57712

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 94 • jan.-fev. / 2012

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 94 • jan.-fev. / 2012

Presidência
Marta Saad

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, 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, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 94 • jan.-fev. / 2012

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

100 ANOS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 94 • jan.-fev. / 2012

Presidência
MARTA SAAD

Coordenação
HELENA REGINA LOBO DA COSTA

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.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor respansável
ANTONIO BELINELO

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
Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Impresso no Brasil: [01-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [18.01.2012]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.º Secretária
Mariângela Gama de Magalhães Costa

2.º Secretária
Helena Regina Lobo da Costa

1.º Tesoureiro
Cristiano Avila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessor da Presidência
Rafael S. Lira

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luis Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Vico Mañas

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina de Araújo

Internet
João Paulo Martinelli

Mesas de Estudos e Debates
Eleonora Nacif

Monografias
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Fernanda Emy Matsuda

Pós-Graduação
Davi de Paiva Costa Tangerino

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Regina Lobo da Costa

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

Doutrina Geral da Infração Criminal
Carlos Vico Mañas

História
Rafael Mafei Rabello Queiroz

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Novo Código de Processo Penal
Maurício Zanoide de Moraes

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

16.º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

18.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

1.º Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.º Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

3.º Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

4.º Região *(Distrito Federal, Goiás e Tocantis)* – Mohamad Ale Hasan Mahmoud

5.º Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

6.º Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

1.º Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.º Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.º Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.º Estadual (Minas Gerais) – Guilherme Henrique Souza e Silva

5.º Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

6.º Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.º Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.º Estadual (Amapá) – João Guilherme Lages Mendes

9.º Estadual (Pará) – Marcus Alan de Melo Gomes

10.º Estadual (Alagoas) – Ivan Luís Marques da Silva

11.º Estadual (Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

12.º Estadual (Espírito Santo) – Clecio Jose Morandi de Assis Lemos

13.º Estadual (Rio de Janeiro) – Marcio Gaspar Barandier

RT – 100 Anos Renovados

Neste ano de 2012, a Editora Revista dos Tribunais e a *Revista dos Tribunais* completam 100 anos. Trata-se, sem dúvida, de uma data emblemática, que implica num acervo inigualável de conhecimentos especializados e em toda uma história de competência editorial.

Repassando seu catálogo de livros e as páginas dos periódicos que publica, verifica-se como renomados estudiosos têm pensado a ciência e a realidade jurídicas do País de suas épocas e contribuído com suas reflexões para o progresso do Direito e da Justiça no Brasil.

E é por seu profundo respeito ao passado que esta Editora é verdadeiramente progressista: com alicerce na experiência adquirida, mantém seus objetivos sempre à frente, supera desafios, inova, levando a estudantes e profissionais o melhor conteúdo, registrando e orientando a evolução do Direito, da maneira mais completa, atual e relevante.

Há 100 anos, a Editora e a *Revista dos Tribunais* estão presentes no mundo jurídico brasileiro. Competência doutrinária, competência editorial, competência administrativa: são as linhas mestras do caminho para a concretização dos objetivos que nos colocamos.

Janeiro-Fevereiro 2012

Editora Revista dos Tribunais

SUMÁRIO

RT – 100 Anos Renovados 7

Teoria Geral

1. Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal
André Ribeiro Giamberardino 15

2. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do Direito Penal do Inimigo
Fernanda Otero Costa 57

Parte Especial

1. Anotações aos crimes contra a honra
Juarez Tavares 89

2. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo)
Manuel da Costa Andrade 133

Legislação Penal Especial

1. De los "delitos hediondos" a las "hediondas" penas – Recetario brasileño para la degradación humana y la deconstrucción del Estado de Derecho
Rivail Carvalho Rolim e Luís Geraldo Lanfredi 177

Processo Penal

1. Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988
Luana Magalhães de Araújo Cunha 199

2. *Habeas corpus* e política penitenciária: as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo na falta de vagas no regime semiaberto
Renata Gomes da Silva 239

CRIME E SOCIEDADE

1. A contribuição dos sociólogos clássicos para a análise da violência e do crime
AIDA GRIZA, CLAUDIA TIRELLI E LETÍCIA M. SCHABBACH 277

2. Adolescentes em conflito com a lei: contribuições de uma pesquisa empírica
FERNANDO SALLA E MARCOS CÉSAR ALVAREZ 305

3. Da modernidade à pós-modernidade, do positivismo ao pós-positivismo: sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do Direito
DOMINGOS BARROSO DA COSTA 321

4. Mulheres, insultos, fofocas e reputação sexual: uma breve análise das relações de gênero através de processos criminais de calúnia e injúria (Juiz de Fora - 1854-1941)
DEIVY FERREIRA CARNEIRO 345

5. Discurso midiático penal e exasperação repressiva
LUCIANO ANDERSON DE SOUZA E REGINA CIRINO ALVES FERREIRA 363

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. A imprescindibilidade do término do processo administrativo-fiscal como condição para persecução penal no crime de descaminho
ALEXANDRE DAIUTO LEÃO NOAL 385

2. A teoria dos *white-collar crimes*, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela
GUILHERME GOUVÊA DE FIGUEIREDO 417

3. O delito de *insider trading*: aspectos gerais e estudo comparativo das legislações espanhola e brasileira
MILENA GORDON BAKER 459

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ROUBO - Desclassificação para a forma tentada - Acusado que, ao usar de violência para subtrair objeto, é impedido de finalizar seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 497

RESENHAS

1. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas* – Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011, de Antonio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró e Maria Thereza Rocha de Assis Moura; coordenado por Og Fernandes
Resenha por CARINA QUITO 507

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 515

TEMAS 517

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 521

57713

POBREZA, CULPABILIDADE E PRISÃO: DIÁLOGOS ENTRE A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E O DIREITO PENAL

1

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Mestre em Direito pela UFPR e em Criminologia pela Università degli Studi di Padova (Itália). Doutorando pela UFPR. Professor de Prática Penal na UFPR e de Direito Penal na Universidade Positivo.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: Busca-se aproximar os pensamentos de Enrique Dussel e Alessandro Baratta. Argumenta-se a partir da trilha aberta, no Brasil, por Juarez Cirino dos Santos, que considera as *condições sociais adversas* como possível causa supralegal de exculpação por *conflito de deveres*, hipótese de inexigibilidade de comportamento diverso, desenvolvendo-se tal proposta a partir da conjugação da leitura crítico-criminológica do crime e da violência individual com a ética da libertação de Enrique Dussel. Para tanto, parte-se de um critério *material* fundado em um juízo de fato empiricamente constatável (a *vulnerabilidade* da condição humana) para se fundamentar a obrigação ética de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade também dentro do juízo de reprovabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade – Filosofia da libertação – Inexigibilidade de comportamento diverso.

ABSTRACT: The aim is to bring together the thoughts of Enrique Dussel and Alessandro Baratta, based on the work of Juarez Cirino dos Santos, who considers the adverse social conditions as a possible cause of supra legal exoneration, due to conflict of duties and hypothesis of non-enforceability of diverse behaviors; this proposal evolves from the mix of critical-criminalist readings of crime and individual violence and with the ethics of liberation by Enrique Dussel. The starting point is a material criterion based on fact judgment, verifiable empirically (the human vulnerability), to base the ethical obligation of production, reproduction and development of each subject's life within the community also within the analysis of culpability.

KEYWORDS: Culpability – Ethics of liberation – Unenforceability of diverse behavior.

SUMÁRIO: 1. Introdução e notas preliminares necessárias – 2. O princípio ético-crítico de Enrique Dussel e a crítica criminológica do direito penal: 2.1 Filosofia da libertação: premissas; 2.2 Ética material e o princípio ético-crítico; 2.3 A crítica do direito penal pela sociologia do direito penal – 3. Possibilidades de aproximação: 3.1 Exculpação e conflito de deveres; 3.2 O momento de punir e o conteúdo material da pena privativa de liberdade – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO E NOTAS PRELIMINARES NECESSÁRIAS

Por conjugar a adaptação de trabalhos anteriores e reflexões mais recentes, a leitura crítica e autocrítica do presente texto deve levar em conta algumas observações preliminares. Em primeiro lugar, trata-se, substancialmente, de adaptação de monografia de conclusão de curso apresentada em outubro de 2006, na UFPR, sob orientação de Juarez Cirino dos Santos e coorientação de Celso Luiz Ludwig.[1] Se considerada apenas a irrazoável pretensão do autor de tratar tema assaz complexo no brevíssimo arco de tempo e pesquisa inerente a uma monografia de graduação, certamente o texto jamais seria publicado; entretanto, julgou-se interessante destacar, especificamente, e tolhendo um pouco a inadequada amplitude e decorrente superficialidade do objeto inicial, a relação entre a filosofia da libertação de Enrique Dussel e o juízo de reprovabilidade no qual consiste a acepção normativa da culpabilidade, mediados pela crítica criminológica do direito penal de Alessandro Baratta. É somente nesse sentido que se considerou minimamente pertinente a transformação do trabalho em um artigo a ser publicado.

Em segundo lugar, acrescenta-se a síntese de artigo produzido no âmbito da disciplina ministrada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no Programa de Pós-graduação da UFPR, em 2007,[2] e que discutiu, em encontro realizado em Guarapuava, o livro *Decisão penal: bricolage de significantes*, de Alexandre Morais da Rosa. O *paper* apresentado ao próprio autor, na ocasião, consubstancia o que aqui aparece como ponto 3.2.

Por fim: toda a reflexão sugerida guarda sentido apenas dentro do horizonte de discussão da *pena retributiva*, ou seja, do que seria a "pena justa", e não, ressalta-

1. Monografia: *Exculpação e ética da libertação: as condições sociais adversas e o princípio ético crítico no juízo de reprovabilidade*. Curitiba, UFPR, 2006. Participou da banca de avaliação também a Profa. Dra. Katie Arguello.

2. Coordenação do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e o Mestrado Interinstitucional UFPR/Faculdades Campo Real de Guarapuava, no segundo semestre de 2007.

-se, a pena inserta no horizonte utilitarista da pena preventiva. Os pressupostos daquela, afinal, tais como a acepção kantiana acerca da autonomia individual e sua própria problematização a partir da *vida concreta material*, são questões a princípio ausentes na pena concebida como meramente preventiva. A possibilidade de abertura do discurso jurídico-penal à constatação material das condições sociais de miséria e privação material que atormentam a imensa maioria da população mundial e especialmente dos países pertencentes à periferia do capitalismo só parece possível efetivamente a partir da *crítica material* da retribuição,[3] havendo que se também construir a *crítica da prevenção*, mas sob via teórica própria.

Busca-se aproximar, enfim, os pensamentos – ambos de caráter substancialmente marxiano – de Enrique Dussel e Alessandro Baratta. Argumenta-se a partir da trilha aberta, no Brasil, por Juarez Cirino dos Santos, que considera as *condições sociais adversas* como possível causa supralegal de exculpação por *conflito de deveres*, hipótese de inexigibilidade de comportamento diverso, desenvolvendo-se tal proposta a partir da conjugação da leitura crítico-criminológica do crime e da violência individual com a *ética crítica*, ou *ética da libertação*, nos termos da arquitetônica filosófica apresentada por Enrique Dussel.

A fundamentação desde a *ética da libertação* justifica-se no reconhecimento da pobreza criminalizada enquanto *vítima* de processos de criminalização que *atribuem* a qualidade de criminoso a determinados indivíduos e cumprem funções de diferenciação social e manutenção do *status quo*, o que permite interpretar o próprio discurso crítico-criminológico como autêntico exercício do princípio ético crítico enunciado por Dussel. Dessa forma, ganha em consistência a fundamentação da acepção normativa da culpabilidade sobre o princípio da alteridade, aproximando-a do sujeito concreto e das circunstâncias reais em que ocorre o conflito.

2. O PRINCÍPIO ÉTICO-CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA DO DIREITO PENAL

2.1 Filosofia da libertação: premissas

A filosofia da libertação latino-americana não é *uma* apenas, mas um conjunto de vertentes e concepções filosóficas (nem sempre assemelhadas) carac-

3. Cfr. MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. *Philosophy and Public Affairs* 2/217-243. Na mesma direção, há rica produção a partir da filosofia política republicana; v. por exemplo: GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social* e BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*.

terizadas por terem em seu horizonte a *libertação* de sujeitos cuja vida é negada em diferentes níveis e aspectos. Ela surge enquanto *movimento* filosófico na segunda metade do século XX em contexto de forte repressão política, a partir da percepção por parte de um grupo de pensadores de que era preciso uma filosofia libertadora, propriamente latino-americana e não sujeita ao pensamento eurocêntrico, para a superação da *injusta* dependência do continente frente aos polos centrais do sistema capitalista.[4] Entre seus expoentes, encontra-se em Enrique Dussel um ponto de partida desde a vítima, o oprimido, o "outro" impedido, por algum motivo, de viver com dignidade. A experiência inicial é a descoberta do *fato* opressivo da dominação, nas mais diferentes perspectivas.[5]

É possível demarcar três fases principais na trajetória de seu pensamento, a fim de organizar a exposição de seus principais conceitos: na primeira, predominante durante a década de 60, prevalece a crítica ao pensamento *ontológico* enquanto expressão da *totalidade*, definindo esta como um horizonte em que "não há outro", em que "o outro é uma pré-figuração do mesmo, o eu, o mundo hermenêutico fechado em si mesmo".[6] Anota-se, aqui, a forte influência do pensamento do filósofo Emmanuel Levinas, que nas palavras de Dussel foi quem "nos permitiu situar o 'outrem' como origem e raiz da afirmação do 'eu próprio'".[7] A inovação de Dussel foi contextualizar, a partir de então, as categorias da *totalidade* e da *exterioridade* para com a realidade histórica de opressão e dominação exercida pelo Norte sobre o Sul no plano sociopolítico mundial, identificando a totalidade como o fundamento de toda a filosofia ocidental.

---

4. LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 327: por isto o termo *libertação* apresenta um duplo aspecto, segundo Ludwig: "pretende a libertação da situação de dependência e dominação e, criticamente, pretende também libertar-se das *ideologias de dominação*, o que implica na libertação da dominação filosófica. Em resumo, ocupa-se da filosofia da libertação e, ao mesmo tempo, da libertação da filosofia". No mesmo sentido a crítica da criminologia latino-americana, como se vê em: DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*, p. 160 e ss.

5. DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*, p. 18: "no plano mundial (desde o início da expansão europeia em 1492; fato constitutivo que deu origem à 'Modernidade'), Centro-Periferia; no plano nacional (elites – massas, burguesia nacional – classe operária e povo); no plano erótico (homem – mulher); no plano pedagógico (cultura imperial, elitista, *vs.* cultura periférica, popular etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis) etc.

6. MENDIETA, Eduardo. Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel. *Revista Crítica Jurídica* 20/40.

7. DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 17-20.

Dentro dessa concepção de *totalidade*, o "outro" é subsumido e tem sua alteridade ignorada, pois esta só aparecerá em um âmbito não instrumentalizável pelo sistema, ou seja, na dimensão da *exterioridade*. Daí a defesa de um método *analético*, no sentido de se partir da *exterioridade* (para *além* da totalidade) e da transcendência absoluta do *outro*:

"O método *analético* significa que o *logos* 'viene de más-allá': surge desde o outro e avança dialeticamente; passagem da totalidade ontológica ao outro como outro; (...). O método analético consiste em partir primeiro da exterioridade metafísica na relação com a totalidade ontológica, e depois, nos níveis mais concretos da positividade do oprimido como distinto na erótica, pedagógica e política."[8]

Dessa forma, a *analética* não parte da realidade de miséria ou pobreza (seu momento negativo) mas antes, de um momento positivo, que é a relação na práxis homem-homem, ou seja, a exterioridade. Procede-se, portanto, a uma *negação da negação*, mas somente após a prévia *afirmação analética da exterioridade do outro*.

A segunda fase do pensamento de Dussel caracteriza-se como a trajetória da *metafísica* ao *marxismo*, mediante a crítica aos "comentadores europeus" que teriam reduzido o pensamento de Marx a um stalinismo dogmático, propondo assim uma *reinterpretação hermenêutico filosófica* de sua obra. Dussel relata que voltou a ler Marx no final da década de 70, em decorrência de três fatos:

"Em primeiro lugar, à crescente *miséria* do continente latino-americano (...). Em segundo lugar, ao desejo de poder levar a termo uma *crítica do capitalismo*, que, tendo triunfado aparentemente no Norte (principalmente a partir de novembro de 1989), está fracassando redondamente em 75% da humanidade: no sul; na África, na Ásia e na América Latina. E, em terceiro lugar, à constatação de que a filosofia da libertação precisaria, primeiro, construir uma *econômia* e uma política firmes, para só depois apoiar também a parte pragmática, como aplicação da analítica."[9]

Assim Marx deixa de ser considerado, por Dussel, como um "pensador da totalidade", vindo a se converter em referência central na construção da *exterioridade* do trabalhador e de um julgamento *ético* do capitalismo, revelando a busca de Dussel por um "Marx desconhecido",[10] em suas palavras,

8. LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 150-151.

9. DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 25-26.

10. DUSSEL, Enrique. *Hacia un Marx desconocido*. México: Siglo Veintiuno, 1988.

mais filósofo que economista. Para tanto, coloca-se o *capital* como totalidade e diferencia-se trabalho objetivado de trabalho não objetivado, sendo o primeiro a mercadoria, o dinheiro e o próprio capital; e o segundo a *capacidade de trabalho*: "concebido negativamente, o trabalho não objetivado é não matéria-prima, não instrumento de trabalho, não produto, não meio de vida, (...), é *nada* de capital. É não valor".[11] Nessa esteira, o trabalho não objetivado é *fonte viva* do capital e originariamente *exterior* àquele, pois para além há o trabalhador enquanto sujeito vivo e fonte criadora de valor. Nesse sentido a categoria "trabalho vivo" demonstra que o trabalho não é valor, mas criador dele, e até que o trabalhador seja subsumido pela totalidade do capital ele não é valor nem capital, mas corporalidade, pessoa humana; é, portanto, exterioridade. Na subsunção do trabalho pelo capital, em relação de apropriação extensivamente descrita por Marx em sua obra, o trabalho *vivo* é alienado e deixa de sê-lo para tornar-se trabalho *assalariado*, e a capacidade de trabalho converte-se em *força de trabalho*.[12]

Por fim, a terceira fase do pensamento do filósofo argentino volta-se à crítica da insuficiência da *teoria e da ética do discurso* para um projeto de real libertação dos povos da periferia do capitalismo. Trata-se, agora, da questão da *fundamentação do direito* conforme colocada pela ética do discurso e a releitura crítica de Dussel, situada na *transmodernidade* e permitindo-nos compreender a origem das premissas da arquitetônica da ética da libertação.

2.2 *Ética material e o princípio ético-crítico*

O modelo ético da libertação diferencia-se de modelos éticos anteriores. A ética *aristotélica*, por exemplo, situa o direito dentro de uma ética de virtudes, dele exigindo o "bem" e a "justiça". A ética *kantiana*, por sua vez, diferencia direito e ética prevalecendo, enfim, aquele sobre esta. A partir dos anos 60 surge um terceiro grande modelo, inserido no paradigma da linguagem, prezando por uma relação de complementaridade entre direito, ética e política. Há um longo percurso, porém, para se chegar à construção de seu *princípio ético-crítico*, o qual passa necessariamente pela morte do "sujeito cartesiano" e a ruptura paradigmática ocorrida no seio da filosofia do sujeito ou da consciência.

Segundo Ludwig, o paradigma da linguagem se consolida na segunda metade do século XX, podendo ser desdobrado "(1.º) como *razão comunicativa*

11. LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*... cit, p. 166.

12. Idem, p. 165.

(Apel/Habermas); (2.º) como *razão sistêmica* (*a la Luhmann*) e, por fim, (3.º) como *razão hermenêutica* (Gadamer)".[13] Substitui-se o "eu penso" pelo "eu argumento";[14] a *cognição*, até então compreendida como *certeza*, passa a ser cognição enquanto *consenso argumentativo*; o procedimento filosófico de validação da verdade passa de monológico a ter uma exigência dialógico-discursiva. Se em Kant a validação da verdade era um problema de evidência, agora se trata de um problema relacionado à *formação intersubjetiva de consensos com base em um acordo mútuo linguístico e argumentativo*.

O eixo é deslocado, assim, *da consciência para a linguagem*, passando esta a ocupar o lugar do binômio da epistemologia tradicional (sujeito-objeto) em prol do binômio sujeito-sujeito. A ética do discurso pretendeu formular uma fundamentação última e pós-metafísica da ética, com pretensão de universalidade, dividindo-se, para tanto, em duas partes: primeiramente através de um princípio formal universal de procedimento (nível A); e em seguida, mediante a fundamentação do consenso de forma vinculada às relações situacionais (nível B). Desta forma, a fundamentação conteria *antecipadamente* a exigência de discursos visando a formação de consenso nos afetados. Sendo as normas situacionais – referidas aos casos concretos – sempre revisáveis, o princípio *procedimental* do discurso seria o único a conservar validade incondicional,[15] fazendo-se necessária a *mediação* entre esses diferentes momentos: "Apel dá

13. Idem, p. 93. Nesse sentido Karl-Otto Apel, um dos protagonistas do giro linguístico no âmbito da razão comunicativa, acerca da inviabilidade se alcançar a possibilidade de fundamentação da moral partindo da subjetividade do sujeito ("eu penso"): "o princípio do 'eu penso' que, depois de Kant – como já depois de Descartes e ainda de Husserl – marca o ponto que resta inaceitável para a reflexão transcendental, não permite qualquer fundamentação transcendental da ética. Nem é capaz de representar o fundamento para a constituição do sentido da questão relativa à lei moral, simplesmente pelo fato de uma lei moral – diferentemente de cada lei natural – conquistar seu sentido na regulamentação das relações intersubjetivas de uma multiplicidade de sujeitos", cf. APEL, Karl-Otto. Etica del discorso come etica della responsabilità: una trasformazione post-metafisica dell'etica di Kant. In: _____; DUSSEL, Enrique. *Etica della comunicazione ed etica della liberazione*, p. 10.

14. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 44/49.

15. APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 17; e também LUDWIG, Celso. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*, p. 58: Apel confere "*validade incondicional* ao *princípio do procedimento*, porque é o que contém as condições de orientação para possíveis revisões de normas. Serve de ideia regulativa dos discursos práticos que pretendem fundamentar normas".

um 'salto' do concreto para o transcendental, para obter assim a norma básica fundamental. Daí deve agora 'descer'".[16]

O *nível A*, abstrato, da fundamentação, é o princípio *formal procedimental*, ou seja, o mínimo necessário para que haja possibilidade de comunicação. A "comunidade de comunicação" é, para Apel, *pressuposto* transcendental e ético de toda linguagem, argumentação ou discurso possível.[17] As regras do discurso são, por sua vez, as *condições normativas* que devem ser levadas em conta pelos falantes, a fim de que seja possível a discussão acerca das proposições com pretensão de verdade. Sinteticamente, seriam elas (a) a igualdade entre os participantes do discurso e (b) a sua liberdade, sem qualquer coação ou ameaça de violência.[18]

A "fundamentação A" da ética do discurso tem por critério, portanto, o pressuposto do *consenso prévio*,[19] situado na ordem da pragmática transcendental e determinado pela inevitável concordância em relação às regras da linguagem, sob pena de autocontradição performativa. Sabe-se, porém, que o consenso idealizado não será obtido nas situações concretas, onde os consensos se revelam provisórios, precários e criticáveis. Adentra-se assim o nível B da fundamentação, de caráter *histórico*, que indica a exigência de "uma fundamentação vinculada a relações contingentes", que "leva a ética do discurso a enfrentar a questão dos consensos nos *discursos reais*".[20]

Para que aconteça tal mediação (entre o "nível A" e o "nível B"), reconhecida pelo próprio Apel como bastante *limitada*, há que se buscar um critério de aplicação da norma básica (abstrata) nas situações de fato (concretas); critério este que Apel busca na teoria da argumentação de Jürgen Habermas;[21] conside-

16. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 186.

17. Idem, p. 183.

18. LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso cit, p. 51.

19. Idem, p. 58.

20. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação cit., p. 50.

21. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*, p. 142-145: Pressupondo *pretensões de validade* na afirmação de *direitos básicos*, Habermas formula o *princípio do discurso* condicionando a validade das normas de ação à condição na qual "todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais". No âmbito da fundamentação do direito, do princípio do discurso decorre o princípio da democracia, no sentido de que "somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva". Para Apel, porém, a teoria de Habermas não soluciona o problema na medida em que

rando necessário o cumprimento de *duas condições*:[22] que as relações *locais* de moralidade e do direito possibilitem a aplicação do princípio; e que as normas não derivem exclusivamente da ética do discurso, mas também da tradição jurídica e moral *daquela* determinada forma de vida.

Admitindo uma realidade *assimétrica* entre os participantes do discurso, Apel *crê* na possibilidade de transformação desta, elaborando, nesse sentido, uma obrigação de cooperação "para a eliminação da diferença entre a comunidade de comunicação ideal e a comunidade de comunicação real",[23] consistente no *princípio teleológico de complementação do princípio do discurso*, assim entendido: "Aquele que argumenta já aceitou também necessariamente a obrigação de ajudar a superar a diferença – a longo prazo, aproximativamente – mediante a transformação das relações reais".[24]

Essa obrigação em colaborar na mudança das condições reais de assimetria é denominada "norma básica da responsabilidade histórica".[25] Vê-se, enfim, que tanto Apel como Habermas *afirmam* o *consenso*, em condições *ideais*, enquanto condição para a legitimidade da norma e da ação. Mesmo reconhecendo a complexidade da questão de se obtê-lo, diante da variedade de opiniões presente em qualquer comunidade, Apel a coloca como única alternativa, por acreditar que a fundamentação desde o dissenso seria uma contradição performativa inaceitável.[26]

É sobre tal articulação entre uma fundamentação principiológica deôntica (A) e a responsabilidade histórica (B), por um lado, e na crítica da centralidade do consenso em prol do *dissenso*, por outro, que se dá a crítica de Dussel, buscando a superação da ética meramente formal. Não ignora, frise-se, os aspectos positivos do pensamento apeliano subsumidos pela Ética da Libertação, ressalvando, porém, uma clara diferença metodológica em relação à busca de uma fundamentação última. O "nível A" da fundamentação, que para Apel se situa em alto grau de abstração, no pensamento de Dussel já inclui a *econômica*

---

se refere apenas à parte A da fundamentação da ética do discurso, permanecendo a carência de respostas para a parte B, no sentido de uma responsabilidade histórica.

22. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação cit., p. 52.
23. Idem, p. 53.
24. APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 187.
25. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 188.
26. LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso cit., p. 59: "pois quem opta pelo dissenso, argumenta; e quem argumenta, pretende o consenso sobre a argumentação em jogo, pensa Apel. Será?"

transcendental,[27] buscando inserir problemas concretos mesmo na dimensão mais abstrata da reflexão. Trata-se de uma mudança em relação ao *ponto de partida*, o qual na ética da libertação é a crítica da *vida em sua negatividade*, ou seja, a constatação da existência de vítimas intencionais ou não intencionais produzidas por todo sistema. Enquanto Apel reconhece o sofrimento das vítimas como efeito próprio do argumentar, sendo uma exclusão *a posteriori*, na ética da libertação tratar-se-á de uma exclusão *a priori* de qualquer possibilidade de argumentação.[28] Há uma *anterioridade lógica* da comunidade de vida ante a comunidade de comunicação, ainda que esta subsumida naquela, pois só assim se poderá interpretar eticamente a materialidade das vítimas.[29]

Sendo assim, a *argumentação* será apenas uma *mediação* e não o próprio fundamento; enquanto a exclusão do *outro* da comunidade de comunicação será compreendida como um *a priori* consistente na negação da *vida* em sua dimensão material, corpórea, biológica.[30] As diferenças entre os pensamentos podem ser em parte compreendidas pela própria origem dos autores, visto que Dussel desenvolve seu pensamento a partir de um contexto histórico de dependência, subdesenvolvimento e dominação, o que chama de uma *originária situação de injustiça*; sugerindo desde logo uma conexão entre a teoria filosófica e a práxis social.

Não parece possível, de fato, idealizar *consensos* no contexto histórico da América Latina, ainda que nos termos propostos e revisados por Apel. Sem cair em uma autocontradição performativa, Dussel opta pelo *dissenso* com convicção. Subsume a superação apeliana do "eu" pelo "nós", reconhecendo, porém, que este "nós" totaliza-se, sendo insuficiente para o pensar latino-americano. Passa, com uma nova fundamentação, a fundamentar *novos direitos* e *novas verdades*.[31] Apel se dispôs, por diversos momentos, a dialogar com Dussel, colocando-se desde logo favorável à possibilidade de uma mútua complemen-

27. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação cit., p. 55.

28. LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*... cit., p. 138.

29. Idem, p. 139.

30. Deste *momento material* e sua *crítica* é que decorrerá o que Dussel chama de "princípio universal de toda ética" e principalmente das éticas críticas: *o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*; cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 93.

31. LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso cit., p. 62: "É na ordem do dissenso que a filosofia transmoderna desenvolve argumentos que me parecem ausentes na ética do discurso. Em síntese, as principais ideias que articulam a

taridade entre a ética do discurso e a ética da libertação. No entanto, o autor nunca efetivamente debateu uma ética de conteúdo material; âmbito sempre interpretado redutivamente, como mera condição de possibilidade:

"Apel interpreta redutivamente o âmbito material (de conteúdo) da ética exclusivamente como sendo apenas um horizonte cultural, particular ou meramente ontológico – como condição de possibilidade. Não percebe que todas as culturas, também a moderna pós-convencional, são *modos concretos* de organizar historicamente (sem, porém, nunca esgotar) a 'reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade' (...). Para uma ética da libertação as regras formais intersubjetivas da argumentação prática têm sentido como procedimento para aplicar as normas, mediações, fins e valores de culturas, geradas a partir do âmbito do 'princípio universal material', que é pré-ontológico e propriamente ético."[32]

Se os filósofos acordam no sentido de que o princípio material necessita de um princípio formal para alcançar validade, divergem e se distinguem na importância conferida ao conteúdo de verdade *material*. Para Dussel, o "princípio universal de toda ética" e principalmente das éticas críticas, seria *o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*.[33] A arquitetônica elaborada por Dussel tem seis momentos, ou mediações, sendo os três primeiros constitutivos da ética fundamental, que *afirma*, e os três últimos componentes da ética crítica, que *constata a negação*. Aqui, interessam os primeiros e quarto momentos, concernentes respectivamente à afirmação material da vida e à crítica material de sua negação.[34]

O primeiro momento consiste na busca de uma compreensão unitária do ser humano,[35] definido em primeiro lugar na dimensão de sua corporalidade.

---

crítica material e a *crítica formal*, momentos constitutivos mútuos de *dissensos legítimos*, podem ser compreendidos desde a dimensão da negatividade".

32. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 184-185.

33. Idem, p. 93.

34. Tem-se ainda, nos segundo e quinto momentos, reflexão sobre as condições *formais* de validade, em que Dussel dialoga com Apel e Habermas, acabando por reformular enunciados da ética do discurso; e nos terceiro e sexto momentos, sobre a questão da *factibilidade*, quando se ocupa acerca da viabilidade da concretização, no mundo real, das ações deduzidas dos momentos material e formal.

35. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 105.

Isto significa recuperar um sentido antropológico perdido pelo dualismo da racionalidade moderna, permitindo a *afirmação* da vida a partir de enunciados descritivos e juízos de fato, fundados em conteúdos e verdades necessárias para que a vida ou alguns de seus aspectos fundamentais seja possível. Trata-se do *critério material universal de verdade prática*. A passagem do critério ao princípio é o momento em que um enunciado descritivo ou um juízo de fato fundamenta um enunciado normativo; deixando de haver mera constatação de uma necessidade biológico-cultural do ser humano, para haver também uma exigência ética em relação ao seu cumprimento, inclusive aplicada ao *um-juiz penal*. Nesse sentido argumenta-se que não há, aqui, *dedução formal* e sim uma fundamentação *dialética* através de *conteúdos materiais*. Cita Dussel, nesse sentido, o próprio sistema avaliativo-afetivo do cérebro humano, que realiza "continuamente a 'passagem' de juízos de constatação, descritivos ou de fato ('isto é veneno') para juízos de 'dever-ser' ('não devo comer isto'), como mediações necessárias e obrigatórias para o 'ser' vivente".[36] Exemplifica, em seguida:

"Da mesma maneira, se falo: 'tenho sede', trata-se de um enunciado descritivo. O ser humano, como vivente, precisa beber líquidos potáveis para viver; se não conseguisse beber nenhum líquido, morreria. O sistema avaliativo cerebral, como sistema de alarme, julga a situação de 'sede' como de 'perigo' para a existência da vida, e enuncia: 'Eu *devo* beber líquidos' para sobreviver. (...) o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever."[37]

Portanto, a passagem do enunciado descritivo fundado numa necessidade biológico-cultural para o enunciado normativo que estabelece uma obrigação ética é dialética e tem fundamentação material. Por exemplo:

1. João está comendo; (...)

2a. João, que é um sujeito humano vivente, autorresponsável, está comendo;

2b. Para viver, é necessário comer.

2c. Se João deixasse de comer, morreria; suicidar-se-ia.

3a. Como autorresponsável por sua vida não deve deixar-se morrer, ou seria um suicida.

3b. João *deve* continuar comendo.[38]

---

36. Idem, p. 106-107.

37. Idem, ibidem.

38. Idem, p. 136-142.

Entre o aspecto descritivo inicial e a formulação de uma obrigação ética são necessárias diversas considerações: João é identificado como sujeito humano, vivo, pertencente a uma comunidade, que come algo que *comprou* ou *produziu* (ou quiçá que *furtou* ou *roubou*). Até aqui, está tudo incluído no *juízo de fato* sobre a situação concreta. A passagem decisiva encontra-se na mudança do enunciado "2c" para o "3a", restando claro que a obrigação ética formulada sustenta-se em um conteúdo *imposto* como necessidade concreta para que a vida seja factível; fundada, portanto, no princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade.

Sendo este o momento da *afirmação*, passa-se à etapa da constatação da *negação* e da crítica material. Dussel subsume e sistematiza o pensamento de grandes críticos da Modernidade,[39] encontrando nestes fundamentos para sustentar que "da afirmação da vida pode-se fundamentar a não aceitação da impossibilidade de reproduzir a vida da vítima, donde se toca a fonte a partir da qual se pode (e se deve) exercer a crítica contra o sistema que é responsável por esta negatividade".[40]

O *critério crítico* significa justamente a constatação ou tomada de consciência, através de um *juízo descritivo*, de uma situação concreta na qual houve a negação da vida previamente afirmada. Há, portanto, uma condição de possibilidade crítico-positiva que é o *reconhecimento*, anterior a qualquer crítica, do "outro vitimado" como sujeito autônomo, vivente humano, com direito à vida e à dignidade.

Por isso diz-se que o critério crítico é *negativo*, na medida em que o ponto de partida não é mais a vida em sua *positividade* (vida afirmada), mas em sua *negatividade* (vida negada), na condição real de vítima causada por determinado sistema X. O critério é o próprio fato da *impossibilidade de reproduzir a vida*, já que, desde o princípio enunciado, é *criticável* tudo o que não permitir viver; e negar a vida (ou aceitar a morte) torna-se impossível desde tal ponto de vista. O *reconhecimento* deve situar uma *responsabilidade* pelo outro, que equivale à passagem do critério ao princípio, trazendo, novamente, a fundamentação de um enunciado normativo a partir de outro descritivo. Da constatação da existência de uma vítima intencional ou não intencional se funda um *dever ético de crítica* ao que a causa. Tem-se, assim, a "negação ética de uma negação empírica":

39. Dussel resgata, entre outros, o pensamento de Nietzsche, Schopenhauer, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Walter Benjamim, e especialmente de Karl Marx, Sigmund Freud e Emmanuel Lévinas.

40. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 373.

"Esta que está ali na miséria é uma vítima de um sistema X (...).

Reconheço esta vítima como um ser humano com dignidade própria e *como outra* que o sistema X (...). Este reconhecimento me/nos situa como responsável/veis pela vítima diante do sistema X (...). Eu tenho o *dever ético*, porque sou responsável por ela, de tomar a meu cargo esta vítima."[41]

Se "João está comendo" e se ele "*deve* continuar comendo", é *inadmissível* exigir-se que, na privação da possibilidade de comer (privação esta produto de fatores sobre os quais o sujeito não teve oportunidade de participar ou opinar) João se *resigne* a não fazê-lo e aceite morrer. Este seria, nesse sentido, o enunciado do *princípio material universal*:

Aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver autorresponsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano*, *numa comunidade de vida*, a partir de uma "vida boa" cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com *pretensão de retidão*) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com *pretensão de verdade prática* e, em além disso, com *pretensão de universalidade*.[42]

Configura-se, assim, um *dever de crítica* em relação à vitimização do outro e a conseguinte reafirmação da exigência do desenvolvimento de sua vida com dignidade. Tal dever inclui, obviamente, a relação de dano e vitimização entre o autor de um crime e a vítima deste. O que interessa, porém, é ultrapassar tal âmbito sem rejeitá-lo: a compreensão de um caso penal concreto e de sua resolução à luz do princípio de produção e reprodução da vida humana com dignidade leva a se afirmar um *dever de crítica* também em relação às formas de censura social que, antes de censurar, tão somente destroem a vida de outrem.

2.3 A crítica do direito penal pela sociologia do direito penal

Mesmo se inexistentes referências diretas, a filosofia de Enrique Dussel guarda uma enorme proximidade, inclusive conceitual, para com a crítica do direito penal realizada por estudiosos da América Latina ou, no caso de Alessandro Baratta, nela especialmente interessados. Para este, justamente, falar em *libertação* significa articular direitos humanos com as necessidades reais

41. Idem, p. 378-379.

42. Idem, p. 143.

fundamentais do todo indivíduo, superando a dimensão da pura negação para constituir-se na *negação da negação*,[43] enquanto resgate concreto da dignidade. Busca, enfim, um conceito de base material.

Se até aqui se colocou a *vida humana* como marco central e condicionante de uma postura ética da qual não se pode abrir mão, é preciso que se registre o *fato* evidente na periferia do capitalismo diretamente relacionado ao funcionamento dos sistemas penais, que é exatamente a *morte*.[44] Zaffaroni, nesse sentido, chama a atenção para a constatação empírica da negação da vida, sendo inegável que, de diversas e complexas maneiras, o exercício de poder dos sistemas penais causa e produz *morte*. De acordo com o autor, da constatação da negação da vida pode-se fundar uma ética deslegitimante, e é a *consciência ética* que impede que os esforços de "invenção da realidade" realizados pelo saber jurídico e pelos meios de comunicação logrem total sucesso, mediante o discurso fictício das funções *oficiais* dos sistemas penais.

A atual deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico-penal provêm, nesse sentido, de sua falsidade e desconexão perante a realidade, que são, por sua vez, efeitos de uma relação de classe inerente à sua operacionalidade *seletiva* e *corrupta* enquanto marcas estruturais.[45] Em outras palavras, a constatação inequívoca de que *há vítimas* causadas, direta e indiretamente, pelo poder punitivo fundamenta a obrigação de crítica, pois o fato *morte* afronta a consciência ética.

O exercício do poder à margem da legalidade, pelas próprias agências oficiais do sistema de justiça criminal, dá-se tanto na forma da *repressão seletiva*[46]

---

43. BARATTA, Alessandro. Notas para uma teoria de la liberación. *Revista Poder y Control* 1/108. Prossegue o autor: "Ninguna tecnologia del poder puede, a pesar de ello, frenar el proyecto de liberación. Su principal fuerza está en su propio contenido (...). Cuando son identificadas las necesidades realescon aquellas esenciales, es decir: el derecho a la vida, a una alimentación suficiente, a un trabajo digno, a la instrucción y a un futuro para los propios hijos, aquellos a quienen estos derechos les son negados no tienen tra opción real que la lucha para defenderlos" (p. 111-112).

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 38.

45. Idem, p. 15-27. A seletividade estrutural é, segundo o autor, a "mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal".

46. Idem, p. 40. "Em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à 'repressão do delito'".

da criminalidade, mediante o aparato punitivo disciplinador e suas agências executivas, como na função de *produção e reprodução* de uma realidade:

"Não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente, sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar; e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização."[47]

Se a criminologia etiológica e a originalmente positivista caracteriza-se, conforme Salo de Carvalho, "pela negação da alteridade, pela supressão do outro, pelo não reconhecimento da diversidade",[48] pode-se posicionar a criminologia crítica como autêntico exercício do *princípio ético crítico* do qual fala a *ética da libertação*, tanto quanto a desmistificação das premissas da criminologia tradicional e a releitura dos fenômenos do *crime* e da *violência* desde o discurso crítico-criminológico, reconhecendo os *punidos* como também *vítimas* no sentido dusseliano.

Segundo Baratta, o ser humano é um portador de *necessidades reais*, conceituadas como "as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social".[49] A discrepância entre a expectativa de atendimento dessas necessidades e a realidade, ou seja, entre as condições potenciais da vida e as condições atuais, depende, sob perspectiva marxista, da contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas e as relações de propriedade e poder vigentes na sociedade. Trata-se, portanto, de um efeito da *injustiça social*, considerada aqui sinônimo de *violência estrutural*.

---

47. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, p. 166.

48. CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinariedade. *RBCCrim* 56/322.

49. BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais* 2/46.

Por *violência estrutural*, entende-se justamente a "repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social (...); é a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência".[50] Não há como se falar em violência e criminalidade nas sociedades periféricas, comunidades vitimadas pelas relações de mercado decorrentes da atual ordem econômica mundial, sem se ater à sua realidade de miséria e precário atendimento às "necessidades reais" da população.

O conceito de *marginalidade* remete ao *modo de inserção* nas estruturas de produção,[51] apresentando-se como um processo cumulativo onde "nível de informação, liderança e participação social decrescem na medida em que a posição socioeconômica for mais excludente".[52] Vinculada à fraca potencialidade da economia de mercado em absorver mão de obra, a marginalização pelo desemprego se revela não apenas um mero desajuste, mas consequência necessária da lógica do processo de acumulação capitalista.[53] O conceito de *marginalidade*, portanto, diz respeito ao *papel* desempenhado pelos sujeitos na sociedade, podendo ser analisado sob diferentes escopos; importa, aqui, registrar sua vinculação com a *pobreza* e a *miséria*, realidade flagrante nas sociedades da periferia do capitalismo.

Pobreza, para Dussel, é "impossibilidade de produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana; é a falta de cumprimento das necessidades";[54] o que remete ao conceito de *violência estrutural* como repressão das necessidades reais do indivíduo. Segundo Milton Santos já houve, nos países subdesenvolvidos, três tipos de pobreza:[55] (a) a pobreza *incluída*, enquanto uma pobreza acidental, "produzida em certos momentos do ano, uma pobreza intersticial e, sobretudo, sem vasos comunicantes"; (b) a *marginalidade*, "produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna"; e (c) a *pobreza estrutural*, hoje predominante, que não é mais local nem mesmo nacional, mas globalizada, consequência de uma "produção globalizada da pobreza". Para o autor, nos tempos atuais, esta pobreza estrutural globalizada é

50. Idem, p. 47.
51. KOWARICK, Lucio. *Capitalismo e marginalidade na América Latina*, p. 19.
52. Idem, p. 32.
53. Idem, p. 34.
54. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 322.
55. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, p. 69-74.

resultante de um tipo de ação *deliberada*, produzida de forma *científica*, *globalizada* e *voluntária*.[56] Complementa, ainda, que agora os pobres não são nem incluídos nem marginalizados, mas simplesmente excluídos, acompanhados de um discurso que pretende transformar a produção maciça da pobreza em um *fenômeno banal*.

A *violência estrutural* não só tolhe direitos e priva seres humanos de suas necessidades reais, mas, também produz, direta e indiretamente, outras modalidades de violência.[57] Nesse sentido, Cirino dos Santos discorre sobre variadas formas de manifestação de violência nas relações internacionais (traduzidas nas relações de dependência entre áreas desenvolvidas e periféricas), na América Latina e no Brasil, diferenciando violência *estrutural* como aquela decorrente das relações capitalistas de produção e violência *institucional* como a violência do aparelho de Estado, produzida por seus órgãos de controle social e pelo próprio sistema legal.[58] No entanto, os conceitos de violência *estrutural* e *institucional* não devem ser compreendidos separadamente, pois são dimensões de um mesmo fenômeno. Ambas constituem a *violência primária*, que:

"Explica a violência pessoal (secundária e condicionada), como reações individuais de sujeitos obrigados a viver em condições sociais adversas, respondendo, irracionalmente, às frustrações e fúrias contidas ao longo da experiência de vidas penosas, que os castiga e violenta permanentemente, antes e independentemente da comissão de quaisquer ações definidas pelo poder político como crime."[59]

A violência individual, considerada o único parâmetro de análise da criminalidade pela criminologia tradicional, é para a criminologia crítica posta como violência condicionada por uma violência *anterior*. Sabe-se que a chamada "criminologia crítica" – não obstante ser um conjunto de ideias e pensamentos heterogêneos – é assinalada pela politização das teorias desconstrucionistas

56. Idem, p. 72.

57. Idem, p. 55.

58. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*, p. 96-98: "A violência institucional, portanto, é a forma superestrutural da violência do bloco de classes dominantes, organizado em Estado (organização do poder político) que controla (disciplina coativa) as relações sociais conforme suas necessidades e interesses de classes dominantes, o que significa que a violência institucional está indissoluvelmente ligada às relações de classe (ou bloco de classes), nos processos sociais de produção material, em que se articulam as relações sociais de produção, no tecido estrutural da sociedade".

59. Idem, p. 70.

fundadas na *reação social*, a qual inverte o objeto de estudo e o próprio método de estudo do objeto,[60] deslocando a atenção das acepções ontológicas de "criminoso" e "criminalidade" para os *processos de criminalização* – primários e secundários – pelos quais aqueles conceitos passam a ser problematizados como qualidade atribuída, seletivamente, a determinados comportamentos ou sujeitos, como forma de garantia do modo de produção capitalista.

