barefoot v. Estelle*, a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou o argumento de que psiquiatras não poderiam prever a periculosidade com segurança, observando que faria "pouco sentido" excluir apenas os psiquiatras de "todo o universo de pessoas que poderiam ter uma opinião sobre a questão" e que o argumento contrário "coloca em questão aqueles outros contextos em que previsões de comportamento futuro são constantemente realizadas" (PERLIN, 1987, p. 8-9). Os juízes Blackmun, Brennam e Marshall dissentiram, acolhendo os argumentos apresentados pela Associação Psiquiátrica Americana (que atuou no caso como *amicus curiae*), os quais podem ser sintetizados em quatro pontos: (a) nenhuma fonte respeitável foi citada pela maioria para contradizer a asserção de que as previsões de violência "estão erradas mais frequentemente do que certas"; (b) pessoas leigas podem prever violência tão bem ou até melhor do que psiquiatras; (c) as testemunhas não têm qualquer *expertise*; e (d) tal "testemunho infundado" não pode ser reconciliado "com preocupação suprema da Constituição com a segurança das sentenças capitais" (PERLIN, 1987. p. 11).

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o conceito de medida de segurança como sanção penal foi endossado na terceira parte do voto do Min. Sepúlveda Pertence no *HC 84.219/SP*, o primeiro em uma série de precedentes do STF que consolidaram o entendimento de que a duração máxima das medidas de segurança é trinta anos, em razão da proibição constitucional às penas de caráter perpétuo e da aplicação do art. 75 do CP. Entre os acórdãos incluídos na pesquisa, essa orientação repetiu-se no *RHC 100.383/RS*, no *HC 107.432/RS*, no *HC 98.360/RS* e no *HC 97.621/RS*. O *HC 84.219/SP* é reiteradamente mencionado como apoio para as garantias nos argumentos identificados nas decisões posteriores. Leia-se um trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence:

As penas, portanto, são em vários aspectos semelhantes às medidas de segurança, senão pela totalidade de seus fundamentos e finalidades, pelos traços de uniformidade de seus regimes jurídicos, forma de persecução e efeitos práticos, que sempre resultam em especial prejuízo necessariamente aflitivo para o agente (...).

São peculiaridades que, ao lado de outras, fazem delas espécie de exercício do poder punitivo do Estado, no que se distanciam profundamente da simples interdição civil.

Dogmaticamente, corrobora esse caráter de sanção penal das medidas de segurança o fato de a aplicação delas pressupor o reconhecimento de um injusto penal; ser a medida condicionada à espécie de pena cominada ao "fato previsto como crime" (reclusão/internação; detenção/tratamento ambulatorial – art. 97 do CP); bem como a possibilidade de detração (art. 42 do CP).

Já no STJ, esse conceito foi utilizado para argumentar que o instituto da prescrição (previsto no art. 109, IV, do CP) aplica-se às medidas de segurança.[24] Isso aconteceu no *HC 145.510/RS*, no *HC 113.993/RS*, no *HC 112.227/RS* e no *REsp 1.111.820/RS*.

Os dispositivos da Constituição Federal e do Código Penal que foram considerados aplicáveis pelo STF e pelo STJ nesses casos são os seguintes:

Constituição Federal

24. O STF chega à mesma conclusão por outro caminho, que poderia ser compreendido dentro da lógica dedutiva: o art. 96, parágrafo único, do CP determina que "Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta"; a prescrição, de acordo com o art. 109, é uma causa de extinção da punibilidade; logo, ela se aplica às medidas de segurança. V. *HC 107.432/RS* (STF, *DJe* 09.06.2011, rel. Min. Ricardo Lewandowski) e *HC 98.360/RS* (STF, *DJe* 23.10.2009, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

"Art. 5.º (...) XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo (...)."

Código Penal

"Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (...)."

"Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...)."

"Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena (...)."

Se o termo "pena" for tomado em sentido amplo (mais precisamente, como o gênero sanção penal, de que seria espécie ao lado da medida de segurança), não há qualquer erro de inferência. O problema argumentativo não reside nesse ponto, mas no modo seletivo como se aplica um ou outro dispositivo legal referente às penas, sem justificar por que esses são aplicáveis e outros não. Há garantias penais importantes – como, por exemplo, a individualização ou a determinação da pena[25] e a proporcionalidade da pena à gravidade do crime[26] – que sequer se cogita aplicar aos agentes inimputáveis por motivo de enfermidade mental. Evidentemente, a aplicação de todas as garantias referentes às penas tornaria indistinguíveis a pena e a medida de segurança, mas essa constatação não elimina a necessidade de que se dê mais atenção ao problema da consistência exigida no manejo de argumentos conceituais.

---

25. O direito à individualização da pena é devido a agentes imputáveis tanto no momento da determinação *in concreto* da pena quanto na sua execução (Mendes, Coelho et al, 2009). Embora alguém pudesse argumentar que a cessação da periculosidade como condição de extinção da medida de segurança poderia ser compreendida como um modo de individualização da execução, o mesmo não se pode dizer no momento da imposição quanto à fixação do período mínimo de cumprimento, porque se mantém impossível o conhecimento do tempo em que a pessoa ficará sujeita à internação.

26. Ainda que se afirme uma diferença que consiste no fato de que "as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito" (Jesus, 2010. p. 589), deveriam ser levadas em consideração as dificuldades de prever o comportamento futuro, já discutidas neste trabalho, e a iniquidade existente na possibilidade de que um agente que tenha praticado, por exemplo, uma tentativa de furto permaneça mais tempo internado do que outro que tenha cometido homicídio qualificado. Como se já não bastasse, Mariângela Gomes (2011) sustenta persuasivamente que são inconstitucionais as reações sancionatórias que se referem ao sujeito, a seus atributos ou pensamentos, e não ao fato punível, por desrespeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

4.3 A duração das medidas de segurança

Conforme exposto anteriormente, a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que a duração máxima das medidas de segurança é trinta anos.

No STJ, existem três orientações diferentes sobre esse assunto: (a) em doze acórdãos prevaleceu a opinião de que não há limite máximo de duração das medidas de segurança, cuja extinção é condicionada à cessação da periculosidade, nos termos do art. 97, § 1.º, do CP[27] (*HC 145.510/RS*, *HC 112.227/RS*, *REsp 1.111.820/RS*,*HC 113.638/RJ*,*HC 113.998/RS*,*HC 111.669/RS*,*REsp 820.330/RS*,*HC 70.497/SP*, *HC 48.187/SP*, *HC 44.801/SP*, *HC 36.172/SP* e *HC 27.993/SP*); (b) em três, conclui-se que esse limite é determinado pelo máximo da pena abstratamente cominada para a infração penal cometida (*HC 142.672/RS*, *REsp 1.103.071/RS* e *HC 134.895/RS*); (c) em dois, a jurisprudência do STF, que determina que a duração das medidas de segurança atém-se ao máximo de trinta anos, foi acolhida (*HC 208.336/SP* e *HC 113.993/RS*). Entre esses acórdãos, houve três em que se concedeu indulto aos pacientes (*HC 208.336/SP*, *HC 113.993/RS* e *HC 112.227/RS*), com fundamento no art. 1.º, XI, do Dec. 7.648/2011,[28] da presidente Dilma Rousseff.

Apenas o *HC 142.672/RS*, julgado em 10.04.2010, o *HC 70.497/SP*, julgado em 12.11.2007, e o *HC 27.993/SP*, julgado em 09.12.2003, foram distribuídos à 6.ª Turma. Todas as demais decisões foram proferidas pela 5.ª Turma.