Evidente, em tal ótica, a maior probabilidade de se sofrer um processo de criminalização por parte dos estratos mais pobres da população, vitimados pela posição precária no mercado de trabalho. Mas enquanto esses fatores são tomados como *causas* da criminalidade na criminologia tradicional, agora eles serão considerados a base sobre a qual o *status* de criminoso é atribuído.[61] Coerentemente, a partir da constatação dos objetivos *reais* do controle punitivo, que causam morte e sofrimento em massa, reúne-se o que se pode chamar conjunto das *fontes teóricas da deslegitimação*,[62] enquanto vasto conjunto de contribuições críticas, a partir de diversas perspectivas, aos fundamentos ideológicos do sistema penal, à prisão e à criminologia positivista.

Conjugando-se a imprescindível ruptura epistemológica levada a cabo pelo *labelling aproach* com uma leitura marxista ou, para utilizar o léxico de Dussel, fundada em um critério material em torno às necessidades reais do ser humano, fez-se mister explicitar a importância das *relações de poder* como matrizes do etiquetamento e da rotulação. Não podendo ser tomadas de forma isolada ou excessivamente abstrata, ou meramente fenomenológica, sob o risco de se pôr à parte a estrutura econômica e as relações de produção,[63] enfim se passa a compreender a definição legal de crime como produto de um mecanismo eminentemente classista e desigual de controle social.[64] O próprio "*conceito*

60. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*, p. 694. Também Baratta, nesse sentido: "Si è tenuto conto, in effetti, che 'devianza' e 'criminalità' non sono qualità ontologiche o 'naturali' di comportamenti e persone, ma piuttosto qualità che sono loro attribuite attraverso processi di definizione e di reazione sociale, informali ed istituzionali", em: BARATTA, Alessandro. Che cosa à la criminologia critica? *Dei delitti e delle Pene*, vol. 1, p. 53.

61. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... cit., p. 165.

62. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*... cit., p. 45-69.

63. BARATTA, Alessandro. Che cosa à la criminologia critica? cit. p. 56: "L'affermazione secondo cui la criminalità non à un fatto naturale bensì il risultato di definizioni, implica che tali situazioni possano considerarsi come non aventi alcuna relazione com la 'realtà'".

64. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, p. 46.

proletário" de crime sugerido por Cirino dos Santos se apresenta em total harmonia para com o *princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*:[65]

"O direito à *segurança pessoal* em relação à vida, à integridade, à saúde, à liberdade etc., e o direito à *igualdade real*, econômica, racial e sexual, são direitos básicos, porque a violação destes direitos *elimina* ou *limita* as possibilidades concretas de realização pessoal das vítimas, em qualquer esfera da vida. A violação desses direitos por indivíduos, empresas, instituições, relações sociais capitalistas ou imperialistas constitui crime, porque nega o direito à vida, à saúde, à liberdade e à dignidade de centenas de milhões de seres humanos; (...)."[66]

O autor inclui no conceito de crime, assim, a *criminalidade estrutural absoluta das classes dominantes,* enquanto sua definição legal, em outro sentido, pune apenas a criminalidade individual. Conclui que nenhuma das consequências que representam a violação de direitos básicos "pode ser autorizada pela garantia legal do direito de propriedade",[67] pois "são criminosos (e criminógenos) os sistemas sociais que produzem, através de suas estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas do Estado, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento criminoso".[68]

Evidentemente, seria absolutamente equivocado supor que "pobreza e a miséria seriam a causa da criminalidade", existindo entre os fenômenos uma relação de *causalidade*. Tal visão é *relegitimante* (ao invés de deslegitimante) do sistema penal, pois não só assume uma concepção ontológica do delito e da criminalidade como supõe que em uma hipotética sociedade sem pobreza os delitos decorreriam do livre arbítrio do autor,[69] justificando, novamente, o controle social por meio da punição institucionalizada. No mesmo sentido, não se pode dizer que o "desvio criminal" se concentre efetivamente nos extratos mais carentes da sociedade, pois restou demonstrado tanto que comportamentos desviantes se distribuem por todos os grupos sociais como que as formas próprias das classes dominantes são de todas as mais graves e lesivas à coletividade. O que ocorre é a atuação do direito penal sobre os extratos mais frágeis e vulneráveis da sociedade mediante processos de criminalização, *sele-*

65. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit, p. 93.

66. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical* cit., p. 50.

67. Idem.

68. Idem, p. 51.

69. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*... cit., p. 51.

cionando comportamentos individuais como objeto de punição e *ignorando* a violência primária, estrutural e institucional, como anterior às modalidades de violência individual.

Dessa forma, o sistema penal *produz vítimas*, de forma *direta* e *intencional*, quando criminaliza, estigmatiza e pune um indivíduo acusado de um crime, desprezando, por um lado, os fatores condicionantes de seu comportamento ligados à violência primária que o priva de suas necessidades reais; mas pressupondo, por outro, uma "*personalidade voltada para o crime*", no intuito de justificar a pena. O sistema penal produz vítimas, ainda, de forma *indireta* e *não intencional*, por conta da destruição de núcleos familiares e laços comunitários; do processo brutal e destrutivo desencadeado pela pena de prisão; da retirada do lar de filhos ou pais de família que, mesmo através de empregos precários, contribuíam decisivamente para o sustento dos filhos, e assim por diante.

Apesar de muitas vezes a própria missão do direito penal ser apresentada como a *proteção da convivência humana em comunidade*,[70] não há critérios possíveis para medição do sofrimento e da *violação do princípio de produção e reprodução da vida concreta de cada sujeito em comunidade* por ele produzidos. A condição de *vítima* da pobreza criminalizada é, assim, empiricamente constatável, denunciada e explicada pela criminologia crítica.

Qual é a posição possível do *juiz penal* diante de tais condicionantes e *significantes*, sob a égide do princípio ético-crítico dusseliano? Posição difícil – sem saída, talvez – mas que pode encontrar vias de escape na perspectiva que tem a própria dogmática penal como possível freio ou mecanismo de redução de danos frente ao poder punitivo. A reflexão aqui sugerida se desdobra, enfim, em dois caminhos, ambos atuantes sobre o *caso concreto* e não necessariamente *em abstrato*. O primeiro é de ordem *jurídico-teórica* e diz respeito à dogmática penal, fundamentando a reprovação no *princípio da alteridade*[71] e se concebendo a culpabilidade enquanto juízo de reprovabilidade fundado na *normalidade* das circunstâncias em que foi cometido o tipo de injusto, mas se incorporando o princípio ético crítico pautado na defesa da vida, a partir das necessidades reais do ser humano. O segundo é de ordem *sociológica* e sugere que a constatação material da realidade carcerária interfira na decisão penal sobre o caso concreto, mormente quando em jogo a aplicação de pena privativa de liberdade em regime fechado.

---

70. Por exemplo, em: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 1: "La misión del derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad".

71. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 284-285.

3. POSSIBILIDADES DE APROXIMAÇÃO

3.1 Exculpação e conflito de deveres

Apresentados os fundamentos da ética da libertação e os parâmetros decorrentes da criminologia crítica para a interpretação do crime e da violência na sociedade capitalista contemporânea, o que permite compreender a ação de pobres e miseráveis para além da violência individual, mas como parte de um processo de exclusão e criminalização em que eles são as principais vítimas, passa-se a buscar, na dogmática penal, possibilidades de *luta* pela limitação do poder punitivo enquanto a manutenção deste for inevitável como *fato de poder*.[72]

Poder-se-ia perguntar, com ceticismo, de que vale debater categorias da teoria do delito se o sistema penal, afinal, não necessariamente atua conforme seu discurso oficial, visto que são seus objetivos reais – a manutenção e a reprodução da desigualdade inerente ao modo de produção capitalista – e não seus objetivos manifestos que, na prática cotidiana, condicionam seu funcionamento. Em outras palavras, qual seria a justificativa de buscar a abertura do juízo de reprovabilidade para a realidade de miséria das sociedades periféricas se a *pena* se mantém e se manterá de qualquer forma, porque necessária à manutenção do *status quo*?

Para Zaffaroni, "a função do jurista não é legitimar as penas com nenhuma teoria (todas são falsas), mas estabelecer os graus de irracionalidade do poder punitivo e pôr em jogo seu poder jurídico".[73] Não obstante a análise de Zaffaroni seja descritivamente precisa e contundente, continua bastante confusa a trilha teórica percorrida pela maioria dos penalistas liberais para se passar, em um salto, da análise extremamente crítica do sistema penal a uma postura acanhada e normativista, dita "minimalista" ou "garantista", e que, até agora, não apresentou na práxis um potencial efetivamente emancipatório. De qualquer forma, sem fugir do âmbito deste texto que é precipuamente a não justificação do *punir*, segue imprescindível a presença da *culpabilidade* como limitação ao controle formal, na medida em que condiciona a imposição de qualquer pena criminal à constatação de que a ação do autor tenha sido efetivamente repro-

72. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*... cit., p. 195-196.

73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *RBCCrim* 20/21. No original: "La función del jurista no es legitimar las penas con ninguna teoría (todas son falsas), sino establecer los grados de irracionalidad del poder punitivo y poner en juego su poder jurídico (...)".

vável no caso concreto, repudiando assim qualquer forma de atribuição de responsabilidade meramente objetiva.[74]

A decisão penal deve evitar a mera reprodução de um *senso comum teórico dos juristas*,[75] imobilizador da crítica. Considerando que o "sujeito e sua defesa mostram-se como condição de possibilidade a uma proposta efetivamente emancipatória e democrática",[76] cabe, nas palavras de Alexandre Rosa, uma pitada de "ser com outro", um *fundamento de verdade material* para a análise do caso concreto desde a necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida em comunidade.

Sem pretender adentrar no debate aparentemente insolúvel acerca do *fundamento material* da culpabilidade – historicamente situado em torno ao livre arbítrio ou determinismo do comportamento –, observa-se que, mesmo autores que defendem o livre arbítrio enquanto fundamento da reprovação observam a impossibilidade de um "indeterminismo absoluto" e a necessidade de ponderações. Segundo Jescheck, por exemplo, o juízo de reprovação necessita levar em conta todos os processos, forças, tendências e princípios que intervêm na formação da vontade.[77] Figueiredo Dias, por sua vez, admite que "o poder de agir de outra maneira na situação é pura e simplesmente inverificável no comportamento concreto da pessoa individual",[78] assumindo e aceitando este pressuposto como "uma daquelas verdades de *crença* ou de *adesão*".[79] Johannes Wessels, por sua vez, pondera:

"Como nem a tese do clássico *indeterminismo*, com o postulado da 'liberdade absoluta da vontade', nem os reparos do determinismo, com o princípio explicativo da 'legalidade causal' do comportamento humano (...) são compro-

74. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 19: "El principio de culpabilidad significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho"; ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal* 11-12/8; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 103.

75. WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas, p. 32: "Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico dos juristas como a voz 'off' do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam".

76. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 345.

77. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 371.

78. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*, p. 36.

79. Idem, p. 56.

váveis de modo cientificamente exato, o direito penal deve se dar por satisfeito com o reconhecimento de que o *princípio da responsabilidade*, do homem, psiquicamente são e moralmente maduro, é uma *realidade inabalável de nossa existência social*. (...) a possibilidade de direção da conduta baseia-se na *capacidade do homem de controlar seus impulsos*, dependentes de sua constituição e do meio, *e de dirigir sua decisão segundo as normas ético-socialmente obrigatórias e suas representações de valor*."[80]

Seja como for, é essencial perceber, com Ferrajoli, que a verificação de ambas diretrizes na práxis, apesar de conceitualmente opostas, têm levado a conclusões paradoxalmente convergentes, apontando sempre para os conceitos de *periculosidade* ou perversidade do acusado, "pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso".[81] Não se pode deixar de notar que, na América Latina, tal discussão sempre esteve ligada às necessidades concretas de manutenção de uma organização econômica e social fundada na exclusão institucional de grande parte da população pela escravidão: confundem-se, assim, os temas da exclusão racial e do conteúdo do conceito de periculosidade, inclusive após a abolição do escravismo.[82]

Para Roxin, a "culpabilidade consiste no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas".[83] O fundamento da reprovação residiria, dessa forma, na *capacidade de comportamento conforme a norma* e não mais na liberdade de ação humana. Segundo o autor, enquanto o poder agir de outro modo e o livre-arbítrio são indemonstráveis, a "capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável", através de métodos psicológicos ou psiquiátricos.[84] Sua definição sofre críticas tanto por parte de deterministas como por parte de indeterministas; o que não impede que se reconheça seu valor por preservar a função de garantia política individual e limitação do poder de punir do princípio da culpabilidade, e fundamentar a reprovação sem recorrer a pressupostos metafísicos.[85]

---

80. WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*, p. 83.
81. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 395.
82. DEL OLMO, Rosa. Op. cit., p. 179.
83. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 807 e ss.; ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, p. 144.
84. ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal cit., p. 146.
85. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 283.

Sobre o tema, e mais uma vez se aproximando da filosofia da libertação latino-americana, Cirino dos Santos propõe o *princípio da alteridade* como fundamento material da responsabilidade e da reprovação, a partir da constatação de que a responsabilidade pelo próprio comportamento é um problema prático da realidade da vida social e que a convivência em sociedade apenas é possível se cada sujeito reconhecer-se enquanto *ego* e também *alter*, respeitando este último.[86] Dessa forma, a responsabilização do autor do tipo de injusto pelo seu comportamento antissocial resta *condicionada* à normalidade da formação de sua vontade e das condições em que age.

O respeito ao *alter* como fundamento da *responsabilidade* social e da reprovação permite o resgate da reflexão de que cada ser humano é também *autor-responsável* pela realização da própria vida.[87] Desde a constatação de que "há vida humana", há a exigência *ética* de produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito concreto, passando a uma responsabilização tanto pela própria vida como pela vida negada da vítima. Parte-se desta "passagem", que do *viver* fundamenta o *dever viver* a partir da *alteridade*, para identificar as possibilidades de exercício do *princípio ético crítico* dentro do juízo de reprovabilidade realizado sobre determinado comportamento definido como antissocial.

Para tanto, porém, é preciso trabalhar com a concepção normativa de culpabilidade, a qual a redefine como *reprovabilidade* no sentido de Reinhard Frank,[88] por sua vez constituída não só pela imputabilidade e por uma relação psíquica concreta entre autor e fato, mas também pela *normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua*.[89] A reprovabilidade, pois, é juízo de valoração sobre a realização não justificada de um tipo de injusto.[90] Na definição de Jescheck, é a valoração negativa dos princípios pelos quais o autor de um fato

86. Idem, p. 284-285. Nesse sentido Muñoz Conde: "A pessoa não pode viver ilhada em si mesma. Para alcançar seus fins e satisfazer suas necessidades, precisa da comunicação e auxílio de outras pessoas. Em uma palavra, a existência do *ego* supõe necessariamente a existência do *alter*, a existência humana supõe sempre a coexistência ou convivência". MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*, p. 8.

87. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão* cit., p. 140: "É próprio e exclusivo do *modo de realidade* da vida humana: *manter-se sob sua própria responsabilidade*. É o único vivente autorresponsável. Por isso é a única vida que se vive eticamente. A eticidade de sua vida é a autorresponsabilidade sobre sua permanência em vida".

88. FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 39 e ss.

89. Idem, p. 41.

90. TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *RBCCrim* 24/148.

punível se deixou levar na formação da sua vontade.[91] Em síntese, o conceito *normativo* situa a culpabilidade como "reprovação de um sujeito imputável (o sujeito *pode saber o que faz*) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito *sabe, realmente, o que faz*) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito *tem o poder de não fazer o que faz*), um tipo de injusto".[92]

O ponto fulcral é a indispensabilidade da *normalidade* das circunstâncias nas quais a ação se exteriorizou para a fundamentação da reprovação:[93] se há *anormalidade* nas circunstâncias de fato, resta descaracterizada a *exigibilidade de comportamento diverso*, e por consequência, a reprovabilidade da conduta:

"Circunstâncias *normais* fundamentam o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*; ao contrário, circunstâncias *anormais* podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*: o autor reprovável pela realização não justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias de fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa."[94]

A inexigibilidade como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade é construção decorrente de ao menos três trabalhos marcantes no estudo a partir da concepção normativa da culpabilidade, quais sejam, aqueles de Reinhard Frank em 1907, James Goldschmidt em 1913 e finalmente Berthold Freudenthal em 1922.[95] Freudenthal, porém, vai além de Frank[96] e propõe uma compreensão diversa do papel potencialmente exercido pelas circunstâncias concomitantes, aferíveis somente no caso *concreto*: o autor é claro ao interpre-

---

91. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 364.

92. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 278.

93. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, p. 66.

94. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 322-323. Ver também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. *RT* 474/256: "Não é reprovável a configuração antijurídica do tipo se impossibilitada *concretamente* a realização do valor social obrigatório da norma".

95. Os três textos foram recentemente traduzidos para o espanhol, na coleção "Maestros del derecho penal", da editora argentina B de F, vide: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw; GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Holdschmidt e Ricardo Núñez; FREUDENTHAL, Berthold. Op. cit.

96. Frank assumira a definição legal de "circunstâncias concomitantes" para definir como *anormais* apenas aquelas nas quais haveria a existência de um perigo, cf. FRANK, Reinhard. Op. cit., p. 51.

tá-las não como meros fatores para a individualização da pena, mas sim como elementos decisivos para a condenação ou absolvição.[97]

Sendo assim, a inexigibilidade é o fundamento comum de todas as causas de exclusão da culpabilidade;[98] e segundo Assis Toledo, a primeira e mais importante delas,[99] constituindo um verdadeiro *princípio* de direito penal. Caso trate de situação não expressamente prevista vige, enquanto princípio, como causa *supralegal* de exculpação. Apesar desta hipótese sofrer muitas críticas,[100] trata-se de um fundamento necessário perante o reconhecimento de novas situações de inexigibilidade, não abarcadas pelas categorias legais.[101] Ademais, se é temerário o cabimento desta exculpante supralegal, mais o seria sua proibição, que impediria a absolvição quando não se poderia exigir outra conduta do acusado, apenas porque a lei não havia previsto *aquela* situação. Por outro lado, Luiz Alberto Machado observou a necessidade de um *critério* limitador a fim de "evitar abusos". Segundo o autor, a exculpação supralegal por via da inexigibilidade não pode prescindir, primeiramente, do reconhecimento de uma *colisão de direitos*, e em segundo lugar, de motivação alterada por "escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimos".[102]

As situações de exculpação *legais* estão previstas no art. 22 do CP e caracterizadas nos casos de "coação irresistível" e "obediência hierárquica", e ainda no excesso de legítima defesa real e no excesso de legítima defesa putativa. Na seara das situações de exculpação *supralegais*, pode-se anotar, conforme Cirino dos Santos, o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.[103]

---

97. FREUDENTHAL, Berthold. Op. cit., p. 69.

98. SCARANO, Luigi. *La non esigibilità nel diritto penale*, p. 70.

99. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 328.

100. Por exemplo em: WESSELS, Johannes. Op. cit., p. 96. Conforme as observações de Juarez Tavares, tradutor da obra, "faz-se mister estabelecer legalmente as condições objetivas e pressupostos para a não incidência desse juízo de censura, pois, caso contrário, uma tal regra geral, aparentemente com ampla aplicação, poderia gerar privilégios intoleráveis, além de burlar a finalidade protetiva". Também para Jescheck, o princípio fulminaria o efeito de prevenção geral do direito penal e provocaria desigualdades na jurisprudência; sendo mais adequado, enfim, restringir-se ao disposto em lei. In: JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 432.

101. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal...* cit., p. 324-325. Também assim: MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. *RT* 447/303-304.

102. MACHADO, Luiz Alberto. Op. cit., p. 305.

103. Sobre, vide: DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma e as situações supralegais de exculpação*. Dissertação de mestrado, Curitiba,

A exculpação por *conflito de deveres* é uma construção teórica situada historicamente no direito penal alemão da primeira metade do século XX, e especialmente no pós-guerra.[104] É em sua transposição à realidade latino-americana, hodierna, que residem as portas abertas à possível abertura do juízo de reprovabilidade para as condições sociais concretas de privação material e impossibilidade de se viver com dignidade.

Dessa forma, em face de uma nova interpretação do crime, da violência e da resposta penal realizada desde o discurso crítico criminológico, reúne-se a possibilidade concreta de aplicação e exercício do princípio ético crítico da ética da libertação, no sentido de *absolver* ou no mínimo *atenuar* a pena de sujeitos autores de tipos de injusto em condições sociais adversas, conforme o caso concreto: a absolvição pode ser sustentada em se considerando a prática de delitos em condições sociais adversas como hipótese de *conflito de deveres*, desde que se aceite esta, por sua vez, como hipótese de causa supra legal de exculpação. Por outra via, tem-se a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade proposta por Zaffaroni,[105] não abordada no presente trabalho; e, ainda, a possibilidade de ao menos se reduzir a pena com fulcro, por exemplo, na circunstância atenuante inominada do art. 66 do CP.[106]

Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2008; e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 334-341.

104. Para aprofundamento no tema, em sua densidade jurídico-filosófica, imprescindível vide: BARATTA, Alessandro. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale.*

105. Na teoria da *culpabilidade pela vulnerabilidade*, a culpabilidade estará ligada ao grau de esforço realizado pela pessoa para encontrar-se vulnerável no momento de cometimento de um tipo de injusto, sendo evidente que este esforço é *maior* para aqueles indivíduos melhor colocados na sociedade, pois em estado menos vulnerável; e *menor* para aqueles sobreviventes à situação de miséria que, por habitarem regiões discriminadas e se adequarem a estereótipos preconceituosos, estão em prévio estado de vulnerabilidade muito maior. Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Lectio doctoralis*: culpabilidad por la vulnerabilidad. In: _____. *Nueva doctrina penal*, p. 336: "El grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que los más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos".

106. Art. 66 do CP: "A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei".

Refletindo sobre a possibilidade de se legitimar democraticamente um juízo *normativo* de culpabilidade, Juarez Tavares chamou a atenção para a forte tendência de utilização dos fundamentos da *teoria do discurso*, a partir da qual identifica o *mesmo* método de investigação utilizado em todos os posicionamentos acerca do conceito de culpabilidade.[107] Segundo Tavares:

"A teoria do discurso, sustentada por Habermas, como teoria procedimental procura eliminar igualmente da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, a fim de fundamentar um puro processo racional. Isto quer dizer que um juízo normativo será considerado correto quando possa resultar de um determinado processo configurado como discurso racional, (...). Um discurso será racional na medida em que represente uma situação de comunicação ideal, isto é, chances iguais para todos os participantes do discurso, (...)."[108]

Ora, por tal via as circunstâncias concretas de fato, como dados empíricos, são consideradas apenas como *referência*; e o delito é tomado a partir de "condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor", alienando o sistema da realidade na medida em que "desconhecem o conteúdo material dos conflitos sociais concretos que dão lugar ao delito".[109] A crítica de Juarez Tavares sobre a idealização de um discurso *ideal* meramente formal e distante da realidade coincide com o ponto central da abordagem crítica de Enrique Dussel, na reflexão que culminou em sua ética da libertação, orientada segundo um critério eminentemente *material*. No mesmo sentido, aborda Tavares a importância de uma fundamentação que parta da vida concreta de cada sujeito em comunidade:

"A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e

---

107. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 154: "Em todos os posicionamentos acerca da culpabilidade, quer no sentido de mera constatação (teoria psicológica), ou de um juízo de valor, ou de mera cognição (teoria normativa), ficou evidenciado o emprego de um mesmíssimo método de investigação, pelo qual se toma o delito e todo o processo de imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor".

108. Idem, ibidem.

109. Idem, p. 154-155. Segundo Tavares, ainda, tal juízo de cognição meramente normativa e que ignora a condição concreta do autor é um *ato político de conveniência*, e por isso carente de legitimidade.

historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos."[110]

Trata-se, portanto, de rejeitar um juízo de reprovação que se distancie do sujeito concreto e das contingências da vida, e introduzir um critério *material* que, de acordo com Dussel, a noção de *necessidades reais* em Alessandro Baratta e o *conceito proletário* de crime de Juarez Cirino dos Santos, considere no caso concreto as condições sociais adversas enquanto *violência primária* condicionante da *individual*; tornando impossível, do ponto de vista da ética crítica, considerar como *normais* aquelas circunstâncias de fato de pobreza e miséria. Segundo Cirino dos Santos, elas representam sim a "máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade*".[111]

Na hipótese do *conflito de deveres* como causa supralegal de inexigibilidade de outro comportamento, o exemplo clássico remete às situações em que o indivíduo é obrigado a ponderar valores, como por exemplo no sacrifício de minoria selecionada de doentes mentais no regime nazista, diante da possibilidade da morte de todos no caso da utilização dos médicos substitutos.[112] A proposta, contextualizada nas sociedades pertencentes à periferia do sistema capitalista, passaria a tratar de situações em que:

"Trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente por efeito de políticas econômicas recessivas das áreas periféricas, impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital, são constrangidos a *romper vínculos normativos comunitários* (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para preservar valores *concretamente superiores* (por exemplo, o dever jurídico de *garantir* a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos), (...), para impedir a desintegração da família, a prostituição das filhas e a *pivetização* dos filhos, depois de anos de frustradas tentativas de reinserção no mercado de trabalho, sob a tortura da fome, da doença, da insegurança, da angústia, do desespero."[113]

Mesmo considerando que o indivíduo protege valores *concretamente superiores*, em detrimento de um *mal menor*, não seria adequado classificar a situação enquanto estado de necessidade *justificante*, a excluir a antijuridicidade do

110. Idem, p. 156.

111. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 339.

112. Idem, p. 338. Segundo Wessels, deve haver "colisão de deveres juridicamente insolúvel, desta ou de espécie semelhante, e o agir do autor, determinado pela finalidade de salvamento", cf. WESSELS, Johannes. Op. cit., p. 97.

113. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*... cit., p. 339.

fato.[114] Em outro sentido, trata-se de hipótese supralegal de exculpação, fundada na constatação de que a privação da possibilidade de produzir, reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito em comunidade é fenômeno que ocorre em massa nas sociedades capitalistas contemporâneas, cujo signo mais agressivo e perverso apresenta-se no controle social institucionalizado; o que acarretaria a *impossibilidade* de se interpretar como *normais* situações de fato concretizadas nessa realidade.

Nesse sentido, buscando evitar tanto o pressuposto da liberdade de vontade enquanto abstração jurídica como a adesão a uma concepção determinista, Cirino dos Santos define a liberdade real como *consciência das determinações e capacidade de superação das limitações concretas*.[115] A valoração das condições histórico-estruturais em torno à existência do homem é desta forma necessária para que se possa visualizar o *crime* como resposta por vezes *inevitável* em um contexto de condições de vida *insuportáveis*.[116]

A *necessidade de sobrevivência em condições de privação material* compõe, enfim, o mesmo processo que, por um lado, vincula o trabalhador a uma relação

---

114. O estado de necessidade *justificante* exclui a antijuridicidade do fato quando o indivíduo é compelido a ponderar bens e deveres em conflito perante perigo atual, involuntário e inevitável, protegendo bem jurídico de valor *preponderante* ao bem sacrificado. Segundo a teoria *diferenciadora*, é possível diferenciar estado de necessidade *justificante* e *exculpante*; caracterizando-se este último por excluir a culpabilidade e nele o agente praticar ato ilícito protegendo bem de valor jurídico *equivalente* ao sacrificado; sempre seguindo: Idem, p. 239-240. A legislação brasileira, no entanto, adota a teoria *unitária*, considerando apenas a existência do estado de necessidade *justificante*. A questão é que a abertura do juízo de reprovabilidade para considerar como situações de conflito de deveres aquelas contextualizadas em *condições sociais adversas* abrange situações verificáveis apenas no caso concreto, tendo fundamento eminentemente material, não necessariamente abarcado pelos requisitos exigidos para a configuração do estado de necessidade.

115. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*... cit., p. 136: "Os membros das classes dominantes (e categorias afins) elevam ao máximo os limites da liberdade real, porque reduzem ao mínimo os limites das determinações materiais, enquanto os membros das classes dominadas (e categorias afins) têm reduzidos ao mínimo os limites da liberdade real, porque elevados ao máximo os limites das determinações materiais (...) e, finalmente, as *massas marginalizadas* dos processos de produção e reprodução social (mercado de trabalho, nas esferas de produção material ou de controle social) *não possuem nenhuma liberdade real*, porque *inteiramente submetidas às determinações estruturais*, expressas na mais absoluta privação dos meios materiais de subsistência meramente animal, sem qualquer saída pessoal, nessas condições sociais adversas (e insuportáveis), a não ser pelo crime".

116. Idem, p. 95.

trabalhista de subordinação, e por outro, o dirige para os riscos de criminalização.[117] O *conceito proletário de crime* de Cirino dos Santos, que inclui a *violência das relações sociais capitalistas* como *criminosa* e também condição necessária para a concretização do comportamento criminoso individual, pode ser articulado com os momentos materiais de afirmação da vida e crítica da negação desta, sendo possível fundamentar eticamente o cometimento de um tipo de injusto para compensar a falta de meios legítimos de sobrevivência enquanto situação de inexigibilidade de comportamento diverso.

Resgatando o exemplo de Dussel acerca do procedimento pelo qual passa-se de um juízo de fato a um juízo de valor; se "João está comendo" e se ele "*deve* continuar comendo",[118] na medida em que precisa comer, enquanto ser vulnerável em sua corporalidade, e como autorresponsável pela sua vida não pode provocar a própria morte (é um dos sentidos de *alteridade*), é *inadmissível* exigir-se que, na privação da possibilidade de comer (privação esta produto de fatores sobre os quais o sujeito não teve oportunidade de participar ou opinar) João se *resigne* a não fazê-lo e aceite a própria morte. Uma vez cometido um tipo de injusto, não é possível exigir um *comportamento diverso*, supondo *normalidade* nas circunstâncias de fato, considerando o caráter seletivo, violento e inerente a uma relação classista que sustenta a política penal. A ética da libertação quer dizer, afinal, que "aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver autorresponsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano*, *numa comunidade de vida*".[119] Mas ressalte-se: na medida em que se não pode ignorar a vitimização da própria vítima da ação individual do autor do crime, a questão consiste em *não punir porque não reprovável* ou ao menos *não punir destruindo a vida do sujeito*, e não em simplesmente considerar o tipo de injusto como adequado ao direito – mesmo porque a ausência da culpabilidade não implica no reconhecimento da ausência da configuração do injusto.

Interessante anotar que há precedente jurisprudencial favorável à tese da inexigibilidade em condições sociais adversas absolvendo empresário que deixou de recolher as contribuições previdenciárias de seus empregados tendo em vista a grave crise financeira por que passava.[120] Há, também, decisões corro-

117. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical* cit., p. 40.

118. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*... cit., p. 136-142.

119. Idem, p. 143.

120. TRF-3.ª Reg., ApCrim, Processo 96.03.006121-2/SP, v.u., rel. Juiz Sinval Nunes, publicado em 16.09.1997. Ementa: "Penal. Crime contra a seguridade social (art. 95,

borando a mesma tese no caso de uso de documento falso, como, por exemplo, quando se falsifica o passaporte no intuito de sair do país para se buscar melhores condições de vida.[121] Por outro lado, não é necessário se referir à severidade com que vem sendo tratados, pelos tribunais, os crimes contra o patrimônio. Verifica-se assim que há casos de aceitação da tese em que é nítida a importância da posição de classe do autor do injusto.

Trata-se, enfim, de uma outra trilha no âmbito da acepção *retributiva* (ou *antirretributiva*) da pena criminal, com o objetivo de integrar o *princípio da alteridade* como fundamento da reprovação e considerar *também* o autor do injusto enquanto ser humano concreto em suas *necessidades reais*, sem que isso signifique ignorar os direitos fundamentais da vítima da ação típica em questão. E isso pode permitir não apenas a libertação cultural dos mecanismos punitivos institucionalizados como também a busca pela construção de formas alternativas de uma efetiva *resolução dos conflitos*, mencionando-se, sem pretender adentrar no tema, a *justiça restaurativa* em sua mais profunda dimensão reconciliadora (e não meramente reparatória).

3.2 O momento de punir e o conteúdo material da pena privativa de liberdade

A reflexão sobre o momento da *decisão penal* teve como ponto de partida a discussão do livro *Decisão penal como bricolagem de significantes*, de autoria de Alexandre Morais da Rosa, no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, no segundo semestre de 2008. Segundo o núcleo da tese de Alexandre Rosa, a decisão penal deve ser concebida e construída enquanto *bricolagem de*

---

d, da Lei 8.212/1991). (...). 2 – Aplicável o princípio da inexigibilidade de conduta diversa ao acusado da imputação de deixar de recolher, na época devida, as contribuições previdenciárias descontadas nos salários dos empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, quando todos os dados coligidos na instrução probatória da ação penal evidenciam a penúria do empresário, face à grave crise financeira, essa causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abster-se do compromisso fiscal, a fim de poder honrar os seus encargos para com os seus empregados, fornecedores e outros afetos à subsistência própria e de sua empresa". *RTRF* 34/199.

121. TRF-2.ª Reg., ApCrim, Processo 98.02.07729-1, rel. Rogério de Carvalho. Ementa: "Passaporte falso. Absolvição. Inexigibilidade de conduta diversa. Insuficiência de provas. 1 – Não é punível a conduta de brasileiro que utiliza passaporte falso apenas para tentar livrar-se da marginalidade social e econômica a que está fadado no Brasil buscando melhores condições de vida em outro país, caracterizada, nesta hipótese, a inexigibilidade de comportamento diverso (...)". Ver também, no mesmo sentido: TRF-2.ª Reg., RSE 2001.51.01.529656-0/RJ, rel. Juiz Alexandre Libonati.

significantes, superando assim tanto o silogismo lógico-dedutivo como as limitações da epistemologia garantista, insustentáveis frente à viragem linguística e o componente pragmático da linguagem.[122]

O autor busca em Lévi-Strauss o conceito de bricolagem, enquanto execução de um trabalho sem um plano previamente definido. Na contramão do que ocorre no *primado das hipóteses sobre os fatos*, próprio do princípio inquisitivo,[123] o juiz *bricoler* deve se guiar pelo "recolhimento de *todos* os significantes produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no *ato decisório*, momento em que há interseção com sua *singularidade* e os respectivos condicionantes (*inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos,* dentre outros)".[124] Sem um "projeto de condenação" previamente estabelecido, afinal, pode o juiz manejar as provas e construir a verdade *processual* que for possível, sem qualquer pretensão de completude.

É na inevitável "opção entre hipóteses possíveis" que, segundo Rosa, deve preponderar o critério ético-material proposto por Dussel, sugerindo, assim, uma responsabilidade[125] ética que alcança o conteúdo da decisão. Dentre os diversos momentos da obra em que o autor releva a importância do pensamento de Dussel na tomada da decisão, destaca-se aquele em que esta última é apresentada pela metáfora do *jogo de dados*, no qual se acertam significantes (figura contraposta ao *baralho de cartas marcadas* com sentidos pré-dados por doutrina e jurisprudência, como na epistemologia tradicional), sendo que o jurista *bricoler* desloca estrategicamente o seu jogo diante das pretensões de

---

122. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 357.

123. Sobre o assunto, vide: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51: "Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi". Segundo Miranda Coutinho, trata-se do "ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-lo na essência", permitindo que se parta de uma premissa falsa e se embase "conclusão também falsa, transmudada em *verdade construída*", pela qual "do gato preto induz-se a bruxaria; do funcionário da empresa o autor do sequestro; do mordomo ao homicida, e assim por diante" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, p. 25-26).

124. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 365.

125. A *responsabilidade* de que se fala não é tomada em sua dimensão psicanalítica, mas a partir dos significantes criminológicos decorrentes da percepção e compreensão, por parte do juiz *bricoler*, do que significa ir para a prisão.

validade, "subornando as possibilidades de sentido na busca da realização do critério material de Dussel".[126]

O julgador, desta forma, assume-se ideologicamente, a fim de "proporcionar os deslocamentos/suspensões de sentido capazes de concretizar o princípio ético material de Dussel". Trata-se de uma *atuação instrumental* para realização do sujeito encoberto: a vítima. O enunciado do princípio libertação passaria a servir de norte *material* às decisões penais.[127]

O juiz é, segundo Cirino dos Santos, "a principal figura do processo de criminalização", cuja decisão pela sentença condenatória é o resultado de um processo conjuntamente intelectual e emocional, condicionado à *ideologia jurídica* e à sua *própria ideologia*, não havendo que se falar em *neutralidade*, mas em um "contexto de emoções que caracterizam o juiz como ser humano submetido às contradições que marcam sua posição no processo de criminalização em uma sociedade de classes".[128] Ora, assumindo-se uma das premissas da crítica etnometodológica do sistema penal, segundo a qual *o direito é, em seu real sentido, a sua aplicação*,[129] não sendo a pena de prisão nada além da barbárie a qual se sabe consistir o *conteúdo concreto* da pena de prisão, parece inevitável deixar de colocar a questão: *será possível, se adotado o princípio ético material de Dussel e o condicionante criminológico, condenar alguém à prisão?*

Não se pretende adentrar na complexa discussão sobre a justificação ético-filosófica da punição, ou melhor, da *censura*,[130] mas apenas anotar que esta, em nenhum momento, *pressupõe* que deva ocorrer necessariamente mediante a privação da liberdade ou destruição do sujeito. O objeto, na verdade, restringe-se à forma como a consciência das condições precárias do cárcere na atualidade participa da ordenação dos significantes, segundo o critério material de Dussel, realizada pelo juiz *bricoler*.

Se tomado a sério o conteúdo material concreto da pena privativa de liberdade – e nem se tocou no tema da prisão cautelar! –, mormente no contexto brasileiro, resta evidente que a prisão, em múltiplos aspectos, configura a

126. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 377.

127. Idem, p. 381.

128. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*... cit., p. 139-140.

129. HESTER, Stephen; EGLIN, Peter. *A sociology of crime*, p. 71 e ss.; no mesmo sentido: BINDER, Alberto. *Introducción al derecho penal*, p. 304.

130. Teóricos da *justiça restaurativa* propõem, por exemplo, a realização da função de censura a partir da *produção de uma vergonha que seja reintegradora*, e não estigmatizante; sobre, vide: BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*.

concreta (e muitas vezes definitiva) *impossibilidade* de produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito em comunidade. Sabe-se que a pena privativa de liberdade jamais cumpriu quaisquer das funções a ela atribuídas, e tampouco aquela de "correção" do indivíduo, tendo já demonstrado farta e consistente literatura[131] que o cárcere produz modalidades de adaptação correspondentes às suas próprias necessidades de sobrevivência, desencadeando mecanismos de destruição e reconstrução da própria identidade em ambiente inerentemente hostil e instável, governado pela disciplina e não pelo direito. O cárcere produz e reproduz a violência, potencializa a reincidência e, constituído sob a atmosfera de higiene precária, perda da identidade (inclusive sexual) e outras tantas características, implica na perda de respeito ao *alter* como condição para a própria sobrevivência.

Se a consciência de tais condições configura um *juízo descritivo* que faz o juiz *bricoler*, sua decisão no caso penal concreto refletirá o *juízo de valor* estabelecido quanto a uma *responsabilidade* assumida tanto perante o *autor* (*vítima* no sentido dusseliano, pois irá sofrer as consequências do ato, sendo justo ou injusto) como perante a *vítima* – em sentido tradicional – e a *comunidade*. Em nenhum sentido, sugere-se que deva haver uma relação de vantagem do primeiro em relação aos segundos, mas sim que se tratam de *responsabilidades* pertencentes a dimensões diversas e que, ao contrário do mito que se continua a reproduzir, não se excluem entre si.

Sobre o tema, propôs Amilton Bueno de Carvalho uma discussão entre acadêmicos, na Internet; nesta, a questão posta tratava da "possibilidade de um ser humano historicamente localizado e minimamente saudável psicologicamente ser capaz de mandar alguém para o presídio, ou seja, dizer 'sim' à ambição condenatória, sendo que é sempre possível dizer o 'não'":

"O 'diante do exposto, condeno o acusado a seis anos de reclusão', carrega uma carga moral terrível: o 'outro' sofre diretamente as consequências da exegese judicante. O processo penal coloca frente a frente os respectivos sujeitos: a história que ali interessa é parte da história do acusado (uma parte ínfima, representada pela reconstituição da pequena história do delito), que produz o 'encontro', a personificação e a singularização desses sujeitos entre si,

131. Por todos, mencione-se as pesquisas de maior impacto na sociologia do cárcere: CLEMMER, Donald. *The prison community*; GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*; SYKES, Gresham. *The Society of Captives: a study of a maximum security prison*, e no Brasil: COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*, p. 27-196.

seres humanos historicamente localizados. Após o 'encontro', sempre haverá marcas."[132]

Segundo Carvalho, que é magistrado, o juiz julga *se julgando*, restando para sempre vinculado a quem manda para a prisão. Nesse sentido a importância de considerar, o magistrado, a presença oculta e constante do *desejo* que irrompe e descobre sua subjetividade.[133] O processo penal não é, evidentemente, o local para que o juiz analise a própria individualidade; fundamental, porém, saber que há esse fator a influenciar.[134]

Se presente a compreensão de que o réu, o *outro*, sofre consequências terríveis em face da condenação proferida pelo juiz *bricoler*,[135] é que Carvalho (se) questiona: "É suportável isso? É tão simples tal ato? Passa-se imune a tudo isso? Cabe isso no humano?".[136] A questão é apenas colocada, e não respondida: quiçá a *alteridade* enquanto critério central da reprovação possa sustentar a construção de um sistema *melhor* ou *pior* – leia-se, *mais* ou *menos* sensível à humanidade de quem o materializa e o compõe.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos contemporâneos na penologia indicam horizontes que radicalizam a racionalidade utilitarista e individual em sentido negativo, a qual descrê em absoluto das possibilidades de ressocialização e passa a defender, abertamente, uma pena que efetivamente *exclua* e *elimine*. É o discurso punitivo "que não tem mais a necessidade de mentir"[137] e se expressa – nos EUA, por

132. CARVALHO, Amilton Bueno de. O (im)possível julgar penal. *Revista de Estudos Criminais* 24/69-71.

133. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 371.

134. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: _____ et alii (orgs.). *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 72-73: "Magistrado não é – e nem pode ser – analista. Colocado na posição de 'suposto saber', deve *dicere jus*, isto é, *juris dictio*; e por evidente está muito mais para *ortopedista do 'eu'* (o *behaviorismo* não seria outra coisa) que para um *terceiro*, o qual, pela *escuta*, procura nas brechas do discurso encontrar a fala do *sujeito*, do *outro*, para simplesmente pontuar situações discursivas e colocar o vivente em condições de conviver, ele mesmo, com o *desejo*".

135. CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 72.

136. Idem, p. 78.

137. PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, p. 20.

exemplo – no atuarialismo que visa estabelecer prognósticos de reincidência para sujeitos ou grupos considerados socialmente perigosos.[138]

Ora, se a pena utilitarista não se funda na reprovação da culpabilidade, e sim na prevenção ante a periculosidade, todo o exposto no presente não tem qualquer sentido sob este horizonte. É o que fica nítido no caso da prisão cautelar, a qual faz prescindir de argumentos jurídicos coerentes e produz uma ginástica retórica para justificar o injustificável. A resposta está justamente no horizonte da prevenção em sua forma mais crua: se é perigoso, prendamos.

Vale observar, na mesma esteira, que o entendimento jurisprudencial majoritário pouco reconhece o conflito de deveres em condições sociais adversas enquanto causa supralegal de exculpação, ou o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, em relação aos delitos contra o patrimônio;[139] o que é compreensível considerando o exposto e as *funções reais* do sistema penal.

Portanto, para se sustentar a interseção entre a ética da libertação e o direito penal parece condição necessária a desconstrução contínua dos discursos ultrautilitaristas da pena.

A inserção de um critério *material* pautado nas necessidades *reais* da vida *concreta* não esvazia o conceito normativo de culpabilidade, mas em sentido contrário o reinterpreta e o reconstrói. Não se pode esquecer, no momento da análise do cometimento de um tipo de injusto no caso concreto e formulação de uma decisão condenatória ou absolutória, quão frequentemente "roubar os recursos de nações inteiras é chamado de 'promoção do livre comércio'", e "roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado 'enxugamento' ou simplesmente 'racionalização'".[140] Na *originária situação de injustiça* em que estão mergulhados os povos situados na periferia do capitalismo, a dificuldade da superação da interpretação da violência como fenômeno meramente individual parece representar, dramaticamente, um discurso conveniente ao poder, por um lado, e a incapacidade de uma sociedade em enfrentar seus próprios problemas, por outro.

---

138. Por todos, vide análise de: FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its applications. *Criminology* 4/449-474.

139. Vale o registro da construção doutrinária e jurisprudencial referente ao *furto famélico*, definido como o furto praticado por alguém compelido pela fome e pela necessidade urgente e inadiável de se alimentar. No entanto, o entendimento majoritário o compreende como estado de necessidade justificante, e não como causa supralegal de exculpação.

140. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, p. 131.

Resta lutar como quem caminha, passo a passo, pela transformação lenta, mas verdadeira, dos discursos hegemônicos; buscando, no valor da *utopia*, horizontes de uma nova forma de organização social em que efetivamente vigore o princípio da obrigação de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APEL, Karl-Otto. Etica del discorso come etica della responsabilità: una trasformazione post-metafisica dell'etica di Kant. In: _____; DUSSEL, Enrique. *Etica della comunicazione ed etica della liberazione*. Napoli: Scientifica, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1963.

_____. Che cosa à la criminologia critica? *Dei delitti e delle Pene*. vol. 1. p. 53-81. Bari: Edizione Scientifiche Italianen, 1991.

_____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. n. 2. ano 6. p. 44-61. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., abr.-jun.1993.