Levando em conta apenas a composição atual da 5.ª e da 6.ª Turma do STJ e os acórdãos incluídos nos critérios desta pesquisa, os Ministros Jorge Mussi e Gilson Dipp afiliam-se à primeira orientação (inexistência de limite temporal). A Min. Laurita Vaz, até fevereiro de 2008, também endossou essa opinião, mas em dois casos posteriores a setembro de 2009 ela seguiu a jurisprudência do STF. Igualmente, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, que fazia parte da Quinta

27. Código Penal: "Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.§ 1.º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos".

28. Dec. 7.648/2011: "Art. 1.º É concedido indulto às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...) XI – submetidas a medida de segurança, independentemente da cessação da periculosidade que, até 25.12.2011, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da LEP, por período igual ao tempo da condenação".

Turma e hoje preside a Primeira Turma (a qual não tem competência em matéria penal), parece ter mudado de posição: em um caso julgado em novembro de 2008, ele manifestou-se a favor da indeterminação da duração máxima das medidas de segurança, porém em dois outros julgados após outubro de 2009, entendeu que o limite deveria ser o máximo da pena cominada para a infração penal. Em seu voto no *REsp 1.103.071/RS*, o Min. Arnaldo Esteves Lima noticia que a Min. Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, também adota essa posição.

Embora os acórdãos em que prevaleceu a interpretação de que existe um tempo máximo de duração para as medidas de segurança sejam mais recentes, a pesquisa não oferece dados suficientes para concluir a jurisprudência do STJ esteja se modificando. Isso se deve, em parte, porque as palavras-chave utilizadas não podem ser consideradas perfeitamente adequadas para o exame dessa questão específica. Mesmo assim, a pesquisa mostra que não se tem promovido qualquer alteração jurisprudencial institucionalmente por meio de debates nos órgãos colegiados, mas por meio da mudança do entendimento individual de cada Ministro ou Ministra.

As três orientações encontradas no STJ são incompatíveis entre si; logo, pode-se dizer que a jurisprudência do tribunal sobre a duração das medidas de segurança é inconsistente. Isso se torna particularmente grave se for levado em consideração o fato de que todos os acórdãos do STJ analisados por este estudo foram aprovados por unanimidade dos Ministros e Ministras que compõem os órgãos fracionários do tribunal.

4.4 A aplicação concomitante das leis penais e da Lei 10.216/2001 e o problema da incoerência normativa

O último problema argumentativo sobre o qual se tratará – e talvez o mais delicado – é a incoerência normativa existente na aplicação concomitante das leis penais[29] (em especial do Código Penal) e da Lei 10.216/2001, que dispõe "sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental".

A coerência normativa deve ser compreendida do seguinte modo:

"(...) a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas 'façam sentido' em virtude de serem racionalmente

29. Por "leis penais", deve-se entender principalmente o Código Penal, mas também o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados. Para que os princípios e valores sejam coerentes entre si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória. Ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível seres humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de um bem comum do qual todos participam. Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória" (MACCORMICK, 2008b, p. 252-253).

Em quatro casos do STF (*RHC 100.383/RS*, *HC 107.437/RS*, *HC 98.360/RS* e *HC 97.621/RS*), a Lei 10.216/2001, em especial o seu art. 5.º,[30] é mencionada como apoio para uma garantia de acordo com a qual a duração prolongada da medida de segurança sem que se obtivesse melhora do quadro clínico revelaria a necessidade de se optar por um tipo diferente de tratamento. Seguindo esse raciocínio, ou é determinada a desinternação progressiva (*RHC 100.383/RS* e *HC 97.621/RS*) ou a transferência do paciente para um hospital psiquiátrico fora do sistema penal (*HC 107.437/RS* e *HC 98.360/RS*).

É possível afirmar a existência de incoerência normativa, porque as leis penais, ao disciplinarem as medidas de segurança, e a Lei 10.216/2001 não são concretizações de um princípio mais geral, mas subordinam-se a valores diferentes. Enquanto o Código Penal visa a atender ao valor da *segurança pública*,[31] a Lei 10.216/2001 é uma concretização do valor da *igualdade* – no sentido de que estabelece um tratamento diferenciado a um grupo de pessoas que historicamente tiveram a sua cidadania negada, os portadores de sofrimento mental, reconhecendo direitos de caráter materialmente constitucional – e da *saúde* – já

30. Lei 10.216/2001: "Art. 5.º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário".

31. Basta lembrar-se dos votos da Min. Laurita Vaz em que ela afirma que o art. 97, § 1.º, do CP visa a "resguardar a sociedade do convívio de um indivíduo perigoso" (STJ, *HC 121.062/SP*, *DJe* 17.12.2010; STJ, *REsp 820.330/RS*, *DJe* 07.04.2008).

que responde à denúncia do movimento social da luta antimanicomial de que a institucionalização de doentes mentais, ao invés de curá-los, aprisiona-os em um ciclo vicioso no qual a continuidade da segregação gera o agravamento da condição crônica, que por sua vez legitima a continuidade da segregação (Silva, 2007; Figueiredo Neto, 2010).

O caso em que isso fica mais claro é o *HC 98.360/RS*, em que se extinguiu a medida de segurança e determinou-se a transferência do paciente para um hospital psiquiátrico com base na Lei 10.216/2001. A medida de segurança havia sido imposta em 1977. O paciente foi posto em liberdade em 1991 e, no ano seguinte, voltou a ser internado. Essa situação manteve-se até o julgamento do *habeas corpus*, em 04.08.2009, quando já havia passado mais de trinta anos desde a determinação da medida de segurança e, portanto, fazia-se necessária a sua extinção, de acordo com a jurisprudência do STF. Ocorre, contudo, que o laudo psiquiátrico mais recente não constatava a cessação da periculosidade, motivo pelo qual o relator do acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, concluiu que o paciente deveria continuar sob custódia do Estado, no sistema de saúde. Iniciou-se, então, um debate sobre a natureza jurídica da internação que estava sendo determinada.[32] Na página 1110 do processo (p. 16 do inteiro teor do acórdão) há o registro de uma fala da Min. Cármen Lúcia em que ela enfatiza "que, na verdade, se mantém a medida de segurança, porém, agora, com a nova ordem de se cumprir num hospital psiquiátrico e se determinar os estudos necessários". Na página 1120 (p. 26 do acórdão), o Min. Lewandowski chega a falar em "medida de segurança administrativa". No fim, chegou-se ao consenso de que não poderia ser mantida a medida de segurança e de que não havia necessidade de estabelecer a natureza jurídica da nova internação, mas uma fala do relator resume o espírito da decisão: "Não, nos termos da Lei 10.216, porque amanhã deixamos, aí, um paciente dessa natureza solto e ele comete um desatino, o Supremo Tribunal Federal será responsabilizado. Eu não quero assumir essa responsabilidade" (p. 1124 do processo, p. 30 do acórdão). Percebe-se, assim, que a decisão imprimiu à Lei 10.216/2001 um valor que lhe é completamente estranho e incompatível com a sua história:[33] o valor da segurança pública.

32. O que deu ensejo ao debate, aparentemente, foi o fato de que o Min. Ricardo Lewandowski teria denegado a ordem em seu voto, o que parece ter sido modificado posteriormente para adequá-lo às opiniões dos demais integrantes da Primeira Turma do STF. O resultado final do julgamento foi a concessão parcial da ordem.