_____. Notas para uma teoria de la liberación. *Revista Poder y Control*. n. 1. p. 107-119. Barcelona: PPU, 1987.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. São Paulo: Jorge Zahar Ed., 1991.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambrige: Cambridge University Press, 1989.

_____; PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O (im)possível julgar penal. *Revista de Estudos Criminais*. n. 24. ano VII. p. 69-80. Porto Alegre: Notadez, jan.-mar. 2007.

_____; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinariedade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 56. p. 308-333. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. *Revista dos Tribunais*. vol. 474. p. 250-260. São Paulo: Ed. RT, abr. 1975.

_____. *Direito penal – Parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Irvington Publishers, 1958.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: _____ et alii (orgs.). *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma e as situações supralegais de exculpação*. Dissertação de mestrado, Curitiba, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2008.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. *Hacia un Marx desconocido*. México: Siglo Veintiuno, 1988.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*. vol. 4. p. 449-474. 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006.

GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Sigle del Hombre, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Exculpação e ética da libertação: as condições sociais adversas e o princípio ético crítico no juízo de reprovabilidade*. Monografia de conclusão de curso, Curitiba, UFPR, 2006.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Holdschmidt e Ricardo Núñez. Buenos Aires: Depalma, 1943.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1.

HESTER, Stephen; EGLIN, Peter. *A sociology of crime*. London: Routledge, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.

KOWARICK, Lucio. *Capitalismo e marginalidade na América Latina*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. Filosofia da libertação (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.

_____. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 44. p. 43-59. Curitiba: SER/UFPR, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. *Revista dos Tribunais*. vol. 447. p. 293-305. São Paulo: Ed. RT, jan. 1973.

MENDIETA, Eduardo. Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel. *Revista Crítica Jurídica*. n. 20. p. 37-54. Curitiba: UniBrasil; México: Unam, jan.-jul. 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. *Philosophy and Public Affairs*. vol. 2. n. 3. p. 217-243. 1973.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. n. 11-12. p. 7-20. Rio de Janeiro: CFJ, jul.-dez. 1973.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Trad. Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SCARANO, Luigi. *La non esigibilità nel diritto penale*. Napoli: Libraria Humus, 1948.

SYKES, Gresham. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 24. p. 145-156. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. vol. II.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 20. p. 13-23. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997.

_____. *Lectio doctoralis*: culpabilidad por la vulnerabilidad. In: _____. *Nueva doctrina penal 2003/An*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 83/185.

57714

AQUÉM DA PAZ E ALÉM DA GUERRA: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLÓGICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2

FERNANDA OTERO COSTA

Participou de intercâmbio acadêmico na Friedrich-Schiller Universität Jena, na Alemanha, durante a Graduação. Orientadora voluntária em Direito Penal na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da UFMG.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho propõe uma análise do Direito Penal do Inimigo, tendo como pano de fundo a Teoria das Linhas Abissais desenvolvida pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos. A partir do sistema funcionalista defendido por Günther Jakobs e da ideia de inimigo analisada sob um viés político, filosófico e normativo, pretende-se demonstrar, não obstante a presença recorrente de práticas características do Direito Penal do Inimigo no âmbito jurídico, a incompatibilidade do mesmo com o Estado Democrático de Direito ideal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo - Funcionalismo sistêmico - Linhas abissais - Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The paper proposes an analysis of the Enemy Criminal Law with the backdrop of the Abyssal Lines' Theory developed by the portuguese sociologist Boaventura de Sousa Santos. From the functionalist system defended by Günther Jakobs and the idea of Enemy analyzed from a political, philosophical and normative perspective, intended to demonstrate, despite the recurrent presence of the Enemy Criminal Law's characteristic practices in the legal framework, the incompatibility of the same with the Constitutional Democracy ideal.

KEYWORDS: Enemy criminal law - Functionalist system - Abyssal lines - Constitutional democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Quem é o inimigo? Uma incursão na Filosofia e na Teoria Política: 2.1 O inimigo em Thomas Hobbes e o direito à resistência em John Locke; 2.2 O inimigo em Immanuel Kant e a contraposição de Anselm von Feuerbach; 2.3 O inimigo em Carl Schmitt

e a guerra pressuposta; 2.4 Essencializando o outro – A ideia de Jock Young; 2.5 O inimigo na atualidade – 3. O Direito Penal do Inimigo: 3.1 O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs; 3.2 O Direito Penal do Inimigo – 4. Uma linha abissal no Estado Democrático de Direito: 4.1 A teoria das linhas abissais de Boaventura de Sousa Santos; 4.2 O caráter abissal do Direito Penal do Inimigo e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito – 5. As táticas de contenção ao Direito Penal do Inimigo: 5.1 A proposta estática de Günther Jakobs; 5.2 A proposta dinâmica de Eugenio Raúl Zaffaroni – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos afirma, no livro *A crítica da razão indolente*,[1] que a regulação e a emancipação são os dois pilares gêmeos sobre os quais a modernidade foi construída. E, a partir desses pilares, que o sociólogo chama de *as duas grandes promessas da modernidade*, a sociedade ocidental se desenvolveu e foram edificadas as instituições atuais, tais como o Direito e as Artes. No entanto, nenhuma dessas duas promessas pôde ser realizada por completo ao longo dos anos, pois os pilares gêmeos passaram a concorrer entre si. Não houve emancipação, tampouco regulação satisfatória. Boaventura sustenta que tal situação foi possível por ser o pensamento moderno um pensamento formado por linhas abissais, que dividem a realidade social em dois universos distintos: *o lado de cá* e *o lado de lá*.

Este artigo se propõe a analisar uma linha abissal existente no Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo. Em uma primeira análise, o Direito Penal do Inimigo pode ser identificado a partir de duas ideias complementares, inerentes à estrutura simbólica do mundo ocidental: a de inimigos, que segue a lógica da apropriação/violência, e a de uniformidade normativa, determinada pela lógica da regulação/emancipação. E, ao se propor falar sobre o Direito Penal do Inimigo, deve-se suscitar os seguintes questionamentos: quem são os inimigos? Como reconhecê-los? Os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para que os inimigos sejam identificados? É possível a existência de um Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito? Pode um sistema fundado em princípios garantidores dar um espaço legítimo – talvez possamos falar em um *vácuo jurídico* – em que não há garantias para determinadas pessoas, por serem essas mesmas pessoas consideradas inimigas?

---

1. SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. In: _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2001. vol. 1.

2. QUEM É O INIMIGO? UMA INCURSÃO NA FILOSOFIA E NA TEORIA POLÍTICA

As narrativas históricas nos mostram que a classificação de um ser humano como inimigo sempre foi arbitrária e dependente da visão daqueles que à época detinham o poder. A presença e a identificação do inimigo em uma sociedade se relacionam de forma estreita ao contexto histórico, econômico e político na qual a mesma se encontra inserida. Sobre esse ponto, escreve Zaffaroni:

"Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente."[2]

No direito romano, o conceito de inimigo podia ser encontrado em duas vertentes. Na primeira, surge a figura do *inimicus*, compreendida apenas como um inimigo pessoal. O inimigo político emerge com a ideia de *hostis*, ao qual sempre existe a possibilidade de se declarar guerra e, com isso, negar de forma absoluta a compreensão do outro – o inimigo – como ser.

A partir da ideia contida no significado de *hostis*, nascem duas categorias que ao longo da história passam a ser os pilares para o exercício diferencial do poder punitivo no que diz respeito aos inimigos. Tem-se, então, o *hostis alienígena* e o *hostis judicatus* como formas significativas de enxergar e tratar aqueles considerados alheios à comunidade.

O *hostis alienígena*, também chamado estrangeiro, era o indivíduo que incomodava o poder, o insubordinado ou indisciplinado ou até mesmo o estrangeiro na acepção literal da palavra que, por ser desconhecido e falar uma língua diversa, impossibilitando a comunicação e a compreensão recíprocas, era visto como suspeito e, consequentemente, como uma fonte de perigo. Em muitas sociedades, a pena máxima era a expulsão da comunidade, ou *exílio*, a perda da paz (*die Friedlossigkeit*), justamente por deixar o sujeito na situação de *estrangeiro, estranho, inimigo*, privado de todo direito.[3] Dito em outras palavras, a pena máxima era tornar-se inimigo.

---

2. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 82.

3. Idem, p. 22.

Já o denominado *hostis judicatus,* aqui entendido como o inimigo declarado, é aquele dissidente do poder estatal, assim revelado não por manifestar sua discordância política, mas porque o poder o identifica desta maneira. No direito romano, tal distinção dava ao cidadão – agora inimigo declarado – situação semelhante a do escravo, sendo-lhe vedadas as penas aplicadas aos cidadãos comuns. Ou seja, era retirada a condição de cidadão daqueles considerados inimigos declarados do Estado.

2.1 O inimigo em Thomas Hobbes e o direito à resistência em John Locke

Thomas Hobbes, no livro *Do cidadão,* defende que cada súdito se obrigou, por meio de um pacto, perante todos os outros, a prestar obediência absoluta e universal à cidade e às leis que a regem, isto é, ao poder soberano ou a um conselho. A recusa a essa obediência implica em uma renúncia a todas as leis e a isso ele denomina *traição.*[4] Os súditos, então, que declaram não mais obedecer àquele homem ou conselho a quem se confiou o poder supremo na cidade serão tratados não como súditos civis, mas como inimigos do governo:

"Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra."[5]

Thomas Hobbes foi um defensor do Estado Absoluto e, consequentemente, entendia que aquele que negou se submeter ao poder soberano por vontade própria devia ser tratado como inimigo. As penas estabelecidas em lei eram, para ele, destinadas aos súditos e não aos inimigos. Para a contenção desses, fazia-se necessária a utilização de força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque, ao se rebelarem contra o soberano, deixaram de ser súditos.

Há uma distinção, aqui, entre o delinquente cidadão e o alto traidor. O primeiro é condenado de acordo com as leis promulgadas; o segundo é combatido como inimigo. O inimigo, para este teórico absolutista, é todo aquele que resiste ao poder soberano, aos seus mandos e desmandos, não sendo possível conceber a ideia de uma resistência legítima perante o Estado.

No entanto, ideia diversa é encontrada no pensamento de John Locke. Para este autor, existe no estado de natureza inicial uma lei natural e, consequente-

4. HOBBES, Thomas. *Do cidadão.* Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 231.

5. Idem, p. 233.

mente, direitos. A sociedade civil, portanto, precederia ao Estado. A partir daí, infere-se que a sociedade, ao decidir pelo contrato estatal, não cede ali todos os seus direitos, mas apenas aqueles necessários à manutenção e aperfeiçoamento desses mesmos direitos.

A resistência à opressão do poder soberano, para Locke, seria um ato legítimo da sociedade que não a dissolve, como pretende Hobbes:

"Quem, para Locke, exerce o direito de resistência à opressão, é, para Hobbes, um inimigo pior do que um criminoso. Para Locke, o soberano que abusa do poder perde sua condição enquanto tal e passa a ser uma pessoa como as demais; para Hobbes, é o súdito que resiste ao abuso de poder do soberano quem perde sua condição e passa a ser um inimigo."[6]

2.2 O inimigo em Immanuel Kant e a contraposição de Anselm von Feuerbach

O filósofo alemão Immanuel Kant, assim como Hobbes, recusa o direito à resistência frente à opressão. Para Kant, pode haver povos ou seres humanos em estado de natureza, cuja simples presença anárquica representa um perigo e, em tais condições, existe o direito de obrigá-los a participar do contrato social. A resistência ao soberano implicaria a destruição de sua autoridade e, consequentemente, a guerra de todos contra todos.

Feuerbach, por outro lado, contrapõe-se ao pensamento de Kant, ao afirmar, de forma semelhante à Locke, que já existem direitos no estado natural e que o soberano é parte integrante do contrato social, tendo em vista que é esse quem escolhe os meios para a realização dos fins sociais, como a preservação da paz e o asseguramento dos direitos subjetivos. O direito de resistência apareceria, então, quando o soberano atua contra os interesses da sociedade civil e, em consequência, perde o seu caráter como tal. A resistência seria não contra o soberano, mas contra um particular que agora detém o poder.

Diante do exposto nos itens anteriores, concordamos com o penalista Eugenio Raúl Zaffaroni, no sentido de que a questão do inimigo, ao longo da história, lidou com algumas confrontações entre os princípios do Estado Absoluto e do Estado Liberal:

"Acreditamos que fica claramente demonstrado que a questão do inimigo passa por uma contraposição entre os princípios do Estado absoluto e do Estado liberal, entre Hobbes e Locke primeiro e entre Kant e Feuerbach depois, e a chave dessa contraposição se encontra no direito de resistir à opressão, que os

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 127.

partidários do Estado absoluto não só negam como também conferem o caráter de *inimigo* a quem pretende exercê-lo."[7]

2.3 O inimigo em Carl Schmitt e a guerra pressuposta

Carl Schmitt, pensador alemão, desenvolve a ideia de que o conceito do político se forma a partir da relação que distingue o amigo do inimigo. Há relações diferenciadoras em todas as esferas da vida humana. No campo da moral, diferencia-se o bom do mau; no campo da economia, o rentável do não rentável; no campo da estética, o belo do feio; no campo da política, o amigo do inimigo. Embora essas polaridades sejam autônomas, muitas vezes são confundidas: o inimigo torna-se o mau, o amigo o bom; o inimigo é aquele com o qual não se pode negociar, o amigo firma contratos; o inimigo é o feio, o amigo é o belo.

No âmbito das ideias de um Estado Democrático podemos dizer que há cidadãos infratores ou delinquentes, considerados iguais na sociedade. No entanto, tal igualdade não se manifesta em um Estado Absoluto, no qual há não apenas infratores ou delinquentes, mas também inimigos, compreendidos inclusive como estranhos.[8] A função essencial da política liberal seria a de tentar manter a paz entre os cidadãos – iguais –, penalizando os infratores e delinquentes de acordo com a infração cometida. A função da política absolutista iria além: é necessário, ainda, neutralizar os inimigos – estranhos ou diferentes –, a partir da guerra, pois somente assim seria possível (re)estabelecer a paz social.

Sobre o inimigo, Schmitt escreve:

"O inimigo político não necessita ser moralmente mal, nem esteticamente feio; não importa que se erija em um competidor econômico e inclusive pode ter suas vantagens fazer negócios com ele. Simplesmente é o outro, o estranho e para determinar sua essência basta que seja existencialmente distinto e estranho em um sentido particularmente intensivo. Podem ser produzidos conflitos com ele que não podem ser resolvidos nem a partir de uma norma geral prévia, nem em virtude de juízo ou sentença de um terceiro 'não afetado' ou 'imparcial'"(trad. pessoal).[9]

---

7. Idem, p. 130.
8. Importante ressaltar que no texto original Schmitt se utiliza da palavra *Fremde,* que na tradução para o português significa *estranho* ou *estrangeiro.* O inimigo, em alemão, é designado pela palavra *Feind.*
9. No original: "El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni esteticamente feo; no hace falta que se erija em competidor economico, e incluso puede tener sus

A guerra, para o pensador alemão, é a manifestação visível da inimizade, que nega o outro como ser. Ela não é o objetivo, tampouco o conteúdo da política, mas o pressuposto da mesma. Para a neutralização dos inimigos é necessária a guerra. Ela acontece, então, a partir da existência política, da relação diferenciadora que reúne as pessoas em amigos de um lado e em inimigos do outro.

Quem estabelece quem são os inimigos é o soberano que, na ideia desenvolvida por Schmitt, é aquele que decide sobre o estado de exceção. É o soberano quem vai decidir se o comportamento ou o modo de existência de determinada pessoa será ou não característico de um inimigo. A respeito disso, ele registra:

"Um conflito extremo somente pode ser resolvido pelos próprios implicados; em rigor só cada um deles pode decidir por si mesmo se a alteridade do estranho representa no conflito concreto e atual a negação do próprio modo de existência e em consequência se deve rechaçá-lo ou combatê-lo para preservar a própria forma essencial de vida" (trad. pessoal).[10]

Do que foi até aqui esboçado, podemos afirmar que a existência e a identificação do inimigo pressupõem uma guerra, seja ela interna ou externa. E a História nos conta que a guerra sempre foi utilizada como discurso justificador do poder punitivo ilimitado em qualquer emergência. Ao admitirmos o conceito de inimigo dentro do Direito Penal, aceitamos também a possibilidade – e a necessidade – de uma guerra eterna (fora dos parâmetros traçados pelo Direito Penal Internacional e pelo Direito Humanitário), que fornece ao soberano o poder de decidir e, consequentemente, de suspender ou limitar garantias, sem o controle do Judiciário. O poder soberano, então, apropria-se do poder de dizer e de determinar o Direito.

---

ventajas hacer negocios com él. Simplesmente es el outro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo. En último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero 'no afectado' o 'imparcial'" (SCHMITT, Carl. *El conceito de lo político*. Madrid: Alianza, 2006. p. 57).

10. No original: "Un conflicto extremo solo puede ser resuelto por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por si mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del propio modo de existencia y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida" (SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 57).

2.4 *Essencializando o outro – A ideia de Jock Young*

No livro *A sociedade excludente,*[11] Jock Young trata do fenômeno da essencialização do outro, que até hoje se faz presente na sociedade. Este fenômeno tenta explicar a forma pela qual a sociedade lida com seus (sistêmicos) problemas, sendo a maneira mais fácil e evidente o que ele chamou de "demonização" do outro. Por que é tão fácil e conveniente *essencializar* o outro e, consequentemente, vê-lo como inimigo? O autor nos dá quatro argumentos: tal fenômeno propicia uma segurança ontológica; legitima tanto o privilégio quanto a diferença; permite culpar o outro; e é uma base para projeções. Expliquemos.

Essencializar o outro, identificá-lo como inimigo, nos proporciona uma suposta segurança ontológica na medida em que dificulta a visão de escolhas alternativas; em vez disso, elas – as escolhas alheias – são apenas atributos de outros grupos sociais, diferentes do e indiferentes ao nosso. É difícil e, muitas vezes, doloroso aceitar as divergências, sejam elas culturais, sociais ou políticas. A partir daí, é construída uma legitimação do privilégio e da diferença que nos permite manter ou aceitar posições de superioridade ou de inferioridade. Esses posicionamentos extremos, seja o do privilégio, seja o da (in)diferença, marginalizam o outro, o ser diferente e incompreensível, e, em última instância, solapa a identidade ontológica da pessoa como ser humano que é e pode vir a ser.

Em consequência, é permitido, de certa forma, culpar o outro. Para o autor, a essencialização é um pré-requisito para a demonização: responsabilizamos um grupo de fora (ou até mesmo de dentro) da sociedade pelos problemas sistêmicos enfrentados por ela. E isso nos dá uma base para projeções, ou seja, permite-nos projetar as partes mais baixas e desconfortáveis de nós mesmos sobre o outro. Essa projeção nos ajuda a acalmar os pesadelos e a tornar nossas escolhas mais coerentes e bem delineadas. Sobre isso, escreve Young:

"O essencialismo dá uma base cultural de conflito e é o pré-requisito necessário para a demonização de partes da sociedade. A demonização é importante porque permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos 'outros', em geral percebidos como situados na 'margem' da sociedade. Ocorre aqui a inversão costumeira da realidade causal: em vez de reconhecer que temos problemas na sociedade por causa do núcleo básico de contradições na ordem social, afirma-se que todos os problemas da sociedade são devidos

11. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento criminológico; 7).

aos próprios problemas. Basta se livrar dos problemas e a sociedade está, *ipso facto*, livre deles! Assim, em vez de sugerir, por exemplo, que grande parte do uso deletério de alto risco de drogas é causada por problemas de desigualdade e exclusão, sugere-se que, se nos livrarmos deste uso de drogas ('diga não', trancafiem os traficantes), não teremos mais nenhum problema."[12]

2.5 O inimigo na atualidade

O poder punitivo exercido pelo Estado caracteriza-se pelo confisco do conflito, ou seja, ele usurpa o lugar da vítima ou de quem sofreu um dano, o que lega a esses um segundo plano, degradando-os à condição de puro dado criminalístico.

Com isso, o poder punitivo detém uma grande capacidade de influência na decisão dos conflitos – e não da solução dos mesmos. O aparato estatal passa a exercer uma vigilância controladora sobre toda a sociedade e, principalmente, sobre aqueles que se supõe serem as ervas daninhas da estrutura social, sejam elas potenciais, reais ou imaginárias.

Quem seriam as ervas daninhas da sociedade atual? Ou em outras palavras quem seria, se for possível admiti-lo, o inimigo? Entendemos que seria aquele ao qual as chamadas legislações de emergência são destinadas *indiretamente*, que se tornaram mais visíveis após crimes de destruição maciça e indiscriminada ocorridos em 11.09.2001.[13] Falamos em uma destinação indireta ou mediata à medida que compreendemos como destinatários diretos ou imediatos das referidas leis emergenciais à própria população, ideia essa defendida por Zaffaroni:

"Basicamente, portanto, essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autocratas, a quem seus escribas deviam agradar para não cair em desgraça, e ao público, perante o qual deviam servir de propaganda. Só secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de inimigos, que eram os estranhos ou hostis."[14]

Ao serem (re)produzidos e defendidos discursos como o da Tolerância Zero, o do Movimento Lei e Ordem e o da Teoria das Janelas Quebradas, é

12. Idem, p. 165.

13. Utilizamos aqui a expressão "crimes de destruição maciça e indiscrimada", por considerarmos, em consonância com o entendimento de Zaffaroni, a palavra "terrorismo" – e consequentemente a "guerra contra o terror" e "terrorista" – uma expressão juridicamente nebulosa.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 56.

transmitida uma ilusão de que a população estará mais segura com o recrudescimento das leis penais – que no Brasil atingem principalmente aqueles que se encontram à margem do sistema social e econômico. No entanto, esse aumento da repressão penal abre um espaço para todos os tipos de arbitrariedade, legitimando diversas formas de violência e de neutralização não só dos marginalizados como também daqueles que contestam tais ideias e, em longo prazo, de todos os demais cidadãos.

Diante da realidade brasileira, impossível deixar de analisar o impacto das desigualdades socioeconômicas nos discursos a respeito da criminalidade. Há uma tendência – que não pode ser caracterizada como atual, tendo em vista o processo histórico de formação da sociedade da qual fazemos parte – a se considerar a criminalidade de massa como causa elementar dos problemas aqui enfrentados. Partindo desse pressuposto, fácil é identificar o inimigo da nação como aquele sobre o qual atua o real exercício do poder punitivo.

Loïc Wacquant, em nota aos leitores brasileiros do livro *As prisões da miséria,* afirma que a insegurança identificada no Brasil é agravada pelo próprio aparato estatal, pelas forças da ordem, que, na busca incessante por uma suposta segurança e utilizando-se de discursos que banalizam o "terror", reforça a tradição secular do controle sobre os marginalizados:

"Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a 'subversão interna' se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores,* os 'selvagens' e os 'cultos', que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem."[15]

3. O Direito Penal do Inimigo

3.1 O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs

O funcionalismo sistêmico,[16] defendido por Günther Jakobs, rejeita a ideia de ação encontrada primeiramente no sistema finalista e estabelece na estru-

15. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 9.

16. Cf. COSTA, Fernanda Otero. Uma linha abissal no Estado Democrático de Direito – O direito penal do inimigo. No presente texto o leitor encontrará trechos deste artigo, o qual já foi publicado na *Revista Eletrônica de Franca.* Disponível em: [www.

tura jurídico-normativa penal a prevalência de necessidades regulativas do sistema. A finalidade precípua do Direito Penal, aqui, seria a manutenção e a garantia da identidade normativa da sociedade. Percebemos que a antiga concepção naturalista defendida pelos sistemas anteriores é superada por uma outra concepção – essencialmente normativista.

A manutenção de uma sociedade estável e duradoura, para Jakobs, está intimamente ligada à efetiva realização dos papéis sociais inerentes a cada cidadão. Com isso, podemos afirmar que a função do Direito seria a de possibilitar a seleção de determinadas expectativas de comportamento no contexto social – que no âmbito penal identificam-se como os imperativos e proibições – para que a estabilidade social almejada seja alcançada e, quando despedaçada, possa ser contrafaticamente sustentada. Jakobs, então, conceitua o Direito como uma "estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".[17]

O bem jurídico no sistema penal funcionalista de Jakobs é exatamente a norma penal. Diferentemente do que sustenta a Teoria do Delito clássica, isto é, o bem jurídico penal como algo a ser protegido em determinada sociedade, por caracterizar-se como um bem ou um interesse culturalmente cultivado e, consequentemente valorado, o funcionalismo defende, por meio da sanção penal, a proteção da própria norma penal. Há que se ressaltar, também, que o modelo funcionalista de Jakobs não se identifica com uma teoria da pena *preventivista*, nos moldes tradicionais. Isso significa que a pena não teria como função a prevenção da prática de delitos futuros, sob a ótica da teoria da prevenção geral positiva, mas essencialmente a prevenção de uma possível quebra da estrutura normativa da sociedade.

---

revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewPDFInterstitial/92/59]. Acesso em: 29.12.2011.

O presente artigo tem por objetivo analisar jurídica e sociologicamente o fenômeno do Direito Penal do Inimigo e o trecho em questão traz informações essenciais para a compreensão da abordagem aqui pretendida, tal como a forma pela qual o sistema funcionalista de Jakobs se relaciona com a teoria sociológica defendida por Boaventura de Sousa Santos, abaixo explicitada.

17. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoria de um derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sánchez. Paracuellos de Jarama. Madrid: Cuadernos Civitas, 2006, p. 121 apud REIS, Marco Antônio Santos. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. *RBCCrim* 17/61.

O modelo de Jakobs orienta-se, portanto, por uma concepção formal da sociedade, isto é, a sua organização normativa é compreendida a partir de si mesma, de sua configuração concreta. Surge no sistema penal funcional-sistêmico uma identidade normativa, que emana da compreensão geral dos membros da sociedade a respeito das regulações jurídicas, o que gera, assim, expectativas de condutas entre os mesmos.

Mas o que seria essa chamada *identidade normativa?* Jakobs pressupõe, a partir de uma concepção formal da sociedade, que as normas ali vigentes são válidas e legítimas. Devido ao processo dialético de interação e comunicação existente entre os membros de uma determinada sociedade, consegue-se visualizar um grau mínimo de convergência valorativa, ou seja, podem ser ali identificados bens e valores comuns, oriundos da demanda social, que ele denominou de *identidade normativa.* Com isso, o penalista alemão descarta a possibilidade dessa interação social se fazer presente em uma sociedade totalitária, na qual as necessidades sociais são controladas (ou ignoradas) por um poder tirânico. Ou seja, somente é autorizado a se falar sobre identidades normativas em sociedades democráticas.

A eficácia normativa, então, é colocada em perigo quando não é observado o exercício (ou dever) de *fidelidade ao direito* e dessa não observância resulta o crime. No campo da culpabilidade funcional, a punibilidade irá se orientar pela capacidade e possibilidade da produção de risco à eficácia normativa. Culpável é o ato, portanto, que nega a norma penal e é capaz de gerar a erosão da estrutura normativa que sustenta determinada sociedade.

A pessoa, para Jakobs, é uma pessoa social. Ou seja, pessoa é quem possui a titularidade de direitos e a capacidade para assumir deveres dentro de uma sociedade normativamente organizada. O nexo comunicativo que serve de base à construção de uma identidade normativa só pode ser efetivo entre pessoas sociais, que cumprem os seus papéis sociais. A privação da característica de *pessoa*, apta a transformar um cidadão em *inimigo* se dá, em consonância com o sistema estabelecido por Jakobs, a partir do reconhecimento de que a qualidade da pessoa, isto é, a personalidade, não é em princípio algo dado pela natureza, mas sim uma atribuição normativa, quer seja de caráter moral, social e/ou jurídico.

O conceito de pessoa, para o penalista alemão, é diferente do conceito de ser humano: enquanto este é o resultado de processos naturais, aquele é um produto social que pode ser definido como uma unidade ideal de direitos e deveres que são administrados por meio de um corpo e de uma consciência. A definição de pessoa se relaciona intrinsecamente com a capacidade do indivíduo de assimilar de forma vinculante a estrutura social e, consequentemente, o

Direito. Dessa capacidade é extraído o reconhecimento social de um indivíduo como pessoa social, como cidadão. Para Jakobs, as crianças e os indivíduos que padecem de patologias psíquicas não possuem esse reconhecimento, essa capacidade de agir vinculada a um dever ou a uma obrigação, sendo excluídos do conceito de pessoa social.[18]

Diante desse raciocínio, retira-se o caráter de pessoa daqueles considerados como *inimigos* por não deterem a competência necessária para serem reconhecidos socialmente ao se distanciarem do Direito, sendo dispensável ao Estado tratá-los como pessoas.

Assim, percebemos no funcionalismo sistêmico de Jakobs uma excessiva preocupação com a preservação da eficácia normativa em detrimento da importância a ser dada às consequências danosas do fato e até mesmo às circunstâncias pessoais do agente. O penalista alemão, ao defender a pessoalidade como construção exclusivamente normativa, sobrepõe ao conceito de pessoa o de sociedade, para que o bem jurídico penal – e consequentemente a (manutenção da) validade da norma – seja protegido.

3.2 O Direito Penal do Inimigo

No prefácio da edição brasileira do livro *Direito penal do inimigo*, Günther Jakobs conceitua o Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

"São regras jurídicos-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais. O Direito Penal do Inimigo é essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma."[19]

O bem jurídico para a doutrina penal tradicional é aquele bem ou interesse culturalmente cultivado e valorado em determinada comunidade jurídica. No sistema funcionalista-sistêmico de Jakobs, como já visto, o bem jurídico tutelado seria a própria norma penal e a função da pena seria a de confirmar a validade desta mesma norma. Deste modo, uma norma não é socialmente vá-

18. MARTÍN, Luis Gracia. Sobre a negação da condição de pessoa como paradigma do "direito penal do inimigo". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 348.

19. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Org. de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. XXV.

lida apenas quando é obedecida, mas também quando é sustentada contrafaticamente, pois em ambos os casos ela cumpre a função de obedecer à segurança das expectativas.[20]

Assim, uma ação contrária à norma penal causaria uma quebra da expectativa de comportamento esperado e, consequentemente, a pena teria como finalidade tanto marginalizar este ato defraudador de expectativas comunicativamente compartilhadas, quanto confirmar contrafaticamente a validade da norma penal violada, de forma a estabilizar, em primeiro plano, as expectativas e, mais adiante, o próprio sistema jurídico-social.

O inimigo, para Jakobs, seria um indivíduo que, por vontade própria, distanciou-se da estrutura normativa da sociedade, frustrando as expectativas sociais. Por outro lado, o cidadão é aquela pessoa titular de direitos e deveres, da qual se pode esperar o conhecimento das estruturas normativas e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas. O inimigo, portanto, deixaria de ser considerado como uma pessoa social – cidadão – em função de seu comportamento, possível de ser compreendido como a vontade de abandonar a sociedade na qual se encontra e, assim, não mais ali compartilhar valor algum, tampouco respeitar suas condições de existência.

Günther Jakobs, ao discorrer sobre a dicotomia "Direito Penal do Inimigo *vs.* Direito Penal do Cidadão", elabora a seguinte tese:

"Não se pode tratar de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um único mundo ou de mostrar duas tendências opostas de um único contexto do Direito Penal. Essas tendências podem muito bem se sobrepor, isto é, uma, a do tratamento do agente enquanto pessoa; e a outra, a do tratamento do agente como fonte de perigo ou como meio de intimidação de outros."[21]

A partir disso, segundo Jakobs, poderia ser justificada a diminuição das proteções penais e processuais penais para os indivíduos que se distanciam da sociedade e não oferecem mais segurança cognitiva – os inimigos. O Direito Penal do Inimigo buscaria combater indivíduos cuja atitude evidencia um afastamento definitivo do Direito, não sendo possível esperar qualquer tipo de garantia cognitiva dos mesmos.[22]

---

20. Idem, p. 33.

21. Idem, p. 1.

22. Seriam exemplos de possíveis inimigos nos tempos atuais: criminosos sexuais, econômicos e os integrantes da criminalidade organizada.

O Direito Penal do Inimigo, então, trataria este indivíduo, que deliberadamente deixou de participar de uma sociedade comunicativamente construída, não como uma pessoa titular de direitos e deveres, mas como uma fonte de perigo que precisa ser eliminada para que a estrutura normativa e, consequentemente, a própria sociedade, não pereça. Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo solapa um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito: a personalidade dos indivíduos.

Sobre esse ponto, Jakobs escreve:

"Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança."[23]

Uma forma de regular juridicamente a exclusão daqueles considerados *inimigos* seria a implementação e a consequente legitimação do Direito Penal do Inimigo. Aduz o penalista que, para que o Direito Penal excludente seja refreado, já que eliminá-lo seria tarefa impossível, é necessário, antes de tudo, reconhecer o Direito Penal do Inimigo e chamá-lo pelo nome.

De acordo com Jakobs, o Direito Penal do Inimigo otimizaria a proteção de bens jurídicos tradicionais e o Direito Penal do Cidadão, por sua vez, otimizaria a esfera de liberdade dos mesmos. O penalista alemão não acredita ser possível combater o *terror* com os meios de um Direito Penal de Estado de Direito, pois um Direito Penal que englobe tudo não seria capaz de conduzir de forma satisfatória esse combate, ao tratar seus inimigos como pessoas e não como fonte de perigos. E arremata: "No Estado de Direito ideal na prática é diferente e isso (o Direito Penal do Inimigo) lhe traz a oportunidade de não se desmantelar ao atacar seus inimigos".[24]

Quais seriam, então, as características essenciais desse polo ou dessa não tão nova tendência do Direito Penal? Podemos citar: a ampla antecipação da punibilidade, ou seja, desloca-se a atenção do fato ocorrido para o fato vindouro como, por exemplo, os tipos de formação de organização criminosa ou terrorista e a falta de redução da pena proporcional à antecipação; a transição da legislação penal para a legislação de combate; o retorno ao Estado de Polícia e a relativização de garantias e princípios penais e processuais penais.

Essas características ocasionam a mitigação e supressão de garantias processuais. Ao se considerar, *a priori*, sem o devido processo legal e amparado

23. JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo* cit., p. 17.

24. Idem, p. 69.

pelo princípio do contraditório e ampla defesa, um indivíduo culpado, ou melhor dizendo *inimigo*, é minado todo o arcabouço principiológico sobre o qual se constituiu o processo penal ao longo da História:

"O processo penal, por si só, não é garantia – nem à pessoa humana, nem à dignidade que lhe é inerente. Garantias são os princípios que o orientam e o informam, criações e construções culturais humanas tão suscetíveis à violação e ao autoritarismo, dentre elas, destacam-se o devido processo legal e o princípio do estado de inocência e de não culpabilidade. (...) O estado de não culpabilidade é a não aplicação da responsabilidade e da culpa aos indiciados ou aos acusados, antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória."[25]

Jakobs concorda que o acusado é a pedra de toque do sistema processual em um Estado de Direito; é sujeito processual participante, característica essa que distingue o processo atual do processo inquisitório de épocas não tão remotas. No entanto, o penalista alemão acredita que elementos processuais de um Direito Penal do Inimigo, além de já estarem presentes no sistema atual,[26] são necessários para a proteção da sociedade contra seus inimigos. O Estado, para ele, abole direitos de forma juridicamente regulada – desde sempre.

4. UMA LINHA ABISSAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 A teoria das linhas abissais de Boaventura de Sousa Santos

A Teoria das Linhas Abissais de Boaventura de Sousa Santos é o complemento necessário às reflexões realizadas por ele em *A crítica da razão indolente*.[27] Ali o professor sustenta que a modernidade foi erguida sobre dois pilares gêmeos: a regulação e a emancipação. Por meio dessas duas grandes promessas modernas é que se desenvolveram politica, economica e socialmente nossas sociedades – incluindo aí instituições como o Direito e as Artes. Seu argumen-

25. MARQUES, Daniela de Freitas. Sobre monitoramento eletrônico – Aquém da prisão cautelar, além da liberdade provisória. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 137.

26. Jakobs cita como exemplos, dentre outros, a prisão preventiva: tal medida não reconhece o culpado como pessoa, mas se esgota em relação a ele na coação física. Ele sustenta que a forma dessa coação não se dirige a um indivíduo sujeito de direitos, mas contra um indivíduo que, com seus instintos e medos, torna-se perigoso para os trâmites jurídicos regulares, conduzindo-se como inimigo.

27. SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente... cit.

to é o de que, num dado momento, esses pilares passaram a concorrer entre si, o que fez com que o pilar da regulação superasse o pilar da emancipação, tomando seu lugar. A consequência que daí advém é que nenhuma dessas duas grandes promessas pôde se realizar por completo ao longo da História: observou-se que não houve emancipação e tampouco regulação satisfatórias.

A complementação indispensável para o desenvolvimento da tese de Boaventura de Sousa Santos, veio em seu artigo *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes.*[28] Para entender o porquê e justificar a falta de emancipação e regulação satisfatórias ao longo do tempo, o sociólogo português sustenta, então, que o pensamento moderno é um pensamento formado por linhas abissais. As chamadas linhas abissais produzem distinções visíveis e invisíveis no campo da Ciência e do Direito, que dividem a realidade social em dois universos distintos: o *lado de cá* e o *lado de lá* da linha. A consequência desta divisão é que o *lado de lá* se torna inconcebível como realidade para o *lado de cá* da linha, sendo tomado como irrelevante e incompreensível na medida em que permanece externo, alheio ao conceito de *outro* e, consequentemente, inexistente.

Com isso, concebe-se que a competição paradigmática entre os pilares da modernidade (regulação/emancipação) só ocorre de fato naquilo que Boaventura chamou de o *lado de cá* da linha. Do *lado de lá*, todavia, vigoraria um outro paradigma: o da apropriação/violência. Lá não são realizadas as promessas da modernidade. As pessoas são sempre pensadas como objetos, jamais como sujeitos; não há conhecimento válido, não há critérios de legalidade. Isto é apropriação/violência.

No âmbito do Direito, do *lado de cá* da linha, temos o binômio legalidade/ilegalidade, que regula todo o sistema jurídico. Mas esse mesmo sistema jurídico constrói suas linhas abissais na medida em que ignora diversas existências que se tornam invisíveis, ininteligíveis e intraduzíveis por não pertencerem nem ao código legal nem ao ilegal.[29] Assim, de acordo com Boaventura, o legal e o ilegal são as duas únicas formas relevantes de existência perante a lei. Todas as demais manifestações de existência que não fazem parte deste código binário encontram-se do *lado de lá* da linha, onde a lógica da apropriação/violência se faz sempre presente.

---

28. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 78/3-46.

29. Idem, p. 4.

No entanto, as linhas abissais produzidas entre e dentro das duas diferentes lógicas – regulação/emancipação e apropriação/violência – estão em constante tensão e movimento. Argumenta-se que, durante o período em que as antigas colônias lutavam por sua independência, estavam também lutando contra a exclusão em decorrência do condicionamento ali imposto pelo paradigma da apropriação/violência. Consequentemente, estavam a reclamar o direito à inclusão no paradigma da regulação/emancipação. Todavia, a diminuição das linhas abissais – e da lógica da apropriação/violência – encontrou um obstáculo a partir de 1970,[30] quando surge, utilizando os termos desenvolvidos por Boaventura, um movimento de *regresso ao colonial.*

Tal movimento seria a resposta abissal ao que é percebido como uma intromissão ameaçadora do colonial nas sociedades metropolitanas. Este regresso assumiria três formas principais: o terrorista, o imigrante indocumentado e o refugiado. De modos distintos, cada um deles traz consigo a linha abissal global que define a exclusão radical e inexistência jurídica. Por exemplo, em muitas das suas disposições, a legislação antiterrorista e de imigração segue a lógica reguladora do paradigma da apropriação/violência.[31] O território antigamente delimitado pelas linhas abissais, mais precisamente aquele onde predominava o código da regulação/emancipação, encontra-se hoje situado num território ambíguo, onde não se é capaz de, com precisão, determinar qual o paradigma dominante:

"Na sua perspectiva, a nova intromissão do colonial tem de ser confrontada com a lógica ordenadora da apropriação/violência. Chegou ao fim o tempo de uma divisão clara entre o Velho e o Novo Mundo, entre o metropolitano e o colonial. A linha tem de ser desenhada a uma distância tão curta quanto o necessário para garantir a segurança. O que costumava pertencer inequivocamente a este lado da linha é agora um território confuso atravessado por uma linha abissal sinuosa. O muro da segregação israelita na Palestina (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2005) e a categoria de 'combatente inimigo ilegal' (DÖRMANN, 2003; HARRIS, 2003; KANSTROOM, 2003; HUMAN RIGHTS WATCH, 2004; GILL e SLIEDREGT, 2005), criada pela administração dos Estados Unidos da América depois de 11.09.2001, constituem possivelmente as metáforas mais adequadas da nova linha abissal e da cartografia confusa a que conduz."[32]

---

30. Importante ressaltar que obstáculos à superação da lógica da apropriação/violência sempre existiram ao longo da história, como, por exemplo, as atrocidades cometidas e supostamente justificadas durante as guerras.

31. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal... cit., p. 12.

32. Idem, p. 13.

Para o sociólogo português, a base militar americana em Guantánamo seria a representação da face mais grotesca do pensamento jurídico abissal, da criação, pelo *lado de cá* e dentro do mesmo, de um *lado de lá* como um não território em termos jurídicos e políticos, um espaço impensável para o primado da lei, dos direitos humanos e da democracia.

4.2 O caráter abissal do Direito Penal do Inimigo e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito

Diante do exposto acima, é necessário delinear as características do Direito Penal do Inimigo que dão a ele um caráter abissal. Podemos entender que a estrutura simbólica do mundo ocidental foi construída a partir de duas ideias complementares: a de inimigos (apropriação/violência) e a de uniformidade normativa (regulação/emancipação). O que dá ao Direito Penal do Inimigo o caráter abissal e a sua consequente e inevitável incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito?

Partindo-se da ideia de que o sujeito da imputação penal é homem, e não a pessoa social-normativa defendida por Jakobs, o sujeito das consequências jurídico-penais também será o homem, ontologicamente analisado. O mal da pena, nos dizeres de Bernd Schunemann, não pode ser aplicado a um papel abstrato, mas a um homem real de carne e osso.[33]

Não podemos sustentar, então, que o Direito Penal possui como destinatário a pessoa no sentido de Jakobs. Devemos compreender o destinatário penal como o indivíduo, o homem real e empírico. O sujeito da imputação penal e da pena não deve ser uma pessoa entendida normativamente como uma construção social, mas sim o homem, o indivíduo humano. Schunemann ensina que "a substituição que propõe Jakobs do indivíduo pela pessoa como mero portador de um papel no Direito Penal destrói justamente a sua legitimação".[34] Concordamos com Luis Gracia Martín no sentido de que, se o Direito se dirige nem às forças da natureza, nem aos animais, mas ao homem, a estrutura ontológica do ser humano deve ser o primeiro dado a ser levado em consideração ao se cogitar a respeito da aplicação da pena e da limitação de direitos.[35]

Assim, só é possível atribuir o caráter de Direito a uma estrutura normativa se a mesma respeitar o suporte central sobre o qual foi construído o sistema

33. MARTÍN, Luis Gracia. Op. cit., p. 355.

34. Idem, p. 357.

35. Idem, ibidem.

jurídico-penal: a concepção do homem como indivíduo responsável, protagonista de relações interpessoais. Recusar o homem responsável como o destinatário tanto da imputação penal quanto da pena, analisando-o por um viés apenas normativo, acaba por restringir o Direito a um sistema instável de força e de coerção.

A compatibilização do Direito Penal do Inimigo com o atual sistema jurídico, político e social não é sensata, tampouco prudente, pois a criação de inimigos fora de um contexto bélico dá asas para que devaneios autoritários possam se concretizar. A ideia de inimigo, então, pode ser entendida como um elemento conceitual contraditório dentro do Estado Democrático de Direito porque arrasta consigo a semente de sua destruição:

"Por isso, a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa."[36]

A identificação do inimigo como uma fonte de perigo que precisa ser eliminada leva a inevitável prática de um *direito penal do autor* há tempos contestado. Zaffaroni entende que o direito penal do autor nada mais é do que uma corrupção do próprio Direito Penal, pois o que se proíbe não é o ato em si, mas o ato como uma forma de ser do autor considerada delitiva:

"O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação (sem autonomia moral, isto é, sem capacidade para escolher entre o bem e o mal), só pode ser um direito penal de autor: o ato é sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal."[37]

O perigo de abuso por parte do aparato estatal no combate ao inimigo é demasiado grande, pois não há uma definição clara acerca de quem é o inimigo e uma maneira segura de distingui-lo do cidadão, que seria o destinatário do Direito Penal tradicional. Ademais, a permissão para tratar aqueles cidadãos considerados *a priori* como inimigos, em desarmonia com pressupostos e princípios democráticos, coloca o Estado em posição similar a do inimigo que pretende combater. Podemos dizer, também, que seria difícil distinguir a

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 153.

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1. p. 107.

guerra do Direito Penal do Inimigo, sendo aberto um espaço para a lógica de uma guerra interna e eterna, fundamentada na necessidade de se buscar uma suposta segurança nacional. Há que se ter em mente que a teoria social do direito penal proposta por Günther Jakobs evoca uma funcionalização sistêmica da sociedade, em prejuízo da humanidade que dignifica o ser *no mundo.*[38]

A limitação do Direito, conforme dito em parágrafos anteriores, a um sistema instável de força e coerção autoriza o surgimento de um espaço para o paradigma da apropriação/violência dentro do próprio Direito, usando os termos utilizados por Boaventura de Sousa Santos, capaz de criar uma linha abissal no âmbito do sistema penal e processual penal informado por princípios garantidores. A antecipação da punibilidade, a legislação de combate, a supressão de garantias e o retorno ao estado de polícia nada mais são do que a lógica da apropriação/violência a contaminar a lógica da regulação/emancipação. A consequência disso é a concepção do vírus letal ao Estado Democrático de Direito, dentro e sob os cuidados do próprio Direito.