33. Sobre a trajetória dos movimentos sociais da luta antimanicomial, que culminou com a promulgação da Lei 10.216/2001 (comumente chamada de Lei da Reforma Psiqui-

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é uma instituição total, que promove a corrosão do eu civil (GOFFMAN, 2008). Uma das consequências da medida de segurança é a emergência da figura do "problema social", como são denominadas as pessoas que, mesmo contando com laudo de cessação de periculosidade favorável, não têm família ou qualquer rede assistencial que lhes permita deixar o HCTP. Um exemplo dessa figura é o personagem Almerindo do documentário *A casa dos mortos* (DINIZ, 2009), quem, à época das filmagens, estava internado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Salvador há quase três décadas por ter incorrido no tipo penal descrito no art. 129, *caput*, do CP[34] (lesões corporais) ao atirar uma pedra em um jovem. Não se trata de um caso isolado: uma pesquisa realizada pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero nos HCTPs dos estados de Minas Gerais e Bahia observou que 35% das pessoas tiveram a cessação da periculosidade diagnosticada, mas mantiveram-se internadas (Anis – Instituto de Bioética, 2011).

A seu turno, a Lei 10.216/2001, principalmente nos seus arts. 2.º e 4.º,[35] enuncia princípios cujo corolário é a proibição a internações de longo prazo

---

átrica), v. AMARANTE, Paulo. Loucura, cultura e subjetividade: Conceitos e estratégias, percursos e atores da reforma psiquiátrica brasileira. In: FLEURY, Sônia (org.). *Saúde e democracia: a luta do Cebes*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p.163-186 e AMARANTE, Paulo. *Loucos pela diversidade: da diversidade da loucura à identidade da cultura*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

34. Código Penal: "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano".

35. Lei 10.216/2001: "Art. 2.º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (...). Art. 4.º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1.º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do

(Carvalho Netto, 2007). O art. 4.º determina que todas as alternativas extra-hospitalares devem se mostrar insuficientes antes que seja realizada a opção pela internação.

O Código Penal, ao impor a internação por tempo indeterminado de pessoas que tenham praticado um injusto penal punível com reclusão (e facultar ao juiz ou à juíza em caso de infração penal punível com detenção) pelo período mínimo de um a três anos (art. 97, § 1.º, do CP) provoca justamente aquilo que o art. 5.º da Lei 10.216/2001 tenta solucionar: a situação de dependência institucional em que se encontram as pessoas acometidas de sofrimento mental internadas há muito tempo. É nesse ponto que se encontra o núcleo da incoerência normativa entre as leis penais e a Lei 10.216/2001.

Para resolver o problema da incoerência normativa, os valores em jogo – que, neste caso, são, por um lado, a segurança pública e, por outro, a igualdade e a saúde das pessoas portadoras de transtorno mental (como são chamadas pela Lei 10.216/2001) – devem expressar uma forma de vida satisfatória. MacCormick (2008a) sustenta que a razão prática permite aos seres humanos refletir sobre o que seja uma forma satisfatória de vida. No direito, em especial na argumentação judicial, isso exige que se discuta a base moral do ramo jurídico em que isso se coloca.

O autor propõe uma forma de raciocínio moral (*moral reasoning*) que concilia o racionalismo de Kant – expresso pelo imperativo categórico de acordo com o qual as pessoas devem agir como se a máxima de sua ação fosse se tornar por intermédio de sua vontade uma lei universal da natureza – e o sentimentalismo de Adam Smith – segundo o qual o julgamento moral "é baseado em um sentido de aprovação ou desaprovação de nossa própria conduta e daquela dos outros" (MacCormick, 2008a, p. 57, trad. nossa). Considerando que a aprovação ou a desaprovação são reações subjetivas a um evento, Smith recorre a um espectador ideal cuja resposta a um incidente, por ser imparcial e fundamentada, pode ser a resposta de todos. Coadunando essas ideias, MacCormick cria um "imperativo categórico smithiano":

---

paciente em seu meio. § 2.º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3.º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2.º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2.º"

"Entre tão plenamente quanto possível nos sentimentos de todas as pessoas diretamente envolvidas ou afetadas por um incidente ou por um relacionamento, e imparcialmenteforme uma máxima de julgamento sobre o que é certo que todos pudessem aceitar se estivessem comprometidos com a manutenção de crenças mútuas estabelecendo um padrão comum de aprovação entre si."

Isso então leva a um imperativo subsidiário:

"Aja de acordo com o julgamento imparcial do que é certo fazer em relação àquele incidente ou relacionamento" (MACCORMICK, 2008a, p. 64, trad. nossa).

Retomando o problema da incoerência normativa entre as leis penais e a Lei 10.216/2001, com fundamento no raciocínio moral proposto por MacCormick, a periculosidade não pode oferecer razões para as decisões, porque "ela é declarada não com base em fatos e provas, mas num tipo de valoração prognóstica da personalidade do condenado" (FERRAJOLI, 2010) e "fatos (e somente fatos) podem nos dar razão para agir" (MACCORMICK, 2008a, p. 18). Se o espectador imparcial levar em consideração os sentimentos de todos os envolvidos, em especial os da pessoa acometida de transtorno mental, a questão do tratamento adequado deve ser recolocada ao lado da resposta penal – e isso dificilmente pode ser feito apenas no plano argumentativo da decisão.

Duas políticas públicas que têm por objetivo harmonizar o acompanhamento clínico e social da pessoa acometida de sofrimento mental em conflito com a lei penal e, ao mesmo tempo, garantir uma resposta jurídica ao injusto praticado, promovendo o encontro dos órgãos jurisdicionais com a rede pública de saúde, podem oferecer um exemplo de enfrentamento da questão: o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (PAI-PJ), implantado em Belo Horizonte em março do ano 2000, e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator, ligado à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás e inspirado no primeiro, o qual surgiu em 2003 e efetivou-se em outubro de 2006 (BARROS-BRISSET, 2010; SILVA, 2010). O PAI-PJ orienta-se pelos princípios da Reforma Psiquiátrica, buscando o tratamento das enfermidades mentais no âmbito do Sistema Único de Saúde, utilizando serviços alternativos à institucionalização. Não propõe, entretanto, que o caso deixe de ser enfrentado pelo direito penal, porque "[a] possibilidade de responder pelo crime cometido é uma condição humanizante, (...) é um modo de inclusão, pois insere o sujeito dentro do 'guarda-chuva' da lei, que abriga a todos sob o seu mando" (BARROS-BRISSET, 2010, p. 124). O cotidiano do PAI-PJ pode ser assim resumido:

O Programa, em resumo, tem por função a oferta do acompanhamento integral ao paciente judiciário portador de sofrimento mental em todas as fases do

processo criminal. Ocorre de modo intersetorial, através da parceria do Judiciário com o Executivo e com a comunidade, de forma geral, promovendo o acesso à rede pública de saúde e à rede de assistência social, de acordo com as políticas públicas vigentes, na atenção integral ao portador de sofrimento mental.

Os casos são encaminhados por meio de ofício dos juízes criminais, determinando que sejam acompanhados pelo programa. Chegam, também, encaminhados por familiares, estabelecimentos prisionais, instituições de tratamento em saúde mental e outros parceiros. A pessoa encaminhada responde como réu a um processo criminal, mesmo se ainda não houver o incidente de sanidade mental instaurado no processo, realiza-se uma avaliação jurídica, clínica e social do caso, e solicita-se ao juiz criminal autorização para o acompanhamento do caso. Sendo autorizado, este é encaminhado à rede pública de saúde mental, se ainda não estiver em tratamento. Junto com a rede, construir-se-á o projeto terapêutico e social para o paciente, o qual será constantemente revisto e reconstruído, de acordo com as indicações do próprio sujeito. O acompanhamento ocorre durante o processo criminal e continua depois da sentença, que pode ser uma pena ou medida de segurança, seguimos acompanhando o sujeito até a finalização da execução penal.

A equipe interdisciplinar do programa é composta de psicólogos judiciais, assistentes sociais judiciais, assistentes jurídicos e estagiários em psicologia (Barros-Brisset, 2010, p. 122).

Em relação à função de prevenção especial que em geral se afirma que as medidas de segurança possuem (Prado, 2011; Cardoso; Pinheiro, 2012), os dados do PAI-PJ permitem concluir que os programas de atenção integral são meios eficazes para atendê-la. Ao longo de dez anos, 1.058 processos foram acompanhados, dos quais 755 foram acolhidos pelo programa, sendo que 466 já haviam sido desligados e 266 permaneciam em acompanhamentono ano de 2010, com 228 pessoas em liberdade. Pesquisando a situação dos casos encerrados, constatou-se "uma reincidência em torno de 2%, relativa a crimes de menor gravidade e contra o patrimônio" e não houve registro de reincidência de crime hediondo (Barros-Brisset, 2010, p. 127).

A Res. 4, de 30.07.2010, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), do Ministério da Justiça, adotou como meta a substituição do modelo institucionalizado de cumprimento de medidas de segurança pelo modelo antimanicomial no prazo de 10 anos,[36] reconhecendo o aprendizado

36. Res. CNPCP 4, de 30.07.2010: "Art. 6.º O Poder Executivo, em parceria com o Poder Judiciário, irá implantar e concluir, no prazo de 10 anos, a substituição do modelo

proporcionado por aqueles "programas pioneiros". Entretanto, essa Resolução ainda não se fez presente nos julgamentos do STF e do STJ. Além disso, o projeto de lei para um novo Código Penal, cuja redação foi coordenada pelo Min. Gilson Dipp, em tramitação no Senado Federal sob o número PLS 236/2012, mantém a medida de segurança de internação compulsória pelo prazo mínimo de um a três anos e com término condicionado à averiguação da cessação da periculosidade, embora adote um limite.[37]

5. CONCLUSÃO

As decisões judiciais devem ser adequadamente fundamentadas, isto é, devem oferecer razões racionalmente persuasivas para a solução encontrada em cada caso concreto. Elas veiculam uma pretensão de correção do direito como uma ordem normativa capaz de regular a conduta humana. A Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick pode ser compreendida como um instrumento para avaliar a correção dos argumentos manejados pelos tribunais. Para o autor, o raciocínio jurídico estrutura-se sobre a lógica dedutiva, mas vai além, exigindo a universalização das premissas e valendo-se de argumentos fundados em consequências como implicações jurídicas, no uso de precedentes, na razoabilidade, na consistência, na coerência normativa e na coerência narrativa.

O objetivo deste trabalho foi aplicar a Teoria da Argumentação de MacCormick a um problema muito específico: a periculosidade de pessoas acometidas de sofrimento mental em conflito com a lei penal. Nesse sentido, foram avaliados catorze acórdãos do STF e 51 do STJ.

Com isso, não se pretendeu realizar um juízo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das medidas de segurança; não se tentou colocar as decisões dos tribunais em um contexto mais amplo de seletividade do sistema

---

manicomial de cumprimento de medida de segurança para o modelo antimanicomial, valendo-se do programa específico de atenção ao paciente judiciário."

37. PLS 236/2012: "*Imposição da medida de segurança para inimputável.* Art. 96. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação compulsória ou o tratamento ambulatorial. *Prazo* § 1.º O prazo mínimo da medida de segurança deverá ser de um a três anos § 2.º Cumprido o prazo mínimo, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo: *a)* da pena cominada ao fato criminoso praticado; ou *b)* de trinta anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo."

penal; tampouco se quis explicá-las por meio da referência a representações sociais em torno da relação entre crime e loucura. O estudo realizado limitou-se a descrever e a criticar os principais aspectos argumentativos dos acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ. Questões exógenas à argumentação foram consideradas apenas na medida em que pudessem contribuir para essa análise.

Constatou-se a predominância dos argumentos do tipo dedutivo e da justificação interna das decisões. Verificou-se na totalidade dos casos a aprovação por unanimidade dos magistrados que compõem os órgãos colegiados, com uma única exceção, o que se reflete no modo como são apresentados os acórdãos, cujo inteiro teor inclui apenas o relatório e o voto do relator ou da relatora, sem registro de debate ou de discordância.

Alguns problemas argumentativos específicos foram identificados e discutidos. Quanto à relação entre direito e psiquiatria nas decisões judiciais sobre a periculosidade de agentes inimputáveis por motivo de enfermidade mental, o trabalho realizou dois níveis de análise: em primeiro lugar, buscou-se descrever o modo como o tema é tratado nas decisões judiciais; em segundo, apresentaram-se algumas dificuldades de manejar o conceito de periculosidade. Dessa maneira, mostrou-se que o silêncio dos tribunais sobre o problema da periculosidade pode ser interpretado como um déficit argumentativo.

Outro problema identificado foi o modo seletivo como o STF e o STJ extraem conclusões diretamente do conceito de medida de segurança como uma espécie de sanção penal, alertando para a necessidade de consistência no uso de argumentos conceituais.

Provou-se que a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que o limite de duração das medidas de segurança é trinta anos. Entretanto, a jurisprudência do STJ sobre a questão é inconsistente, porque convivem três orientações incompatíveis entre si sobre a mesma questão, prevalecendo, em termos numéricos, o entendimento de que o prazo é indeterminado, sem limite máximo de duração.

Procurou-se indicar que a tensão entre a medida de segurança como sanção penal e como tratamento revela-se sob o ponto de vista argumentativo na incoerência normativa entre a aplicação das leis penais e da Lei 10.216/2001, que são expressões de valores diferentes. Enquanto o Código Penal subordina-se ao valor da segurança pública, a Lei 10.216/2001 é uma concretização dos valores da igualdade e da saúde. A coerência normativa requer que os valores jurídicos expressem formas de vida satisfatórias, cujos contornos são definidos no campo da razão prática, por intermédio do raciocínio moral desenvolvido a partir do "imperativo categórico smithiano". Seguindo esse caminho, constatou-se a

necessidade de recolocar a questão do tratamento adequado – que não pode ser alcançado exclusivamente por meio da argumentação jurídica, mas requer políticas públicas eficazes, tais como o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário do TJMG e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator do Estado de Goiás.

Os quatro problemas argumentativos identificados foram separados para fins de análise, mas são, em sua essência, manifestações de um mesmo problema de fundo que atinge as práticas jurídicas em torno dos injustos penais cometidos por pessoas acometidas de transtorno mental: a incoerência. Não se trata daquela imediata, que ocorre quando dois ou mais dispositivos legais são em tese aplicáveis a um mesmo caso concreto, mas de uma incoerência global, que torna as leis incoerentes em relação ao ramo do direito de que fariam parte, o ramo do direito em relação ao ordenamento jurídico como um todo, e o ordenamento em relação a uma forma de vida satisfatória, e que torna impossível reconhecer o sentido que se pretende conferir à prática – afinal, as medidas de segurança são uma sanção penal ou um tratamento? Visam à segregação preventiva ou à recuperação da saúde mental?

Espera-se que este trabalho seja útil tanto sob o ponto de vista teórico – na medida em que busca mostrar como a Teoria da Argumentação Jurídica pode ser usada para avaliar casos concretos – quanto sob o ponto de vista prático – especialmente para a prática forense dos defensores e das defensoras públicas, dos advogados e das advogadas, dos juízes e das juízas que lidam cotidianamente com a inimputabilidade, com as medidas de segurança e com a periculosidade de pessoas acometidas de sofrimento mental.