5. AS TÁTICAS DE CONTENÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

5.1 A proposta estática de Günther Jakobs

A tática de contenção estática ao Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, paradoxalmente, é o próprio Direito Penal do Inimigo. A princípio soa contraditório afirmar que a tática de contenção é exatamente o objeto dessa mesma contenção. No entanto, conforme veremos a seguir, só mediante o estabelecimento de um tratamento diferenciado aos inimigos poderá, para o penalista alemão, ser refreado o avanço dessa tendência que ameaça todo o Direito Penal.

A utilização legítima do Direito Penal do Inimigo partiria de uma autorização proveniente do próprio sistema jurídico-penal como meio de diferenciar o tratamento punitivo dado aos cidadãos – pessoas sociais – e aos inimigos. Dessa maneira, o Direito Penal do Inimigo estaria restrito a um âmbito de incidência estanque, sendo que fora desse espaço continuaria a valer os princípios do direito penal liberal.[39] Assim, seria permitido que ambos – o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão – convivessem dentro dos limites de

38. JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.* Luiz Moreira (coordenador e supervisor). Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. VIII.

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 156.

um Estado Democrático de Direito, o que, conforme sustenta Zaffaroni "não se alteraria uma tradição pacífica na doutrina penal, que sempre o admitiu sem reparar na contradição que comporta."[40]

Ao se permitir um espaço legítimo para o inimigo dentro do Direito e fora de um contexto bélico, Jakobs planta a semente necessária para que o Estado Absoluto – no qual não são tolerados limites para a contenção do poder punitivo – passe a crescer. E nesse ponto, há que se concordar com a ideia encontrada em Carl Schmitt de que o conceito jurídico de inimigo só é possível em um Estado Absoluto.

O Direito Penal do Inimigo limitaria a efetivação dos princípios do Estado de Direito ao andar de mãos dadas com medidas emergenciais fundadas na ideia de necessidade. E, conforme o entendimento de Giorgio Agamben, a necessidade não conhece lei nem limites ao ser invocada como fundamento do estado de exceção:

"Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos *adágia* na literatura jurídica ainda está por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: 'a necessidade não reconhece nenhuma lei' e 'a necessidade cria sua própria lei' *(nécessité fait loi)*."[41]

Mas quem é capaz de julgar o que é a necessidade? Somente aqueles que detêm o poder. Assim, a suspensão do Estado de Direito fica adstrita a um arbítrio que designará como inimigo aquele que se considerar oportuno à época. Não há mecanismos seguros para identificar quem é o inimigo, na medida em que não existe um conceito preciso do mesmo. Conforme dito em itens anteriores, a imposição do rótulo de inimigo sempre foi dependente e intrinsecamente ligada àqueles que detêm o poder.

Diante disso, não é possível aceitar a proposta estática de contenção do Direito Penal do Inimigo defendida por Jakobs. Ao serem legitimados espaços governados pelo paradigma da apropriação/violência dentro do modelo ideal de Estado de Direito que deve ser orientado pelo binômio da regulação/emancipação, está também permitindo ao detentor do poder estabelecer o que é a necessidade a ser invocada para a utilização do Direito Penal do Inimigo. Esse

40. Idem, p. 159.

41. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Irari D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 40.

arbítrio da necessidade retira a utilidade do modelo ideal, que deixa de orientar as ações para a contenção do avanço do Estado de Polícia.

5.2 A proposta dinâmica de Eugenio Raúl Zaffaroni

Zaffaroni encontra um erro tático na proposta de contenção do Direito Penal do Inimigo estabelecida por Jakobs. O penalista alemão, ao fundamentar suas ideias a partir de um modelo sistêmico, não consegue perceber a dinamicidade de estruturas que estão em constante interação e transformação. Com isso, não é possível enxergar, por meio do sistema por ele determinado, a dialética existente entre o Estado de Direito e o poder punitivo.

A partir da ideia já exposta de que os Estados de Direito, penosamente conseguidos como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto, além de legitimar o poder punitivo, podem também refrear os Estados de Polícia, Zaffaroni defende a importância do modelo ideal de Estado de Direito como forma de contenção do Direito Penal do Inimigo. O Estado de Polícia sempre esteve vivo e pulsante dentro do Estado de Direito e, por isso, impossível a concretização fática do modelo ideal. No entanto, não é pela ausência de realização deste modelo ideal que o mesmo não deve ser utilizado como elemento orientador para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, apontando os defeitos que a realidade nos apresenta.

O Direito Penal é o instrumento necessário para a contenção do Estado de Polícia dentro do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, legitima o poder punitivo estatal. O que se propõe é atenuar as pulsões do Estado de Polícia, de forma a permitir apenas a passagem de um poder punitivo *menos irracional*, ao construir uma barreira intransponível para o de *maior irracionalidade*, pois:

"Existe uma dialética contínua no Estado de direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de Polícia que o Estado de Direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca."[42]

A perspectiva dinâmica de contenção do Direito Penal do Inimigo é sustentada pela constatação de que é impossível manter o Estado de Polícia limitado a um compartimento estanque e isolado dentro do Estado de Direito, já que é da sua natureza a tentativa incansável de instaurar a prevalência de uma vontade arbitrária sobre as demais. Impossível acreditar que o Direito Penal do Inimigo se contentaria com um espaço reduzido para o exercício do seu

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 170.

poder. O verdadeiro inimigo do Direito Penal e, consequentemente, do Estado Democrático de Direito é o próprio Estado de Polícia.

Assim, a tática de contenção defendida por Zaffaroni tem como função constatar para *resistir*, diferentemente da proposta estática de Jakobs, que pugna pela constatação para legitimar ou até mesmo pela omissão como forma de ocultação dos vestígios do Estado de Polícia. Não se pode permitir a legitimação das práticas que maculam o modelo ideal a ser alcançado.

O Direito Penal, ao autorizar ou tolerar a introdução do *inimigo*, com o nome que for, no sistema jurídico, cultivou em seu interior as sementes de um Estado Absoluto. Não podemos renunciar, portanto, ao exemplo ideal de Estado de Direito como mote orientador, pois é na comparação entre esses dois Estados que se faz possível a construção de um modelo no qual o Estado de Polícia não tenha espaço para prevalecer:

"Os defeitos dos Estados de Direito reais ou históricos surgem por comparação com o princípio ou ideal e o direito penal deve tentar a sua superação se aproximando deste modelo. A presença do *hostis* nunca pode ser legitimada sem que se abra mão do princípio do Estado de Direito; em outras palavras, caso se pretenda manter esse princípio, deve-se, necessariamente, rechaçar a presença do *hostis*. O Estado de Polícia, por sua vez, não poupará esforço algum para estabelecê-la e restabelecê-la; o direito penal do Estado de Direito não tem alternativa senão lutar para suprimi-la."[43]

Diante da criação de estados de emergência permanentes no âmbito do Estado Democrático de Direito, o que se espera do Direito Penal – que hoje se encontra perdido e a voar em círculos – é a observância e o respeito aos princípios informadores do sistema e, depois de constatados os defeitos que distanciam o modelo real do ideal, exercer ao máximo o poder jurídico de contenção para reduzi-los e, quiçá num futuro, eliminá-los.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto ao longo deste trabalho, vislumbramos, como consequência de uma possível inserção considerada legítima do Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito, a ideia – talvez ingênua – de incumbir ao Direito Penal a tarefa de compatibilizar o incompatível. Tarefa essa que, se levada até as últimas consequências, poderá solapar o arcabouço do Estado Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais historicamente conquistados.

43. Idem, p. 191.

Por meio da criação de inimigos, os elementos fundadores e justificadores de discursos como o de Segurança Nacional e Lei e Ordem passam a se incorporar no cotidiano de toda a sociedade. Para que sejam determinados os temidos inimigos, impossíveis de serem reconhecidos *a priori*, é necessária a mitigação de direitos fundamentais – árdua e historicamente conquistados – não só dos inimigos, mas de todo e qualquer cidadão.

E, mesmo que fosse possível distinguir os inimigos dos cidadãos, não seria lícito dispensar um tratamento diferenciado aos primeiros que diminuísse as suas garantias penais e processuais penais. Ainda que o inimigo possa existir do ponto de vista fático, não poderíamos tratá-lo como inimigo do ponto de vista normativo. O inimigo não é um outro alheio, um outro absoluto e distante dos demais. Como no conto *Mineirinho*, de Clarice Lispector, o décimo terceiro tiro nos assassina. Porque nós também somos o outro:

"Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me fez ouvir o primeiro tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo o meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina – porquê eu sou o outro. (...) Essa justiça que vela o meu sono, eu a repudio, humilhada por precisar dela. Enquanto isso durmo e falsamente me salvo. Nós, os sonsos essenciais."

Podemos dizer que o projeto da modernidade conduz à institucionalização da produção de inimigos;[44] ademais, é preciso admitir que os problemas e paradoxos que a modernidade produz não são passíveis de serem solucionados pelo Direito Penal, que recebeu o papel da marionete de um louco que se comporta como o da passagem abaixo:

"Perguntaram a um louco que havia perdido a sua chave na floresta, por que estava procurando sob a luz do poste da rua, no que ele respondeu: aqui tem mais luz. Procurar flexibilizar as garantias constitucionais na perspectiva de resolver os problemas de Segurança Pública é procurar, como o louco, a chave no mesmo lugar."[45]

---

44. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo* cit., p. XV.

45. ROSA, Alexandre de Morais da. Garantias constitucionais: um discurso que não seduz. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 27.

Da mesma maneira que o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal,[46] o Direito Penal do Inimigo quer pretender-se Direito, não sendo Direito. Não negamos a existência recorrente de práticas ao longo da História que podem ser identificadas como integrantes desse sistema diferenciador de inimigos e pessoas. No entanto, admitir a existência – e a partir daí tentar buscar soluções para que o direito penal real se aproxime do ideal – não é o mesmo que construir discursos que legitimem ou justifiquem tais práticas.

Há que se destacar, ainda, que a identificação dos inimigos sempre esteve intimamente ligada àqueles que detêm o poder. Essa situação conduz ao arbítrio característico de um Estado de Polícia, que o Estado Democrático de Direito deve se empenhar em combater:

"Pode-se afirmar que em todas as épocas, com maior ou menor crueldade – segundo as condições e circunstâncias – a tendência tenha sido a de uma repressão penal plural, de acordo com a qual os autores de delitos graves (patibulários) e os dissidentes foram eliminados, os marginais ou indesejáveis foram neutralizados e, finalmente, os ocasionais foram tratados como pessoas semelhantes àquelas que detinham o poder ou a seus aliados: assim, teriam cometido erros passageiros, merecendo uma certa benevolência nos poucos e raros casos em que eram submetidas ao poder punitivo."[47]

O incremento da criminalidade nos últimos anos teve como consequência uma forte demanda por políticas criminais mais rígidas, exigindo-se do Estado respostas criminalizadoras e penalizadoras satisfatórias e eficientes. Está em voga nos meios de comunicação a utilização de expressões como *guerra contra o terror* ou também *luta contra a criminalidade*. Devemos ter em vista, no entanto, que a criminalidade é um problema *da* comunidade, que nasce *na* comunidade e que deve ser solucionado (ou ao menos tentar ser solucionado) *pela* comunidade. O problema criminal possui diversas raízes e acreditar que a resposta e a solução para o mesmo deve necessariamente ser encontrada no âmbito legislativo-penal é uma ilusão. A criação de leis mais rígidas nada mais é do que uma panaceia; a promulgação de tais leis não possui o condão de diminuir a prática delitiva.

A questão criminal é muito mais complexa do que aquilo que nos querem fazer acreditar os discursos muitas vezes reacionários e supressores de garantias tão recorrentes na mídia. Podemos entender o crime como um fenômeno

46. AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 12.

47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 36.

inerente a todo e qualquer agrupamento social e o que nos resta é somente uma tentativa de controle razoável – e não de eliminação – do crime. A criminalidade continuará sendo um enigma, quiçá impossível de solução.

O que observamos com o avanço de medidas características do Direito Penal do Inimigo é o tríplice ocaso do direito penal e processual penal: o ocaso das garantias formais, o ocaso das garantias materiais e ocaso do princípio da utilidade da intervenção penal.[48] São inumeráveis os preceitos penais das novas legislações que utilizam cláusulas gerais vagas, de modo a imprecisar a conduta típica, conduzindo à supressão da garantia de liberdade do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. As garantias materiais do Direito Penal e Processual Penal, tais como a proporcionalidade, a culpabilidade, a presunção de inocência e o devido processo legal, também são mitigadas por essa demasiada vontade punitiva. Observamos que há por toda parte um intervencionismo penal cada vez mais intenso e abrangente que não resulta na diminuição da criminalidade.

O Estado de Polícia tem conseguido derrubar algumas barreiras do Estado Democrático de Direito. E outras ainda serão destruídas, aproximando cada vez mais o paradigma da apropriação/violência do paradigma da regulação/emancipação. As linhas abissais previstas por Boaventura de Sousa Santos continuam a ser traçadas.

No entanto, é necessária a cada derrubada, a cada desenhar de novas linhas, a construção de uma outra barreira ainda mais sólida e consistente. E se chegar o dramático dia em que todas as barreiras limitadoras do Estado de Polícia caírem, não "seria lícito ao direito penal abandonar a essência do seu discurso de resistência, pois cedo ou tarde o Estado de direito renascerá".[49]

A proposta de contenção estática ao Direito Penal do Inimigo defendida por Jakobs não alcançaria resultados satisfatórios, na medida em que estaria, simbolicamente falando, *aquém* da paz. Ademais, a legitimação de um Direito Penal do Inimigo no âmbito de um Estado Democrático de Direito nos levaria para *além* da guerra: estaríamos diante de uma guerra interna e eterna. Acreditamos, portanto, que é exatamente onde são apresentadas falhas (históricas e normativas) que devemos cuidar de preservar a intangibilidade do modelo ideal, instrumento necessário para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito almejado.

48. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 15.

49. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 177.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Irari D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

COSTA, Fernanda Otero. Uma linha abissal no Estado Democrático de Direito – O direito penal do inimigo. *Revista Eletrônica de Franca*. Disponível em: [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewPDFInterstitial/92/59]. Acesso em: 29.12.2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBES, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Org. de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. In: _____. *Wissenchaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*. Band 23. Berlin: Dunker & Humblot.

_____. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Luiz Moreira (coordenação e supervisão). Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LISPECTOR, Clarice. *Para não esquecer*. São Paulo: Ática, 1984.

MARQUES, Daniela de Freitas. Sobre monitoramento eletrônico – Aquém da prisão cautelar, além da liberdade provisória. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. Sobre a negação da condição de pessoa como paradigma do "direito penal do inimigo". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MORGET, Geralide Louisa. *Feindstrafrecht: Eine Kritische Analyse*. Berlin: Duncker & Humblot.

REIS, Marco Antônio Santos. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 18. p. 61. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2009.

ROSA, Alexandre de Morais da. Garantias constitucionais: um discurso que não seduz. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. In: _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2001. vol. 1.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 78. p. 3-46. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, oct. 2007.

Schmitt, Carl. *El conceito de lo político*. Madrid: Alianza, 2006.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento criminológico; 7).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática, de Antônia Elúcia Alencar - *RT* 895/471;
- As origens ideológicas do direito penal do inimigo, de Francisco Muñoz Conde - *RBCCrim* 83/93;
- Direito penal do inimigo e direitos fundamentais, de André Luís Callegari - *RT* 862/429;
- Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades, de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira - *RDC* 12/213;

- Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal, de Cristina Reindolff da Motta – *RT* 867/453;
- O "direito penal do inimigo" *darf nicht sein*!: sobre a ilegitimidade do chamado "direito penal do inimigo" e a idéia de segurança, de Eduardo Demetrio Crespo – *RCP* 4/122; e
- O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal, de Cornelius Prittwitz – *RBCCrim* 47/31.

Veja também Jurisprudência

- Afronta à dignidade da pessoa humana: *RT* 901/487; e
- Constrangimento ilegal: *RTrib* 90/349.

57715

1 ANOTAÇÕES AOS CRIMES CONTRA A HONRA

JUAREZ TAVARES

Professor Titular de Direito Penal da UERJ. Subprocurador-Geral da República.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Trata-se de um ensaio sobre os crimes contra a honra, com especial atenção às questões relacionadas à imputação e ao exercício do direito de defesa. Orientado por esses objetivos, o estudo busca disciplinar a relação entre o dolo de ofender e a intenção de narrar, bem como elucidar acerca das causas de exclusão da imputação e do tratamento do concurso de crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a honra - Bem jurídico - O aumento do risco e o direito de defesa - Concurso de crimes.

ABSTRACT: An essay on crimes against honor, with special attention to issues related to accusation and the right to a defense. Guided by these objectives, the study seeks to correct the relationship between intent of offending and the intention to recount, as well as shed some light on the causes of exclusion of the accusation and the handling of the accumulation of crimes.

KEYWORDS: Crimes against honor - Legal interest - Risk increase and the right to defense - The accumulation of crimes.

SUMÁRIO: 1. Os antecedentes - 2. O bem jurídico - 3. As espécies de delito contra a honra: 3.1 A injúria; 3.2 A difamação: 3.2.1 A questão do fato verdadeiro; 3.2.1 A questão do fato verdadeiro; 3.2.3 A notoriedade do fato e o incremento do risco; 3.3 A calúnia - 4. O dolo e outros elementos subjetivos do tipo - 5. A intenção de narrar - 6. A crítica literária, artística ou científica - 7. O exercício do direito de defesa - 8. O concurso de crimes - 9. Conclusões - 10. Bibliografia.

1. OS ANTECEDENTES

A análise dos delitos contra a honra pressupõe a formulação de duas séries de questões: algumas genéricas, que dizem respeito a quase todas as investigações dos respectivos tipos, e outras, específicas, que congregam elementos que se manifestam no âmbito do juízo de antijuridicidade. Tendo em vista que, nas ofensas à honra, o que está em jogo é a forma como se configura o conflito social gerado pelo confronto entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, sua inicial caracterização nos tipos de delito deve dizer respeito à determinação da conduta ofensiva e de suas circunstâncias. Por sua vez, diante da característica própria desse conflito, cumpre esclarecer como a ordem jurídica, em sua totalidade, o disciplina. Sob uma primeira perspectiva, desenvolve-se a necessidade de uma avaliação da origem, da evolução e da constituição das figuras da injúria, da difamação e da calúnia, que estratificam tradicionalmente esse conflito no âmbito penal. Sob uma segunda perspectiva, afigura-se relevante determinar, com exatidão, os limites e a extensão das normas permissivas de conduta, que têm o condão de assegurar a todos os cidadãos o exercício de sua liberdade em um Estado democrático de direito.

Os delitos de calúnia, difamação e injúria, ainda que constassem implicitamente da ampla noção romana de *injuria*,[1] só foram reconhecidos, na modernidade, pelo direito francês.[2] O Código Napoleônico de 1810, entretanto, não

1. Para Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, tradução espanhola da P. Dorado, Bogotá: Temis, 1991, p. 485 e ss., a *injuria* constituía uma ofensa "intencional e ilícita à personalidade de outrem", nela se compreendendo, inicialmente, a lesão corporal e, mais tarde, também a lesão à honra.

2. O Codex Juris Bavarici Criminalis de 1751, que consolidou as diretrizes do direito bávaro sob o Principado de Maximiliano III e cuja autoria é chancelada a *Wigulãus von Kreittmayr*, previa duas formas de ofensa à honra: a injúria pública, que se dirigia normalmente a pessoas hierarquicamente superiores ao agente e que podia também incluir a imputação de fatos criminosos à vítima (§ 9) e o vilipêndio público, que consistia na ofensa praticada por meio de escritos, desenhos ou material semelhante (§ 11). O chamado Código Josefino de 1787 para o território austríaco distinguia entre o vilipêndio, que compreendia a injúria e a calúnia (§ 127), e a denunciação falsa, que consistia na formulação de queixa contra alguém, perante um órgão público, com a particularidade de que a conduta deveria ser realizada sem que o agente tivesse prova da imputação ou sem indicar os motivos suficientes para atribuí-la ao querelado (§ 128). Por seu turno, o direito comum para os estados prussianos de 1794, codificado com os trabalhos de Johann Heinrich von Carmer, Svarez e Klein, procurava diferenciar entre a injúria praticada contra o príncipe ou alto mandatário do Estado (§ 196), seus dirigentes (§ 197-202), seus familiares (§ 203-206), seus

distinguia entre calúnia e difamação, incluindo esta última naquela, sob o nome genérico de *calumnie*. Apenas com a Lei de Imprensa de 17.05.1819, modificada pela Lei de Imprensa de 29.07.1881, é que, finalmente, se veio a proceder à diferenciação entre as três espécies de lesão à honra: a calúnia, considerada na forma de denunciação caluniosa como crime tanto contra a pessoa quanto contra a administração, a difamação, consistente na atribuição de fato desonroso à reputação, e a injúria, como expressão de desprezo ou ultraje dirigida a alguém.

Apesar da influência que esse modelo francês exerceu sobre a legislação posterior, principalmente sobre nossos dois códigos anteriores,[3] os códigos modernos, como o Código Penal espanhol e o Código Penal português, ambos de 1995, divergem quanto à forma de caracterização desses delitos. Assim, o Código espanhol não distingue entre injúria e difamação, ambas contidas no art. 208, como "a ação ou expressão que lesa a dignidade de outra pessoa, menoscabando sua fama ou atentando contra sua autoestima". Já o Código português as distingue, exclusivamente, quanto à forma de cometimento. A difamação consistirá na imputação de fatos desonrosos a alguém ou na emissão sobre ele de juízos ofensivos à sua honra ou consideração, feita em conversa ou manifestação dirigida a outra pessoa, ou reproduzida em juízo (art. 180). A injúria se refere a uma ofensa à honra ou consideração proferida ou encaminhada diretamente ao próprio ofendido (art. 181). Segue, neste passo, a linha do código italiano de 1932, que distingue entre injúria (art. 594) e difamação (art. 595), exclusivamente pela direção da ofensa. Se diretamente ao ofendido, haverá injúria; se por meio da comunicação a outras pessoas, difamação.

Divergindo do Código Imperial e do primeiro Código Republicano, o legislador brasileiro de 1940 seguiu, nesta matéria, a sistemática da lei de imprensa francesa e, de certo modo, do direito alemão, que contempla três espécies de delitos contra a honra: a calúnia (*Verleumdung*, § 187), a difamação (*üble Nachrede*, § 186), e a injúria simples (*Beleidigung*, § 185). No direito alemão, porém, a calúnia e a difamação apresentam outras particularidades, associadas

---

delegados (§ 207-209) ou seus objetos, escritos ou símbolos (§ 210-213) e a injúria comum, considerada como delito privado (§ 538).

3. Nosso Código Imperial de 1830 não diferenciava, na verdade, entre injúria e difamação, compreendendo esta naquela (art. 236), mas caracterizava a calúnia como a imputação falsa, feita a alguém, de um fato criminoso em que fosse cabível a ação popular ou um procedimento acusatório oficial (art. 229). Esse modelo foi também seguido pelo Código Republicano de 1890, que anotava como calúnia a falsa imputação de um fato criminoso (art. 315) e como injúria a atribuição de vícios ou defeitos, bem como de fatos ofensivos à reputação (art. 317).

à prova da falsidade do fato imputado ou do seu conhecimento. Na difamação, há a imputação de um fato depreciativo ou, publicamente, desonroso, mas cuja veracidade não pode ser comprovada. A impossibilidade de comprovação do fato constitui, portanto, uma condição objetiva de punibilidade. Na calúnia, a imputação se refere a um fato inverídico, cuja falsidade é do conhecimento pleno do autor. Se o que se atribui à vítima, como fato ofensivo determinado, é a prática de um delito, isto não interfere na sua caracterização típica, podendo constituir tanto calúnia quanto difamação ou até mesmo injúria. Relativamente à injúria, o direito alemão apresenta um claro *déficit* de taxatividade, porque não a define em termos de conduta determinada, deixando que a doutrina e a jurisprudência o façam. Entende-se, então, por injúria, segundo as contribuições doutrinárias e judiciais, todo ato que implique desprezo ou desrespeito de alguém, de modo a "negar-lhe os valores humanos elementares ou os valores éticos ou sociais e lesar, por meio disso, a absoluta pretensão ao respeito".[4] Ademais, o código traça regras disciplinadoras da comprovação do fato, que têm importância na difamação. A comprovação pode ser absolutamente impossível, quando a vítima tenha sido absolvida em relação àquela imputação, que serve de base à ofensa, ou manifestamente incontestável, quando a vítima tenha sido definitivamente condenada por tal fato (§ 190). Independentemente da prova da verdade, o direito alemão admite a punibilidade da ofensa, quando esta resultar não, propriamente, da afirmação ou da divulgação de um fato, falso ou verdadeiro, mas do modo como for exprimida (§ 192), de modo a constituir um excesso ou abuso de expressão.

O Código Penal brasileiro vigente, ainda que se oriente pelos critérios tripartidos da legislação francesa e do Código alemão, não segue um modelo definido, ao caracterizar de modo específico a calúnia, como a imputação falsa de um fato criminoso, a difamação, como a imputação de fato ofensivo à reputação e a injúria, como a ofensa à dignidade ou ao decoro da vítima. Fá-lo, mesclando disposições e, afinal, produzindo um texto bastante diferenciado e novo, mais homogêneo e mais claro do que seus similares estrangeiros. Geralmente, costuma-se menosprezar o Código brasileiro, mas, nesse ponto, o legislador pátrio foi bem melhor e mais lúcido do que seus colegas eruditos e civilizados.

2. O BEM JURÍDICO

Independentemente da estrutura de cada uma das figuras típicas previstas no Código Penal no tocante às ofensas à honra, a doutrina tem claudicado

4. Karl Lackner und Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München: Beck, 2001, p. 720.

na identificação precisa do bem jurídico ou do interesse jurídico efetivamente violado com a realização de tais infrações. Tradicionalmente, a busca do bem jurídico violado é assumida nas esferas do social e do individual, o que corresponde a uma classificação da honra segundo seus dois aspectos, como *honra objetiva* e como *honra subjetiva*. A primeira, entendida no sentido da reputação que cada indivíduo possui objetivamente no meio em que se encontra; a segunda, como sentimento de autoestima, manifestado pelas expressões *dignidade* ou *decoro*. De conformidade com essa proposta, a calúnia e a difamação violariam a honra objetiva, enquanto a injúria representaria uma ofensa à honra subjetiva.

Apesar de ser uma proposta normalmente aceita pelos doutrinadores, é bastante questionável a identificação de um bem jurídico que dependa, exclusivamente, do sentimento da vítima quanto ao seu próprio valor como pessoa, ou da comprovação ou existência de uma reputação social que lhe corresponda. O sentimento da vítima, por estar sempre na dependência da sensibilidade ou suscetibilidade de cada um, conduz a incertezas quanto à sua exata dimensão. Por sua vez, a reputação social carece de uma demonstração empírica e decorre, muitas vezes, de meras conjecturas ou de impressões sem qualquer respaldo material. Importante será a busca de um conceito de honra a partir de elementos objetivos, que possam superar os contornos emocionais que lhe estão sempre agregados. No entanto, quando se trata de fundar elementos objetivos, subsiste sempre outra dificuldade: a de esclarecer sobre seu conteúdo e sua extensão. A própria doutrina não é uníssona quanto a determinar as características do que se conceitua como objetivo: se essa análise está assentada em dados unicamente da realidade externa ou se é possível admiti-la, também, no âmbito da estrutura psicológica, desde que não venha a depender exclusivamente de um ato de consciência.

Em face dessa dificuldade, a doutrina não chegou até agora a uma identificação precisa do bem jurídico *honra*, ora mesclando dados objetivos e subjetivos, ora assimilando esses dados a partir de procedimentos fáticos e normativos. Apesar de não haver uma sedimentação dogmática dessa questão, na esteira de uma classificação encetada pela doutrina alemã e seguida pela doutrina espanhola, podem ser compreendidas quatro concepções acerca do bem jurídico *honra*: (a) as concepções fáticas; (b) as concepções normativas; (c) as concepções instrumentais; (d) as concepções fático-normativas.[5]

5. Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.ed., München: Beck, 2006, p. 1635 e ss.; T. S. Vives Anton et al, *Derecho penal, parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 672.

As concepções baseadas em dados objetivos, quer sob o aspecto puramente fático, quer fático-normativo, resultam de uma especulação empírica acerca do conceito de honra, que fica subordinado a um dado da realidade, seja psicológico, seja social. Sob o aspecto psicológico, a honra será configurada, então, segundo um sentimento pessoal de autoestima, correspondente ao conceito de honra subjetiva. Já sob o aspecto social, a honra se confunde com a boa reputação gozada por determinada pessoa no mundo de suas relações concretas (honra objetiva). Tanto o sentimento de autoestima (honra subjetiva) quanto à boa reputação (honra objetiva) seriam, portanto, circunstâncias constatáveis, para as quais não se necessitaria de qualquer juízo de ponderação de interesses ou valores. Sob esse aspecto, que corresponde a uma concepção metodológica positivista, a fundamentação objetiva da honra abrigaria os propósitos de segurança e garantia, seguidos pela ordem jurídica de um Estado de direito, porque passaria a se fixar, exclusivamente, sobre elementos não dependentes de uma escolha arbitrária do legislador ou do julgador. A deficiência de tal concepção reside, porém, em que, além ser empiricamente difícil proceder-se à demonstração de uma reputação social, desvinculada do sujeito, é também absolutamente instável a constatação do sentimento de autoestima, o que conduz, no fundo, a uma mera expressão retórica de dados fáticos lançados ao acaso, o que faz cair por terra os apregoados sucessos garantistas.

Por seu turno, as concepções puramente normativas se afastam da clássica relação sujeito e objeto e, em vez de resultarem de método empírico de demonstração ou constatação, se inferem de uma codificação valorativa, que passa a criar, em função da base de seus parâmetros, um conceito próprio de honra, não dependente exclusivamente de dados materiais. Como, por seu turno, uma concepção estritamente normativa está também subordinada aos critérios que a determinam, têm-se, por conseguinte, concepções normativo-sociais, estritamente morais ou exclusivamente jurídicas, conforme decorram de uma valoração que se exerça por normas de cultura, por puro racionalismo ou por critérios legais.

Nas concepções normativo-sociais, a honra corresponde a um fator de merecimento ao respeito, decorrente da condição de pessoa como sujeito da ordem jurídica e da cidadania, critério que tem despertado agudamente a atenção dos juristas e que, no Brasil, foi defendido, ainda que com o corretivo jurídico, por Heleno Cláudio Fragoso.[6] Antes de tomarem a pessoa como sujeito da

6. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. 1, p. 129.

ordem jurídica e lhe conferirem um valor a partir de sua inserção normativa e, portanto, como portadora de um direito ao respeito, as concepções normativo-sociais a situam como integrante de uma ordem social, que lhe daria o sustentáculo material de subsistência. O direito ao respeito pressupõe, assim, uma condição social de integração. Ninguém teria direito ao respeito, se não tivesse também um merecimento na qualidade de membro de uma sociedade. Essa relação entre pessoa e direito, por um lado, e pessoa e sociedade, por outro lado, visualizada em função de uma ordem jurídica integrativa, esbarra, inicialmente, em uma dificuldade, que é a de esclarecer a origem do merecimento. Haverá, efetivamente, um merecimento, capaz de encetar um direito ao respeito? Em caso positivo, haverá a necessidade de se esclarecer acerca dos elementos e dos contornos delimitativos desse merecimento, o que pode gerar outras questões: (a) todos merecem o mesmo respeito? (b) o respeito tem limites? (c) é possível reduzir o respeito? (d) o parâmetro do respeito tem por base a pessoa ou suas relações?

Nas concepções estritamente morais, o merecimento ao respeito é inferido por um critério de razão prática, fundado na relevância de sua universalidade e, pois, como corolário de um imperativo categórico. Tal seria o conceito kantiano de honra, como expressão da dignidade. No entanto, nas concepções jurídicas, o conceito de honra é extraído do próprio ordenamento jurídico, que o disciplina a partir dos princípios constitucionais, como condição de existência e de realização da pessoa. Ao constatar-se que o imperativo categórico, no dizer de Kant, está integrado na lei penal, pode-se ver que o tratamento da honra está sempre impregnado de argumentos morais. O grande desafio do direito penal consiste em excluir desse conceito uma argumentação moral e buscar na própria norma jurídica o elemento essencial de sua caracterização. Poderia parecer, com esse gesto, que se estaria, aqui, edificando um fundamento positivista de honra, mas esse equívoco pode ser contornado, à medida que se possa situar a previsão legal sob os pressupostos de legitimidade impostos por uma concepção comunicativa de ordem jurídica.

Como variação de uma concepção positivista de honra, ainda que alguns de seus autores se filiem a outros esquemas de pensamento, como o finalismo ou o ontologismo, podem ser citadas, também, as concepções instrumentais, nas quais a honra pode ser vista, inicialmente, no seu aspecto formal, como direito subjetivo do cidadão em face do Estado e de outros cidadãos. Pode também ser vista como um meio de defesa da ordem pública, quando no sentido de uma proteção ao respeito. No Brasil, defendem a ideia de uma concepção instrumental, entre outros, Aníbal Bruno, Cezar Bitencourt, Heleno Fragoso e Luiz Regis Prado, para quem a honra constituiria apenas um bem jurídico

secundário. O bem jurídico principal, imediatamente protegido, seria a pretensão jurídica ao respeito.[7] Esta é uma tese que foi defendida, inicialmente, por Gallas[8] e, depois, acolhida, entre outros, por Arzt e Weber.[9] Modernamente, essa concepção ganha novos contornos, de modo a não mais situar a honra em uma genérica pretensão ao respeito, mas, sim, ao respeito da personalidade, a qual passa a adquirir um *status* diferenciado nos delitos contra a honra em face da vigência de valores sociais de reconhecimento.[10]

Nas concepções mistas, fático-normativas, a honra se vê tomada, normalmente, por um lado, como condição de existência e realização da pessoa, no sentido expresso de proteção à sua dignidade e, por outro lado, como dado social ou individual, decorrente de sua reputação e autoestima. Este é o posicionamento de Muñoz Conde, para quem a fama ou a reputação social e ainda a autoestima não podem subsistir isoladamente sem referência à dignidade humana, entendida como um direito fundamental reconhecido a todas as pessoas, independentemente de sua condição social, idade, sexo, nacionalidade, religião ou profissão.[11]

Não obstante as diversas concepções, o conceito de honra continua indefinido quanto ao seu conteúdo e extensão, daí dizer Hans Welzel que a honra não pode ser confundida com um dado fático de reputação, merecida ou imerecida, nem com o sentimento de autoestima. Por isso mesmo, Welzelcritica a concepção de ver a honra somente pelo lado de merecimento ao respeito, porque este seria, rigorosamente, sua consequência, mas não seu elemento essencial.[12]

Como bem jurídico normativo, a honra deve ajustar-se a dois componentes essenciais. Por um, à dignidade pessoal, tomada no sentido de condição de

---

7. Aníbal Bruno, *Direito penal, parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 270; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal, parte especial*, São Paulo: Ed. RT, vol. 2, p. 315; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, parte especial*, São Paulo: Bushatsky, 1977, vol. 1, p. 201.
8. Wilhelm Gallas, Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines StGB, *ZStW* 75/16 e ss.
9. Günther Arzt und Ulrich Weber, *Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Lehrbuch*, Bielefeld: Gieseking, 2000, p. 174.
10. Johannes Wessels und Michael Hettinger, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000, p. 119.
11. Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, 12. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 269.
12. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: De Gruyter, 1969, p. 304.

existência do indivíduo e, portanto, da própria ordem jurídica; por outro, à função social destinada à pessoa. Desse binômio dignidade/função social é que será possível alcançar o conteúdo do conceito de honra, desvinculando-o tanto de seus aspectos empírico-objetivos de constatação, quanto de sentimentos pessoais e emocionais. A função social destinada à pessoa conduz a considerá-la, não como um indivíduo isolado, mas, sim, como alguém que deve participar ativamente de todos os projetos sociais e estatais. Nesse sentido, a honra constituiria um pressuposto do processo de comunicação, pelo qual devem ser reconhecidos à pessoa todos os direitos e condições materiais para sua participação social. À medida que se lhe assegurem esses direitos participativos, também se passa a reconhecer-lhe a condição de pessoa, dotada de dignidade.[13]

Convém salientar, porém, que a honra deve ser vista, essencialmente, como bem da pessoa e não da sociedade. Como tal, é erigida como sua condição de existência, a partir do reconhecimento de sua dignidade, que se afirma como elemento estrutural do Estado democrático, independentemente das habilidades ou deficiências de cada um. Quando vista no sentido social, a honra não pode ser transformada em bem de utilidade, mas alinhavada igualmente como condição de realização da própria pessoa, a partir do reconhecimento da relevância de sua função, como condição da ordem jurídica. Seguindo esse raciocínio, que corresponde precisamente aos objetivos traçados no próprio código penal, só podem ser *sujeitos passivos* de crimes contra a honra as pessoas individuais.[14] A doutrina tem claudicado quanto a este tema e, impressionada com a projeção econômica dos grupos empresariais, tem admitido que uma pessoa jurídica possa ter sua honra lesada com a divulgação de fato desabonador de sua atividade ou seriedade. Essa é, porém, uma falsa concepção, e o direito penal não pode servir de instrumento de preservação da boa fama de uma entidade. Para tanto, basta o direito civil, capaz de impor indenização por atos lesivos aos interesses das empresas. Até pelo princípio da intervenção mínima, não se poderia admitir à pessoa jurídica essa qualidade de sujeito passivo de crimes contra a honra. Mas, independentemente dessa abordagem de política criminal, a pessoa jurídica não possui dignidade e, portanto, não pode

13. Edward Schramm, Über die Beleidigung von behinderten Menschen. *Monatsschrift für deutsches Recht*73/801 e in ESER, Albin U. A. (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, München: Beck, 1998, p. 539.

14. Também, nesse sentido, Márcio Bártoli e André Pazeri. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco (orgs.), *Código Penal e sua interpretação*, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 720 e 725; admitindo a pessoa jurídica como sujeito passivo: Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 319 e 337.

ser ofendida em sua honra. Pode sê-lo em sua respeitabilidade social, mas isso não basta para fundar uma ofensa à honra. A respeitabilidade social da pessoa individual, por seu turno, só tem relevância como projeção de sua dignidade.

Neste quadro, a ofensa à dignidade constituiria o núcleo dos delitos contra a honra, correspondente ao que se convencionou chamar de *honra interna*, complementada pela chamada *honra externa*, originada da função social da pessoa e expressa por sua reputação. Nesse sentido, pondera Lenckner que a dignidade da pessoa, tomada no seu aspecto individual, não esgota por si só o conteúdo da honra, porque não se pode descartar da condição de pessoa o pressuposto de que esta existe em uma sociedade e nela exerce suas funções,[15] quer dizer, a honra passa também a depender, em determinado momento, das relações de reconhecimento de seu valor. As formas encontradas pelo legislador brasileiro, de traduzir as ofensas à honra em atos de calúnia, difamação e injúria, são modos pelos quais se executa a tarefa político-criminal de traçar com nitidez os limites do lícito e do ilícito, cujos lindes, por sua vez, dependem da consideração acerca do bem jurídico efetivamente lesado.

Desde que se reconheça à honra, propriamente dita, a qualidade de bem jurídico diretamente afetado por tais atos e não como objeto subordinado, simplesmente, à pretensão ao respeito, a tipicidade de todos esses delitos deve ser verificada com certo grau de ponderação, à vista dos princípios constitucionais que asseguram a proteção à dignidade, de um lado e à liberdade de expressão, de outro, como direitos fundamentais materiais da pessoa. A solução desse conflito tem gerado alguns problemas, porque o juízo de ponderação, na maioria das vezes, tem caráter eminentemente utilitário, o que contradiz a estrutura do conceito de pessoa e de sua função social. Para que um juízo de ponderação tenha validade, será necessário que só seja invocado quando os bens em conflito guardem a mesma hierarquia; ademais, que a solução do conflito não persiga um objetivo de utilidade, mas, sim, de esclarecimento acerca de como a pessoa é considerada em termos individuais e em suas relações. A ponderação, portanto, entre o direito de informar, de um lado, e a dignidade, de outro, deve conduzir à demonstração de que a prevalência de um ou de outro tem por base a preservação da própria pessoa e não de direitos genéricos concedidos a entidades ou ao Estado.

Ao tratar da pessoa em sua existência e em suas relações social, com vistas à sua preservação, é preciso assinalar, entretanto, que não se pode confundir o conceito de bem jurídico, propriamente dito, com o conceito de função, nem

15. Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, op. cit., p. 1636.

se poderá identificá-lo com o objeto da ação, o chamado comumente de objeto material do delito.

Embora em muitos casos o bem jurídico se identifique com o objeto material e se confunda com a noção de função, é indispensável proceder-se às respectivas distinções para possibilitar uma perfeita delimitação daquilo que efetivamente se proíbe, daquilo que se permite e, inclusive, aprofundar a discussão em torno da legitimidade da incriminação da própria conduta, independentemente do contexto no qual ela se execute. Tecendo considerações sobre a noção de função, bem demonstra Francesco Palazzo as dificuldades de separá-la da noção de bem jurídico, com a qual se identifica em muitos casos, quando as incertezas e imprecisões deste último conceito tornam possível a tutela penal de funções, quando se situem como um conjunto necessário de homens e meios normativamente organizados ao alcance de fins institucionais ou sociais.[16]

Embora se reconheça a algumas funções a qualidade de bem jurídico, como se dá, por exemplo, com a função judicial, que, em virtude de sua relevância social e necessidade, vem a constituir uma condição essencial do Estado democrático, de modo a ser considerada como objeto de proteção penal, ainda assim, essa forma de tutela deve ter como fundamento a lesão ou o perigo de lesão de um determinado bem jurídico. O bem jurídico, portanto, em qualquer caso, deve servir de fundamento da incriminação, na forma de bem lesado ou posto em perigo. Essa consideração do bem jurídico, como objeto de lesão ou de perigo de lesão, que se apresenta como fundamental para delimitar o poder de punir, pode conduzir, porém, a confundi-lo muitas vezes com o próprio objeto material da ação, principalmente nos delitos contra a pessoa, como no homicídio, na lesão corporal, no sequestro e na injúria. Nestes casos, a necessidade de se demonstrar que a incriminação não se encontra no vazio, mas alicerçada na produção de certos efeitos materiais, refletidos como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, implica que o julgador deva sempre aprofundar o exame da tipicidade, muito além da própria consumação, para verificar se o bem jurídico fora, efetivamente, violado ou se o fato, embora típico, não guarda relevância jurídica. Esta moderna compreensão da tipicidade, que tem origem no célebre e pioneiro trabalho de Claus Roxin, intitulado *Sentido e limites da pena estatal*, reflete, justamente, o caráter fragmentário do direito penal, de que a infração à norma penal "somente deve ser sancionada com a

16. Francesco Palazzo, Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente. *Revista Penal* 4/76.

pena, quando isto for imprescindível para uma convivência ordenada",[17] quer dizer, quando se demonstre, como diz Zaffaroni, relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.[18]

Por outro lado, convém esclarecer a afirmativa de Lenckner, um dos mais renomados teóricos do direito penal, de que a honra, como bem jurídico, não se esgota no âmbito estrito da dignidade.[19] Para dar a exata dimensão desta afirmativa, deve-se ressaltar, particularmente na injúria, que essa dignidade deve valer, em primeiro plano, como condição existencial da pessoa humana, independentemente da função que esta socialmente desempenhe. Este é o princípio geral que deve orientar o processo legislativo de tipificar os fatos ofensivos à honra. Entretanto, embora este princípio de resgatar a dignidade como bem jurídico essencial à pessoa humana deva ser levado em consideração todas as vezes em que o legislador inicie o processo legislativo de delimitar o campo da intervenção do poder punitivo, cabe asseverar que essa mesma dignidade só se materializa na vida social. Como a questão do lícito e do ilícito só interessa diretamente ao direito, seria mesmo absolutamente incompreensível no âmbito jurídico um conceito transcendental de dignidade, só passível de atenção para a vida religiosa ou moral. Assim, à medida que se entrelaça com a função que lhe corresponde no âmbito social, a dignidade pessoal se vê restringida na sua extensão, porque se sujeita, por isso, a outros juízos de valor, subordinados a parâmetros que se deslocam da simples expressão individual para o âmbito do interesse público, que solidifica ou altera sua verdadeira densidade.

A relação bem jurídico e função, desta forma, deve refletir um processo recíproco de interação e não apenas mera indicação de perspectivas estatais de proteção. Se assim não fosse, poder-se-ia incriminar qualquer conduta, bastando que se tratasse de alguma coisa associada ao interesse social de controle, o que violaria o sistema de proteção penal e seus postulados de garantia, que devem se alicerçar na lesão ou no perigo de lesão ao bem jurídico e não na proteção pura e simples de funções estatais ou sociais.

A função desempenha, portanto, um papel limitador do alcance da proteção penal e não um parâmetro em si mesmo para a incriminação. Justamente pela incompreensão do papel desempenhado pelas funções no âmbito do direito

17. Claus Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin/New York: De Gruyter, 1972, p. 13.

18. Eugenio Raúl Zaffaroni et al, *Derecho penal, parte general*, 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 128.

19. Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, op. cit., p. 1636.

é que acabam falhando, muitas vezes, algumas interpretações extensivas da norma penal e, de outro modo, se alimentando a legislação penal com uma enxurrada de tipos indeterminados, que normalmente só retratam a preocupação de garantir políticas estatais e não a integridade ou a incolumidade dos bens jurídicos. Uma vez incorporada à matéria o sentido dado à violação do bem jurídico, na forma de sua lesão, emerge a questão das delimitações estruturais dos delitos de calúnia, difamação e injúria.

3. AS ESPÉCIES DE OFENSA À HONRA

3.1 A injúria

Substancialmente, a ofensa à honra deve ser vista como ofensa à dignidade e sua projeção no mundo social. Neste contexto, o *delito de injúria* constitui o cerne de todas as ofensas à honra, das quais a calúnia e a difamação seriam formas mais graves de sua manifestação. Haverá, assim, injúria quando se atribuam ao sujeito más qualidades ou contra ele se emitam juízos de valor negativos, que possam menoscabá-lo como pessoa, tanto em seu aspecto individual quanto social.

Muito antes de a norma constitucional haver erigido a dignidade da pessoa humana como condição estrutural do Estado democrático, nosso Código Penal de 1940 já havia consagrado no art. 140, no delito de injúria, esse mesmo bem jurídico como objeto de ofensa. O legislador de 1940 ainda não possuía, porém, um embasamento correto da noção de dignidade, vindo buscar, no art. 594 do CP italiano de 1932 e na sua interpretação doutrinária, a fórmula híbrida desse delito, como ofensa à dignidade e ao decoro, para incluir neste último o sentimento de autoestima.

Com efeito, diz o art. 594 do Código italiano consistir a injúria em ofender "a honra ou o decoro de uma pessoa presente", entendendo a doutrina que aqui se trata de uma ofensa tanto à honra objetiva, no sentido de consideração social, quanto subjetiva, no sentido do sentimento que cada um tem de sua própria dignidade; o decoro, por seu turno, seria o sentimento de seu próprio valor social.[20]

A interpretação correta da norma penal, entretanto, não pode ficar na dependência da interpretação que, originariamente, é dada ao seu modelo legislativo. A fim de adequar o código penal aos princípios e critérios dos mandamen-

20. Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, 8. ed., Milano: Giuffrè, 1981, p. 150.

tos constitucionais do Estado Democrático brasileiro, será preciso proceder a uma redução do sentido das expressões legais. O Estado não pode sancionar como delito a ofensa, pura e simples, a sentimento pessoal de autoestima, como se pretende fazer, ao dar-se à expressão "decoro", contida no art. 140 do CP, interpretação semelhante a de "sentimento de seu próprio valor social". Se tal ocorresse, qualquer expressão que contivesse o menor e mais insignificante sentido de crítica poderia implicar ofensa à honra, o que tornaria a vida social absolutamente insuportável. Bastaria que essa crítica pudesse implicar um certo desconforto no sentimento de vaidade da pessoa para daí resultar, imediatamente, a configuração de injúria punível.

Na verdade, o delito de injúria deve ser visto, essencialmente, como delito contra a dignidade pessoal e não contra o decoro. O decoro, como bem informa Enzo Musco, não possui autonomia para ser objeto de proteção.[21] O decoro é, simplesmente, uma forma de ofensa à dignidade e deve estar a ela referenciado *como o respeito objetivo que cada um desfruta como pessoa.* O decoro, portanto, é uma manifestação da dignidade em sua função social. O respeito objetivo à pessoa, que congrega o decoro, confere sentido à dignidade, que deixa de ser, assim, um elemento particular do sujeito para se transformar em condição de sua exteriorização.

Não é fácil, por sua vez, conceituar-se "dignidade". Geralmente, parte-se de uma *formulação negativa*, também conhecida como *fórmula do objeto*, de origem kantiana e pela qual se entende por dignidade a qualidade da pessoa de não ser tratada como objeto, mas, sim, como sujeito, em todas as suas relações. Por conseguinte, já em um sentido objetivo, a consideração da dignidade implica reconhecer na pessoa a capacidade de orientar-se valorativamente e a desenvolver sua própria personalidade.[22]

Admitindo-se que a cada indivíduo se deverá reconhecer a capacidade de própria orientação e de desenvolvimento de sua personalidade, igualmente se deverá reconhecer que essa capacidade só pode ser exercitada ali e quando o indivíduo se veja seguro desse reconhecimento, no tocante ao respeito que recebe de todos, como pessoa. O *aspecto positivo* da dignidade se torna, pois, violado quando sobre a pessoa se projetem juízos de menosprezo pessoal e reprovação social, que se refiram, exclusivamente, a atos ou a condições particulares, ou próprios de sua personalidade ou orientação de conduta.

---

21. Enzo Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 149.

22. Helena Regina Lobo da Costa, *A dignidade humana*, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 34 e ss., quer atribuir à dignidade uma carga deontógica, pela qual se poderá assegurar à pessoa o exercício de seus direitos fundamentais.

Todos os delitos contra a honra, quer no tocante à honra externa ou interna, quer objetiva ou subjetiva, estão estruturados como ações que ofendem a pessoa mediante imputações de condições ou atos particulares, vinculados direta ou indiretamente ao seu modo de vida, à condução de suas atividades sob critérios de opção ou orientação própria, ou a deficiências pessoais, por cuja origem não se lhe pode responsabilizar.

Acolhendo-se a tese de que a injúria consiste na atribuição de más qualidades ou na emissão de juízos negativos de valor, todos relacionados, portanto, à dignidade pessoal, tem-se como *consumado* o delito quando a ofensa chegue ao conhecimento do ofendido. Há um ponto controvertido no delito de injúria, que é próprio do direito brasileiro: quando a ofensa é proferida em público, mas dela não toma conhecimento o ofendido. Claro que a ofensa proferida em público é mais grave do que aquela feita diretamente ao ofendido, sem a presença de outras pessoas. No direito português esta questão seria facilmente resolvida, porque este fato constituiria difamação. Mas no direito brasileiro, que só caracteriza a difamação mediante a imputação de um fato desonroso e não de más qualidades, a solução só poderá ser no sentido de se admitir, neste caso, apenas uma tentativa de injúria. A consumação só ocorrerá mesmo, quando o ofendido tomar conhecimento da ofensa.

3.2 A difamação

Como uma espécie mais grave da injúria e elevada à categoria de delito autônomo, a *difamação* (art. 139) consiste na imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação. Na linha da Lei de Imprensa francesa (art. 29), o Código brasileiro estabelece alguns parâmetros de composição do respectivo tipo de delito: (a) não faz distinção entre a falsa e a verdadeira imputação; (b) nem à forma e ao modo de execução da ação, se feita direta ou indiretamente à vitima; (c) mas exige que se trate de um fato determinado.

3.2.1 A questão do fato verdadeiro

A grande discussão, inicial, em torno do delito de difamação, já a partir de seu modelo francês, consiste em decidir se a imputação de um fato ofensivo à reputação importa, desde logo, ofensa à honra, ainda que seja verdadeiro.

Caso se considerasse que a imputação desse fato alcançaria tão só a dignidade da pessoa, bastaria que fosse divulgado para importar lesão à honra, independentemente do seu conteúdo de verdade. Entretanto, à medida que se passa a projetar a conduta pessoal de cada um sobre o âmbito de suas relações sociais, o bem jurídico se subordina a um contexto diferenciado de lesão, por-

que deixa de ser tomado como um bem subordinado exclusivamente a uma pretensão individual para, em face da função que possa desempenhar nessas relações comunitárias, se elevar a outra forma de categoria. Não se está aqui, com isso, acolhendo a tese de que a honra seria também um bem coletivo. A questão que se deve colocar é quanto ao grau de sua disponibilidade. Há bens que estão subordinados à exclusiva pretensão de disponibilidade do indivíduo, outros, como a vida, por sua importância social, a uma indisponibilidade quase absoluta. Há ainda os que possibilitam um juízo de valor acerca de sua conservação social, mesmo que vinculados ao indivíduo. Nessa relação de disponibilidade é que passa a interessar, conforme o caso, a questão de ser a imputação verdadeira ou não. Irrelevante para tanto será a circunstância de que a ofensa tenha sido proferida diretamente à vítima. Também na ofensa a pessoa ausente, será possível a violação de sua reputação.

3.2.2 O fato determinado e a prova da verdade

Como pressuposto da análise da veracidade da imputação, o modelo originário francês, que influenciou diretamente o direito brasileiro, parte de que, em se tratando de difamação, deve ela se referir a um fato determinado. Não é necessário, no entanto, que o fato seja afirmado em suas particularidades; basta que possa ser identificado como fato e não como más qualidades ou juízos de valor sobre a pessoa ofendida.

No direito francês, a razão de se exigir para o delito de difamação a imputação de fato determinado reside na necessidade de que possa ser objeto de prova ou do contraditório. Com isso, poder-se-ia, então, justificar que haveria difamação, ainda quando o fato fosse verdadeiro, se existente uma condição que impedisse a prova da verdade. Este impedimento da prova da verdade pode resultar de uma lei, como também, em sentido negativo, da ausência de elementos que a possam justificar. Isto quer significar que a prova da verdade do fato poderia ser invocada, se autorizada legalmente, à vista do interesse público relevante e superior ao direito à boa reputação.

O direito brasileiro não dissentiu dessa orientação. Entre nós, haverá difamação ainda que a imputação seja verdadeira, salvo quando o fato for atribuído a funcionário público em razão de suas funções. Nesta hipótese, poderá o agente opor à acusação a prova da verdade (art. 139, parágrafo único, do CP). Desde que comprovada a veracidade da imputação, desaparece a tipicidade da imputação. A prova da verdade, portanto, no caso específico de fato atribuído a funcionário público em razão de suas funções, constitui um elemento complementar, negativo do tipo da difamação.

A prova da verdade em face do funcionário público era, aliás, da tradição do direito brasileiro. Nosso Código Imperial de 1830 assinalava que as "imputações feitas a qualquer corporação, depositário ou agente de autoridade pública, contendo fatos ou omissões contra os deveres dos seus empregos, não sujeitarão pena alguma, provando-se a verdade delas" (art. 239). O legislador imperial, porém, excluía dessa prova todos os fatos relativos à vida privada, ainda que atribuídos a funcionários públicos (art. 239, segunda parte). Justificando a admissibilidade da prova da verdade, quando o fato for atribuído a funcionário público em razão de suas funções, afirmava Nélson Hungria que a exceção atenderia a um postulado democrático. Nesse sentido, dizia: "Nos países não empolgados pelo autoritarismo estatal, o exercício dos cargos públicos, criados para servir ao interesse coletivo, não pode deixar de ficar exposto à censura pública, à sindicância dos cidadãos em geral".[23]

Vê-se, pelo comentário de *Nélson Hungria*, que a adoção da prova da veracidade do fato, quando se tratasse de ofensa a funcionário público em razão de suas funções, se justificaria em face do interesse público. O interesse público, neste caso, nasceria com a divulgação da ofensa, a ser compreendida não mais no âmbito estrito da dignidade pessoal, mas agora em face de sua projeção social. A partir desse momento, a delimitação penal da lesão à honra se torna condicionada, no caso específico do funcionário público, em razão de suas funções, a que a imputação não possa ser concretamente provada como verdadeira. A condição negativa da prova da verdade constitui, neste caso, um elemento do tipo do delito da difamação, que reflete, em sua fórmula particular de incriminação, o interesse público na manutenção de um núcleo de seriedade na condução do serviço público e delimita, por conseguinte, com outros contornos, a lesão à honra.

3.2.3 A notoriedade do fato e o incremento do risco

Apesar de o Código Penal brasileiro não contemplar diretamente outra hipótese de prova da verdade, além daquela referente ao funcionário publico, distinguindo-se, neste caso, de seu modelo francês, o art. 523 do CPP estende esse elemento negativo do tipo, também, ao caso da *notoriedade do fato*. Com isso, poder-se-á dizer que o sistema penal brasileiro acolhe, neste particular, a orientação do antigo regime adotado no Código Napoleônico, posteriormente alterado pela lei de imprensa, de só punir os delitos contra a honra, em qual-

23. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. VI, p. 88-89.

quer de suas formas, quando falsa a imputação ou quando a sua veracidade não puder ser provada. Caso assim não fosse, resultaria letra morta a expressão contida no art. 523 do CPP.[24]

No direito brasileiro, portanto, a difamação não se assenta estritamente na mera e simples imputação ou divulgação de um fato ofensivo à reputação. Pelo contrário, a sua configuração típica depende das características de comprovabilidade do fato imputado, relativamente à qualidade da vítima ou ao seu conhecimento público. No que toca à qualidade da vítima, a comprovação da veracidade do fato está restrita, exclusivamente, ao caso de imputação feita a funcionário público em razão de suas funções (art. 139, parágrafo único, do CP). No que diz respeito ao conhecimento do fato, a veracidade da imputação deve independer de prova, em face de sua *notoriedade*.

A eliminação do conteúdo típico da difamação quando o fato imputado for notório tem, por outro lado, um outro fundamento, além daquele que poderia resultar de seu aspecto puramente processual. Se o fato é notório, não se pode mais ofender o bem jurídico "dignidade", *em seu aspecto social*, que constitui, também na difamação, o objeto jurídico da ofensa. Com isso, já não mais se estará atribuindo à vítima um comportamento desonroso em virtude de sua vida privada, da qual os demais não deveriam tomar conhecimento. Apenas se reproduz o que todos já sabem. Quando se reproduz o que todos já sabem, a conduta se manteve nos limites do risco autorizado, ou seja, nos limites do que se admite como normal em uma vida comunitária.

À medida que a atribuição de comportamento defeituoso se afirme como fato notório, a ofensa sofre uma alteração de categoria. Deixa de ser instrumento de agressão a bem jurídico personalíssimo e se translada a uma categoria de natureza funcional, na qual a relevância maior não está mais alicerçada na lesão à dignidade pessoal, mas na manutenção da liberdade de expressão, como condição de uma vida comunitária. No âmbito de atuação do sistema penal, trava-se, aqui, então, um conflito particularíssimo entre a lesão da dignidade pessoal, tomada em seu aspecto de funcionalidade social, que inclui a reputação, por um lado e a proteção da liberdade de expressão, por outro, com todos seus condicionantes e efeitos. A primeira – a lesão da dignidade em sua função social e, portanto, exteriorizada pela ofensa à reputação – tem a prevalência até o momento em que o fato se torne notório. Uma vez que o fato se torne

24. Admitindo a arguição de notoriedade do fato como modalidade de exceção, Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 225.

notório, o conflito deve ser resolvido em favor da segunda – da liberdade de expressão –, como condição da preservação de todos os elementos normais de uma vida comunitária, à qual pertence a própria pessoa. Na solução correta desses conflitos entre a lesão de bens individuais e a proteção de interesses comunitários, dentro de uma ordem de equilíbrio, é que se assenta o Estado democrático moderno, porque, com isso, não se está assegurando a subsistência de entidades, mas, sim, dos direitos da própria pessoa de exprimir seu pensamento e comentar os fatos que sejam do conhecimento de todos.

Há que se fazer, contudo, uma importante observação no tocante aos efeitos da notoriedade do fato e de sua extensão. A lei processual não limita, expressamente, a arguição de notoriedade apenas à difamação, o que dá a impressão de poder ser invocada para excluir a calúnia e a injúria. Embora o fato seja notório, uma vez verificadas as hipóteses restritivas da exceção da verdade, contidas no art. 138, § 3.º, I e III, do CP, persiste a ofensa e, consequentemente, o delito de calúnia. Isto porque, se a prova da verdade está excluída, igualmente não se pode admitir que, em seu lugar, seja utilizado outro recurso impeditivo da imputação. Já na injúria, a ofensa não se refere ao aspecto funcional ou social da dignidade em face de comportamento do ofendido, mas, sim, à condição de existência e subsistência da pessoa, tomada em si mesma e em sua projeção social. A atribuição de más qualidades ao ofendido não será, portanto, eliminada, simplesmente, porque se considere tal coisa como notória. Em primeiro lugar, não se pode dizer que haja notoriedade em relação a más qualidades. Todo enunciado sobre más qualidades exige um juízo de valor, o que é incompatível com o significado de notoriedade. Em segundo lugar, o delito de injúria se assenta em juízos negativos sobre a pessoa e não sobre fatos desonrosos. A exceção de notoriedade contida no art. 523 do CPP se refere a fato e não a juízo de valor, até porque não podia ser de outro modo. Se, porém, a emissão de juízos negativos sobre o ofendido for motivada por declarações dele próprio, em torno de sua postura pessoal e social, embora não se inclua no âmbito da notoriedade, deverá excluir a imputação por não se haver, com essa divulgação, aumentado o risco de lesão do bem jurídico. Imagine-se que o ofendido se declare nazista e manifeste publicamente essa sua preferência política, está claro que a divulgação desse fato, por outrem, não incrementa nem aumenta o risco de lesão à sua honra.

Observada a questão de outro ângulo, deve-se precisar em que consiste afinal a difamação. Pode-se dizer que a estrutura do delito de difamação se evidencia, primeiramente, com a ação ofensiva, que consiste, como já se disse, na imputação a outrem de um fato ofensivo à sua reputação. Afora a questão da determinação do fato, é preciso que a ação ofensiva implique efetivamente

um aumento do risco para a honra alheia. Neste passo, o bem jurídico só pode ser considerado violado quando a narrativa desse fato represente para ele um gravame de tal ordem, que se possa afirmar que, a partir de sua divulgação, se tenha modificado o *status* vigente e se inaugure outro *status* sobre a estabilidade da reputação anteriormente mantida. Esta relação entre os dois estados se denomina *situação de risco* e fundamenta não apenas os delitos contra a honra, mas todos os delitos dolosos.

A ação ofensiva, portanto, não pode estar satisfeita com qualquer imputação, mas quando incremente ou aumente o risco de que com ela se venha a violar a reputação. A necessidade de uma vinculação em termos de incremento ou aumento do risco para a reputação da vítima e a divulgação do fato ofensivo constitui uma condição de imputação, sem a qual não se pode dizer tenha sido violado o bem jurídico *honra*.

Justamente sob este enfoque, ainda que sob perspectivas dogmáticas diferentes, Hans Welzel já afirmava não constituir ofensa à honra qualquer narrativa, mas apenas aquela que se apresentasse como relevante a efetivamente agredi-la. Tratava-se, então, dos conhecidos casos das ações socialmente adequadas. Mais tarde, com a ideia de uma dogmática dependente dos fins de proteção da norma e dos objetivos de política criminal, Claus Roxin deu-lhe outros contornos, para caracterizar tal situação dentro do âmbito da própria imputação.

Numa sociedade de comunicação, como a que vivenciamos, em que os deveres de organização e a atuação dentro dos limites dos riscos permitidos constituem seus fundamentos, mais se afirma a necessidade de se confrontar a ação ofensiva com a sua real potencialidade, tal como, já muito antes, pretendia fazê-lo Anselm Feuerbach, ao contemplar as reações individuais à coação psicológica das normas dentro da perspectiva de lesão aos direitos subjetivos.[25]

Sem a preocupação dogmática de qualquer das escolas penais, o legislador brasileiro ao instituir a notoriedade do fato imputado como condição elisiva da tipicidade da difamação, nada mais fez do que respaldar a teoria moderna da imputação. Em termos desta teoria, se o fato é notório, falta à imputação, justamente, a potencialidade de dano. Em outras palavras, se o fato é notório, sua divulgação não incrementa nem aumenta o risco da lesão do bem jurídico e, portanto, é jurídico-penalmente irrelevante à incolumidade da honra alheia.

25. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, tradução castelhana de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagenmeier, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64.

Em sequência a essa consideração, o delito de difamação só se *consuma* quando a ofensa chegar ao conhecimento de terceiro, de modo a exaurir nesse resultado o risco da lesão de bem jurídico.

3.3 A calúnia

A calúnia consiste, no Código Penal brasileiro, na falsa imputação de fato criminoso a alguém (art. 138). Dadas as características de sua configuração típica, parece que este delito não tem uma correspondência exata na legislação estrangeira. Em parte, acolhe os preceitos da denunciação caluniosa francesa, no que se refere à atribuição de fato criminoso à vítima, em parte, do modelo alemão, quanto à falsidade da imputação.

Tendo em vista esta mescla de modelos, é perfeitamente compreensível o fato de o legislador brasileiro haver diferenciado a calúnia (art. 138), como ofensa à honra pessoal e a denunciação caluniosa (art. 339), como delito contra a administração da justiça, ainda que ambos se estruturem sobre a falsidade da imputação acerca de um fato criminoso, mas apresentem distintos bens lesados.

Por outro lado, se a falsidade da imputação é o que, efetivamente, assinalaa diferença para com a difamação, já que esta pode consistir, igualmente, na atribuição de um fato criminoso a alguém, é perfeitamente lógico admitir-se a exceção da verdade, como contraprova da falsidade dessa imputação. Com isso, a lei brasileira fecha o círculo do injusto deste delito. O Código Penal impede, porém, a prova da verdade e, consequentemente, sua utilização como elemento negativo do tipo, quando o ofendido tenha sido absolvido definitivamente por crime de ação pública (art. 138, § 3.°, III), não tenha sido condenado definitivamente por crime de ação privada (art. 138, § 3.°, I) ou quando a ofensa for dirigida ao Presidente da República ou a chefe de governo estrangeiro. Aprofundando mais sobre esse tema, verifica-se que a Constituição Federal assegura a todos os acusados a ampla defesa e o contraditório (art. 5.°, LV, da CF/1988), sem qualquer condição ou subordinação à lei ordinária. Trata-se, assim, de norma constitucional de eficácia plena. Em face disso, parece, à primeira vista, que a restrição à prova da verdade, compreendida no art. 138, § 3.°, do CP, é incompatível com a Constituição. Mas, quanto a essa restrição, convém separar as coisas. A restrição referida nos incs. I e III, relativa, respectivamente, ao ofendido não ter sido condenado definitivamente por crime de ação privada ou ter sido absolvido definitivamente por crime de ação pública, tem por escopo a proteção do ofendido em face da própria ordem jurídica. O que se busca evitar, com essa restrição, é a instabilidade da ordem jurídica quanto aos efeitos

das decisões judiciais. Se o fato estiver sob o crivo de uma ação privada, sem condenação definitiva, sua qualificação como falso ou verdadeiro ainda estará *sub judice* e, a qualquer tempo, pode levar a uma decisão que se contraponha à tese esboçada na prova da verdade. Ademais, se o Poder Judiciário já decidiu, definitivamente, sobre o fato, absolvendo o ofendido, não lhe caberá tratá-lo novamente, sob pena de *bin in idem*. Nestes dois casos, a arguição da veracidade do fato contradiz a própria ordem jurídica, que subordina a relevância de sua qualificação ao que ela mesma decide ou tenha decidido. Não importa, aqui, o acerto ou a justiça da decisão anterior, mas o que, juridicamente, sobre o fato se formulou. No que toca à qualificação do ofendido, como Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, a restrição não tem fundamento e é incompatível com a Constituição, porque não envolve a estabilidade da ordem jurídica, mas exclusivamente interesse político de preservação da confiança nos governantes. Não obsta à declaração de incompatibilidade dessa restrição com a Constituição a regra prevista nela mesma (art. 86, § 4.º) no sentido de que "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções". A circunstância de o Presidente da República não poder ser processado, durante o mandato, por fatos comuns ou praticados anteriormente, não pode impedir o exercício da ampla defesa e do contraditório, como direitos fundamentais do cidadão. É que a prova da verdade não implica, diretamente, o reconhecimento de culpa do ofendido, mas apenas que o fato que lhe é imputado é verdadeiro. Imagine-se que alguém tenha presenciado um estupro praticado pelo Presidente da República e o divulgue. Para se eximir da acusação, pode opor a prova da verdade e comprovar o fato. A comprovação do fato irá excluir a imputação pelo crime de calúnia, embora não possa desencadear contra o Presidente da República qualquer ação penal, salvo depois de este haver deixado o cargo. Os mesmos argumentos podem ser traçados quanto à ofensa perpetrada contra chefe de governo estrangeiro, o qual estaria isento da jurisdição brasileira.

No modelo alemão, como a calúnia não consiste na imputação de fato criminoso, mas de um fato não verdadeiro, se faz necessário que o fato imputado tenha a capacidade de produzir um menosprezo à vítima ou denegri-la no meio social. Este requisito é irrelevante para o direito brasileiro, porque se o fato imputado é, por si mesmo, um delito, isto já basta, em tese, para caracterizar sua idoneidade para lesar a honra da vítima. A questão que se coloca, porém, é quanto às características desse fato delituoso. Bastará que o fato se ajuste, formalmente, a um tipo penal? Ou deverá conter elementos materiais que o situem como um ato injusto, ou até mesmo culpável?

A primeira dessas indagações diz respeito a se a calúnia – e também os demais delitos contra a honra – é um delito de perigo ou de dano. Parece, à

primeira vista, que o delito estaria consumado com a falsa imputação à vítima de haver realizado um fato criminoso, o que geraria um perigo ao respectivo bem jurídico, a honra alheia. Esta concepção ainda perdura, principalmente em face de uma concepção causal de conduta, que não pode vislumbrar um resultado lesivo sem a subsistência de uma alteração material do mundo exterior. Se não for possível a verificação de um resultado, hipoteticamente separável da ação, não se poderá reconhecer um delito de dano, mas, sim, de perigo. Contudo, os delitos contra a honra são delitos de dano. O processo de imputação da ação delituosa está também ancorado na modificação do mundo exterior, a qual, porém, não deve ser vista sob o aspecto puramente mecânico, mas normativo. Na realidade, o delito de calúnia está constituído, além da atribuição falsa da prática de um ato delituoso, por parte da vítima, também de uma lesão efetiva da honra alheia, que se executa e se exaure no próprio processo de imputação. Ao dizer-se que a vítima cometera um delito, sendo falsa a afirmação, já se estará procedendo à sua diminuição no âmbito social. Essa diminuição da reputação ou desonra social constitui um elemento não escrito do tipo, somente apreensível mediante uma interpretação teleológica da lei penal, na qual a decisão final depende da forma como a ação típica se desenvolveu no âmbito de um contexto. A definição de uma ação executada consoante o contexto possibilita sua apreensão dentro de uma comunidade comunicativa, em que os parâmetros da falsidade da imputação e da qualidade do fato imputado passam a situar-se como elementos de referência da própria conduta. Os elementos referenciais da conduta, uma vez completos na lei penal e aptos a servirem de fundamentos para um processo de refutação, só podem estar relacionados a uma situação de dano e não, simplesmente, de perigo. Embora o dano não seja visível, em termos substanciais, emerge da condição depreciativa quanto ao ofendido em dois sentidos: (a) a atribuição da prática de um fato criminoso, tendo em vista a condição de situar a vítima dentro da zona do ilícito, afasta-a dos valores comunicativos que compõem a ordem social; (b) a falsidade da atribuição sedimenta o efeito de exclusão social da vítima, tornando-a não apenas indesejável, mas carente de ser ouvida como participante do procedimento de interação com os demais. À medida que a vítima tenha sido diminuída em sua capacidade de participação, em face do reconhecimento negativo que se desenvolve sobre sua dignidade e respeito, estará perpetrado um dano à sua honra.

Como delito de dano, o delito de calúnia se consuma, portanto, quando a ofensa, ou seja, a atribuição, falsa, à vítima de haver praticado um delito, chegue ao conhecimento de terceiro. Esse conhecimento pode-se dar diretamente a alguém ou por qualquer outro meio de divulgação. Uma vez que a ofensa se

situe no conhecimento de terceiro, pode-se dizer que exauriu nesse resultado o risco ao bem jurídico.

Relativamente aos elementos materiais do ato injusto, é longa no Brasil uma estéril discussão sobre se o delito se compõe somente de tipicidade e antijuridicidade, ou se nele também se integra a culpabilidade. Não será ocasião, aqui, para tecer maiores considerações acerca dessa discussão, mas podemos partir de que o fato só será delito se preencher todos os requisitos que lhe são assinalados, como a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Esta formulação está de acordo com as exigências de um Estado democrático, que não se deve satisfazer, para a incriminação, apenas com alguns, senão com todos os elementos de que possa dispor para delimitar, com a maior precisão, as zonas de intervenção penal. Neste contexto, não podem ser afastados da consideração do fato criminoso os elementos que integram a culpabilidade, porque são, igualmente, fatores de garantia da pessoa humana diante do poder de punir. No delito de calúnia, porém, o tipo não se refere especificamente a um fato criminoso, mas a fato definido como crime. Então, parece que, neste caso, não se está cogitando de um delito em toda sua integralidade, senão unicamente em face de sua configuração típica. Assim, na atribuição, falsa, de um crime ao ofendido, basta que o fato corresponda a um tipo legal de delito. Não importa, assim, que o fato tenha sido praticado em legítima defesa ou sob qualquer excludente de culpabilidade.[26]

4. O DOLO E OUTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

Os delitos de injúria, difamação e calúnia, como todos sabem, são delitos dolosos, isto é, para cometê-los deve o agente atuar com consciência e vontade de ofender a dignidade ou o decoro pessoal de outrem, ou sua reputação social, mediante a imputação de ato desonroso, ou de fato criminoso. Só há dolo se o agente tiver consciência não apenas de que o fato imputado é desonroso, ou que a expressão é injuriosa, ou que a imputação do fato criminoso é falsa, como também se o agente incluir essa ofensa no âmbito de sua resolução. O simples repetir orações, sem saber do que se trata e a quem se dirige, ou excluindo-as de sua resolução, não constitui fato doloso.

A doutrina, em determinado momento, por influência da teoria finalista, passou a exigir para a configuração do tipo subjetivo apenas o dolo, direto ou eventual. O dolo consistiria, assim, na vontade de proferir objetivamente

26. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 317.

certas palavras, por si mesmas ofensivas, no caso da injúria, ou imputar a alguém um determinado fato, igualmente por si mesmo desonroso, no caso da difamação, ou de atribuir, falsamente, a alguém um fato criminoso, na calúnia.

Entretanto, por desdobramento de uma antiga concepção do *animus*, os autores passaram a revigorar, sob outro panorama, a velha concepção do dolo específico e inserir no elemento subjetivo uma finalidade especial, vinculada não à simples ação de proferir palavras ou de imputar fatos, ainda que ofensivos ou desonrosos, mas de fazer dessa forma de expressão um instrumento destinado a injuriar, difamar ou caluniar. Com isso, o elemento subjetivo dos delitos contra a honra se manteve dentro de uma perspectiva qualificada, quer dizer, ao mesmo tempo em que se exige o dolo para proferir palavras injuriosas ou imputar fatos desonrosos, ou imputar, falsamente, fato criminoso, igualmente se exige que o agente, com essa conduta, se tenha orientado especificamente a violar a honra alheia, injuriando, difamando ou caluniando.

Esta inclusão no tipo dos delitos contra a honra de um elemento subjetivo especial tem sido acolhida normalmente pelo direito brasileiro. Antes mesmo de sua filiação à teoria finalista, que sistematizou de melhor modo os elementos subjetivos especiais nos tipos, já dizia, entre outros, Heleno Cláudio Fragoso que "o propósito de ofender (*animus injuriandi vel diffamandi*) tem sido considerado indispensável para configurar a ofensa".[27]

Como já se tem afirmado, nossos tribunais vêm consagrando, juntamente com a doutrina, esse entendimento, de agregar ao elemento subjetivo nos delitos contra a honra a intenção de injuriar, difamar ou caluniar, como um elemento subjetivo especial do tipo. Assim entende o STF: "A acusação por crime contra a honra deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar a existência do elemento subjetivo do tipo".[28] Igualmente, o STJ vem consubstanciando esta tese: "Os crimes contra a honra exigem, além do dolo genérico, o elemento subjetivo especial do tipo consubstanciado no propósito de ofender a honra da vítima".[29] Explicitando um pouco mais: "O dolo na injúria, ou seja, a vontade e praticar a conduta, deve vir informado no elemento subjetivo do tipo, ou seja, do *animus infamandi* ou *injuriandi*, conhecido pelos clássicos como dolo específico".[30] Esta exigência de um ânimo de ofender, nos

27. Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 206.

28. STF, HC 89.973, 2.ª T., j. 05.06.2007, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 24.08.2007, p. 00080. *Ementário* 02286-04/00678, *RTJ* 00202-03/01204.

29. STJ, APn 564/MT, Corte Especial, j.18.05.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 03.06.2011.

30. STJ, APn 490/RS, Corte Especial, j. 05.03.2008, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 25.09.2008.

delitos contra a honra, é da tradição do STJ. Nesse sentindo já se pronunciava o Min. Cid Flaquer Scartezzini: "Para se caracterizar a figura da difamação, não basta que a denúncia narre, genericamente, o procedimento tido como lesivo à reputação do imputado. Mister se faz que o fato seja determinado e com o propósito de ofender".[31]

A teoria do ânimo, por seu turno, ainda que constitua uma forma adequada e até bastante compreensível de delimitação do tipo subjetivo, não precisa ser invocada pela doutrina para alcançar os mesmos efeitos. Com técnica superior, pode-se perfeitamente desenvolver uma concepção do dolo, que, além de congregar a vontade de realizar a ação típica dos respectivos delitos, também se oriente no sentido da lesão do bem jurídico.[32] Essa concepção de dolo, que se desenvolve a partir da superação dos postulados causais, está de acordo com a moderna estrutura do delito, que não se satisfaz com a simples relação entre meio (ação) e fim (resultado), mas que incorpora, também, a lesão ou o perigo de lesão de bem jurídico, como seu elemento essencial. Só há dolo, portanto, quando o sujeito quer realizar a ação e produzir o resultado, como condição da lesão de bem jurídico. O objetivo final da vontade, neste caso, é a lesão do bem jurídico. Com isso, a teoria do ânimo fica sem significado, porque corresponde a uma velha expressão subjetiva dos práticos, já defasada com a moderna teoria do delito. Está claro, que a doutrina e a jurisprudência têm procurado conferir a essa teoria um pouco mais de tecnicidade, inserindo o *animus* entre os elementos subjetivos especiais do tipo. Ocorre, porém, que os delitos contra a honra não são delitos com intenção interna transcendente, conforme a classificação proposta por Mezger para caracterizar as hipóteses de manifestação dos elementos subjetivos do injusto. Normalmente, os delitos com intenção interna transcendente preveem uma determinada finalidade, que, embora deva ser representada, não precisa ser alcançada pelo agente, como se dá, por exemplo, no delito de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (art. 171, § 2.°, V, do CP). Daí a dificuldade encontrada na doutrina e na jurisprudência para sediar a exigência do ânimo de ofender como elemento da tipicidade dos delitos contra a honra. Esta dificuldade pode ser, no entanto, perfeitamente superada com a adoção dessa nova formulação proposta para

31. Acórdão de 20.05.1991, *RSTJ* 29/250.

32. Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333: "O dolo, portanto, entendido como a vontade de realizar o comportamento típico, só adquire significado se compreendido no contexto de um processo de imputação ao sujeito em face do risco que sua conduta, assim dirigida volitivamente, representa para o bem jurídico".

o dolo. Igualmente, não há necessidade de se compor outra espécie de dolo, capaz de acolher o ânimo entre seus elementos. Basta, para caracterizar o dolo, a subsistência de uma vontade consciente condicionada à lesão de bem jurídico. Configurado desse modo, pode-se dizer que não há dolo quando o agente não tenha orientado sua atividade no sentido de produzir lesão à honra alheia, ainda que tenha proferido, objetivamente, palavras ofensivas.

5. A INTENÇÃO DE NARRAR

Se é indispensável para a configuração do tipo dos delitos contra a honra a intenção de ofender a honra, que hoje integra o dolo, é bastante pertinente a questão relativa aos limites e à extensão da intenção de narrar. Esta questão se torna relevante, principalmente, quando, no exercício profissional, as partes, seus procuradores ou o Ministério Público, mediante procedimento puramente narrativo, divulgam fatos já conhecidos, ou constantes de autos de processos em curso ou encerrados, e nos quais se havia questionado a posição funcional das outras partes, ou mesmo do juiz.

A simples narrativa de acontecimentos não é suficiente para integralizar o dolo de ofender a honra alheia. Tradicionalmente, costuma-se diferenciar, para efeitos da crítica literária, entre narração e descrição de fatos, disto resultando a característica de certos escritores e sua avaliação. A narrativa, assim, é algo diverso da simples descrição. A narrativa faz dos fatos um objeto vivo, de modo a despertar no leitor seu interesse, elegendo-lhe os pontos essenciais e relevantes, fazendo-o caminhar pelos acontecimentos como se ele mesmo se transformasse em seu personagem. Nisto é que reside seu sucesso, porque assinala, em cada caso, os momentos decisivos que o caracterizam, pincelando-lhe os contornos e acentuando-lhe as particularidades, despertando-o de sua amorfia, movendo-lhe as pernas e os braços dentro de cada expressão e de cada palavra. No preciso dizer de Georg Lucács, um dos mais expressivos críticos e filósofos da estética moderna, "o contraste entre o participar e o observar não é casual, pois deriva da posição de princípio assumida pelo escritor, em face da vida, em face dos grandes problemas da sociedade, e não de mero emprego de um diverso método de representar determinado conteúdo ou parte do conteúdo".[33] O escritor que se envolve no drama, às vezes porque dele fez parte, às vezes porque o vê com olhos de participante, não pode ser apenas um

33. Georg Lucács, *Ensaios sobre literatura*, tradução brasileira sob coordenação de Leandro Konder, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 50.

observador, que constata e descreve, mas um narrador, que sente a necessidade de adequá-lo às novas formas com que se apresenta na vida social.

É próprio da narrativa certo vigor, necessário a imprimir aos acontecimentos aquele movimento de graça e liberdade, de dureza e realidade, a envolver todos os seus atos, a introduzir-se na realidade tal como ela é, cheia de encantos, mas também de dissabores. Se pudéssemos, numa frase, expressar o que constitui, essencialmente, a narrativa, poderíamos dizer – parafraseando o contingente da utopia de Eduardo Galeano – que se trata de um constante caminhar, com pernas e músculos, ora depressa ora devagar, ora ereto ora cambaleante, ora dispersivo ora compenetrado, em busca incessante de um horizonte, que se estende dos fatos à emoção, sem nunca ser alcançado.

A questão da extensão e dos limites da intenção de narrar, portanto, só pode ser elucidada a partir de como se processa esse caminhar, das ruas e estradas a percorrer, dos solos a pisar, da claridade do dia e da conformação da noite, a identificar, com nitidez ou com nebulosidade, o horizonte de seu destino. É, pois, impossível traçar *a priori* a extensão e os limites da narração. Dependem eles, antes de tudo, dos próprios fatos. São os fatos que lhe moldam os lindes. À medida que os fatos exigem, pode a narrativa se estender para mais ou menos, avançar ou recuar, expressando, em sua extensão, a vontade do narrador. A cada narrativa corresponde, portanto, uma determinada intenção. Os limites e a extensão da intenção são os limites e a extensão da narrativa. Haverá excesso de intenção, quando esta já não mais corresponda à narrativa, já passe a designar outros fatos, introduza no processo de seu caminhar outro passo, estranho à sua normal desenvoltura; quando exclua os fatos e se volte para simples enunciados, sem significação.

Especificamente aos delitos contra a honra, a intenção de narrar deixa de sê-lo como tal, para integrar-se como elemento da própria agressão, quando distorça os fatos, quando faça dessa distorção o próprio núcleo da imputação e, assim, transforme a imputação no elemento essencial de sua manifestação.

É difícil ao intérprete, muitas vezes, distinguir entre a *intenção de narrar* e *a intenção de ofender*, principalmente quando esta distinção se move sobre um terreno instável, a possibilitar, entre ambos, certa dose de permeabilidade. Nesta hipótese, cabe ao intérprete verificar se a intenção corresponde apenas à narrativa ou se é próprio de outros acontecimentos, se está atinente aos fatos a serem expostos ou se inaugura outra série de manifestações. Não haverá a intenção de ofender, quando a manifestação de crítica constituir manifestação própria da narrativa. Não implica, ainda, a intenção de ofender o fato de a crítica se estender a campos secundários da narrativa, às vezes necessários a identificar o caminho a percorrer, desde que ligados a ela, como seus desdobramentos natu-

rais. Se alguém narra um acidente e para fazê-lo tem que também incluir seus antecedentes imediatos, ou suas consequências, ou a forma como se processou sua causalidade em face do comportamento anterior ou secundário de seu protagonista, não atua com a intenção de ofender, mas com a de apenas narrar, ainda que acentue seus pormenores, a emocionar leitores e ouvintes.

Também se incorporam à narrativa e, portanto, à *intenção de narrar* as concepções do próprio autor, sem as quais se tornariam estéreis os fatos representados, porque alienados e estranhos ao contexto nos quais se executaram. Como bem recorda Georg Lucács, "sem uma concepção do mundo não se pode narrar bem, isto é, não se pode alcançar uma composição épica, variada e completa".[34]

6. A CRÍTICA LITERÁRIA, ARTÍSTICA OU CIENTÍFICA

Como complemento desse mesmo processo de narrar, nosso Código Penal considerou não haver injúria ou difamação punível, quando as palavras ofensivas ou a imputação desonrosa implique manifestação de crítica literária, artística ou científica (art. 142, II, do CP). As manifestações desfavoráveis a que se refere o Código são, agora, não apenas o conjunto narrativo, mas os enunciados valorativos sobre os próprios fatos, sobre os erros ou acertos de seus personagens.

Neste contexto, deve ser compreendida por crítica toda manifestação que, tendo em vista a apreciação de fatos e seu desenrolar causal, expresse de qualquer modo o legítimo direito de informar seus leitores acerca desses mesmos fatos e de seus personagens, demonstrando-lhes as mazelas e desacertos, ainda que duros e desagradáveis. Fazem parte do processo de melhoria da comunidade a narrativa e a crítica dos fatos narrados, desde que se constituam dentro dos limites da narrativa e da própria crítica dos fatos e de seus protagonistas, como seus elementos integrantes e só criticáveis em face desses mesmos fatos. A crítica que se move dentro dos fatos se inclui nos limites do risco autorizado e exclui a imputação.

A crítica científica diz respeito, por sua vez, a qualquer forma de conhecimento, desde os trabalhos relativos às chamadas ciências exatas até a elaboração das ciências normativas, as quais, seguindo uma classificação acolhida por Miguel Reale,[35] incluem, também, a ética e o direito. Convém esclarecer, por

34. Idem, p. 80.

35. Miguel Reale, *O direito como experiência*, São Paulo: Saraiva, 1968, p. 61.

outro lado, que a crítica do direito se refere tanto aos trabalhos doutrinários ou teóricos, da outrora chamada ciência de jurisprudência, quanto de sua execução prática, ou da chamada experiência jurídica. Constitui, portanto, crítica científica do direito aquela que tem por objeto uma determinada obra, mas também aquela que elege como alvo o comportamento de certo tribunal ou de certo órgão de atuação jurídica. Desde que, como entende Alf Ross, o direito é não apenas o conjunto de normas positivadas, senão ainda, principalmente, o resultado de atos de interpretação e aplicação prática dos tribunais, integrados no sistema,[36] pelo princípio democrático da liberdade de expressão, todos os órgãos de atuação jurídica podem ser objeto de uma apreciação quanto à sua correição, configurando tal fato uma pura manifestação de crítica científica do próprio direito.

Não devem ser excluídos dessa apreciação, portanto, nem os juízes nem os órgãos provedores de justiça, como o Ministério Público, a Advocacia Geral e a Defensoria Pública, que, com a Constituição da República de 1988, foram alçados à condição de instituições essenciais à função jurisdicional do Estado.

Não teria sentido limitar a norma do art. 142, II, do CP exclusivamente à crítica de obras doutrinárias, quando cada vez mais se enaltece a ciência jurídica como uma ciência prática, quando os enunciados normativos só ganham validade porque se refletem nos atos de jurisdição. Faz parte do objeto dessa crítica, pois, qualquer ato jurisdicional ou dos órgãos que lhe são essenciais. Isto corresponde ao interesse público e do próprio Estado de ajustar-lhes o comportamento, de melhorar suas normas, de facilitar o acesso ao exercício de suas funções e de buscar a justiça nas decisões. Daí constituir essa crítica um ato autorizado por toda a ordem jurídica e não apenas em face das regras estritas do direito penal.

7. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

A essa liberdade de narrar os acontecimentos se agrega, ainda, a chamada *libertas convinciandi*, como condição essencial do Estado democrático. Se ao Estado se concede o poder de intervir no âmbito de liberdade individual, em face da existência de uma conduta que lesa ou põe em perigo o bem jurídico,

36. Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, tradução espanhola de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García e Pablo López Pietsch, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 376.

da mesma forma e na mesma medida, deve-se assegurar ao autor dessa conduta a mais ampla liberdade para exercer seu direito de defesa e exigir que o poder punitivo demonstre a necessidade de sua intervenção. Daí a edição da norma do art. 142, I, do CP, que não considera puníveis as condutas tipificadas nos arts. 139 (difamação) e 140 (injúria), quando as respectivas ofensas forem irrogadas em juízo, pela parte ou seu procurador, na discussão da causa. Desse elenco está excluída a calúnia (art. 138), porque, em se tratando de atribuição falsa de fato criminoso, não se admite um direito legítimo de enganar ou elevar o falso à categoria do correto; há, além disso, um interesse público de investigar o fato e sua falsidade.[37]

Uma vez acolhido o exercício do direito de defesa, caberá a discussão em torno dos efeitos jurídicos de sua incidência ao caso concreto. Há divergências sobre esse tema. Seguindo uma interpretação gramatical do dispositivo legal, *Nélson Hungria* sempre postulou no sentido de que, com isso, se daria uma causa de exclusão da punibilidade.[38] Normalmente, porém, a doutrina considera que se trata, aqui, de hipótese especial de exclusão da antijuridicidade.[39] A emissão dos juízos ou argumentos de defesa constituiriam fatos típicos, mas estariam acobertados, no caso concreto, por uma causa de justificação. De acordo com essa concepção, seria perfeitamente possível que o Ministério Público ou o ofendido pudessem oferecer, respectivamente, a denúncia ou a queixa contra o advogado ou contra o autor do fato, e o juiz, diante da resposta do réu ou querelado, se convencesse da licitude do comportamento e o absolvesse sumariamente (art. 397, I, do CPP). A controvérsia entre os fundamentos de uma rejeição da denúncia ou da queixa e de uma absolvição sumária, contidos, respectivamente, nos arts. 395 e 397 do CPP tem fortalecido a discussão se, diante de uma nova dimensão conferida à estrutura do delito, ainda persiste a dicotomia tipicidade e antijuridicidade. A jurisprudência pouco ajuda na solução desse problema, porque ora se encaminha no sentido proposto por Nélson Hungria, ao ver o exercício do direito de defesa como causa excludente da

37. Nesse sentido, Márcio Bártoli e André Pazeri, op cit., p. 734. Em sentido contrário, admitindo essa exclusão à calúnia, em favor dos advogados, Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 334.