Este trabalho não esgota todas as possibilidades que a pesquisa realizada oferece, mas permite concluir inequivocamente que a periculosidade como fundamento da medida de segurança carece, no mínimo, de uma justificação externa quanto à sua validez para o direito, levando em consideração os direitos fundamentais dos portadores de doença mental sob a égide da Constituição Federal de 1988 e da Lei 10.216/2001.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GENÊRO. *Medidas de segurança, loucura e direito penal: uma análise crítica das medidas de segurança*. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Brasília, 2011.

ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Atienza, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

_____. *Curso de argumentación juridica.* sem data. No prelo.

Barros-Brisset, Fernanda Otoni de. Um dispositivo conector Relato da experiência do PAI-PJ/TJMG, uma política de atenção ao louco infrator, em Belo Horizonte. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, vol .20, n. 1, p. 116-128, 2010.

Bartlett, Peter; Sandland, Ralph. *Mental health law: policy and practice.* 3. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2007.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

Bravo, Omar Alejandro. *As prisões da loucura, a loucura das prisões: a (des) construção institucional do preso psiquiátrico.* Tese de Doutorado em Psicologia, Brasília, Instituto de Psicologia, UnB, 2004.

_____. As prisões da loucura, a loucura das prisões. *Psicologia & Sociedade*, vol. 19, n. 2, p. 34-41, 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000200005&nrm=isso].

Breton, Philippe; Gauthier, Gilles. *História das teorias da argumentação.* Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Bizâncio, 2001.

Bruno, Aníbal. *Medidas de segurança.* Recife: [s.n.], 1940.

Cardoso, Danilo Almeida; Pinheiro, Jorge Augusto de Medeiros. *Medidas de segurança: ressocialização e a dignidade da pessoa humana.* Curitiba: Juruá, 2012.

Carvalho Netto, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – Os influxos e as repercussões constitucionais da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. *Virtú. Revista virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1, p. 1-13, mar. 2007. Disponível em: [http://br.vlex.com/vid/sofrimento-transtorno-express-influxos-58932940]. Acesso em: 2011.

Carvalho Netto, Menelick de; Mattos, Virgílio de. O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei 10.216/2001. Parecer para o Conselho Federal de Psicologia, 2005.

Cohen, Cláudio. Medida de segurança. In: _____; Ferraz, Flávio Carvalho; Segre, Marco (org.). *Saúde mental, crime e justiça.* 2. ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

Diamond, Bernard L. Psychiatric Prediction of Dangerousness. *U. Pa. L. Rev.*, vol. 123, p. 439-452, 1974.

Diniz, Debora. *A casa dos mortos.* Brasília: Imagens Livres: 23min p. 2009.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares et al. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. *Identidades e direitos da pessoa com transtorno mental sob a égide do Poder Judiciário: a Medida de Segurança e o Hospital Areolino de Abreu*. Dissertação de Mestrado em Políticas Públicas. Teresina, Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Piauí, 2010.

_____; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A periculosidade do portador de transtorno mental com a assunção da Lei 10.216/2001: Considerações jurídicas em torno das políticas públicas. *Revista da AJURIS*, vol. 35, n. 112, p.189-203. dez. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Periculosidade no direito penal contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (orgs.). *Direito penal contêmporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte geral*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 3.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

MACCORMICK, Neil. La argumentación silogística: una defensa matizada. Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 321-334, 2007. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/la-argumentacion-silogistica-una-defensa-matizada--0/]. Acesso em: 24.08.2012.

_____. *Practical reason in law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008a.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008b.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo; Brasília: Saraiva/ Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 1.

NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

PERLIN, Michael L. The Supreme Court, the Mentally Disabled Criminal Defendant, and Symbolic Values: Random Decisions, Hidden Rationales, or Doctrinal Abyss. *Ariz. L. Rev.*, vol. 29, p. 1-98, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.

Queiroz, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim IBCCrim*, n. 147, fev., p .15-16, 2005.

Silva, Janaína Lima Penalva da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei n. 10.216/2001 à luz do princípio da Integridade do Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Brasília, Faculdade de Direito da UnB, 2007.

Silva, Martinho Braga Batista e. O desafio colocado pelas pessoas em medida de segurança no âmbito do Sistema Único de Saúde: a experiência do Paili-go. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, n. 2, p. 653-682, 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/physis/v20n2/a17v20n2.pdf].

Toulmin, Stephen E. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Weigert, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. *Revista de Estudos Criminais*. n. 21. p. 131-146. jan.-mar. 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1.

Acórdãos

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 224.730/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 15.06.2012.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 218.020/BA, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 08.05.2012.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 233.474/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 10.05.2012.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 222.868/DF, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 08.05.2012.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 208.336/SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 29.03.2012.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 205.290/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 17.10.2011.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 150.349/SP, rel. Min. Haroldo Rodrigues, *DJe* 29.08.2011.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 150.477/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 04.04.2011.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 145.510/RS, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 07.02.2011.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 121.062/SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 17.12.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 113.993/RS, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 04.10.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 112.042/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 13.09.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 112.227/RS, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 09.08.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 152.875/SP, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 07.05.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 142.672/RS, rel. Min. Celso Limongi, *DJe* 10.05.2010.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 134.895/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 16.11.2009.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 113.638/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe*, 22.06.2009.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 57.924/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 08.06.2009.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 126.385/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 15.06.2009.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 113. 998/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 15.06.2009.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 111.669/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 19.12.2008

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 88.234/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 18.08.2008.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 87.983/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 30.06.2008.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 70.497/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, *DJ* 03.12.2007.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 60.232/ES, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 18.12.2006.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 56.980/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 16.10.2006.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 42.460/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 25.09.2006.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 55.044/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.06.2006.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 48.157/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 01.02.2006.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 44.794/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 28.11.2005.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 42.683/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 03.10.2005.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 44.801/SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 26.09.2005.

BRASIL STJ. Acórdão em *HC* 34.777/SP, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 12.09.2005.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 41.269/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 29.08.2005.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 36.172/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 21.02.2005.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 27.993/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 02.02.2004.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 25.937/RN, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 05.04.2004.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 24.455/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.05.2003.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 13.054/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 14.10.2002.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 21.114/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 18.11.2002.

BRASIL. STJ. Acórdão em *HC* 13.687/SP, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 15.10.2001.

Brasil. STJ. Acórdão em *HC* 10.765/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 18.12.2000

Brasil. STJ. Acórdão em REsp 1.103.071/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 29.03.2010.

Brasil. STJ. Acórdão em REsp 1.111.820/RS, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 13.10.2009.

Brasil. STJ. Acórdão em REsp 820.330/RS, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 07.04.2008.

Brasil. STJ. Acórdão em REsp 2.021/RJ, rel. Min. Assis Toledo, *DJ* 04.06.1990.

Brasil. STJ. Acórdão em RHC 22.654/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 22.09.2008.

Brasil. STJ. Acórdão em RHC 20.599/BA, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 23.06.2008.

Brasil. STJ. Acórdão em RHC 11.329/BA, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 10.09.2001.

Brasil. STJ. Acórdão em RHC 4.407/CE, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJ* 22.05.1995.

Brasil. STJ. Acórdão em RHC 3.210/RJ, rel. Min. José Dantas, *DJ* 13.12.1993

Brasil. STF. Acórdão em Ext 932/IT, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 28.03.2008.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 107.432/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 09.06.2011.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 64.494/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* 27.02.1987.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 66.927/SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 14.04.1989.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 68.136/SP, rel. Min. Celio Borja, *DJ* 31.08.1990.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 69.375/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19.09.1992.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 71.733/SP, rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 10.08.1995.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 84.219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 23.09.2005.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 97.621/RS, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 26.06.2009.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 98.360/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 23.10.2009.