38. Nélson Hungria, op. cit., p. 116.

39. Assim, Aníbal Bruno, op. cit., p. 317; José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro, parte especial*, São Paulo: Ed. RT, 2007, vol. 2, p. 137; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal, parte especial*, São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 2, p. 87; Álvaro Mayrink da Costa, *Direito penal, parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 443.

punibilidade,[40] ora admite ocorrer a incidência de uma causa de justificação,[41] ora, inclusive, faz excluir a própria tipicidade.[42] Não é objetivo deste trabalho revisitar a questão da relação entre tipicidade e antijuridicidade, principalmente depois do fortalecimento da teoria dos elementos negativos do tipo. Para situar a matéria nos devidos lugares, basta proceder a uma análise da função que o exercício de um direito exerce no âmbito da teoria do delito.

Está claro que se pode admitir a incidência de uma causa de justificação sobre fatos ofensivos à honra. A doutrina tem ofertado, neste caso, as hipóteses da defesa de direito próprio, de legítima defesa e do consentimento do ofendido.[43] Depois da reformulação produzida na teoria do delito pela teoria do aumento do risco, parece que o consentimento do ofendido perdeu sua condição de causa de justificação em favor de se constituir em uma verdadeira condição negativa da própria tipicidade. Por seu turno, a defesa de direito próprio ou de legítimo interesse sempre esteve ligada às questões relativas à justa causa, como condição de procedibilidade, e à legítima defesa, como forma de retorsão. É perfeitamente aceitável, no entanto, considerar a defesa de direito próprio ou de legítimo interesse como causa de justificação. Aqui, incide a regra geral prevista no art. 23, III, do CP. O problema está, porém, em se distinguir entre o exercício regular de um direito, de modo geral, e o exercício do direito de defesa. Pode ocorrer que um mesmo fato gere as duas possibilidades: alguém, que está acusado de um delito, informa, para se defender, o nome de outrem como o verdadeiro autor do crime. Se a informação se der em juízo, a

40. STF: "O art. 142 do CP *exclui a punibilidade* nos casos de injúria ou difamação, quando a ofensa é irrogada em juízo" (HC 86.044, 1.ª T., j. 07.11.2006, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 02.03.2007, p. 00037, *Ementário* 02266-03/00541, *RT* 96/861).

41. STJ: "Como o paciente não cometeu os supostos crimes no local próprio para debate processual, isto é, interior da sala de audiência, nem nos próprios autos, por alegações orais ou escritas, mas sim por meio da Internet e através de distribuição de panfletos em locais públicos, sua conduta não está protegida pela *excludente de ilicitude* tipificada no inc. I do art. 142 do CP" (HC 145.249/MS, 5.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Napoleão Nunes Maia, *DJe* 21.03.2011).

42. STJ: "Afasta-se, de início, a alegada *atipicidade da conduta* decorrente de suposta *imunidade profissional*, garantida ao advogado pelo art. 133 da CF/1988, art. 142, I, do CP e art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/1994, visto que o STJ firmou entendimento no sentido de não se aplicar os referidos dispositivos legais quando se constatar a possibilidade de ocorrência do crime de calúnia, previsto no art. 138 do CP" (HC 105.114/DF, 6.ª T., j. 19.03.2009, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 03.08.2009).

43. Georg Küpper, *Strafrecht, Besonderer Teil. Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*, Heidelberg: Springer, 1996, p. 70 e ss.

suposta ofensa estará acobertada pelo direito de defesa; se fora dele, incidirá a norma do art. 23, III, do CP. Do mesmo modo, poderá haver o exercício de um direito, quando o médico, para poder comprovar o atendimento de um paciente em informação à Receita Federal, relatar, dentro dos limites impostos pela norma regulamentar da profissão e do código de ética, acerca do tratamento ministrado, o qual, dependendo do caso, poderá implicar ofensa à sua reputação. Nesta última hipótese, não se trata de direito de defesa, mas de exercício de um direito para satisfazer interesse legítimo, impossível de ser atendido por outros meios.

Especificamente quanto ao direito de defesa, a doutrina alemã, em face da norma contida no § 193 do respectivo Código Penal, se manifesta, majoritariamente, no sentido de que seu exercício constitui uma causa de justificação.[44] A argumentação para essa conclusão se funda em que, neste caso, se apresenta um conflito de interesses, entre o direito de defesa e o direito à preservação da honra, pelo qual se pressupõe a realização de uma ação típica e, depois, uma autorização de conduta, resultante de uma norma permissiva.

O direito de defesa, porém, desde que executado nos limites e nas condições legais, configura, de antemão, uma causa de exclusão da incidência da própria norma incriminadora e não uma causa de justificação. A adoção da tese contrária, defendida pela maioria da doutrina, só terá sentido quando se concebe a honra como uma pretensão ao respeito, porque, então, será possível vislumbrar o reconhecimento de uma norma permissiva de conduta, necessária para justificá-la. Mas, uma vez definida a honra em face da dignidade pessoal e da função social destinada à pessoa no âmbito de um contexto comunicativo, o exercício do direito de defesa, tomado como integrante desse contexto, não é apenas a expressão de uma norma permissiva, mas, sim, uma manifestação dessa função social da pessoa. Essa característica do direito de defesa, que subsiste como condição do Estado democrático, conduz a incluí-lo no âmbito do risco autorizado. Se o Estado assegura constitucionalmente o direito à ampla defesa e ao contraditório, deve autorizar, também, os riscos decorrentes de seu exercício, mesmo que produzam uma lesão à honra da outra parte. Pode-se dizer que, neste passo, se antecipa, na própria tipicidade, o juízo de antijuridicidade. O exercício do direito de defesa, portanto, se inclui no âmbito do risco

44. *Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 529 e ss.; Karl Lackner und Kristian Kühl, op. cit., p. 193; Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, op. cit., p. 1669; Reinhard Maurach, Friedrich-Christian Schroeder und Manfred Maiwald, *Strafrecht, Besonderer Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, vol. 1, p. 283.

autorizado, que descaracteriza o próprio fato típico, por tornar impossível o processo de imputação de responsabilidade.[45] Desse modo, ao contrário do que poderia ocorrer com a adoção da tese tradicional, que via no fato uma causa de justificação, a parte e seu procurador não podem ser réus de uma ação penal, salvo se violarem os limites do risco autorizado.

A forma mais elementar de exigir do Estado a demonstração dos pressupostos do poder de punir é garantindo ao imputado a liberdade de narrar o fato, objeto da imputação. Sem esta narrativa, jamais se poderá chegar a uma conclusão definitiva de como o fato se deu, de quais foram as circunstâncias que o acompanharam, das razões de sua ocorrência e dos propósitos de seu autor.

Por outro lado, se é assegurada ao sujeito a liberdade de narrar o fato, aqui, deve-se-lhe possibilitar, também, até com maior ênfase, a liberdade de demonstrar que o fato fora produzido de maneira diversa daquela que é apresentada pelo Estado, ou que este, inclusive, o está tratando de modo desigual em comparação com outros fatos da mesma ou, até mesmo, de menor ou maior relevância. Isto se torna essencial para pôr à prova a seriedade da imputação, bem como assegurar que o Estado se comporte com imparcialidade para a formulação de seus objetivos.

Como se trata de direito à manifestação do convencimento – sobre isso é que se articula, inclusive, à defesa –, é importante salientar que, em qualquer caso, toda a imunidade deve estar vinculada à discussão da causa. Isto significa que a imunidade só alcança aquelas narrativas ou aqueles argumentos que estiverem relacionados ao objeto posto em discussão. À vista disso, é imperioso destacar, aqui, três situações diversas, que se podem manifestar nesta discussão: (a) a emissão de juízos de valor, sem respaldo material em qualquer fato; (b) a narração de fato; (c) a emissão de juízos de valor arrimados sobre fatos.

Na primeira situação, a ofensa decorreria da emissão de juízos de valor que fazem parte da articulação da defesa, embora não tenha a respaldar-lhe fundamentos materiais que possam ser submetidos a uma demonstração empírica. Neste caso, não obsta ao reconhecimento da imunidade o fato de os juízos

45. Esta é a posição mais moderna da doutrina alemã: Rainer Zaczyk, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 3363; ainda, de certo modo, Karl Lenckner, Die Wahrnehmung berechtiger Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtsfertigungsgrund? In: Robert Hauser, Jörg Rehberg und Günter Stratenwerth (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich: Schulthess, 1984, p. 246. Com outro fundamento, mas também acolhendo-o como causa de exclusão da tipicidade, Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 255; igualmente, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*... cit., 1977, p. 221.

não possuírem uma base empírica, desde que constituam partes indissociáveis do que se pretende argumentar em torno do objeto em discussão. Para tais argumentos, a defesa deve ser vista, então, não mais sob a óptica estrita de uma petição, mas como construção de uma realidade linguística, assim como o fazem os críticos literários ou artísticos. Como diz Lenckner, o que vale é a impressão, a experiência ou a vivência do crítico, através de cuja forma quer transmitir sua concepção sobre o objeto.[46]

Quando a defesa, em vez de argumentar com a incerteza ou a inidoneidade da apresentação dos fatos pelo Estado ou pela outra parte, trate de proceder à sua narração, como meio de demonstrar a validade de sua articulação, deve vigorar outra regra. O que deve valer, então, é a ponderação entre o interesse na sua divulgação e o de sua manutenção no âmbito restrito de conhecimento de um grupo de pessoas. Nesta hipótese, afigura-se relevante determinar se o autor apenas narrou ou se, excedendo-se, manifestou seu único e vil propósito de ofender a honra alheia. Se narrou, com as observações já feitas de que, para isso, não basta apenas uma simples descrição, mas um compromisso com o convencimento, o fato estará situado no âmbito do risco autorizado, ainda que objetivamente ofensivo. Se a narrativa, entretanto, for um ardil, sem qualquer relação com o objeto posto em discussão, para violar a honra alheia, não haverá imunidade. É comum, por exemplo, da narrativa feita na imprensa resultar ofensa à honra, até mesmo com maior repercussão do que se poderia pensar em se tratando de fato narrado em petições de defesa. Ainda, assim, desde que os fatos sejam *verdadeiros* ou *notórios*, é indiscutível o dever de informar, desde que, evidentemente, tal dever não se desnature em verdadeira campanha contra a pessoa que se viu envolvida nos fatos. Neste último caso, não se está mais narrando o episódio, mas execrando o seu autor.

Finalmente, quando a narrativa sobre fatos se vê mesclada com juízos de valor, a imunidade só os alcança quando a ela se entrelacem de tal forma, que a relevância desses juízos tenha a respaldar-lhe, justamente, a demonstração empírica de seus fundamentos materiais. Evidentemente, todas essas situações estão configuradas no art. 142, I, do CP, que assegura a liberdade de convencer, como pressuposto indeclinável do direito de defesa.

Na disciplina da extensão dessa imunidade, o legislador brasileiro teve como modelos o art. 598 do Código italiano e o § 193 do Código alemão, os quais são mais explícitos em admiti-la em todos os casos de defesa jurídica. Assim, não ficam adstritos a um procedimento judicial, estendendo-a

46. Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, op. cit., p. 1681.

também a procedimentos administrativos. Ainda que o código penal brasileiro não tenha contemplado, expressamente, a hipótese de a ofensa ser proferida em procedimento administrativo, a imunidade a ela também se estende. Isto porque a Constituição da República, em seu art. 5.°, LV, assegura ampla defesa, indistintamente, a todos os imputados ou litigantes em processos judiciais ou administrativos, e o art. 7.°, § 2.°, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) estende a imunidade para atos praticados fora do juízo.

Ainda com relação a essa imunidade, a doutrina e jurisprudência brasileiras vêm consignando que nela não se compreende a ofensa a magistrado, salvo se os fatos lhe interessarem diretamente. Assim, não haverá ofensa à sua honra, se a parte arguir a sua suspeição ou impedimento, nos termos da legislação processual em vigor, pois para exercer tal direito muitas vezes será preciso indicar os fundamentos que o tornem suspeito ou impedido, os quais poderão, conforme o caso, implicar a divulgação de dados ou a narrativa de fatos capazes de macular sua reputação. Igualmente, não vigora a limitação imposta à imunidade, se o magistrado não tiver atuado, no caso, como juiz da causa, mas como interessado, tanto como parte quanto como terceiro. Nesta hipótese, o importante será apenas verificar se as ofensas dizem respeito, ou são essenciais, à solução da demanda. O problema, assim, da ofensa ao magistrado não deve ser solucionado sob um plano estritamente formal. O que deve valer é se, para a narração do fato e o objetivo de convencimento, se tem, necessariamente, que demonstrar a interferência do magistrado. Não ultrapassa os limites de o risco autorizado dizer-se, na narração do fato, que o magistrado tivera, por exemplo, um relacionamento com a outra parte, ainda que isso, pelas circunstâncias, não implique uma condição objetiva de suspeição, ou que o magistrado mora na mesma rua em que o roubo fora praticado, ou, para mostrar que o sujeito não atuava fora da lei ou não se escondia em lugares suspeitos, que aquele estava no local da infração, quando o local possa denegrir sua imagem. Tudo depende, portanto, da necessidade de se mesclarem na narrativa os argumentos essenciais à defesa da causa e a referência ao magistrado. A antiga aversão pela imunidade, quando se tratava de ofensa a magistrado, está a sofrer, porém, uma certa flexibilização. Para contornar os inconvenientes de um conflito dessa ordem, o STF tem deixado de lado, especificamente, os termos da imunidade e centrado sua atenção na intenção do agente. Embora isto reflita uma certa impropriedade teórica, produz, no entanto, quase os mesmos efeitos. Assim, diz o STF: "Os atos praticados pelo advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificados como transgressões ao

patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o *animus defendendi* importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra".[47] Esta posição assumida pelo Supremo Tribunal constitui um avanço significativo para o controle dos atos judiciais e do comportamento dos magistrados.

Os mesmos princípios, aqui, enunciados se aplicam, também, ao dever de informação (art. 142, III, do CP), com a particularidade que, neste último caso, a conduta ofensiva é resultado de uma imposição legal e, portanto, só será típica se constituir excesso ou se ultrapassar de modo relevante os limites traçados pela norma mandamental.

8. O CONCURSO DE CRIMES

Relevante se mostra, também, a discussão em torno das relações entre as três espécies de delito contra a honra, calúnia, injúria e difamação, em face das normas que regulam o concurso de crimes.

Inicialmente, cumpre estabelecer uma distinção fundamental entre unidade de delito e unidade de ação. A unidade de delito se verifica ou por força de previsão legal (nos crimes complexos ou nos tipos alternativos), ou por aplicação dos princípios que disciplinam o concurso aparente de normas (especialidade, subsidiariedade e consunção). A unidade de ação decorre da unidade de manifestação de vontade ou da unidade jurídica, compreendida nesta última o crime continuado.

Na unidade de delito imposta pela própria lei, como nos crimes complexos ou nos tipos alternativos, não importa a discussão quanto à homogeneidade dos bens jurídicos ou sua gradação qualitativa. Uma vez que é a própria lei que, por critérios de oportunidade, determina a unificação de diversos fatos delituosos em um mesmo dispositivo, não há que se proceder a juízos de valor sobre as ações que o compõem, nem quanto à preponderância de um bem jurídico sobre o outro. No crime de roubo, por exemplo, a relação entre as ações de subtrair e de empregar ameaça ou violência, como meios de possibilitar a lesão patrimonial, não se chocam em termos de hierarquia, nem de importância. Se se der maior ênfase ao emprego de violência do que à subtração, isso não descaracteriza o roubo como delito contra o patrimônio; o roubo continua sendo crime patrimonial e não crime contra a pessoa.

47. STF, HC 98.237, 2.ª T., j. 15.12.2009, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 06.08.2010. *Ementário* 02409-04/00777, *RTJ* 00214/00472, *RF* 106/411, *Replob* 3/774-771.

Por sua vez, a unidade de ação comporta uma análise maior, porque não há coerência nem concordância acerca dos critérios de sua identificação. As dificuldades que surgem com o tratamento desse tema são também consequência da diversidade relativa ao conceito de ação. Não havendo um denominador comum que possa indicar os elementos básicos da ação, fica comprometida a solução acerca de sua unidade. De qualquer modo, pode-se proceder à unidade de ação por dois caminhos: ou mediante o emprego do chamado conceito naturalístico de ação ou com o conceito de ação em sentido natural. O primeiro modelo corresponde, praticamente, aos antigos postulados da teoria finalista, a qual vê na ação uma manifestação de vontade dirigida a um fim. Haveria, assim, unidade de ação cada vez que os atos causais se aglutinassem em única manifestação de vontade. Nesse passo, não importa o número de atos causais; relevante é verificar se esses atos correspondem a uma ou a várias manifestações de vontade. O segundo modelo foi desenvolvido pela jurisprudência alemã e pretende extrair do contexto e dos elementos de tempo, espaço, meio e modo de execução da ação um juízo formulado por um terceiro, no sentido de determinar se pode ser, objetivamente, constatada a unidade ou a pluralidade de ações. Ambos os modelos apresentam problemas quase insolúveis. O primeiro, relativamente a quando se pode dizer que vários atos causais se congregaram em única manifestação de vontade. O segundo enfrenta os obstáculos naturais de uma concepção prática, que deixa a solução do tema por conta da observação do contexto, o que pode gerar alguma arbitrariedade.

Como a lei nem sempre é clara e explícita, persiste, no entanto, a necessidade de um critério que possa auxiliar na decisão acerca da unidade de ação. Partindo da análise da própria vida social, na qual se desenvolvem não apenas os atos saudáveis, mas também aqueles que contrariam a norma, chega-se à conclusão de que qualquer solução que se persiga na identificação da unidade de ação deve passar, também, pelo crivo de uma teoria comunicativa. A teoria comunicativa só admite uma ação, quando esta se manifestar em face de objetos de referência ou de orientação frente aos demais. Assim, não basta, para caracterizar uma ação, inseri-la em uma relação entre meio e fim. Mais do que isso, a ação não pode subsistir sem a existência de elementos empíricos e normativos que a orientem dentro do processo de comunicação com os outros. Aplicando-se essa característica ao tema proposto, ter-se-á unidade de ação quando o agente, ao empreender uma atividade causal no mundo exterior, se tenha orientado por determinados objetos de referência e tenha atuado coerentemente diante dos outros, sem a necessidade de renovar, a cada vez, essa orientação.

Nos delitos contra a honra, haverá, então, unidade de ação quando o agente, ao proferir várias ofensas seguidas, não tenha que, em face de cada uma

delas, renovar sua orientação de conduta consoante a presença da vítima ou de outros elementos empíricos e normativos aos quais estava afetado. O reconhecimento da unidade de ação, por seu turno, não implica a unidade de delito. Pode haver unidade de ação e pluralidade de delitos, todos em concurso formal. Por exemplo, alguém, mediante única orientação, ofende várias pessoas. Há, então, unidade de ação e pluralidade de delitos, em concurso formal. A unidade de ação descarta, todavia, o concurso material de delito.

A unidade de delito, além dos casos expressos em lei (nos crimes complexos e nos tipos alternativos), pode ser também reconhecida, quando se apliquem ao fato os critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção. A aplicação desses princípios está condicionada, entretanto, a um exame do caso em face das particularidades da tipificação (especialidade), da relação típica e da lesão de bem jurídico (subsidiariedade) e da amplitude da proibição ou do comando (consunção). Verificada a incidência de qualquer dessas condições, haverá de se reconhecer a unidade de delito. Convém observar que, no caso específico dos crimes contra a honra, as formas de sua tipificação e sua relação com o bem jurídico conduzem, praticamente, ao reconhecimento de unidade de delito, quando se trate de relação de especialidade ou de subsidiariedade.

A tipificação dos delitos contra a honra encerra, assim, primeiramente, uma diversidade no que toca aos elementos específicos de cada ação (imputação de fato criminoso ou desonroso e ofensa à dignidade ou decoro) e, depois, uma graduação em face da gravidade da ofensa. Nessa sequência, pode-se observar que o delito de injúria constitui a forma básica de ofensa à honra e se diferencia dos demais por apresentar um núcleo mais simples e ainda por sofrer uma cominação menos grave de pena. Se alguém imputa, falsamente, a outrem a prática de um fato criminoso, no fundo também o injuria, porque essa imputação feita à vítima ofende-a em sua dignidade. Nesse ponto, porém, o autor responderá apenas por calúnia, porque a forma de ofensa à dignidade está especificada, não como ofensa relacionada à pessoa e suas qualidades, mas como imputação de um fato desonroso, porque criminoso. A especificação da ação ofensiva faz incidir, na espécie, o princípio da especialidade e, portanto, leva por reconhecer único delito.

Quando a unidade de delito está vinculada, desde logo, à unidade de ação não causa problemas maiores, porque basta comparar as ações individualmente para se chegar à conclusão da existência da calúnia, com exclusão da injúria. A questão se complica, porém, quando há uma pluralidade de ações e, em tese, também os três delitos, ou seja, quando da incidência do princípio da subsidiariedade. A solução depende, então, do seguinte:

a) Na relação entre calúnia, difamação e injúria, os delitos mais graves excluem os menos graves, quando estes últimos servirem de etapas de realização dos primeiros;

b) Na identificação das etapas de realização, relevante será verificar se, ao proferir as ofensas, o autor se valeu, seguidamente, dos mesmos objetos de referência, ou os teve de atualizar, novamente, a cada momento em que proferia uma das ofensas.

Se alguém diz, por exemplo, que outrem é ladrão e, logo em seguida, afirma que este cometera um furto na casa de seu vizinho, a relação entre as palavras injuriosas e caluniosas é de tal modo congruente que o agente não precisa atualizar seu conhecimento em torno da vítima. Nesse caso, a unidade de delito resulta de uma observação objetiva de que o agente, ao chamar o ofendido de ladrão, já sabia como iria especificar essa ofensa, ou seja, dando informações sobre o fato da subtração. Para determinar se o agente precisou ou não atualizar os objetos de referência, é indispensável verificar se houve ou não interrupção significativa do processo executivo do delito. Assim, se o agente, depois de chamar o ofendido de ladrão, tem que se informar sobre outros fatos para voltar a fazer carga contra ele, agora sob o argumento de que praticara o furto na casa do vizinho, pode-se dizer que a interrupção foi significativa, o que exclui a unidade de delito. Uma interrupção momentânea, contudo, não é suficiente para implicar uma atualização dos objetos de referência e excluir a unidade de delito. Igualmente, não é importante que o fato calunioso seja diverso do consignado nos adjetivos injuriosos. O agente pode dizer que o ofendido é ladrão e afirmar, ainda, no mesmo contexto, que ele matara tal e qual pessoa: haverá, aí, somente o delito de calúnia.

Quanto aos documentos escritos, vale observar o seguinte: se o documento for emitido em única via, embora contenha várias ofensas, haverá crime único, no caso o mais grave, porque impossível demonstrar a interrupção do processo de confecção e divulgação. Haverá, porém, unidade de ação e concurso formal de delitos, se as ofensas forem dirigidas a pessoas diversas.[48] Neste caso, não se pode reconhecer unidade de delito porque cada pessoa é portadora de um bem jurídico próprio, o qual foi lesado com a ação ofensiva do agente.

Os objetos de referência da conduta nos delitos contra a honra são todos os que se relacionam à vítima e aos demais elementos empíricos e normativos que assinalam a respectiva tipicidade. Aqui, entram em consideração a condição da vítima, seu papel social, suas qualidades ou defeitos e sua relação para com o agente; igualmente, o conhecimento que o agente possui desses elementos e dos fatos; ainda, as características normativas do fato imputado à vítima, se cri-

48. Adolf Schönke, Horst Schröder und Theodor Lenckner, op. cit., p. 1654; Peter Sinn. In: Helmut Satzger, Bertram Schmitt und Gunter Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln: Heymann's, 2009, p. 1213.

minoso ou meramente desonroso. Esses objetos de referência devem orientar a conduta do agente e podem ser apreendidos de uma só vez ou mediante vários outros atos, os quais exigem, portanto, uma atualização constante.

Normalmente, as ofensas à honra, proferidas num mesmo contexto, não exigem uma atualização do objeto de referência da conduta, isto é, do conhecimento acerca da vítima e dos fatos. Quando isso ocorra, haverá apenas um delito, no caso, o mais grave.[49] Uma vez, ademais, que não se possa decidir no sentido do reconhecimento da unidade de delito, pode-se reconhecer, todavia, um delito continuado. Isto porque os delitos contra a honra são delitos de mesma espécie, para os efeitos da incidência do art. 71 do CP.

9. CONCLUSÕES

Em face do que se anotou pode-se concluir, resumidamente, o seguinte:

a) Todos os delitos contra a honra podem ser reduzidos à ofensa à dignidade, tomada tanto no seu aspecto individual quanto social;

b) Para a configuração típica dos delitos contra a honra é indispensável que a lesão ao respectivo bem jurídico decorra de uma atividade que incremente um risco relevante à sua manifestação, como condição da pessoa e em função de suas relações sociais;

c) À medida que a função social é posta em relevo, a tipicidade dos delitos contra a honra fica na dependência de juízos de ponderação da ordem jurídica, em face do conflito que se estabelece entre os princípios da proteção à dignidade e da liberdade de manifestação de pensamento, como projeções da pessoa;

d) A exigência de que nos delitos contra a honra se demonstre o dolo do autor direcionado à lesão do bem jurídico é condição essencial a diferenciá-los de outros atos da vida social, em princípio, jurídico-penal irrelevantes;

e) A imunidade da crítica científica e do exercício do direito de convencer são manifestações concretas da função social destinada à pessoa em um Estado democrático e constituem casos de atipicidade da conduta;

---

49. O STJ já consignou, indiretamente, esse entendimento, ao afirmar: "Além do mais, se tivesse havido calúnia, ela não poderia ser automaticamente injúria e difamação" (APn 560/RJ, 2009/001025-8, publicado no *DJe* 29.10.2009). Na doutrina, nesse sentido: Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal...* cit., 1977, p. 215: "Todos os crimes contra a honra ofendem basicamente o mesmo bem jurídico, distinguindo-se apenas pela gravidade da ofensa. Por isso mesmo esses crimes não concorrem entre si, sendo os menos graves consumidos pelos mais graves, em progressão criminosa, se for o caso".

f) A imunidade pelo exercício do direito de convencer tanto pode se dar nos procedimentos judiciais quanto administrativos;

g) A narração de fatos no exercício do direito de convencer é própria de sua manifestação e pode alcançar não apenas atos das partes e do Ministério Público, mas também do próprio magistrado; e

h) Alguns excessos no exercício do direito de convencer, desde que vinculados à discussão da causa, se incluem no âmbito do risco autorizado.

10. BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale, parte speciale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1981.

ARZT, Günther; WEBER, Ulrich. *Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Lehrbuch*. Bielefeld: Gieseking, 2000.

BÁRTOLI, Márcio; PAZERI, André. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. vol. IV.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal, parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Tradução castelhana de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagenmeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. São Paulo: Bushatsky, 1977. vol. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. 1.

GALLAS, Wilhelm. Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines StGB. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. n. 75. p. 16 e ss. Berlin: De Gruyter,1963.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. VI.

KINDERHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

KÜPPER, Georg. *Strafrecht, Besonderer Teil. Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*. Heidelberg: Springer, 1996.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. München: Beck, 2001.

LENCKNER, Karl. Die Wahrnehmung berechtiger Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtsfertigungsgrund? In: HAUSER, Robert; REHBERG, Jörg; STRATENWERTH, Günter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Peter Noll*. Zürich: Schulthess, 1984.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCÁCS, Georg. *Ensaios sobre literatura*. Tradução brasileira sob coordenação de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

MAURACH, Reinhard; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht, Besonderer Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. vol. 1.

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Tradução espanhola da P. Dorado. Bogotá: Temis, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MUSCO, Enzo. *Bene giuridico e tutela dell'onore*. Milano: Giuffrè, 1974.

PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente. *Revista Penal en Italia*. n. 4. p. 68-83. Barcelona: Praxis, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT 2011.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Tradução espanhola de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García e Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin/NewYork: De Gruyter, 1972.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2006.

SCHRAMM, Edward. Über die Beleidigung von behinderten Menschen, *Monatsschrift für deutsches Recht*. n. 73. p. 801. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, sem data.

_____. Über die Beleidigung von behinderten Menschen. In: ESER, Albin U. A. (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck, 1998.

SINN, Peter. In: SATZGER, Helmut; SCHMITT, Bertram; WIDMAIER, Gunter (Hrsg.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Köln: Heymann's, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIVES ANTON, T. S. et al. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

57716

2 A TUTELA PENAL DA IMAGEM NA ALEMANHA E EM PORTUGAL

(Esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo)

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo trata do direito à imagem no contexto de uma comparação entre o direito penal alemão e português. Analisa a relação entre o direito à imagem e o direito à palavra bem como o direito à reserva da vida privada. Sugerem-se perspectivas de evolução da tutela penal da imagem em Portugal e na Alemanha.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à imagem - Direito à palavra - Direito à reserva da vida privada - Progresso tecnológico - Evolução - Direito comparado.

ABSTRACT: The article is about the right to one's image in the context of a comparison between German and Portuguese criminal law. It analyses the relationship between the right to one's image, the right to speak and the right to private life. It concludes by recommending new views in order to develop a new regulation, on the right to one's image, in Portugal and in Germany.

KEYWORDS: The right to one's image - The right to speak - The right to private life - Technological progress - New developments in criminal law - Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. Propósito e sentido do estudo - 2. O direito penal alemão. Enquadramento histórico e comparatístico: 2.1 A tutela penal da imagem no panorama europeu; 2.2 Evolução legislativa - 3. O direito penal alemão vigente (§ 201 a) do StGB). Exame crítico: 3.1 Pressupostos normativos de um sistema congruente de tutela penal da imagem; 3.2 A imagem como bem jurídico-penal autónomo; 3.3 Parificação entre tutela penal da imagem

e da palavra; 3.4 Tutela penal da privacidade/intimidade em sentido material – 4. O direito penal português e o referente germânico. Uma história com futuro: 4.1 O direito português face ao direito alemão. Identidade e diferença; 4.2 *De jure dato* e *de jure dando*. O direito alemão, lugar obrigatório de passagem.

1. INTRODUÇÃO. PROPÓSITO E SENTIDO DO ESTUDO

1. Como o título sugere,[1] este é um escrito de índole assumidamente comparatística, tendo como objecto da comparação o tratamento jurídico-penal do *direito à imagem*.

Não é esta – recordamo-lo, a benefício de "lealdade" comunicativa – a primeira vez que nos vimos confrontados com os problemas suscitados em direito penal pelo *direito à imagem*. Que têm tido uma presença recorrente nos trabalhos e nos dias que vimos consagrando à investigação, ensino, divulgação e aplicação (na veste de jurisconsulto) do direito penal. Constituindo-se assim num desafio recorrente, a reclamar equacionação e categorização doutrinal, enquadramento normativo e, não raro, soluções prático-jurídicas. Um percurso que foi deixando atrás de si o rasto de alguns títulos, elaborados em circunstâncias distintas e versando sobre aspectos diferenciados desta área problemática. E que fomos oferecendo à leitura e ao escrutínio crítico dos leitores.[2]

Mesmo modesto, é um acervo bibliográfico, que, pelo menos numa primeira aproximação, permitirá aligeirar significativamente o esforço que aqui nos propomos empreender. Justificará, por exemplo, que nos atenhamos à citação privilegiada dos *topoi* nucleares por onde passa o travejamento basilar do discurso jurídico-penal relativo ao direito à imagem. Por vias disso, um discurso alinhavado sob reserva de remissão implícita para os textos anteriores. Que

1. O texto será também publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência* e no volume com que juristas portugueses se propuseram prestar homenagem à memória do Prof. *Peter Hünerfeld*, da Universidade de Freiburg e do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationals Strafrecht* (Freiburg).

2. Para além do comentário ao art. 199.º do Código Penal no contexto do *Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, o tema da tutela penal da imagem foi por nós versado em estudos como *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 262 ss.; Sobre a reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas em geral e das gravações e fotografias ilícitas em particular. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 3. n. 2 a 4, p. 431 ss. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-dez. 1993; *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 131 ss.

devem, por isso, valer como contexto ou como mancha de fundo sobre que se inscreve o presente texto. A que asseguram o indispensável preenchimento das descontinuidades e das lacunas. E a que, para além disso, oferecem horizonte histórico-cultural, densidade axiológica e racionalidade teleológica.

Apesar disso, iniciamos este discurso e este percurso convictos de que sempre sobrará espaço para algum coeficiente de *novidade* – reconhecidamente uma das marcas irredutíveis do trabalho verdadeiramente científico.

A novidade começa por aflorar logo ao nível da forma. Mais concretamente, da impostação e da intencionalidade comparatística, com as naturais implicações tanto no plano categorial como metodológico. Para além disso, do lado da matéria, sempre nos sobrará o espaço para referenciar o que se nos afigura ser um *novo paradigma normativo* de compreensão e de tutela – *maxime* constitucional e penal – do direito à imagem (e do direito à palavra). Trata-se de um paradigma em boa parte provocado pelos novos desenvolvimentos técnico-científicos que trouxeram consigo a massificação de instrumentos que ameaçam e põem em perigo a imagem (ou a palavra) para além dos atentados "clássicos", actualizados sob a forma de gravação/registo/armazenamento/perpetuação e utilização arbitrárias das gravações e registos. O que obriga a densificar o *direito à imagem* para além do mero domínio sobre o registo fotográfico e a utilização das fotografias ou filmes. E a estender a sua protecção a outras formas de atentado à autonomia da pessoa sobre a imagem, levadas a cabo sem a mediação necessária da máquina fotográfica. O que obriga, noutros termos, a desvincular a imagem e a palavra – no seu conteúdo e tutela – do gravador, a que surgiram historicamente associadas.

Em síntese antecipada: do ponto de vista fenomenológico, o direito à imagem apareceu (em direito penal) como réplica às ameaças do progresso técnico-científico num determinado tempo histórico. A legitimar a expectativa de que novos avanços técnicos – e novas ameaças – poderão revelar novas mostrações do direito à imagem a reclamar (nova) tutela penal. Estimulando ao mesmo tempo um renovado exercício de redução eidéctica na direcção duma compreensão "numénica"do direito à imagem – v.g.: *direito de autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem na representação com os outros* – postas entre parênteses as singulares dimensões, mesmo as mais expostas. Como o direito de decidir quem pode gravar a imagem e quem pode utilizar os registos fotográficos, o sentido com que o direito à imagem começou historicamente a fazer o seu caminho no direito penal. Mas com o qual não pode hoje pura e simplesmente identificar-se.

2. Isto posto, uma observação preliminar. Para dar conta das razões que nos levaram a escolher esta circunscrita área problemática – a tutela penal da

imagem – como referente directo e explícito de um exercício de comparação centrado sobre os ordenamentos português e alemão. Nesta opção pesaram sobremaneira duas ordens distintas mas convergentes de considerações: de um lado, o *carácter paradigmático* da matéria; do outro lado, a sua renovada *actualidade*, expressa em desafios e problemas novos, a ganharem peso nos dias que passam.

Falamos de *carácter paradigmático* da matéria para significar que o direito penal da imagem confronta o estudioso, apostado em lançar um olhar comparativo sobre as soluções lusas e germânicas, com um conjunto de problemas que, no essencial, reproduzem os problemas que se suscitam ao nível mais alargado da comparação dos dois ordenamentos jurídico-penais, globalmente considerados. São fundamentalmente idênticos os momentos de comunicabilidade e de diferenciação; os marcadores da convergência e da aproximação ou, inversamente, do afastamento e da distanciação, ditados pelos momentos do incomunicável-idiossincrático; a direcção e o sentido dos movimentos de influência etc. Tudo se passando como se o direito penal da imagem emergisse para o comparatista como um microcosmos que, à sua escala, reproduz de forma arquetípica a comparação feita ao nível superior dos dois ordenamentos jurídico-penais, na pletora das suas áreas e institutos, mais ou menos centrais, mais ou menos excêntricos e periféricos.

São conhecidas as relações de grande proximidade e intensidade que ligam a experiência jurídico-penal portuguesa à alemã. Relações que, em geral, se traduzem na constante e decisiva influência que o direito penal alemão vem, desde há sensivelmente século e meio, exercendo sobre o direito penal português. Onde encontram eco as vozes e as controvérsias que se fazem ouvir do outro lado do Reno. Onde desencadeiam réplicas os movimentos de reforma ou os abalos de ruptura epistemológica ou de mundivisão que dão suporte ao direito penal e às suas instituições. E onde é fácil refazer, com relativa proximidade e fidelidade, o cortejo das grandes etapas do pensamento penal, dos programas de política criminal, das escolas ou modelos de compreensão e construção dogmática da infracção criminal ou das versões da "gramática dogmática". Cá como lá, a história do pensamento penal passa obrigatoriamente pelos mesmos mestres. Também entre nós tiveram cátedra vultos cimeiros como Binding, Liszt, Beling, Mezger, Welzel, Roxin, ou mesmo Jakobs: nomes que também os estudantes portugueses conheceram nas Escolas de Direito e a que os operadores judiciários se acolhem nos tribunais. Cá como lá, a evolução historiográfica da doutrina e das instituições penais é feita pela sucessão dos mesmos e grandes paradigmas: positivismo-causalista, normativismo neokanteano, finalismo, funcionalismo teleológico-racional... em que se foi sucessi-

vamente decantando e cristalizando a pulsão criadora dos autores e dos tribunais alemães. Como um elementar exercício de arqueologia deixa a descoberto, não é fácil identificar na experiência jurídico-penal portuguesa um enunciado normativo, uma instituição, uma construção doutrinal, um programa político-criminal que, de forma mais ou menos directa, mais ou menos exposta, não preste homenagem à lição alemã.

3. O reconhecimento da influência germânica significa apenas isso. Ele não leva consigo o reconhecimento ou a asserção duma recepção mecanicista e passiva, como se o direito penal português – na diversidade dos seus rostos: lei, doutrina, *praxis* dos tribunais – mais não fosse do que o resultado duma tradução das fórmulas com que na Alemanha se diz e se faz o direito penal. Uma obra de copistas, a responder acriticamente às sugestões sopradas a partir daquele país. Também deste lado as pedras da calçada impõem uma leitura significativamente outra.

Logo porquanto a influência alemã só o é e só se actualiza mercê da intervenção co-criadora dos juristas portugueses. Tudo se passando como se o direito português operasse como uma espécie de "intelecto agente" (de ressonância aristotélico-tomista), a construir os seus próprios "universais" categoriais a partir das mostrações provenientes do direito erigido em modelo. E face ao qual o direito português emerge como um sistema autónomo e auto-referente, aberto à complexidade ambiente, que só interioriza depois de a reinterpretar (e recriar) segundo os seus próprios códigos. Códigos que espelham uma cultura penal nacional, historicamente plasmada e consolidada. E que, hoje como ontem, persiste como metalinguagem por detrás das leis, das instituições, das teorizações, dos projectos de reforma e das decisões prático-jurídicas que fazem a história do direito penal português.

Não admira, por isso, que, no panorama comparatístico entre os direitos penais alemão e português, a par de extensas áreas doutrinal, político-criminal e normativamente sobreponíveis, sejam igualmente frequentes as soluções de dissonância e, mesmo, de heresia (tomada a expressão, mais uma vez, ao pé do sentido etimológico: do grego *hairein* a significar *escolha*, com possibilidade de a escolha ir no sentido da diferença e do afastamento).[3] Divergências que, não raro, correm fundo, não sendo visíveis à superfície onde as coisas denotam uma aparente mesmidade traduzida na identidade dos nomes e até das formu-

3. Seguimos nesta parte a lição da sociologia da religião de Peter L. Berger. *The heretical imperative. Contemporary possibilities of religious affirmation*. New York: Double Day, 1980, passim, sobretudo, p. 23 ss.

lações normativas. Não sendo, outrossim, de estranhar as frequentes constelações em que as respostas dadas pela lei penal portuguesa acabam por ir mais longe do que as soluções homólogas da lei alemã.

Não faltam, na verdade, situações em que as posições da lei portuguesa – a título meramente ilustrativo e atendo-nos a casos paradigmáticos, recordamos os regimes do *erro* e a doutrina da *culpa* que o enquadra e, noutro contexto, o regime dos *tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* – mesmo quando mergulham directamente as raízes na experiência alemã e são alimentadas pela doutrina e pela jurisprudência daquele país, vão mais longe do que os modelos originários. Mais longe, pelo menos, na direcção da assunção positivada das implicações normativas e prático-jurídicas que se deixavam adivinhar nas premissas político-criminais e dogmáticas avançadas pelos autores e tribunais alemães. Às vezes mesmo levadas aos projectos de reforma legislativa mas que entretanto não lograram a aprovação por parte do legislador alemão. Mas também mais longe no sentido de que configuram irrecusáveis avanços científicos e político-criminais.

4. O quadro que fica sumariamente referenciado e esboçado à medida duma comparação entre os dois ordenamentos jurídico-penais globalmente considerados, repete-se, agora em escala reduzida, na comparação circunscrita à tutela penal que os dois ordenamentos reservam ao *direito à imagem*.

É um domínio em que, ao nível do direito legalmente positivado, os dois ordenamentos seguiram vias claramente diferenciadas. De todo o modo, também aqui sobra líquido que o direito português vigente é, no essencial, tributário da lição alemã. Não sendo arriscado acreditar que não seria fácil explicar nem compreender as soluções legais do direito positivo português posta entre parênteses a influência da experiência alemã. De forma sincopada e apodíctica: o direito penal português relativo à imagem não seria seguramente o mesmo sem a influência da doutrina, da jurisprudência e dos projectos de reforma que, ao longo do último século, foram sendo apresentados e discutidos na Alemanha. Doutrina, jurisprudência e projectos legislativos que, por vias disso, persistem como *topoi* hermenêuticos incontornáveis para o intérprete e aplicador do direito penal português.

Mas também aqui a circunstância de a lei penal portuguesa ter assumido e interiorizado com autenticidade o paradigma normativo, axiológico e político-criminal do direito à imagem posto de pé pelos juristas alemães, não impediu que a lei portuguesa consagrasse um conjunto de soluções que se afastam significativamente das que lhe serviram de modelo. Em nossa convicção nem sequer relevará do pecado da *hybris* acreditar e afirmar que, em muitos aspectos, aquelas soluções (portuguesas) se situam à frente das suas congéneres ger-

mânicas. E isto, importa sublinhá-lo, mesmo na perspectiva da actualização do paradigma normativo e axiológico do direito à imagem que os juristas alemães ofereceram à cultura jurídica.

Atendo-nos por ora ao mais patente e exposto, recordamos que o direito penal português inscreveu o direito à imagem no "capital dos bens jurídicos" (BINDING) criminalmente tutelados. Convertendo-o assim em bem jurídico típico duma incriminação – *fotografias ilícitas* (art. 199.º, n. 2, do Código Penal Português) – que lhe assegura uma tutela criminal directa e específica. Isto diferentemente do que continua a passar-se no direito penal alemão. Que – ressalvada a tutela limitada e fragmentária resultante do § 33 da velha (1907) *Kunsturheberrechtsgesetz* (*KUG*) – continua a não proteger autonomamente a imagem *qua tale*.

Uma observação válida e pertinente mesmo tendo em conta o § 201a) recentemente (2004) introduzido no StGB, sob a rubrica *Verletzung des höchtspersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahme* ("Violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia"). Um preceito que, vê-lo-emos com mais cuidado, não incrimina nem pune os atentados arbitrários contra a imagem enquanto tal, mas só na medida em que as fotografias não consentidas produzam uma lesão efectiva da *área nuclear e inviolável da privacidade/intimidade*. Resumidamente, e ao contrário do que sucede em Portugal, o § 201 a) do StGB só assegura à imagem uma protecção derivada e reflexa: tal só se dá quando, *inter alia*, a fotografia e a sua utilização ou transmissão arbitrárias lesem a área nuclear da *intimidade*.

5. São, por seu turno, óbvias as razões e os marcadores da *actualidade* de um estudo (no caso um estudo comparatístico) centrado sobre os problemas da *tutela penal da imagem*.

A actualidade advém, desde logo, da ostensiva novidade da matéria, certo como é que a protecção penal da imagem tem atrás de si uma história relativamente curta. Com antecedentes que remontam aos princípios do século XX (como a já citada *KUG*) e cujo significado não pode ser olvidado, a verdade é que só nas últimas três ou quatro décadas daquele século se ganhou a perspectiva necessária à consideração da imagem como um autónomo bem jurídico-penal, *sc.* como um direito cujas lesões são, só por si, portadoras da dignidade penal e da carência de tutela penal bastantes para justificar a punição como crime. E, como tal, um bem jurídico legitimado a bater à porta do ordenamento jurídico-penal e a reivindicar a sua tutela directa. Na certeza de que este é um programa político-criminal, ainda longe de contar com o reconhecimento e sancionamento generalizados. Como teremos oportunidade de assinalar, no panorama comparatístico actual soam, pelo contrário, a excepção os ordena-

mentos jurídico-penais que asseguram expressão positivada a uma incriminação das fotografias ilícitas votada à tutela da imagem como bem jurídico típico. A este nível os problemas do direito penal da imagem reconduzem-se ainda no essencial à questão da criminalização.

A actualidade do tema decorre também da exposição da imagem às realizações do progresso técnico-científico, em permanente sobressalto. Constantemente a actualizar novas formas de ameaça ou de risco e, por vias disso, a impor constantes alterações da área de tutela das incriminações entretanto sancionadas, se não mesmo a fazer emergir novas incriminações. Seja como for que as coisas acabem por se passar ao lado do direito penal – como instrumento de *ultima ratio*, o direito penal marcha normalmente atrás, como os *lictores* romanos – as coisas são hoje particularmente claras do lado dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e tutelados. Que têm vindo a densificar-se e desdobrar-se ao ritmo dos progressos técnico-científicos, invariavelmente portadores de novas possibilidades de intromissão e devassa. Ora, sendo certo que o direito geral de personalidade "não pode vergar-se ao desenvolvimento tecnológico" (BGH), importa, parafraseando Binding, montar guarda do lado das novas "superfícies expostas às intempéries". Dito com o Tribunal Constitucional federal, importa assegurar "uma tutela sem lacunas (ao direito geral de personalidade), particularmente reclamada à vista das novas ameaças para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de que o progresso técnico-científico se faz acompanhar".[4] Como de todos os lados se reconhece e acentua, os meios técnicos hoje disponíveis – e disponíveis de forma massificada – trazem consigo ameaças e riscos para o direito à imagem que vão muito para além dos perigos que há três ou quatro décadas estavam associados à máquina fotográfica ou à normal câmara de filmar. Um densificação e alargamento dos perigos que, como entre outros e pertinentemente, sublinha Helle, se dão tanto em quantidade como em qualidade.[5]

Tudo a convergir em abono da conclusão: ontem como hoje a tutela da imagem persiste como um problema e um desafio para o direito penal. Logo ao nível da *law in book*, *sc.*, da decisão sobre o se e a medida da criminalização. Tarefa de que um legislador como o português não pode considerar-se definitivamente desonerado pela circunstância de um dia ter posto de pé uma incriminação votada à tutela da imagem (art. 199.°, n. 2, do Código Penal). Mesmo em se tratando, como teremos oportunidade de pôr em evidência, de

4. *BVerfGE* 106 28 = *NJW* 2002, p. 3621. No mesmo sentido, *BVerfGE* 101, 361 = *NJW*, 2000, p. 1021.

5. J. Helle, Die heimliche Videoüberwachung – zivilrechtlich betrachtet, *JZ* 2004, p. 340 ss.

uma incriminação intrinsecamente consistente com o programa político-criminal que está na sua origem: proteger a imagem *qua tale*, isto é, como autónomo bem jurídico-criminal. E, para além disso, sistemicamente congruente com a complexidade-ambiente, concretamente com as incriminações votadas: por um lado, à tutela do *direito à palavra* (art. 199.º, n. 1); e, por outro lado, à tutela da *privacidade-intimidade em sentido material* (art. 192.º).

Como acontece em muitos outros domínios do direito penal, também esta é uma incriminação que não pode assistir, imutável e aproblemática, ao fluir do tempo e da vida. Enquadrar jurídico-criminalmente os problemas do direito penal da imagem é, necessariamente, estar a caminho. Tudo havendo a ganhar se o caminho se fizer também à luz da experiência de outros que se veem confrontados com os mesmos problemas e se propõem enfrentá-los no mesmo horizonte de princípios e valores.

Assim, também pelo lado da *actualidade* sobram patentes os créditos de uma consideração comparatística dos problemas da tutela penal da imagem.

2. O DIREITO PENAL ALEMÃO. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E COMPARATÍSTICO

2.1 A tutela penal da imagem no panorama europeu

6. No panorama comparatístico (aqui e agora circunscrito ao espaço europeu) são diferenciadas e centrífugas as respostas ao problema da tutela penal do direito à imagem. Um mosaico de soluções que, apesar de tudo, é possível arrumar em dois modelos básicos.

De um lado, os ordenamentos jurídico-penais que adscrevem ao direito à imagem o estatuto de autónomo bem jurídico penal. E que, nesta linha, incriminam e punem as violações do direito à imagem, em si e *de per si*, independentemente da sua relevância por atentado a outros bens jurídicos, nomeadamente à *área de reserva e de privacidade*. É um modelo de que o direito positivo português oferece, desde 1982, uma expressão acabada, porventura a única.

Esta não é, com efeito, uma solução que colha os favores da generalidade dos direitos europeus. Que, em geral, apenas concedem relevância criminal típica às violações do direito à imagem (registo, utilização e transmissão arbitrárias) se e na medida em que elas impliquem uma qualquer afronta à *privacidade/intimidade*.

É o que podemos ilustrar com o art. 179 *quater* do Código Penal suíço, um dispositivo recorrentemente citado como exemplo de protecção penal da imagem. A verdade é que também aqui o que, em rigor, está em causa é a

punição de acções de devassa, *sc.* de intromissão na área da privacidade. É o que o teor literal do preceito claramente inculca, ao prescrever a punição de "wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne denen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einem Bildträger aufnimmt".[6] Na clarificadora observação de Stratenwerth, "a extensão do tipo é em primeira linha determinada pelo universo dos factos protegidos contra a devassa".[7]

O mesmo valendo para o preceito homólogo (art. 226.º) do Código Penal francês, ao punir "le fait de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...) en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celui-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé". Ou do art. 197.º da codificação espanhola, que, não obstante integrar um Título (X) da Parte especial que tem como rubrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", se limita a incriminar: "el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen".

Esta posição do direito penal espanhol vigente tem como reverso o reconhecimento pacífico e consensual do direito à imagem como um direito fundamental, e mesmo como um bem jurídico autónomo, a gozar como tal de inequívoca consagração e tutela tanto por parte da Constituição como da lei civil (nomeadamente nos termos da *Ley Orgânica de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propria Imagen*, 1982). Só que, com o apoio de uma parte significativa da doutrina, o legislador espanhol tem considerado que a imagem não carece da tutela penal. Sendo para o efeito bastante a protecção assegurada pelo direito civil. Nesta linha, refere Gómez Pavón: "podemos afirmar que, embora na ordem constitucional e civil os três direitos apareçam enunciados de forma separada, a protecção penal do direito à própria imagem só será possível se, além disso, o facto constituir um ataque a qualquer dos outros bens jurídicos. Assim, apesar de poderem ser diferentes, do ponto de vista penal o direito à própria imagem perde a sua dimensão substantiva e o seu reconhecimento constitucional cumpre a função, na óptica

6. Em versão portuguesa: "quem, sem consentimento, observa ou regista com uma máquina fotográfica um facto da área de segredo de outra pessoa ou um facto da área de reserva de outra pessoa, não acessível a qualquer pessoa".

7. G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. BT. Straftaten gegen Individualinteressen*. Bern: Stämpfli Verlag, 1993. p. 229.

punitiva, de assinalar a sua pertinência à honra e intimidade, quando se lesem também estes bens jurídicos, e a sua categoria de direito da personalidade".[8] Em sentido convergente considera Fermín Prats que "a tipificação de um delito aberto e indeterminado de atentado à própria imagem representaria uma violação dos princípios de intervenção mínima e de tipicidade, configurando para além disso uma solução não aconselhável político-criminalmente, tendo nomeadamente em conta que tais condutas já merecem resposta sancionatória em sede civil".[9]

Projectado sobre este pano de fundo de redução tipológica dos modelos de tutela penal da imagem oferecidos pelo direito comparado, o direito alemão vigente sobressai por conjugar: a par de soluções fragmentárias de tutela directa e autónoma da imagem (constantes dos dispositivos combinados dos § 22, 23 e 33 da *KUG*); um regime geral que apenas assegura à imagem uma tutela subsidiária e reflexa, num quadro de protecção penal da *privacidade/intimidade* (nos termos do § 201 a) do StGB). Esta última tem sido, de resto, uma marca da experiência alemã: a tendência para punir as violações do direito à imagem na medida da sua relevância como atentado à reserva da vida privada.

É o que um apressado exercício historiográfico permite pôr a descoberto.

2.2 *Evolução legislativa*

7. Apesar da reconhecida novidade do tema, é já relativamente longa a história da presença das fotografias ilícitas nos tribunais alemães.[10]

Sem procurar afloramentos mais remotos, recordamos o caso conhecido como "*Dame im Badekostum*", que remonta aos fins do século XIX (1898). Em que o Tribunal do Império condenou por difamação o autor que fotografou às ocultas uma mulher que se encontrava na praia em fato de banho, divulgando depois a fotografia. Entre os *leading cases* citamos ainda o *caso Bismarck*, ocorrido já nos primeiros anos do século XX: na noite a seguir à morte do governante, os autores entraram sem autorização no quarto onde se encontrava o cadáver, que fotografaram. O *Reichsgericht* deu provimento ao pedido dos filhos do defunto, decretando a proibição da publicação e ordenando a destrui-

8. Gómez Pavón. *La intimidad como objeto de protección penal*. Madrid: Akal, 1989. p. 28.

9. Fermín Prats. In: Gonzalo Olivares; Fermín Prats (eds.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Arazandi, 2008. t. II, p. 455.

10. Para uma síntese, J. Eisele, Strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen zur Einführung eines § 201 a) in das Strafgesetzbuch. *JR* 2005. p. 6 ss.

ção das fotografias. Na falta de dispositivo legal de reconhecimento e tutela da imagem, o Tribunal fez, desta feita, prevalecer a *violação do domicílio*.

E foi precisamente este caso que, fazendo avultar as lacunas da legislação, precipitou a aprovação da *KUG* (1907) e, com ela, o primeiro reconhecimento positivado do *direito à imagem qua tale* e a primeira incriminação (§ 33) da sua violação sob a forma da *divulgação* ou *exposição* não consentidas da fotografia. Como de todos os lados se acentua,[11] uma solução legal que enferma de uma comprometedora limitação: pune a *divulgação* e a *exposição* arbitrárias da fotografia de outra pessoa, mas não a *produção* arbitrária da fotografia. Isto é, deixa impune a forma basilar – e, em princípio, a primeira – de atentado à imagem. De todo o modo, na medida do que prevê e regula, a verdade é que a *KUG* assegura a tutela jurídico-penal da imagem *qua tale*, isto é, como bem jurídico autónomo, criminalmente protegido em si e *de per si*, independentemente de relevância do ponto de vista de outros bens jurídicos, nomeadamente da *privacidade/intimidade*.

Uma posição de que viriam a distanciar-se as ulteriores soluções consagradas pelo legislador ou apenas propostas nos projectos de reforma legislativa. Que, embora ao arrepio da reivindicação de vozes significativas da doutrina,[12] nunca sancionaram positivamente ou ao menos advogaram programas de tutela penal do direito à imagem como bem jurídico autónomo.

8. Tal vale sobremaneira para o Projecto Governamental de Código Penal de 1962. Que previa a protecção da *palavra* como autónomo bem jurídico típico, incriminando e punindo a gravação e a audição arbitrárias sem mais, *sc.* sem qualquer exigência de dano ou perigo para a privacidade. Mas era completamente omisso quanto à *imagem*, cuja tutela criminal considerava desnecessária.[13] Uma compreensão das coisas a que, no essencial, se matéria fiel a *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (*EGStGB*, 1974) que introduziu no Código Penal alemão o § 201 (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*), que pune *inter alia* a gravação e a audição não consentidas da palavra de outra pessoa. E, mais uma vez deliberadamente, recusou dar guarida à imagem, que continuou fora do Código Penal. No que, de resto, mantinha no essencial o regime até então

11. Cf., neste sentido: EISELE, op. cit.; N. Bosch, Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi. *JZ* 2005. p. 378; KARGL, Zur Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *ZStW* 2005. p. 324 ss.

12. Cf., por exemplo, B. Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnisse. *ZStW* 1978. p. 33.

13. Cf. *Begründung zum Entwurf eines Strafgetzbuchs von 1962*, p. 327.

vigente e que constava do § 298 (*Abhörverbot*) do mesmo StGB. Que também punia a gravação e audição não consentidas da palavra, mas era inteiramente omisso quanto à imagem.

Entretanto (1971) tinha sido publicado o Projecto Alternativo, cujo § 146 (*Unbefugtes Abhören und Abbilden*), propunha a incriminação e a punição, a par das gravações ilícitas (n. 1), das fotografias ilícitas (n. 2). Só que tal acontecia, porém, com uma diferença significativa: enquanto a palavra era protegida, em si e *de per si*, em termos substancialmente sobreponíveis aos adoptados pelo Projecto de 1962, as fotografias ilícitas só eram punidas desde que elas actualizassem a intromissão ou devassa da vida privada. É o que decorre directamente do teor literal do articulado proposto. Que previa a punição de: "1. Quem fotografar outra pessoa nos seus espaços privados"; e "2. Quem fotografar outra pessoa ou os seus espaços com lesão da exigência de respeito da área eminentemente pessoal".[14] Este desígnio de punir as violações do direito à imagem como forma de tutela da *privacy* é, de resto, claramente assumido na fundamentação apresentada pelos autores do Projecto Alternativo. Que justifica a punição das fotografias feitas às ocultas, isto é, sem consentimento nem conhecimento da pessoa concretamente atingida considerando que, "por essa via se atinge a área da intimidade".[15]

De qualquer forma, nem a doutrina do Projecto Alternativo nem o pensamento político-criminal que o inspirava encontraram eco no curso da legislação alemã. Por ser assim – e descontados os dispositivos fragmentários da *KUG* – a partir de 1974 o direito penal alemão codificado continuou a assentar (e reproduzir) numa tão ostensiva como incompreensível assimetria entre a tutela dispensada, respectivamente, à palavra e à imagem. Tanto mais quanto é certo tratar-se de direitos "da mesma geração", com a mesma trajectória histórica, com o mesmo étimo axiológico e constitucional, com a mesma estrutura normativa, porque ambos recondutíveis a manifestações de liberdade que se actualizam na comunicação intersubjectiva.[16] Num e noutro caso "garante-se a autodeterminação sobre a própria representação da pessoa na comunicação

14. Na versão original: "unter Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs".

15. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Person, 2 Hb.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971. p. 33.

16. Sobre o tópico da fundamentação comum ao direito à palavra e à imagem – ambos emanação da *Menschenwürde* e do *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, consagrados respectivamente nos arts. 1, I e 2, I da Lei Fundamental – tópico recorrente na doutrina e na jurisprudência constitucionais, cf., por todos, *BVerfGE* 34, 238

com os outros".[17] Esta proximidade e comunicabilidade teleológico-axiológica tende a repetir-se do lado da danosidade e do ilícito material das pertinentes violações. Como de todos os lados se reconhece, "a área da reserva pessoal pode ser lesada através de fotografias da mesma maneira que tal se dá através das gravações".[18] Um enunciado à vista do qual resulta dificilmente justificável a resposta que vinha sendo dada pelo ordenamento jurídico-penal alemão: do mesmo passo que punia as gravações arbitrárias, silenciava praticamente os atentados à imagem.

E foi precisamente animado pelo propósito de colmatar a lacuna e ultrapassar os desequilíbrios normativos subsistentes que o legislador alemão se decidiu (*36. Strafrechtsänderungsgesetz*) por aditar o novo § 201 a) ao Código Penal, que viria a entrar em vigor em agosto de 2004. Com isso colocando a última pedra no edifício normativo jurídico-penal que cabe levar à comparação com o direito penal positivo português. Tarefa que passa naturalmente por um exercício hermenêutico centrado sobre o citado § 201 a) e tendente a clarificar o seu sentido e alcance. E, particularmente, para indagar se efectivamente ele logrou ou não colmatar o fosso que separava a tutela penal da imagem da que era assegurada à palavra. Ou se, inversamente, preservou, ou alargou mesmo, as distâncias. E se, nesta medida e acolhendo-nos à denúncia de Wolter, a nova incriminação do StGB não passa, afinal, de um "preceito praticamente falhado".[19]

2.3 A doutrina e a jurisprudência (constitucional)

9. Começando por buscar a luz do horizonte constitucional, retenha-se que no direito alemão o reconhecimento do direito à imagem como um autónomo direito fundamental, correspondente a uma específica dimensão da personalidade, soa hoje a evidência. Apesar de, diferentemente do que faz a Constituição Portuguesa (art. 26.°, n. 1), a Lei Fundamental germânica não reconhecer

---

= *JZ*, 1973, p. 504 ss.; *BVerfGE* 101, 361= *NJW*, 2000, p. 1011 ss.; *BVerfGE* 106, 28 = *NJW* 2002, p. 3619 ss.

17. *BVerfGE*, 106, 28 = *NJW*, 2002, p. 3621.

18. KARGL, Zur Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 338.

19. J. Wolter, Der Schutz des höchtspersönlichen Lebensbereich in § 201 a) StGB – Ein Kommentar zu Kristian Kühl. *Empirische umd dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Berlin: Heymanns, 2005. p. 234.

expressamente o direito à imagem, mesmo assim, os juristas e os tribunais alemães não têm deixado de, consensual e sistematicamente, o afirmar, fazendo-o decorrer da dignidade humana e do direito geral de personalidade. Um percurso que, em geral, vem sendo feito sob a liderança do Tribunal Constitucional federal, a que ficaram a dever-se as mais clarificadoras proclamações do direito à imagem. Com a particularidade de o fazer associando sistematicamente o direito à imagem ao direito à palavra, a que atribui a mesma topografia na relação com a *dignidade humana* e com o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* e a que adscreve idêntica estrutura normativa e igual densidade axiológica.

Na afirmação apodíctica do que ficaria conhecido como o *Assassínio dos militares de Lebach* (1973): "o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana compreendem o direito à própria imagem e o direito à palavra".[20] Numa formulação que remonta ao *caso do gravador*, do mesmo ano (1973), e a que o mesmo Tribunal viria recorrentemente a acolher-se em sucessivos e ulteriores pronunciamentos, é a partir do direito à imagem que argumenta a favor do direito à palavra: "este direito fundamental (direito ao livre desenvolvimento da personalidade) protege também posições jurídicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade. A que pertence, dentro de certos limites e *à semelhança do que se passa com o direito à imagem*, o direito à palavra falada. Por vias disso, em princípio, cada um pode determinar em exclusivo quem pode gravar a sua palavra bem como, depois de gravada a sua voz, quem (ou perante quem) a pode ouvir".[21] Na mesma linha, mas agora em sentido inverso (da palavra para a imagem): "o direito à própria imagem garante ao indivíduo a possibilidade de influenciar e decidir sobre a produção e a utilização de fotografias ou retratos da sua pessoa por parte de outrem. À semelhança do que acontece com o direito à palavra, em cuja esteira o direito à imagem se afirmou na jurisprudência constitucional, a necessidade da tutela resulta sobretudo da possibilidade de a imagem de uma pessoa numa dada situação se desligar dela, ser fixada como um objecto e ser reproduzida a todo o tempo perante um universo incontrolável de pessoas".[22]

Esta compreensão das coisas leva consigo uma clara separação das águas entre *privacidade* e *imagem* (ou, sendo caso disso, o *direito à palavra*). E tanto no plano estritamente categorial como nos planos axiológico e jurídico-

20. *JZ*, 1973, p. 509.

21. *BVerfGE* 34, 238 = *JZ* 1973, p. 505. No mesmo sentido e em formulação no essencial sobreponível, *BVerfGE* 106, 28 = *NJW* 2002, p. 3621.

22. *BVerfGE* 101, 361 = *NJW* 2000, p. 1022.

-normativo. A fazer emergir o *direito à imagem como um bem jurídico autónomo*, reconhecido em si e *de per si*, como referente autónomo de danosidade social e de ilicitude material, distintas e independentes da danosidade social e do ilícito da indiscrição e da devassa em que se actualizam os atentados contra a *privacidade*. Tudo decorrências ou implicações que o mesmo Tribunal Constitucional federal não deixa de expressamente subscrever e sublinhar. Como pode ler-se no aresto acabado de citar, conhecido como *Carolina I* e que alguns autores referem como "*Magna-Charta-Urteil*"[23] sobre o registo e utilização de fotografias de outra pessoa: "diferentemente do que sucede com o direito à própria imagem, a tutela da esfera privada, que radica no direito geral de personalidade, reporta-se não às fotografias, mas é determinada de forma *temática* e *espacial*".[24]

Também não será arriscado acreditar que este paradigma assente na distinção entre *imagem* e *privacidade* configura hoje um dado pacífico e consolidado da cultura e da ciência jurídica alemãs.[25] Tudo legitimaria assim a expectati-

---

23. Neste sentido, por exemplo, S. Engels; U. Jürgens, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz. Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des "Caroline"-Urteis in deutschen Recht, *NJW* 2007, p. 2520. A designação *Carolina I* advém do facto de este ter sido um aresto pronunciado sobre um dos muitos processos com que Carolina de Hannover, mais conhecida como Carolina do Mónaco e os seus familiares e acompanhantes, como o ex-marido (Ernst August von Hannover) confrontaram os tribunais alemães, nomeadamente o Tribunal Constitucional e o BGH bem como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Do lado do Tribunal Constitucional, merece ser desde já convocado o veredicto proferido em 2008, que ficaria conhecido como *Carolina II* (*NJW*, 2008, p. 1793 ss.) e em que aquele Tribunal respondeu ao TEDH e confirmou, em aspectos essenciais, a doutrina que vinha fazendo vencimento nos tribunais alemães, nessa mesma medida se afastando das posições tomadas pelo Tribunal de Estrasburgo. Sobre a controvérsia, *infra*.

24. *BVerfGE* 101, 361 = *NJW*, 2000, p. 1022. Esta distinção entre privacidade *temática* e *espacial* vem sendo nos últimos tempos recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Do mesmo Tribunal, cf., ainda a título de mera ilustração, as decisões de 04.04.2000 (*NJW*, 2000, p. 2.189) ou de 13.04.2000 (*NJW*, 2000, p. 2193). A classificação é, no essencial, sobreponível a uma outra distinção que contrapõe a *privacidade em sentido material*, à *privacidade em sentido formal*. Para uma referência sumária às duas categorizações e os respectivos pontos de convergência e dissonância, C. Andrade. *Comentário conimbricense do Código Penal*. 2. ed. (no prelo), t. I, comentário ao art. 192.º.

25. Cf., neste sentido e a benefício de ilustração, H. Bonarens. Anfertigung von Lichtbildern für Zwecke des Strafverfahrens und Persönlichkeitsschutz. *Dünnebier-FS*, 1982. p. 216 ss.

va de ver o direito germânico global e sistematicamente alinhado com aquela compreensão das coisas e a assegurar-lhe uma expressão concretizada. A começar pelo direito que se actualiza e se dá a conhecer sob a forma de *lei* e, no que aqui mais directamente nos ocupa, de lei penal. Esta é, porém, uma expectativa "cognitiva" que os "factos" se encarregam de frustrar e infirmar. Factos que, em vez disso, oferecem uma experiência com a marca irredutível da equivocidade e ambiguidade.

É o que teremos oportunidade de assinalar a propósito do exame crítico que votaremos ao § 201 a) do StGB.

10. Para se ganhar uma adequada perspectiva sobre os problemas, importa ter presente que a tendência para a inscrição – e subordinação – da tutela penal da imagem no programa de protecção da privacidade, que atinge a sua expressão acabada precisamente no § 201 a) do StGB, está longe de aparecer como uma surpresa ou um *novum* na experiência jurídica alemã. De algum modo, o regime do § 201 a) StGB representa mesmo o ponto de chegada "natural" e alinhado com uma outra e dissonante compreensão, que vinha fazendo um curso paralelo ao do paradigma exposto, com ele concorrendo e com ele intimamente imbricado. E, vistas bem as coisas, a ele acabando por se sobrepor.

É o que procuraremos demonstrar, sinalizando alguns lugares históricos da sua manifestação e revelação.

Esta doutrina é abertamente sustentada por K. Peters no 46. Congresso dos Juristas Alemães (1966). Segundo o autor, "uma fotografia feita sem consentimento ou qualquer outra legitimação lesa seguramente o direito de personalidade, mas ela só constitui um atentado à dignidade humana quando (...) à luz da concepção dos valores ético-pessoais, *releve da esfera da intimidade no seu conteúdo humano* típico (...) Tal vale seguramente para a expressão íntima da vida sexual".[26] Como já tivemos oportunidade de recordar, ela voltou a aflorar claramente no Projecto Alternativo (1971), em geral referenciado como um dos marcos históricos da afirmação do direito à imagem no contexto do direito penal. E tem também uma presença indisfarçada (e indisfarçável) na própria doutrina do Tribunal Constitucional federal, a este propósito invencivelmente ambígua e equívoca. É certo que, com uma mão, o tribunal adianta uma depurada categorização do *direito à imagem*, compreendido como bem jurídico distinto e autónomo face à privacidade. Só que, com a outra mão, na hora de enquadrar as constelações fácticas e superar os conflitos trazidos à sua

26. K. Peters. Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. *Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag*. Bd I, Teil 3A, p. 91 ss.

consideração, o areópago de Karlsruhe acaba por fazê-lo sob a prevalência dos princípios e das exigências decorrentes da privacidade.

É o que nos permitimos ilustrar com a lição oferecida pelos já citados *Carolina I* (1999) e *Carolina II* (2008). Que sobrelevam logo pelo tratamento privilegiado que reservaram aos problemas da tutela constitucional da imagem. E a que ficou a dever-se a já recenseada categorização do direito à imagem como bem jurídico autónomo. E, todavia, na hora de verter direito sobre os múltiplos casos concretos que opuseram a princesa Carolina (e seus familiares e amigos) às revistas que publicaram notícias e fotografias do seu quotidiano – jantar em esplanadas ou jardins, fazer compras, ir a bailes, andar de bicicleta e treinar equitação, assistir o pai na doença, arrendar uma vila no Quénia etc. – não foi o direito à imagem que, em primeira linha, emergiu como referente dos juízos de licitude/ilicitude das fotografias e da sua publicação. Em vez disso, o Tribunal Constitucional – como, de resto, o fariam também o BGH e o TEDH – fê-lo invariavelmente à sombra de um paradigma normativo de superação do *conflito entre a liberdade de imprensa* (de que as revistas se reivindicavam) *e a preservação da área de reserva e privacidade*.

Clarificadores a começar, os sumários dos arestos, ao reconduzirem o conflito à antinomia entre liberdade de imprensa e *reserva da vida privada*. Como pode ler-se no sumário do *Carolina I*: "a esfera da privacidade (*Privatsphäre*), protegida pelo direito geral de personalidade dos artigos 2, I e 1, I da Lei Fundamental, não está circunscrita ao espaço do domicílio. O indivíduo deve dispor da possibilidade de também se poder mover noutros espaços reconhecidamente resguardados, sem ser perturbado pela captação de fotografias (...) a protecção da esfera privada face às fotografias recua na medida em que a pessoa se mostra estar de acordo em que determinadas coisas, em geral tidas como privadas, se realizem de forma pública".[27]

De igual modo, e apesar de criticar abertamente alguns dos conceitos nucleares e das soluções sancionadas pelo Tribunal Constitucional alemão, também o TEDH (*Carolina de Hannover* vs. *Alemanha*, 24.06.2004) acaba por, em última instância, reconduzir as coisas a uma "ponderação entre a tutela da vida privada (*Privatleben*) e a liberdade de expressão da opinião".[28]

Uma interpretação das coisas – a saber: os tribunais envolvidos e particularmente o Tribunal Constitucional encaram a tutela da imagem como um *problema de privacidade* – que as fundamentações dos arestos confirmam e con-

27. *NJW*, 2000, p. 1021.

28. *NJW*, 2004, p. 2647.

solidam. E isto postos nesta sede entre-parênteses os termos em que os mesmos tribunais utilizaram os sistemas categoriais de que lançaram mão e como equacionaram e solucionaram os conflitos que foram chamados a superar. E a forma como se foram adaptando e respondendo aos novos enquadramentos produzidos pela controvérsia. Controvérsia que, a benefício sobretudo do leitor português, convirá recordar de forma sincopada. Atendo-nos, por razões de economia, aos pronunciamentos mais marcantes dos tribunais superiores alemães – Tribunal Constitucional e BGH – e do TEDH.

11. Comum a um número significativo de processos, o problema de saber em que medida os *media* podem legitimamente captar e divulgar a imagem de pessoas proeminentes (aqui representadas pela princesa Carolina e seus familiares) mesmo em contextos e eventos estranhos ao exercício do respectivo cargo ou título.

Um primeiro passo foi avançado no *Carolina I* (15.12.1999)[29] pelo Tribunal Constitucional federal que, de algum modo, reproduz o paradigma doutrinal e normativo que vinha sendo posto de pé por autores e tribunais alemães. E que, com o risco de alguma simplificação, é possível sintetizar em três enunciados fundamentais; (a) o reconhecimento da categoria e do regime específico das *pessoas da história do tempo em sentido absoluto* (*absoluten Personen der Zeitgeschichte*); (b) a licitude da captação e publicação da imagem destas pessoas em quaisquer circunstâncias salvo no interior da habitação ou noutros espaços fisicamente demarcados e separados (*örtliche Abgeschiedenheit*); (c) a legitimidade da imprensa de entretenimento (*Boulevard-Presse ou* imprensa "*cor-de-rosa*"), que se alimenta das notícias e sobretudo das fotografias da vida privada das pessoas da história do tempo.[30] Uma compreensão das coisas que levou o Tribunal Constitucional federal a indeferir muitas das pretensões da princesa Carolina contra as revistas que publicavam as suas fotografias.

O que motivou o recurso para o TEDH.

O Tribunal de Estrasburgo adoptou um entendimento significativamente diferente, deslocando o centro de gravidade a favor da preservação da vida privada. O que levou o TEDH a advogar o abandono de conceitos (e das respectivas cargas normativas) como: *pessoa da história do tempo*[31] em sentido absoluto

29. *BVerfGE* 101, 361 = NJW, 2000, p. 1021 ss.

30. Em sentido convergente, do lado da jurisdição ordinária e particularmente do BGH, cf. *BGHZ* 131, 332 = *NJW* 1996, p. 1128 ss.

31. Propondo para o efeito uma classificação tripartida, distinguindo entre: *políticos* (*politicians/personnes politiques*), *figures públicas* (*public figures/personnes publiques*) e *pessoas privadas* (*ordinary persons/personnes ordinaries*).

e *separação espacial*. E, a par disto, uma acentuada redução do significado e da legitimação política da imprensa de entretenimento. Que, segundo o Tribunal, mais não visa do que satisfazer a curiosidade, não oferecendo qualquer contributo para a discussão dos problemas sérios da sociedade (política, economia, arte, desporto etc.).

Esta doutrina começou por acolher o aplauso do BGH, que, nesta linha, decidiu alguns casos em sentido divergente ao que havia sido anteriormente sustentado pelo Tribunal Constitucional federal.[32] E é sobre este pano de fundo que acontece (26.02.2008) uma segunda intervenção do Tribunal Constitucional federal (*Carolina II*). Em que, abrindo-se às sugestões de índole metodológica e conceitual defendidas pelo TEDH, no plano material-normativo reafirma, no essencial, a doutrina que já havia firmado no contexto do *Carolina I*. Resumidamente, o Tribunal Constitucional de Karlsruhe aceita abrir mão dos conceitos de *pessoa da história do tempo* e de *separação espacial*, que segundo o Tribunal deviam encarar-se apenas como sistemas categoriais, considerados normativamente operativos, mas que podiam ser perfeitamente substituídos por "*novos*" *Schutzkonzepte*, funcionalmente equivalentes. O que levou o Tribunal a privilegiar conceitos como *expectativa justificada* (*berechtigte Erwartung*) de reserva e *ponderação* global da situação concreta, no essencial equivalentes, mas portadores de maior abertura e plasticidade. Isto suposta sempre a inviolabilidade de uma área nuclear da vida privada (*Kernbereich der Privatsphäre*) bem como a reafirmação da legitimidade da imprensa de entretenimento, também ela contribuindo para a formação da opinião pública no contexto da sociedade democrática. E, reversamente, a recusa de limitar a liberdade de imprensa à "imprensa séria" e à sua celebrada *watchdog-function* sobre o exercício do poder político.

De forma apressada, o Tribunal Constitucional aceita mudar de conceitos ou de categorizações para poder manter a doutrina e, no essencial, as soluções prático-jurídicas. O que naturalmente provocou novas ondas de choque do lado da jurisdição ordinária, nomeadamente do BGH. Logo porque o Tribunal Constitucional revogou a decisão de 06.03.2007 do BGH, reenviando-lhe o processo para nova decisão. O que levou a mais alta instância da jurisdição ordinária a mudar o sentido do seu pronunciamento anterior e, ao contrário do que antes proclamara, a considerar legítima a notícia de que Carolina e o seu marido Ernst August von Hannover haviam arrendado uma vila de férias (no Quénia). Uma notícia ilustrada com fotografias do quotidiano da princesa e do

32. Cf., por todos, *BGHZ*, 171, 275 = *NJW* 2007, p. 1977 ss.

marido e encimada pelo título: "Dormir na cama de Carolina, nenhum sonho inalcançável".[33]

3. O DIREITO PENAL ALEMÃO VIGENTE (§ 201 A) DO STGB). EXAME CRÍTICO

3.1 Pressupostos normativos de um sistema congruente de tutela penal da imagem

12. Foi sobre este pano de fundo histórico-cultural e político-criminal que o legislador alemão fez introduzir no Código Penal (2004) a nova incriminação do § 201 a), sob a rubrica *violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia*. A consagração da nova incriminação obedeceu a um programa de política criminal, apostada na satisfação de exigências em duas ordens distintas e complementares de direcções. Pretendia-se, em primeiro lugar, pôr termo às assimetrias subsistentes entre a tutela penal da imagem e da palavra. Em segundo lugar, aspirava-se a clarificar o estatuto e o regime jurídico-penal do *direito à imagem*, inscrevendo-o no "capital dos bens jurídicos" como um bem jurídico autónomo face à privacidade e, como tal, referente específico de danosidade social e de ilícito material.

Duas ordens de exigências cuja satisfação, em termos sistemicamente consistentes e congruentes, postulava que se alcançasse um terceiro objectivo: que se pusesse de pé uma incriminação votada à tutela directa da *privacidade em*

33. No mesmo sentido, a decisão de 24.06.2008, relativa ao "caso Heide Simonis", ex-Presidente do Governo do Estado do Schleswig-Holstein, acabada de se demitir e fotografada na rua, enquanto andava às compras, sendo as fotografias utilizadas para ilustrar a notícia. Para uma referência mais desenvolvida aos arestos citados e outros associados à Princesa Carolina e seus familiares, W. Hofmann-Riem, Die Caroline II-Entscheidung des BVerfGE. Ein Zwischenschrift bei der Konkretisierung des Kooperations-Verhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten. *NJW*, 2009. p. 20 ss.; CH. Teichmann, Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte. *NJW*, 2007. p. 1917 ss.; A. Heldrich. Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention. *NJW*, 2004. p. 2634 ss.; ENGELS; JÜRGENS, op. cit., p. 2517 ss.; J. Soehring, S. Seelmann. Die Entwicklung der Press- und Äusserungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004. *NJW*, 2005. p. 571 ss.; S. Muckel. Allgemeines Presönlichkeitsrecht Prominenter und Pressefreiheit. *JA*, 2009. p. 156 ss. Sobre as *figuras da história do tempo em sentido relativo*, cf., por todas, a decisão (26.04.2001) do Tribunal Constitucional federal, que versa sobre notícias, acompanhadas de fotografias e relativas a Ernst August von Hannover, na qualidade de acompanhante de Carolina, *NJW*, 2001, p. 1921 ss.; R. Stürmer. Anmerkung. *JZ*, 2004. p. 1018 ss.

sentido material ou, na terminologia do Tribunal Constitucional federal, da *privacidade temática*. Que teria de emergir, também ela, como uma incriminação autónoma face nomeadamente à pletora de incriminações que punem a ultrapassagem de certas fronteiras físicas ou simbólicas (inviolabilidade do domicílio, do sigilo profissional, das telecomunicações etc.), mesmo que em concreto não se atinjam as "coisas" ou vivências, pertencentes, pela sua natureza ou pelo seu conteúdo, à área de reserva pessoal. Isto é, autónoma face às incriminações que protegem a *privacidade em sentido formal*, ou na terminologia do Tribunal Constitucional, a *privacidade espacial*. Para além disso, uma incriminação cuja importância neste contexto se compreende. A sua consagração permitiria aliviar a área de tutela da incriminação das fotografias (e das gravações) ilícitas do lastro da protecção da *privacidade/intimidade*. Permitindo ao mesmo tempo que a imagem (e a palavra) se projectasse como autónomo bem jurídico-penal.

Ora, antecipando as conclusões de um exame mais aturado e demorado, a verdade é que nenhum destes objectivos foi alcançado pelo direito penal positivo e vigente na Alemanha.[34]

Devendo outrossim sublinhar-se desde já, numa actualização do sentido comparatístico, que o direito positivo português cumpre integralmente os três desígnios enunciados:

a) À semelhança do que acontece em direito constitucional (art. 26.°, n. 1, da Constituição da República), também o direito penal português assegura à imagem uma tutela no essencial homóloga e sobreponível à que é dispensada à palavra (art. 199.° do Código Penal).

b) Por seu turno, a imagem é penalmente tutelada em si e *de per si*, independentemente do relevo que os registos fotográficos possam assumir do ponto de vista da privacidade.

c) Por último, o Código Penal português dispõe de uma incriminação de devassa (art. 192.°), directamente votado à tutela da privacidade em sentido material.

3.2 A imagem como bem jurídico-penal autónomo

§ 13. Em primeiro lugar, o § 201 a) do StGB não consagra uma incriminação votada à tutela do direito à imagem *qua tale*, isto é, erigida à categoria e ao

34. No mesmo sentindo e precisando que foi a pressão do *loby* dos *media* que se opôs a uma tutela mais alargada e reforçada do direito à imagem, A. Hoyer. Die Verletzung des höchstpersönlichen Bereichs bei § 201 a) StGB. *ZiS*, 2006. p. 1.

estatuto de bem jurídico-penal típico e autónomo. Deste ponto de vista a 36. *Lei de Reforma Penal* (2004) deixou as coisas como estavam. Como acontecia antes, também depois dela o Código Penal alemão continuou a recusar guarida e tutela ao direito à imagem como bem jurídico típico.

A começar, o § 201 a) foi integrado num capítulo (15) relativo à *Violação da área de reserva pessoal e de segredo* (Verletzung des persönlichen Lebens-und Geheimbereich). Acresce que, sob a rubrica *Violação da esfera da vida eminentemente pessoal através da fotografia*, aquele preceito incrimina e pune: "quem, sem estar autorizado, fizer ou transmitir fotografias de outra pessoa que se encontre na habitação ou num espaço especialmente protegido contra o olhar e, desse modo, (*dadurch*) lesar a esfera da vida eminentemente pessoal".

Mesmo descontado o significado hermenêutico patente e não despiciendo do elemento sistemático, o teor literal e normativo do preceito é bastante para impor a evidência de que ele não está preordenado à tutela da imagem, mas de outro e distinto bem jurídico, correspondente à *privacidade/intimidade*. Um bem jurídico que se pode definir, por exemplo, como a "área da vida eminentemente pessoal"[35] ou a "inviolabilidade da esfera pessoal" de reserva.[36] Para além disso, o legislador alemão desenhou a infracção como um crime *material de dano*, exigindo a produção de um resultado típico – definido como *lesão da esfera eminentemente pessoal* – a ser produzido e (objectivamente) subsistente para além das condutas típicas (captação, utilização ou transmissão das imagens).[37]

Numa aproximação analítica, avulta o carácter particularmente fragmentário da tutela, em qualquer caso, aqui reservada à *privacidade/intimidade*, a que o legislador quis adscrever uma área de tutela drasticamente reduzida. Logo porque nem todas as lesões da privacidade/intimidade são tipicamente relevantes, mas só as que atingem uma área precisa, que a lei define como "esfera da vida eminentemente pessoal". Tudo permitindo afirmar que, levando as coisas à topografia da *doutrina das três esferas*, esta área se identifica com a *área nuclear e inviolável da intimidade*.[38]

---

35. S/S/Lenckner, § 201 a), Rn 1.

36. KARGL, *NomosKommentar*, § 201 a), Rn 2.

37. Sobre a exigência do resultado típico e para a sua melhor caracterização: HOYER, op. cit., p. 1; KARGL, Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 336 ss.; WOLTER, op. cit., p. 228 ss.

38. Por todos, neste sentido: HOYER, op. cit., p. 3; Kargl. *NomosKommentar* cit., Rn 12 e Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlich-

Por ser assim, não concretizam o ilícito típico as fotografias que contendem tanto com a esfera *pública* da pessoa como com a esfera *privada stricto sensu*, isto é, contraposta à intimidade. Na formulação de Wolter, "não realiza o tipo e não será punido aquele que instala uma câmara oculta no quarto de outra pessoa e a filma se e enquanto a pessoa atingida não expuser a sua intimidade. O mesmo valendo para quem, recorrendo a uma tele-objectiva, fotografa uma pessoa que se encontra na sua habitação a jantar, fumar ou a realizar outros actos 'neutros'".[39]

Em breve síntese o que o § 201 a) prevê e disciplina é um crime preordenado à tutela (fragmentária) da área nuclear da *intimidade*. Para tanto, foi concebido como um *crime de dano* e *de resultado*, desenhado segundo o modelo dos crimes de *execução vinculada*: a factualidade típica está limitada às acções (de devassa da *intimidade*) que se concretizam sob a forma de registo fotográfico ou de transmissão da imagem. Para além disso – segunda vinculação e segundo limite – a incriminação só abarca os registos ou transmissões de imagens que decorrem na *habitação ou em lugar resguardado*. Não comete o crime (por falta de registo fotográfico ou de transmissão) nem será punido o agente que, munido de um potente monóculo, devassa a vida íntima de uma pessoa recolhida na sua casa. Pela mesma razão, também não é punido aquele que, às ocultas e elevando-se acima de uma sebe, consegue espiar outra pessoa que se encontra à vontade no seu jardim.[40] Noutra direcção, também não realiza o tipo quem regista (ou transmite) a imagem de outra pessoa que se encontra num lugar fisicamente resguardado, mas acessível ao público em geral.[41]

Em definitivo e porventura contra a sua vocação histórica, o § 201 a) não pune os atentados à imagem, apenas se propondo incriminar e punir o que Bosch expressivamente designa por "devassa óptica" (*optische Lauschangriff*)

---

keitsschutzes cit., p. 337; EISELE, op. cit., p. 9; M. Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern. Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201 a) StGB, *NJW*, 2004, p. 2134.

39. Op. cit., p. 23 s.

40. BOSCH, op. cit., p. 380. Como o autor observa, do ponto de vista da *privacidade/intimidade*, não se descortina razão para punir quem fotografa arbitrariamente a intimidade de uma pessoa e deixar impune aquele que a observa em "*freche Blick*". No mesmo sentido: BORGMANN, op. cit., p. 2130.

41. Como acontecerá, ao menos segundo o entendimento do *OLGKoblenz* (11.11.2008), com aquele que fotografa outra pessoa a praticar "sauna" num espaço só acessível ao olhar dos que nele se encontram, mas a que pode ter acesso qualquer pessoa disposta a apagar o preço da entrada (*NStZ*, 2008, p. 268 s.).

com recurso à fotografia.[42] Ele só protege a imagem – de resto uma protecção derivada ou reflexa – nas constelações em que, ao registo/utilização/transmissão arbitrárias, acresçam dois outros e insupríveis momentos da factualidade típica: a violação da área nuclear da *intimidade*; e a captação da imagem na *habitação ou em espaço resguardado*.

3.3 Parificação entre tutela penal da imagem e da palavra

14. Em segundo lugar, a entrada em vigor do § 201 a) *não afastou nem sequer atenuou as assimetrias entre a tutela penal da imagem e da palavra*. Pode até dizer-se que as aprofundou e agravou. Posta mesmo entre parênteses a grande assincronia com que a imagem chegou à lei penal codificada (2004), a verdade é que, mesmo depois da entrada em vigor do § 201 a), o *Código Penal alemão continua a não reconhecer o direito à imagem como um autónomo bem jurídico-penal*. Isto ao contrário do que há muito vinha sucedendo com o direito à palavra, no contexto do § 201 e já anteriormente no § 298. E sem prejuízo de continuarem a fazer o seu curso as controvérsias sobre a identificação do(s) bem(s) jurídico(s) tipicamente protegido(s) pela incriminação, matéria que continua a provocar divisões na doutrina e na jurisprudência.

As controvérsias eram, desde o início, favorecidas tanto pela rubrica do preceito (*violação da confidencialidade da palavra*) como pela sua inserção sistemática, também ele arrumado naquele capítulo (15) atinente à "área de reserva pessoal e de segredo". Tudo se agravando a partir da 25. *Lei de Reforma Penal* (1990), que veio alargar o espectro das condutas típicas e acentuar a sua heterogeneidade. Com reflexos óbvios na determinação do(s) bem(s) jurídico(s) tipicamente protegido(s).

Recorda-se que, na sua versão actual, o § 201 pune, a título de "violação da confidencialidade da palavra", quatro modalidades distintas de conduta típica: (a) *gravação sem consentimento* das palavras proferidas por outrem; (b) *utilização arbitrária* daquelas palavras indevidamente gravadas; (c) *audição arbitrária*, por recurso a meios técnicos, mas sem mediação do gravador, da conversa de outros não destinada ao conhecimento do agente; (d) *divulgação* "no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial" da palavra gravada sem consentimento nos termos da alínea *a)*, ou escutada nos termos da alínea *b)*.

---

42. BOSCH, op. cit., p. 377. A expressão encontra também guarida em: KARGL, Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 324; S/S/Lenckner, § 201 a), Rn. 6; HOYER, op. cit., p. 1.

À vista da pluralidade e da heterogeneidade das condutas típicas e das pertinentes manifestações de danosidade, não é fácil identificar, com a desejável densidade e consistência materiais e a segurança dogmática exigível, o *bem jurídico* – ou os bens jurídicos – protegido. Logo à partida, os autores e os tribunais começam por se dividir quanto a saber se é possível reportar todas as condutas típicas a um *único e comum* bem jurídico; ou, se pelo contrário, estaremos perante um delito pluriofensivo, com diferentes condutas a atingirem diferentes bens jurídicos.