Brasil. STF. Acórdão em RE 114.294/PR, rel. Min. Oscar Correa, *DJ* 11.11.1988.

Brasil. STF. Acórdão em RHC 100.383/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 04.11.2011.

Brasil. STF. Acórdão em RHC 63.792/MG, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 26.02.1988.

Brasil. STF. Acórdão em RHC 63.583/PR, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 14.03.1986.

Brasil. STF. Acórdão em *HC* 72.322/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 20.10.1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento, de Maria Regina Rocha Ramos – *RBCCrim* 39/215; e
- Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – *RCP* 9/137.

ADPF 187 – Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

1

Liberdade de expressão e manifestações a favor da legalização de substância entorpecente específica

Área do Direito: Penal; Constitucional

Corte: STF

Caso: ADPF 187 – rel. Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno

Peticionante: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Assunto: Liberdade de expressão e manifestações a favor da legalização de substância entorpecente específica

Resultado: Em 15.06.2011, o Tribunal Pleno do STF, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de prefeito fundamental, para dar, ao artigo 287 do CP, interpretação conforme à Constituição, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos", tudo nos termos do voto do relator. O acórdão pende de publicação.

Excelentíssimo Senhor *Ministro do STF Celso de Mello*, digníssimo relator da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187*.

"A tropa de choque chegou por trás atirando balas de borracha. Que democracia é esta neste país? É até uma vergonha fazer isso com essa gente jovem. Em uma democracia isso não pode acontecer"
(Osmar Busto (fotógrafo, 53 anos, São Paulo, 21.05.2011, doc. anexo)).

"A liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar. Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide do regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), normalmente temida pelos regimes despóticos que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder"
(Min. Celso de Mello (ADIn 1.969, j. 28.07.2007)).

O *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, entidade não governamental, sem fins lucrativos, com sede na cidade de São Paulo/SP, Rua Onze de Agosto, 52 – Centro, admitido como *Amicus Curiae* nesta ação constitucional, proposta pela Procuradoria Geral da República, tem a honra de dirigir-se ao STF para apresentar, nos seguintes termos, sua contribuição à solução da controvérsia:

I. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

O objeto desta ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob contínua ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a presente medida. As políticas públicas envolvidas no debate em torno da *cannabis sativa* como substância de uso proscrito no Brasil (políticas criminal e de saúde) estão à margem da discussão, nesta via.

A temática jurídica submetida à apreciação desse STF situa-se em domínios normativos superiores, de feição constitucional; mais precisamente, no âmbito das liberdades individuais: estão em pauta os *direitos fundamentais de reunião e de manifestação*, enquanto projeções da *liberdade de expressão*, em cujo núcleo essencial incluem-se as faculdades de *protesto e reivindicação*, pressupostos de uma sociedade livre, aberta e pluralista.[1]

1. Embora essa E. Corte Constitucional tenha discutido amplamente o espectro dos direitos fundamentais ora em jogo em julgamentos históricos, como o da *ADPF 130* e mesmo na já referida *ADIn 1.969*, não teve oportunidade de discuti-lo sob a ótica proposta nesta ADPF. Registra-se, apenas, a *Rcl 6.005*, rel. Min. Eros Grau, que tratava da mesma matéria, mas que sequer foi conhecida; e também a *Pet 1.366*, rel. Min. Nelson Jobim (*DJ* 28.05.2003), no âmbito da qual se decidiu pelo arquivamento de notícia

Nessa perspectiva, as manifestações que, sob ilegítima expansão normativa dos limites do art. 287 do CP, vêm sofrendo censura estatal poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias as mais diversas (v.g., a descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); ainda assim, o objeto da ADPF persistiria o mesmo.

É preciso, outrossim, que fique claro: a proteção judicial ora postulada não contempla – e nem poderia fazê-lo – a criação de um espaço público circunstancialmente imune à ação fiscalizatória ordinária do Estado; menos ainda se propugna que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, manifestantes possam incorrer em ilicitude de qualquer espécie, como, por exemplo, consumir drogas. O espectro de liberdade que se objetiva ver assegurado é aquele *inerente* – portanto, adequado e necessário – aos *direitos fundamentais* implicados, sem que daí decorra implícita permissão à prática de conduta que se possa traduzir em violação às normas integradoras do direito em vigor.

II. CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS EM CAUSA: ÂMBITO DE PROTEÇÃO

Os arts. 5.°, IV, VIII, IX, XVI, e 220, § 2.°, da CF definem:

"IV – *é livre a manifestação do pensamento*, sendo vedado o anonimato (...);

VIII – *ninguém será privado de direitos por motivo de* crença religiosa ou de *convicção filosófica ou política*, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (...);

XVI – *todos podem reunir-se pacificamente*, sem armas, *em locais abertos ao público*, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente."

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (...).

---

de crime que imputava a um ex-Ministro a conduta de apologia ao crime, posto que defendera a união entre fazendeiros e polícias para resistir às invasões de terras. Registramos nosso agradecimento aos alunos da Clínica de Direito Penal Econômico da *Direito GV-SP* pelo auxílio na pesquisa jurisprudencial.

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

A transcendência desses direitos é atestada por sua incorporação em diplomas supranacionais de direitos humanos, tais como a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992),[2] o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (promulgado pelo Dec. 592, de 06.07.1992)[3] e a *Declaração Universal de Direitos do Homem* (adotada e proclamada pela Res. 217-A, III, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948).[4]

Nessa trajetória de reconhecimento universal, as liberdades de reunião e manifestação, enquanto exteriorizações da liberdade de expressão,[5] assumiram

---

2. "Art. 15. Direito de reunião. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas."

3. "Art. 19. (...) § 1.º Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. § 2.º Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha."
"Art. 20. (...) § 1.º Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. § 2.º Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência."
"Art. 21. O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas."

4. "Art. XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular."
"Art. XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."
"Art. XX. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas."

5. Os direitos de reunião e manifestação são instrumentais relativamente aos fins que em cada caso levam ao seu exercício (políticos, religiosos, culturais, sindicais). Apresentam-se, por isso, relacionados com direitos de participação dos cidadãos na sociedade civil. Mas, sobretudo, surgem inseparáveis da liberdade de expressão. MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional – Direitos fundamentais*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2000, t. IV, p. 484-485.

diversos níveis de proteção, cercando-se de garantias que acabaram por identificá-las ao próprio conceito de democracia, a tal ponto que *todas as concepções de democracia* têm, na atualidade, a liberdade de expressão e suas garantias como dados essenciais, característicos e substanciais.[6]

Tanto assim que a restrição ou suspensão dos direitos de reunião e manifestação são constitucionalmente admissíveis apenas sob a vigência de Estado de Defesa[7] ou Estado de Sítio,[8] medidas justificadas por situação de *grave anormalidade* político-institucional, em que determinados direitos fundamentais – submetidos a um *coma induzido* – têm sua eficácia amortecida no preciso objetivo de evitar a ruptura total da ordem democrática.

Em *termos estruturais*, os direitos de reunião e de manifestação, uma vez imbricados, configuram-se como posições jurídicas ativas, de titularidade individual e exercício coletivo, oponíveis a terceiros e ao Estado, sujeito passivo primordial da esfera de liberdade constitucionalmente garantida.

A tutela efetiva das liberdades de reunião e de manifestação abrange não apenas uma *obrigação negativa*, de não intromissão por parte dos Poderes Públicos (vertente defensiva tradicional), senão que implica, também, um *dever positivo de proteção* (dimensão objetiva)[9] frente à intromissão de terceiros (v.g., ação de contramanifestantes);[10] ou seja, compreende a garantia, encomendada ao Estado, de que o direito seja fruído regularmente, sem impedimento ou perturbação.[11]

---

6. VENTURA, Adrián, *Libertad de Expresión y Grantías*, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 754.
7. "Art. 136. (...) § 1.º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:
I – restrições aos direitos de:
a) reunião, ainda que exercida no seio das associações."
8. "Art. 139. Na vigência do Estado de Sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...)
IV – suspensão da liberdade de reunião."
9. Tribunal Constitucional Federal alemão: Caso *Lüth* [BVerfGE 7, 198 (15.01.1958)].
10. BILBAO, Juán María, Las Libertades de Reunión y Asociación: algunas vacilaciones de uma trayectória de firme protección, in: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 565-619. Esta, a propósito, a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Caso *Plattform Ärtze für das Leben* vs. *Áustria*, Sentença de 21.06.1988), que mantém, sobre o tema, um *standard* de proteção significativamente elevado.
11. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 390.

Em seu *objeto*, as liberdades em causa asseguram, essencialmente: (a) o direito de reunir-se com outrem, ou com outros; (b) a liberdade de convocar reuniões e manifestações, aí incluídas as medidas preparatórias (anúncio, convocação, convites); (c) o direito à autodeterminação do *conteúdo*[12] da reunião ou manifestação.

No particular, a ressalva constitucional é clara: a reunião e a manifestação devem ter caráter *pacífico*.[13] Sob tal fundamento, são tidas por ilegítimas manifestações que se revelem, *em si*, criminosas, seja porque violentas, seja porque estimulem a violência, incitando ao ódio, à discriminação e à hostilidade, hipóteses não cogitadas no caso sob análise.[14]

No particular, o *standard* de proteção que se almeja obter, no caso concreto, fica bastante aquém daquele estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brandenburg* v. *Ohio*, em que envolvidas as suspeitas manifestações do grupo *Ku-Klux-Klan*. No âmbito daquele *leading case*, ficou estabelecido que o direito à liberdade de expressão impede o Estado de proibir a predicação do uso da força ou a violação da lei, exceto quando a manifestação "estiver dirigida a incitar ou produzir uma iminente ação violenta ou se demonstrar suficiente para provavelmente incitar ou produzir tal ação" [395 US 444 (1969)].

---

12. Acentuam Canotilho e Moreira: "Designadamente, não é possível estabelecer qualquer controlo sobre o objecto ou assunto da reunião ou sobre mensagem ou objectivos da manifestação (não havendo, neste aspecto, mais limites do que os da liberdade de expressão). CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, São Paulo/Coimbra, Ed. RT/Coimbra Ed., 2007, vol. 1, p. 638-639.
Assim também decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão: "Em face dos organizadores e participantes de grandes manifestações, não pode ser estabelecida nenhuma exigência que enfraqueça o caráter das manifestações como contribuição, em princípio livre do Estado e não regulamentada, para a formação da opinião e da vontade política, assim como também a *autonomia do organizador a respeito do tipo e conteúdo da manifestação*" [BverfGE 69, 315, j. 14.05.1985]. SCHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 538.

13. Esse pressuposto não deixaria de estar cumprido a partir de uma abstrata – e, no caso, de nenhuma forma esperada – previsão de violência; o requisito da pacificidade apenas se dá por afastado "quando a reunião ou manifestação assumir carácter violento e tumultuoso". CANOTILHO; MOREIRA, ob. cit., p. 638-639.

14. RIVERA, Julio César, *La Libertad de Expresión y las Expresiones de Odio*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 26.

Quanto ao mais, uma vez obedecidas as condições de exercício dos direitos em questão (prévio aviso à autoridade e não frustração de reunião anteriormente convocada para o mesmo local), o fundamento adotado pelas autoridades públicas para restringir as liberdades de reunião e de manifestação deve estar (a) *previsto na lei* e (b) demonstrar-se *necessário em uma sociedade democrática* (art. 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos); bem compreendido que o termo "necessário" não assume, aqui, a elasticidade semântica de outros vocábulos como "útil", "conveniente" ou "oportuno".[15]

Definitivamente, já foi o tempo das Constituições de 1937 (art. 122, 15, *b*) e 1967/1969 (arts. 150, § 5.º), em que a livre expressão – por não ser, de fato, livre – estava condicionada à "moralidade pública" e aos "bons costumes", juízos censórios abertos, submetidos à arbitrária apreciação por parte dos detentores do poder nos regimes autoritários então vigorantes, de baixa – ou nenhuma – densidade democrática.

III. O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CAUSA: A GARANTIA DO DISSENSO COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DE UMA OPINIÃO PÚBLICA LIVRE

A reivindicação por mudança, mediante manifestação que veicule uma ideia contrária à política de governo, não elide sua juridicidade. Ao contrário: a contraposição ao discurso majoritário[16] situa-se, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. Conforme magistralmente pontuado pelo *Justice* Brandeis, em célebre decisão da Suprema Corte norte-americana:

"Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties (...). *Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed*" [Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927)].[17]

15. BILBAO, ob. cit., p. 516-619.

16. A resistência às maiorias parlamentares eventuais é elemento característico dos direitos fundamentais; essa é a lógica de uma democracia constitucional, que tem na própria *judicial review* um instrumento de ação contramajoritário. A propósito: BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. ed., New York: Yale University Press, 1986.

17. STONE, Geoffrey R; SEIDEMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S., *The First Amendment*, New York: Aspen Publishers, 2008, p. 42-43.

Os direitos fundamentais em causa, vocacionados à formação de uma opinião pública livre,[18] socorrem fundamentalmente as minorias políticas, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria;[19] esta é a lógica de um sistema democrático no qual o poder se submete à razão, e não a razão ao poder.[20]

Decerto, inexistiria qualquer razão para que os *direitos* de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, *exclusivamente*, a exteriorização de *concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor*. Se para isso servissem, comporiam uma inimaginável categoria de *direitos desnecessários*; não seriam, pois, verdadeiros direitos.

A proibição do dissenso equivale a impor um *mandado de conformidade*, condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de *marketplace of ideas* (OLIVER WENDELL HOLMES) institucionalmente limitado.[21] Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (*chilling efect*), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão, desejo bem retratado no libelo acusatório que, em 1926, levou Gramsci à prisão. À ocasião, o promotor *fascista* proclamou perante o Tribunal Especial para a Defesa do Estado: "Devemos impedir que esse cérebro funcione durante vinte anos".[22]

A experiência histórica revela, pois, que o discurso antagônico não requer repressão, mas *tolerância*; se não fosse pela óbvia razão de que, despida de certo grau de tolerância, a convivência se tornaria socialmente insuportável,

---

18. "Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública. Significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania." MELLO, Marco Aurélio, Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito, in: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 238.

19. "O Art. 8 GG, como direito fundamental que *beneficia também e principalmente minorias ideológicas*, garante aos titulares do direito fundamental o direito de determinar autonomamente o lugar, o momento, a maneira e o conteúdo da reunião (...)" [BverfGE 69, 315 (14.05.1985)]. SCHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (org.), ob. cit., p. 527.

20. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, 2. ed., Barcelona: Ariel, 2003, p. 309.

21. Um espaço onde os meios se limitam a se promover a si próprios, "vendendo pedaços de papel com disparates estampados por um lado e anúncios por outro" (TAWNEY). CAMPS, Victoria, *Democracia Sin Ciudadanos*, Madrid: Trotta, 2010, p. 156.

22. BUTTIGIEG, Joseph A. (Professor da Universidade Notre-Dame – EUA), in: GRAMSCI, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, vol. 1.

justificar-se-ia tal padrão de conduta pela sempre possível hipótese de que a "verdade" não esteja do lado da maioria.[23]

Nessa linha, caberia recordar, com Cass Sunstein, que o histórico e honorável rol de dissidentes inclui, entre outros tantos, Galileo, Martin Luther King Jr. e Nelson Mandela.[24] Se qualquer desses dissidentes estava, ou não, com a razão, essa não é uma razão de Estado. Como acentua Stuart Mill, na busca de limites à liberdade de expressão, não é a lei nem a autoridade que devem intervir, mas as próprias opiniões.[25]

A aposta no dissenso é, indubitavelmente, uma aposta coletiva, pautada na ideia de que, "a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal", uma vez certo que "quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político".[26-27]

Perceba-se, nessa linha de perspectiva: um candidato ou partido político que inclua em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituosa está a fazer *apologia ao crime*?

---

23. "Condición esencial de la verdad es la diversidad de opiniones. Nadie está en posesión de toda la verdad –y, por tanto, nadie puede pretender la infalibilidad–, y, en cambio, todos pueden aspirar a poseer una parte de ella. Esto vale tanto de los individuos como de las doctrinas y sistemas enteros. Por tanto, todo lo que sea coacción sobre una opinión cualquiera, por insignificante, o por extravagante que parezca, es, potencialmente, un atentado a la verdad." HUÉSCAR, Antonio Rodríguez, Prefácio à edição espanhola de MILL, Stuart, *Sobre la Libertad*.

24. SUNSTEIN, Cass. R., *Why Societies Needs Dissent*, London: Harvard University Press, 2003, p. 6-7.

25. Na versão inglesa: "It is, however, obvious that Law and authority have no business with restraining either, while opinion ought, in every instance, to determine its verdict by the circumstances of the individual case". MILL, Stuart, *On Liberty*, New York: Dover Publication, Inc. 2002 (original de 1859). No mesmo padrão: "La gente, y no el Estado, es quien debe elegir entre los diversos puntos de vista en competencia". FISS, Owen M., *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Barcelona: Gedis, 1999, p. 59.

26. DWORKIN, Ronald, *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

27. Conforme alinhou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o direito do cidadão de participação na formação política da vontade pública exterioriza-se não só pelo voto, quando da eleição, mas também na tomada de influência no processo permanente da formação política da opinião pública, a qual se deveria realizar, em um Estado Democrático, de maneira aberta, livre, desregulamentada e, em princípio, "livre do Estado" [BVerfGE 20, 56]. SCHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (org.), ob. cit., p. 529.

No mesmo tom: seria ilegal uma manifestação pública tendente a arregimentar apoio à apresentação de um anteprojeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de propor a descriminalização de determinada conduta? E a publicação de uma obra literária, individual ou coletiva, difundindo a mesma opinião? A propósito: a sustentação teórica do reducionismo penal – que em termos radicais designa-se *abolicionismo* – é prática criminosa?

Se as respostas às questões acima são negativas, como evidentemente parecem ser, resolvida estará a matéria submetida à apreciação desse E. STF: assim como se hão de ter por legítimas manifestações voltadas à criminalização de matérias hoje estranhas ao âmbito jurídico-penal, o fator vetorial *descriminalização*, enquanto móvel de uma manifestação pública reivindicatória, não reclama repressão – na mais contundente de suas fisionomias: a intervenção jurídico-penal – em uma sociedade democrática.

IV. CONSIDERAÇÃO FINAL: O IBCCRIM E SUA HISTÓRIA (1992-2011)

O *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ora habilitado como *Amicus Curiae*, promoveu, ao longo de sua existência, com o apoio de seus associados e de significativa parcela da academia, nacional e internacional, inúmeros eventos e manifestações com o propósito de questionar a necessidade de criminalização de condutas ora submetidas ao controle penal. Assim, desde sua fundação, tem promovido debates científicos sobre processos de descriminalização em geral (aborto, eutanásia, infrações de menor potencial ofensivo etc.).

Especificamente sobre a questão das drogas, foi criada Comissão Especial sobre Política Nacional de Drogas, no âmbito da qual se tem discutido uma política mais racional para o enfrentamento do problema, com envolvimento, inclusive, em uma articulação latino-americana que reúne especialistas de diversas áreas e formuladores de políticas públicas e que visa estabelecer uma pauta mínima para a revisão das convenções internacionais na matéria no âmbito das Nações Unidas.[28]

Firme nos seus propósitos científicos e acadêmicos e tendo como finalidade "a defesa dos direitos humanos, dos direitos das minorias e dos marginalizados, assim como a defesa dos princípios do Estado Democrático de Direito,

28. Esta Comissão foi notificada acerca da situação de duas professoras da Faculdade de Psicologia da USP, as quais, no âmbito do Projeto Baladaboa [www.baladaboa.blogspot.com/], que pesquisa a redução de danos no uso do *ecstasy*, foram submetidas a investigação criminal por suposto auxílio e apologia ao uso de drogas.

com o objetivo de assegurar a dignidade da pessoa humana mediante um direito penal de intervenção mínima" [www.ibccrim.org.br], o Instituto continuará assim agindo.

E continuará assim agindo na convicção de que o que precisa ser urgentemente repensado, no País, é a forma como o Estado se relaciona com a sociedade, especialmente tratada nos acontecimentos do dia *21.05.2011*, que ficará marcado, no Brasil, como *o dia da intolerância*, sobretudo se contrastado o cenário brasileiro com o panorama internacional. Na mesma data, a Espanha, submersa em grave crise econômica, acolheu democraticamente sua população nas ruas, sob forte protesto pré-eleitoral. As cenas abaixo, extraídas, respectivamente, dos periódicos *El País* e *Folha de São Paulo*, falam por si:

El País, 22.05.2011

EL PAIS



Un joven se abraza a un policía que vigila a los concentrados en la Puerta del Sol. / LUIS SEVILLANO

Protegerlos en vez de disolverlos

Los policías de la Puerta del Sol comparten las quejas de los manifestantes

Folha de São Paulo, 22.05.2011

22/05/2011 - 09h00

Guarda agride repórter da TV Folha na Marcha da Maconha em SP; veja

DE SÃO PAULO



Tropa de Choque da Polícia Militar entra em conflito com manifestantes durante a Marcha da Maconha, na Avenida Paulista (São Paulo)

As imagens capturadas neste vídeo da *TV Folha* demonstram o que se tem feito com a liberdade de manifestação do pensamento (e com a democracia) sob as vestes da repressão à prática da apologia ao crime: [www.youtube.com/watch?v=fCfxshW2OME&feature=player_embedded#at=151].

Esta, a manifestação do *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, por meio da qual requer seja julgada *procedente* a ação de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se do cenário jurídico, por ilegítima, interpretação que subsuma, nos limites do art. 287 do CP, reuniões e manifestações que, realizadas nos limites impostos pela Constituição da República, cinjam-se a pleitear

a descriminalização de determinada conduta; no caso, a descriminalização do uso da maconha.

Brasília, 23 de maio de 2011 – Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Davi de Paiva Costa Tangerino, Diogo Rudge Malan, Heloisa Estellita, Luciano Feldens, Pierpaolo Cruz Bottini, Salo de Carvalho e Thiago Bottino do Amaral.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Democracia, liberdade de expressão e dissenso "marcha da maconha" e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP, de Ana Elisa Liberatore S. Bechara – *RBCCrim* 91/489; e
- Estado Democrático de Direito e liberdade de expressão e informação, de Guiomari Garson da Costa Garcia – *RDCI* 42/258.