Confrontados com a questão, não têm faltado vozes credenciadas a sustentar a tese de um *único* e mesmo bem jurídico. Deste lado, estão, desde logo, os autores que, prestando homenagem à rubrica da incriminação, erigem a *confidencialidade* da palavra em bem jurídico e, nesta linha, encaram a infracção como um crime de *indiscrição*, acima de tudo apostado em garantir ao autor da palavra o controlo sobre as pessoas a quem ela há de chegar. Soa, contudo, claramente maioritário o coro daqueles que, independentemente da compreensão e da extensão que, em definitivo, venham-lhe a adscrever, se pronunciam a favor de um *direito autónomo* que não pode confundir-se nem identificar-se com a privacidade. E, na esteira dos primeiros pronunciamentos do Tribunal Constitucional, definem como bem jurídico típico o *direito à palavra falada sem mais* (*Recht am gesprochenen Wort*). Que, em geral, é definido como a "inocência (*Unbefangenheit*) da palavra". Uma dimensão essencial à espontaneidade e autenticidade da comunicação e que todas as condutas típicas atingem de forma mais ou menos directa, mais ou menos comprometedora. Isto porquanto todas elas – e sobretudo o medo de elas poderem ocorrer – obrigam as pessoas a medir e pesar as palavras e a entrincheirar-se no isolamento.[43]

15. Em vez disso, uma outra e significativa corrente doutrinária pronuncia-se pela pluralidade e diversidade de bens jurídicos.[44] A esta luz, parece óbvia a continuidade teleológico-axiológica – ou reversamente do teor da danosidade social – que medeia entre as duas primeiras acções típicas: *gravação* e *utilização arbitrária da gravação* da palavra falada. Entre ambas subsiste como momento de comunicabilidade, a "coisificação" da palavra – a sua conversão

43. Nesse sentido: KARGL, *NomosKommentar* cit., § 201 2; TH. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Munique: C. H. Beck, 2009 § 201, Rn. 2; K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 24. Auflage. Munique: C. H. Beck, 2007, § 201, Rn. 1; HELLE, op. cit., p. 359.

44. Por todos, S/S/Lenckner, § 201, Rn. 2; TH. Lenckner, Zur "Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes". § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderung, *Baumann-FS*, 1992, p. 135; Hoyer, *SK*, § 201, Rn. 3 ss.; SCHÜNEMANN, *LK*, § 201, Rn. 2).

em *Wortkörper* (GALLAS) – pela via da sua "conservação" no gravador. E é nesta perpetuação da palavra (e sua posterior exploração) que reside o essencial do ilícito material. Na clássica clarificação de Gallas, "aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida converte-se num produto conservado, susceptível de ser utilizado a todo o tempo".[45] Foi, de resto, em homenagem a esta ideia que o Tribunal Constitucional federal começou por identificar o direito à palavra como o direito que assiste a cada um de decidir se e em que termos a sua palavra pode ser gravada e, depois de gravada, se e como ela pode ser ouvida ou utilizada.[46] E ainda hoje presente como uma dimensão nuclear daquele direito. Deste ponto de vista, há uma clara separação das águas entre estas duas primeiras condutas típicas e as restantes.

De todo o modo e sempre no plano material-teleológico, é ainda possível referenciar significativos momentos de comunicabilidade entre aquelas duas modalidades de conduta típica e a terceira: a *audição arbitrária das palavras de outrem que não lhe eram dirigidas e tornada possível por "aparelhos de audição" à margem do gravador*. Isto é, através de dispositivos técnicos – v.g., microfones direccionados, microfones-emissores ocultos, estetoscópios de audição através de paredes, um segundo auscultador ou um sistema de alta-voz aplicados no terminal de um telefone – que prolongam o alcance sonoro das palavras, permitindo que elas sejam ouvidas fora (para além) do contexto, do ambiente e dos "outros significantes" previstos e queridos pelo seu autor. Na expressão de Schilling,[47] "um prolongamento técnico do alcance sonoro (*Klangbereich*)" da palavra.

O alargamento das pessoas a ouvirem a palavra não passa aqui pela mediação do gravador nem tem lugar a perpetuação da palavra: mas persiste o *alargamento arbitrário do universo de pessoas a quem é propiciada a audição da palavra falada*. Num caso e noutro figura, como comum objecto da acção, a própria *palavra falada*.

16. O que abre a porta a uma (nova) conceptualização do direito à palavra. Que permita abarcar, a igual título, todas estas três modalidades de conduta, assegurando a todas elas relevância típica no contexto duma incriminação votada à tutela do direito à *palavra falada*.

É o que, de forma sustentada, o Tribunal Constitucional federal vem ensaiando. Que hoje[48] define o *direito à palavra* como um direito fundamental

45. W. Gallas, Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1961), *ZStW*, 1963, p. 19.

46. *JZ*, 1973, p. 505.

47. SCHILLING, Verschärfter Strafschutz gegen Abhör- und Aufnahmegeräte, *JZ* 1980, 10.

48. Cf. sobretudo *BVerfGE* 106, 28 = *NJW* 2002, p. 3619 ss.

que "assegura à pessoa a *autodeterminação sobre a sua própria representação na comunicação com os outros*".[49] E, nesta linha, um direito que integra a "competência para ser ela própria a determinar se o conteúdo da sua comunicação deve chegar apenas ao seu interlocutor, a um círculo determinado de pessoas ou ao público em geral". Precisando que a autodeterminação sobre a palavra se manifesta "no direito de escolher as pessoas (e as circunstâncias) que podem escutar as palavras". Em nome do direito à palavra, cada um tem o direito de *decidir os destinatários* a quem a palavra pode chegar (só o seu interlocutor, um número determinado de pessoas ou o público em geral) bem como o *contexto* (lugar, tempo, ambiente, gestos e mímica que a acompanham etc.) em que ela deve ser ouvida.

Reconduzida assim à ideia de "poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada" (Schmidhäuser), o direito à palavra tem uma densidade axiológica que pode desdobrar-se em várias dimensões. Como pode, por isso, oferecer várias "superfícies expostas às intempéries".

O direito à palavra integra, desde logo, a competência que assiste a cada um de ser "ele próprio e em exclusivo a decidir se a sua palavra pode ser registada num gravador, dessa forma se abrindo a porta à possível audição de terceiros, em que a voz e a palavra se separam do participante na comunicação e se autonomizam numa realidade (*Gestalt*) disponível para terceiros".[50] A "coisificação" da palavra bem como a manipulação da palavra coisificada (respectivamente, a gravação e a audição arbitrárias) configuram seguramente uma primeira e paradigmática violação do direito à palavra. O que se protege deste lado é, assim, "a *confiança na volatilidade* da palavra bem como, na conexão das palavras entre si e com a respectiva atmosfera (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão)". Nesta perspectiva pode representar-se o direito à palavra como o *direito à transitoriedade da palavra*: a pretensão e a convicção de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida.

A par dela, prossegue o Tribunal Constitucional, é possível referenciar uma outra, igualmente danosa, modalidade de atentado arbitrário àquele direito. Que se concretiza quando, "sem conhecimento do autor, um seu interlocutor numa conversação permite que, por meios técnicos, um terceiro se intrometa como ouvinte na conversa". E também por essa via a palavra seja ouvida para além do contexto a que o seu autor queria circunscrevê-la e vinculá-la. Acção

49. *NJW* 2002, p. 3621.

50. Idem.

que, no essencial, corresponde à terceira modalidade de conduta típica incriminada pelo § 201. E que, apesar das diferenças irrecusáveis, mantém decisivos momentos de comunicabilidade com as duas condutas anteriores, a justificar a sua categorização comum como atentados ao mesmo direito à *palavra falada*.

Todas têm como objecto a *palavra falada*, isto é, a palavra soprada pela própria voz do seu autor: todas redundando no recurso a expedientes técnicos para alargar sem consentimento o universo de pessoas a escutar aquelas palavras ditas por aquela voz. Se as duas primeiras (conservação e utilização da palavra conservada) incidem sobre o *tempo* da palavra, alargando-o e prolongando-o para além das expectativas (e da vontade) legítimas de *transitoriedade*; a terceira actua sobre a sua dimensão *espacial* ou, talvez mais precisamente, sobre a sua dimensão relacional, multiplicando os ouvidos a que a palavra acaba por chegar (agora em "tempo real").

O quadro é já qualitativamente outro do lado da última conduta típica, que introduz uma cisão e uma descontinuidade na área de tutela da incriminação, em que configura um "corpo estranho".[51] Esta conduta típica introduz uma "outra área de tutela", a área de tutela específica dos "delitos de indiscrição",[52] configurando, como tal um atentado não ao direito à palavra (mesmo na mais densificada e alargada compreensão hoje sustentada pelo Tribunal Constitucional) mas a um bem jurídico distinto, a *privacidade* em sentido material. A conduta do agente não recai aqui sobre a *palavra falada*, mas sobre o seu *conteúdo*, reconduzindo-se ao alargamento do universo de pessoas que tomam conhecimento daquele conteúdo. Aqui não é a palavra que chega arbitrariamente a terceiros; é o seu *conteúdo* que é arbitrariamente divulgado a terceiros. Seja por via escrita, seja através da voz e da palavra do próprio agente. E seja sob a forma de reprodução integral, seja sob a forma de uma síntese elaborada pelo mesmo agente. Na expressão de Hoyer, as três primeiras condutas visam "blindar o próprio processo de fala face a terceiros; a quarta visa apenas fazê-lo em relação ao respectivo conteúdo".[53]

17. O olhar lançado sobre a tutela penal da palavra no direito penal alemão deixa claro: pelo menos na direcção das três primeiras condutas tipicamente incriminadas,[54] a palavra é protegida como um *bem jurídico autónomo*. Isto é,

---

51. S/S/Lenckner, § 201, Rn. 2; HOYER, *SK*, § 201, Rn. 5.

52. S/S/Lenckner, idem; ROGALL, Beleidigung und Indiskretion, *Hirsch-FS*, 1999, p. 677 s.

53. HOYER, *SK*, § 201, Rn. 3.

54. Mesmo em relação à quarta modalidade típica as coisas estão longe de ser lineares. É certo que já não é a *palavra falada* que chega indevidamente a destinatários não

independentemente "do seu conteúdo, não interessando se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou alheia" (GALLAS). Sendo igualmente irrelevante que de "expressões perfeitamente banais se trate" (LENCKNER, vide nota de rodapé 52). Na clarificadora síntese de Gallas, o que a incriminação das gravações ilícitas protege "não é o conteúdo da área da personalidade nem a necessidade de preservar algo como segredo, mas apenas a *inocência* da palavra e o direito à sua própria palavra como uma expressão da vida, por natureza, pertencente ao passado".

Conclusão que leva consigo a confirmação do enunciado antecipado sobre o *contraste e a assimetria com o tratamento reservado à imagem*. Logo, porquanto e ao contrário do que se passa com a palavra, o registo e a utilização arbitrárias da imagem não são em si e *de per si*, incriminadas nem punidas pelo § 201 a) do StGB. Tal só se dá em função do respectivo *conteúdo* e, mais precisamente, da sua pertinência à área nuclear da *intimidade*.[55] E mesmo assim, outro e decisivo factor de fragmentaridade da tutela, só se as imagens forem captadas na *habitação ou num espaço resguardado*. E é assim porquanto e em definitivo, a imagem não foi erigida à constelação dos bens jurídicos do StGB.[56]

3.4 Tutela penal da privacidade/intimidade em sentido material

18. Em terceiro lugar, o direito penal alemão continua a não dispor de um delito geral de indiscrição, directamente votado à tutela da *privacidade/intimidade em sentido material*. Ou, na formulação do Tribunal Constitucional federal, da *privacidade temática*. Ou seja, duma incriminação preordenada à proibição e punição da devassa da área de reserva pessoal: já sob a forma de *intromissão* indevida ou arbitrária; já sob a forma de *divulgação* arbitrária, alargando o universo das pessoas que (indevidamente) tomam conhecimento das coisas da vida privada de outrem. E, nesta última modalidade, mesmo em

---

queridos. Mas também é certo que a divulgação do conteúdo pode não abranger coisas realmente *privadas*, isto é, pode não atingir a *privacidade em sentido material* ou *temático*.

55. Sobre o confronto entre o regime jurídico-penal dos atentados à palavra e à imagem e, concretamente, sobre o relevo do *conteúdo* na tutela da imagem e a sua irrelevância na da palavra, por todos: KARGL, Zur Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 337 ss.

56. Em sentido mais desenvolvido, pondo em evidência e criticando a desigualdade injustificada da tutela, KARGL, idem, 337 ss.; Ernst, Gleichklang des Persönlichkeitsschutzes im Bild- und Tonbereich? *NJW*, 2004, p. 1277 ss.; HOYER, *ZiS*, 206, p. 6.

relação a coisas ou eventos a que tenha tido legitimamente acesso porque lhe foram confidenciados ou porque neles participou.

Numa incriminação assim compreendida, o ilícito material radica na natureza privada das "coisas" objecto da devassa: vivências, eventos, sentimentos, emoções, convicções, espaços, doenças, preferências sexuais, nudez, negócios etc. Coisas privadas que merecerão estatutos e regimes jurídico-penais diferenciados, mais ou menos consistentes e drásticos consoante a sua topografia segundo a doutrina das *três esferas*. E, mais precisamente, consoante elas pertençam à área nuclear e inviolável da intimidade ou, inversamente, à área da privacidade *stricto sensu*.[57]

Cabendo precisar que a *privacidade em sentido material* é determinada pela *natureza* ou *conteúdo* dos eventos, vivências ou emoções. Terão, noutros termos, de estar em causa coisas que pela especificidade e intensidade do comprometimento pessoal de que estão carregadas, o indivíduo queira legitimamente reservar para si ou para um universo circunscrito de pessoas por si próprio determinadas. Ao que se contrapõe a *privacidade em sentido formal*, também designada, com maior ou menor propriedade, como privacidade *espacial*.[58] Em que o ilícito radica na ultrapassagem arbitrária de um "tabu formal" (GALLAS), isto é, de uma barreira física (domicílio, correspondência) ou simbólica (sigilo profissional), independentemente da natureza ou conteúdo das coisas devassadas.

Mesmo numa caracterização sumária, sobra espaço para sublinhar dois aspectos, correspondentes a duas representações hoje consensuais e consolidadas na consciência jurídica. Pretendemos, em primeiro lugar, precisar que a violação da privacidade é independente do *carácter honroso ou desonroso* das coisas objecto de devassa, v.g. de divulgação.[59] Em segundo lugar, hoje soa

57. Sobre a doutrina da *privacidade/intimidade* aqui pressuposta e, particularmente, sobre a *doutrina das rês esferas*, C. Andrade. *Liberdade de imprensa...* cit., p. 90 ss.; *Sobre a valoração como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares*. 1982. p. 46 ss.; *Comentário conimbricense* cit., anotação ao art. 192.º.

58. Sobre a questão C. Andrade, *Comentário conimbricense...* cit.

59. A separação entre *privacidade* e *honra* foi logo no princípio do século XX certeira e pertinentemente defendida por Beling. Mas demorou a impor-se. No Projecto Governamental de 1962 ainda se exigia (§ 182) o carácter desonroso dos factos devassados como condição de punição por violação da privacidade. Só no PA apareceria uma incriminação expressamente votada à tutela da privacidade, pela primeira vez erigida à categoria de bem jurídico-penal, autónomo nomeadamente face à honra (§ 145), sob a rubrica "exposição pública" (*öffentliche Blosstellung*). Como pode ler-se na funda-

outrossim pacífico o dogma de que a *verdade* das coisas ou factos em nada contende (não o afasta nem justifica) com o ilícito da devassa. Pelo contrário, só as afirmações verdadeiras atingem de forma típica a esfera da privacidade/intimidade.[60]

19. Apesar de todos os esforços nesse sentido e de a proposta de consagração de um delito geral de indiscrição ser recorrente em sucessivos Projectos de Reforma penal, a verdade é que o direito positivo alemão não logrou ainda assegurar guarida positivada a uma incriminação com este sentido e alcance. Talvez possa mesmo afirmar-se que "a discussão em torno da criação de um delito geral de indiscrição se encontra hoje adormecida".[61] Em vez disso, a partir de 1974, o legislador alemão apostou no alargamento progressivo do número de incriminações desenhadas para a tutela da privacidade em sentido formal e inscritas no Capítulo 15, relativo à *violação da área de reserva pessoal e de segredo*. Que integra, a par das clássicas *violação de segredo* (§ 203) ou da *correspondência* (§ 202), as *gravações* (§ 201) e as *fotografias* (§ 201 a)) *ilícitas*, a *intromissão nas telecomunicações* (§ 206), o *acesso ilegítimo a dados* (§ 202 a)) etc. *Primo conspectu*, um universo de infracções de estrutura e sentido político-criminal heterogéneos, mas que, em geral, é possível qualificar como incriminações de protecção da privacidade em sentido *formal*. Sem prejuízo de aqui e ali algumas destas incriminações abrirem a porta a soluções esparsas e fragmentárias de tutela da privacidade em sentido material.

Como o faz, nos termos que procurámos explicitar, precisamente o § 201 a) que, embora perspectivado como punição das fotografias ilícitas e tutela da imagem, acaba por emergir como uma incriminação da indiscrição. Mais concretamente, duma "devassa óptica" da *intimidade*, sob a forma de registo, utilização e transmissão arbitrárias da imagem. Pelas razões também já sinalizadas, este é, em qualquer caso, uma protecção extremamente fragmentária e descontínua. Tanto por força de exigências típicas atinentes ao *objecto da acção* – só relevam as imagens recolhidas na habitação ou noutros espaços resguardados – como à própria acção e ao processo típico da sua realização – exigência da mediação da

---

mentação, um dispositivo que "corta o vínculo entre a indiscrição e o atentado à honra (...) claro que se trata aqui de um bem jurídico autónomo". *Alternativ-Entwurf*... cit., p. 29.

60. Neste sentido e de forma clarificadora, a obra clássica de Arzt. *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*. Munique: Mohr Siebeck, 1970, p. 156 ss. Sobre o tema cf., também Costa Andrade, *Liberdade de imprensa*... cit., p. 110 ss.

61. KARGL, Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 328.

máquina de registo ou de transmissão à distância da imagem. Fora da área de tutela típica ficam agressões particularmente significativas e drásticas à *privacy*. Como as fotografias que resultam em devassa da vida privada *stricto sensu*, isto é, que não contendem com a área nuclear da intimidade. Também são atípicas e criminalmente irrelevantes as fotografias arbitrárias de uma mulher que pratica nudismo numa praia. E isto não entrando já em linha de conta com as acções de devassa sem recurso a máquina de registo ou transmissão da imagem: como observar às ocultas a privacidade/intimidade de uma pessoa, fazendo-o à vista desarmada ou com recurso a meios de visão nocturna ou de ver ao longe.[62]

Sobram assim patentes as limitações e insuficiências, e mesmo as incongruências, de uma incriminação como a do § 201 a) do StGB. Que só protege a *imagem* se houver violação da *intimidade* e pressuposto, para além disso, que tal suceda no *Lebensraum* da habitação ou noutro espaço resguardado. E que, inversamente, não protege a *intimidade* para além dos atentados feitos sob a forma de fotografia ou de transmissão arbitrárias da imagem. Tudo se passando como se a incriminação condenasse a intimidade e a imagem ao destino de gémeos siameses que reciprocamente se limitam e se frustram. Uma aporia que só poderia ultrapassar-se com a adopção de duas incriminações autónomas e distintas. Uma votada à tutela da *imagem*, outra da *privacy*. Cada uma delas assegurando ao pertinente bem jurídico a área de tutela considerada, numa compreensão autorreferente, teleológica e político-criminalmente ajustada. A benefício de ilustração: a incriminação das fotografais ilícitas deve depender apenas da dignidade penal e da carência de tutela penal dos atentados à imagem, posta entre parênteses a relevância dos factos do ponto de vista da *privacidade/intimidade*.

4. O DIREITO PENAL PORTUGUÊS E O REFERENTE GERMÂNICO. UMA HISTÓRIA COM FUTURO

4.1 O direito português face ao direito alemão. Identidade e diferença

20. Convocados os *topoi* centrais do estatuto e do regime jurídico-penal do direito à imagem na experiência alemã – e tanto do lado das soluções positivamente firmadas como do lado das ausências ou lacunas – sobra fácil o contraste com os lugares homólogos do direito penal português. Para, numa mais

62. Para uma referência crítica mais desenvolvida no sentido que fica sinalizado, M. Borgmann, op. cit., p. 2133; BOSCH, op. cit., p. 380; M. Rahmlow, Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchhstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§ 201 a) StGB), *HRRS*, 2005, p. 88.

explícita aproximação comparatística, referenciar os momentos de comunicabilidade/mesmidade e, reversamente, os de afastamento/diferença. Ou, talvez com mais propriedade, de mesmidade na diferença.

Este é, na verdade, o primeiro dado e, como tal, o ponto de partida obrigatório do discurso comparatístico: o direito penal português da imagem dá expressão positivada a um paradigma categorial e normativo de étimo germânico. Mais precisamente, um paradigma criado e projectado pelos autores e pelos tribunais alemães, mas que não foi (ainda) definitiva e integralmente adoptado pelo legislador germânico. Temos concretamente em vista aquele paradigma que, numa perspectiva analítica, se desdobra nos três postulados basilares que já tivemos oportunidade de pôr em evidência. A saber: *reconhecimento do direito à imagem como bem jurídico-penal autónomo; parificação da tutela penal da imagem e da palavra; incriminação directa da violação da privacidade/intimidade em sentido material*. Exigências que o direito positivo alemão está longe de satisfazer mas que encontram consagração expressa no Código Penal português. É o que no estádio actual da experiência jurídica pátria – legislativa, doutrinal e jurisprudencial – se pode considerar pacífico e adquirido.

A dispensar, por isso, esforços particularmente desenvolvidos de explicitação e demonstração.

21. a) A começar e à vista do disposto no n. 2 do art. 199.º do Código Penal, sobra evidente o reconhecimento (e o tratamento) do *direito à imagem como um autónomo bem jurídico-penal*.

Se dúvidas fossem, num primeiro momento, admissíveis, elas dissipar-se-iam a partir da reforma de 1995. Que, por um lado, retirou a incriminação das fotografias ilícitas do capítulo relativo aos *Crimes sobre a reserva da vida privada* em que o legislador de 1982 a acantonara. E, por outro lado e sobretudo, operou uma alteração significativa no desenho da factualidade típica, substituindo a formulação original (1982) "fotografar, filmar ou registar aspectos da vida particular de outrem" pela expressão "fotografar ou filmar outra pessoa". Um gesto do legislador a significar o fim duma primeira e decisiva fase do processo de decantação e afirmação do direito à imagem. E, nessa medida, a superação e ultrapassagem definitivas do estádio de compromisso entre a imagem e a matricial privacidade/intimidade. À semelhança do que já em 1989 proclamava o tribunal da Relação de Lisboa, hoje soa unívoca a afirmação de que o "direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar são direitos distintos".[63]

63. *CJ*, 1989-1, p. 154. Isto sem prejuízo das hesitações frequentemente reveladas pelos nossos tribunais superiores, a fazerem depender a tutela penal e processual-penal da

b) No direito positivo português vigente sobra outrossim irrecusável a *parificação da tutela penal da imagem à da palavra*, dois bens jurídicos a que o Código Penal Português concede uma protecção penal no essencial sobreponível. Tanto ao nível das condutas típicas – num caso e noutro com a mediação necessária da máquina de registo fonográfico ou fotográfico – como das modalidades de danosidade social tipicamente relevantes.

Isto atendo-nos intencionalmente ao nível dos grandes enunciados normativos e pondo entre parênteses as diferenças de pormenor que, apesar de tudo, é possível referenciar. E que estão longe de ser pura e simplesmente anódinas ou irrelevantes no plano prático-jurídico. Recordamos, por mais exposta, a diferença de formulação privilegiada pelo legislador para significar o carácter arbitrário das agressões: do lado da imagem, a tipicidade exige que o facto seja praticado "contra a vontade"; do lado da palavra basta que o agente actue "sem consentimento". Uma diferença de formulação com reflexos óbvios em sede de *área de tutela típica*.

c) Por último, com o art. 192.º (*Devassa da vida privada*) o legislador português deu expressão positivada a *uma incriminação votada à tutela da privacidade/intimidade em sentido material*. Isto é, uma incriminação cujo ilícito material é determinado pelo *conteúdo*, *sc.*, pelo carácter privado das "coisas", espaços, eventos ou comunicações objecto da devassa.

E que, por vias disso, se distingue e contrapõe às demais incriminações que integram o mesmo capítulo e preordenadas à tutela da *privacidade em sentido formal*. Em que o ilícito material é determinado pela *ultrapassagem arbitrária de uma barreira física ou simbólica*. Sendo para o efeito irrelevante o *carácter privado* ou não das coisas ou comunicações concretamente atingidas. Não estando o preenchimento da factualidade típica dependente de atentado contra a privacidade/intimidade em sentido material.

Como resultará claro das considerações que vimos expendendo, uma solução que abre a porta à consagração de uma incriminação exclusivamente votada à tutela da imagem, desonerada e desvinculada da tutela da *privacy*.

22. O confronto estabelecido permite-nos regressar, agora com pertinência e plausibilidade acrescidas, à conclusão antecipada. E segundo a qual, à semelhança do que vimos acontecer noutros domínios do sistema penal, também em matéria de tutela do direito à imagem o legislador português não se limitou

---

imagem da sua concreta relevância do ponto de vista da *privacy*. Citamos a título de exemplo, os acórdãos da Relação de Guimarães (21.09.2009) e da Relação do Porto (28.01.2009).

a responder aos impulsos provenientes da legislação alemã. Nem a acolher passivamente o legado da sua lição. Para além de se mover segundo um ritmo próprio, o legislador português acabou por levar as coisas significativamente mais longe e segundo azimutes diferentes dos que vêm sendo seguidos pelo seu homólogo germânico. Concretamente, o legislador português sancionou positivamente as implicações normativas que se deixavam adivinhar no paradigma de fundo esboçado pelos autores e tribunais alemães. Fechando, deste modo, a abóbada de um arquitectónico projecto legislativo, que na pátria de origem persiste ainda num estádio de "capela imperfeita".

O quadro repete-se do lado da substância das coisas, isto, é do lado do sentido e do conteúdo das soluções normativas em que o legislador penal português verteu a lição que recebeu do direito alemão. Também aqui teve lugar um processo de interiorização da complexidade-ambiente por parte de um sistema jurídico dotado de identidade e de resistências bastantes para reinterpretar e reelaborar segundo os seus próprios códigos, as influências recebidas. É o que bem espelha o quadro de soluções normativas vigentes nos dois países e atinentes aos três bens jurídicos implicados na relação triádica: *privacidade/ intimidade, palavra* e *imagem*. E tanto no que toca ao tratamento de cada um deles, como no que respeita às relações que os dois legisladores quiseram que mediassem entre eles e as pertinentes áreas de tutela típica. Em definitivo, dois sistemas de soluções legais que, sem prejuízo da convergência de fundo e da comunicabilidade ao nível dos princípios, dos valores e das categorias fundamentais, em muitos tópicos se afastam entre si. Não raro de forma pronunciada.

4.2 De jure dato e de jure dando. *O direito alemão, lugar obrigatório de passagem*

23. Este ponto de chegada é apenas isso. Uma etapa numa marcha histórica – a marcha das relações entre o direito penal português e alemão – que continuará seguramente a desdobrar-se aos olhos dos comparatistas. Nada, com efeito, mais apressado do que apostar na cristalização da estado de coisas até aqui alcançado. Como se tendo logrado dar expressão positivada a um paradigma normativo em boa medida influenciado pela experiência alemã, o direito penal português e os seus cultores pudessem cortar definitivamente os laços com o matricial direito alemão. Para que sobraria apenas espaço nos arcanos da memória, a ser convocada na hora de se ensaiar um exercício de arqueologia das soluções da lei portuguesa. Ou, quando muito, o significado de um lugar a ser visitado pelo intérprete apostado em referenciar as indicações hermenêuticas do *elemento histórico*. Sendo as coisas como são, sendo certo que o direito

penal português da imagem leva nos cromossomas a marca da herança germânica, tudo permite antecipar que aquela experiência – legislativa, doutrinal e jurisprudencial – persistirá como referente necessário do direito português. E tanto ao nível da interpretação e aplicação do direito dado, como dos passos a projectar em sede *de jure dando*.

É conhecida a porosidade e plasticidade da lei, mesmo da lei penal tão comprometida com a certeza e a segurança. A lei só adquire o rosto definitivo às mãos do intérprete e aplicador aos casos concretos. E no termo de um processo em que se cruza uma pletora de tópicos hermenêuticos e em que intervêm silenciosos mas activos *second codes*. Nada, por isso, mais contraindicado do que a pretensão de ler e dizer a lei numa postura de autarcia isolacionista, jogando tudo nas palavras do texto positivado. Interpretar e aplicar leis penais é um processo cocriador de direito, necessariamente aberto a um "círculo hermenêutico" densificado de lugares de passagem, como os oferecidos pela lição do direito comparado.

Se é assim, em geral, por ostensiva maioria de razão, terá de sê-lo em domínios como o *direito à palavra* ou *o direito à imagem*.

Mesmo na circunscrita – e a nosso ver insuficiente – medida em que protege a imagem, o direito alemão continua a ser um fecundo referente hermenêutico para o intérprete e aplicador da lei portuguesa. Mesmo no contexto de uma área de tutela ostensivamente fragmentária e lacunosa, a verdade é que a *imagem* figura como momento nuclear da factualidade típica duma incriminação como a do § 201 a) do StGB. Se não como bem jurídico típico, estatuto que o legislador alemão quis reservar para a área nuclear da intimidade, a imagem figura como incontornável objecto da acção. Um momento da factualidade típica cujas compreensão e extensão só é possível determinar no contexto do próprio tipo. Isto na linha daquela orientação metodológica e hermenêutica segundo a qual há uma relação de codeterminação dialéctica entre o tipo e os elementos que o integram.[64] No sentido de que "só em função do tipo" os singulares momentos da factualidade típica ganham o seu significado normativo. Como Hassemer sublinha, não são só os elementos que constroem o tipo. "Também o tipo constrói os elementos. É ele que os converte em algo, que os conforma, e isto no verdadeiro sentido da palavra". O que vale naturalmente para a *imagem* que, como momento da factualidade típica, está associada a um conjunto de problemas de irrecusável valência prático-jurídica.

64. Sobre a compreensão metodológica e hermenêutica aqui referenciada e subscrita, por todos: HASSEMER. *Tatbestand und Typus*. Colônia: Heymann, 1968. p. 10 ss. e Castanheira Neves. *O princípio de legalidade em direito penal*. Coimbra, 1988. p. 115 ss.

Temos em vista problemas como: para ser tipicamente relevante o registo fotográfico deve ser *reconhecível*, permitindo identificar a pessoa concretamente atingida? Exige-se a fotografia do *rosto* como máscara (*persona*) atrás da qual se oculta a pessoa? São tipicamente relevantes as fotografias do *cadáver*? Só releva tipicamente a fotografia da pessoa ou também a dos seus *espaços* ou *coisas*? A tutela penal da imagem estende-se também à violação dos direitos de *exclusivo* negociados com uma publicação? O que significa *utilizar* uma fotografia? Até onde deve ir a tutela penal das *pessoas da história do tempo* ou, se se preferir, das *figuras públicas*?

A lista de interrogações poderia continuar a alongar-se. As que ficam são bastantes para deixar transparecer a fecundidade heurística da lição oferecida pela doutrina e pela jurisprudência alemães. Por se tratar de questões com uma presença recorrente no trabalho dos autores, particularmente dos grandes comentários do StGB, e na *praxis* dos tribunais.[65]

24. As coisas são ainda mais óbvias do lado do direito a constituir, em que a continuidade do diálogo com a experiência alemã se revela particularmente instante para o direito penal português da imagem.

Um dado à partida: como deixámos sinalizado, o processo de decantação e conformação do direito à imagem como autónomo bem jurídico-penal está longe de se poder considerar encerrado. Mesmo tendo presentes todos os avanços, a verdade é que estamos longe de poder contar com uma conceptualização ou definição – no sentido etimológico do termo: determinação dos limites ou dos confins, tanto na direcção da compreensão como da extensão – acabada do direito à imagem. Quer como direito fundamental, quer, reflexamente, como bem jurídico-penal.

À semelhança do que se verificou com a palavra e outros direitos fundamentais, a emergência do direito à imagem é a resposta da consciência jurídica ao espanto e à angústia provocadas pelas acelaradas e constantes realizações do progresso técnico-científico.[66] Que, se com um rosto melhoram as condições de vida do Homem sobre a terra e "fazem recuar a fronteira horizôntica do

65. Para um primeiro tratamento das questões no contexto do direito penal português, Costa Andrade. *Comentário conimbricense...* cit., t. I, anotação ao art. 199.º.

66. Para uma síntese sobre as relações entre o progresso técnico-científico e a revelação ou desvelamento de novos direitos fundamentais ou novas dimensões dos direitos fundamentais preexistentes, Costa Andrade, *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 145 ss. E, mais precisamente sobre o direito à imagem: HELLE, op. cit., p. 340 ss.

sonho, com o outro fazem emergir novas e insuspeitadas ameaças e riscos"[67] para a pessoa. Um desafio a que se tem respondido com a emergência de novos direitos fundamentais ou de novas dimensões de direitos preexistentes.[68] Não admira, por isso, que, não raro, os bens jurídicos comecem por emergir com um conteúdo determinado pelo teor da ameaça mais sensível ao tempo da sua "descoberta". E comecem a fazer caminho com uma compreensão e uma extensão que, no essencial, configuram o contraponto da ameaça ou risco que precipitou a sua revelação.

É o que bem ilustra a trajectória, já sumariamente recenseada, do *direito à palavra*. Que emergiu nos anos sessenta/setenta do século passado, como resposta (defensiva) face aos perigos que a generalização do uso dos *gravadores* trouxe consigo: conservação, perpetuação e manipulação arbitrárias da palavra gravada. Por vias disso, o direito à palavra começou por se projectar como o direito que assiste à pessoa de ser ela própria a decidir "quem pode gravar a palavra falada e, depois de gravada, se e perante quem ela pode ser ouvida".[69] E o quadro repetiu-se do lado do *direito à imagem*. Também ele começando por se afirmar como o poder que, em exclusivo, assiste à pessoa de ser ela a decidir quem, se, como, quando... pode registar a sua imagem e, depois, quem (se, como, quando...) pode utilizar os registos fotográficos ou fílmicos.

Como podia ler-se na fundamentação do § 146 do AE, a urgência da incriminação das gravações arbitrárias ficou a dever-se ao "desenvolvimento técnico no domínio dos aparelhos de gravação, especialmente a produção de microfones e de transmissores de tamanho reduzido, que podem ser instalados às ocultas nos espaços alheios sem que (o atingido) se aperceba".[70] Uma argumentação no essencial repetida a propósito da punição das fotografias arbitrárias, também prevista naquele mesmo § 146, n. 2.[71]

25. Mas as coisas alteraram-se entretanto com o aparecimento e a massificação de meios técnicos de manipulação arbitrária da palavra e da imagem, que *não passam necessariamente pela gravação ou registo*. Isto é, meios de intromissão abusiva que, sem terem necessariamente de recorrer à gravação ou perpetuação, permitem colocar a palavra e a imagem em contextos e perante "outros significantes" que foram arbitrariamente impostos à pessoa. Fazendo,

67. Costa Andrade, *Bruscamente no verão passado*... cit., p. 149.

68. Idem, p. 148.

69. *BVerfGE* 34, 238 = *JZ*, 1973, p. 505.

70. *Alternativ-Entwurf*... cit., p. 33.

71. Idem.

por exemplo, ouvir a palavra falada por pessoas a quem ela não era dirigida, actualizando aquele "prolongamento técnico do alcance sonoro" de que expressivamente fala Schilling. E, por vias disso, frustrando o direito que assiste a cada um de escolher os destinatários da sua *palavra falada*, que, em última instância – embora nem sempre de consciência actualizada –, sempre se quis reconhecer e proteger.

O mesmo valendo para a imagem que, sem passar pela gravação ou registo, pode ser arbitrariamente oferecida em tempo real, sem limites de distância nem do universo das pessoas que a podem utilizar. Pense-se nas possibilidades trazidas pelas *WebCams* ou *SpyCams*, facilmente acessíveis a qualquer pessoa e que, sem conservação ou armazenamento da imagem, a colocam em tempo real (via Internet) ao alcance de qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo.[72]

As novas realizações técnico-científicas abriram, assim, a porta a uma nova fenomenologia de atentados à autodeterminação da pessoa sobre a (palavra ou) imagem. Permitiram, na verdade, pôr a descoberto a danosidade social da ultrapassagem arbitrária do *espaço* – aqui tomado no sentido mais compreensivo do termo, a significar "contexto" ou "ambiente" a que a pessoa quis legitimamente circunscrever a "passagem" da sua imagem. Uma dimensão que numa primeira fase não se revestia de relevo directo e autónomo, sendo consumida pela danosidade da ultrapassagem da fronteira do tempo, concretizada no registo fotográfico arbitrário, por onde passava necessariamente o ilícito. Se não seria rigoroso afirmar que a violação dos limites do espaço era então irrelevante ou indiferente, a verdade é que ela só relevava associada à ultrapassagem do tempo e dela dependente. Pela razão simples mas incontornável de só haver ilícito a partir da registo fotográfico. E da consequente violação da *volatilidade* da palavra ou da imagem, que se quis oferecer a um concreto contexto ou ambiente.

O que aponta para novos conceitos de *direito à palavra* e à *imagem*, cujas compreensão e extensão não são determinadas exclusivamente por contraposição ao gravador. A partir de então, o registo fotográfico ou fonográfico passam a sinalizar apenas uma, entre outras possíveis, "superfícies expostas às intempéries". Em conformidade, a palavra e a imagem passam a ser definidas a um nível mais elevado de abstracção e a ser também protegidas contra outras e novas formas de atentado.

Um passo neste sentido foi já claramente dado na Alemanha. Tanto em sede constitucional como no direito ordinário, o direito penal incluído. No plano

72. Sobre o tema: KARGL, Zur Differenzierung zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes cit., p. 332; RAHMLOW, op. cit., p. 89; BOSCH, op. cit., p. 377 ss.; BORGMANN, op. cit., p. 2133.

constitucional sobrelevam os desenvolvimentos recentemente protagonizados pelo Tribunal Constitucional a propósito do direito à palavra, mas que valem nos mesmos e exactos termos para o direito à imagem. Foi o que já tivemos oportunidade de assinalar. Recorda-se apenas que o direito à palavra é agora definido como "o direito de escolher as pessoas (e as circunstâncias) que podem escutar as suas palavras". Um direito de autodeterminação que tanto pode ser frustrado pelo recurso à gravação arbitrária como pelos procedimentos que, sem mediação do gravador, colocam arbitrariamente a palavra falada ao alcance de pessoas (e num contexto) a quem não estava destinada. Nos casos extremados, a que de todo o modo não queria que chegassem.

Este movimento vem tendo réplica do lado do direito penal positivo. Que tem respondido com o alargamento do espectro de condutas tipicamente incriminadas e punidas como atentados ao *direito à palavra* ou *à imagem*. Nesta linha, o § 201 a), 1, do StGB incrimina directamente a *transmissão* arbitrária da imagem em tempo real, sem a mediação de uma gravação, registo ou armazenamento, mais ou menos prolongado, dos registos fonográficos ou fotográficos.[73] Fá-lo naturalmente nos limites e no contexto da área de tutela de uma incriminação votada à protecção da área nuclear da intimidade. Mas não deixa de ser manifesto que erige a ultrapassagem arbitrária do *espaço* à categoria de *ilícito penal autónomo*. Agora no sentido de independente da *gravação* arbitrária e da perpetuação *temporal*.

Tudo parecendo sugerir que, por maioria de razão, deveria ser assim num ordenamento jurídico, como o português, que dispõe de uma incriminação que tem a imagem como bem jurídico típico. Este passo, que por ostensiva distracção o legislador português de 2007 não se propôs empreender, talvez um dia mais ou menos distante, venha a ser reivindicado entre nós. Sê-lo-á, esperamos, no momento em que se repensar o problema da tutela penal da imagem, agora exposta a novas intempéries. E sê-lo-á seguramente se, à semelhança do que sucedeu ao tempo em que se deu o reconhecimento do direito à imagem como autónomo bem jurídico-penal, soubermos mais uma vez escutar e recolher a lição da experiência alemã.

Tudo a sugerir que, também por este lado, o diálogo com o que se faz e diz do lado de lá do Reno parece ter a sina de uma história interminável.

---

73. Sobre o significado desta modalidade de conduta típica, por todos, S/S/Lenckner, § 201 a), Rn. 7; Fischer, 201 a), Rn. 13.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem, de Gilmar Ferreira Mendes – *RTrib* 5/16;
- Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória, de Sergio Martins Rston – *RIASP* 14/91;
- Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a Internet. Limites constitucionais e processuais, de Antonio Baptista Gonçalves – *RDPriv* 48/299; e
- O direito à imagem, de Arnaldo Siqueira de Lima – *RT* 792/451.

57717

De los "delitos hediondos" a las "hediondas" penas

1

Recetario brasileño para la degradación humana y la deconstrucción del Estado de Derecho.

Rivail Carvalho Rolim

Pos-doctorado en Criminologia y Sociologia Jurídico Penal en la Universidad de Barcelona. Doctor en Historia por la Universidad Federal Fluminense-RJ. Profesor del Departamento de Historia de la Universidade Estadual de Maringá-PR.

Luís Geraldo Lanfredi

Máster en Procesal Penal por la Universidade de São Paulo y en Criminologia y Sociologia Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona. Doctorando em Criminologia y Sociológica Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona. Juez en São Paulo.

Área do Direito: Penal

Resumen: Este trabajo se vuelve al análisis de los postulados oscuros del cumplimiento de las sanciones penales, que, en verdad, desvelan el único y verdadero estigma retributivo de las penas corporales. Uno de ellos es que al preso es necesario imponer el rebajamiento de su estatus social para que su condición personal en el interior de la cárcel sea inferior a la que disfrutaba *extra muros*. El otro es que al

Abstract: This paper turns to the analysis of the obscure premises of compliance with the criminal sanctions, which in reality, reveals the only and true retributive stigma of the corporal sanctions. One of them is the need to impose a social status reduction to the prisoner, so that its imprisonment conditions are inferior to the ones enjoyed outside the walls. The other is that the sentenced must face some suffering beyond its

condenado se debe imponer algún sufrimiento más allá de la propia restricción de su libertad, mismo que para ello se juegue con patrones que estén a la margen de la legalidad.

PALABRAS CLAVE: Políticas penitenciarias - Devaluación de los presos - Cultura del sufrimiento.

loss of freedom, even if that means playing with schemes on the brink of legality.

KEYWORDS: Prison policies - Prisoner devaluation - Culture of suffering.

"El papel de la Justicia es el de reescribir a las personas a las que retiró de la vida civil, tarea, tal vez, mucho más difícil de lo que fue la de condenar" (Antoine Garapon, en O guardador de promesas*).*

Desde que Beccaria escribió "De los delitos y de las penas", a finales del siglo XVIII, la problemática del *alcance punitivo* de los castigos se ha incorporado definitivamente a la práctica del Derecho (CALVET BAROT, 1994, p. 181).[1-2] Coincidió con un momento histórico en el que el Estado, una vez superado el Antiguo Régimen, del cual el monarca ostentaba el poder de penar de forma absolutista, reivindicó para sí el uso (legítimo) de la fuerza, al tiempo que difundía su consecuente (y exclusiva) legitimación para la intervención punitiva contra aquellos que habían optado por ejecutar actos y realizar comportamientos contrarios a los intereses definidos por una minoría *en nombre de la mayoría*.

La idea de que debían moderarse los suplicios y las penas inhumanas o crueles hasta entonces practicadas, aparte de una previa y rigurosa previsión en ley, así como del respeto a un programa de ejecución temporalmente definido y

1. Con este texto los autores lograron concluir y obtener el título de *especialistas* en *Prisión y Derecho Penitenciario*, curso ese cuyo programa fue impartido en la Universidad de Barcelona, a lo largo del primero semestre de 2010.
2. Con la Constitución Brasileña de 1988, nacieron los llamados "delitos hediondos" con el fin de constituir una categoría de delitos que pudiera expresar la criminalidad más repugnante en la sociedad del país, con relación a la cual debían obstaculizarse, según y a partir de la propia Constitución, todos los favores contemplados en las leyes, de forma que, a partir de entonces, quedó patente la diferencia entre quienes respondían por estos delitos y los delincuentes comunes. La Ley 8.072/1990, con sus modificaciones posteriores, se encargó de definir el catálogo de los delitos que deberían recibir ese epíteto, pero poco a poco, merced la falta de criterios del propio legislador, trató de banalizar a la *hediondez*, no pocas veces tras la presión de una atormentada opinión pública, sedienta de venganza en razón de algún delito con repercusiones mediáticas.

proporcional al acto practicado, representaba avances que, aunque no entraran a discutir las verdaderas causas y condiciones que llevaban a la delincuencia en el marco de una modalidad de control, iluminaban (o parecían mostrar) un nuevo orden de *humanización* de los castigos.

Sin embargo, por un sinnúmero de razones, después de más de 200 años, aún hoy aquellos ideales no se han realizado (o completado), pues dichos castigos se infligen desafiando soluciones mínimamente coherentes con esos primeros ideales, tal vez porque las cuestiones penitenciarias siguen teniendo una gran repercusión simbólica que domina las creencias colectivas.

No es por otra razón que Rivera Beiras (1994, p. 47) esclarece que, pese a la existencia de declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, la defensa, el trabajo remunerado, el respeto a su vida privada, el secreto de correspondencia, de entre otros) están *devaluados* y configuran *derechos de segunda categoría* en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando se refieren a quienes viven en libertad.

Esa devaluación a que se refiere Rivera Beiras no es solo un *desprecio* comprobable en la realidad fáctica, fácilmente perceptible para aquellos que ya llegaron a las puertas de un centro penitenciario, sino que se refleja en la particular forma que se tiene de definir y entender, a la luz del Derecho, el rol y la extensión de esos derechos que se realizan de forma parcial, pues que los propios condenados experimentan de manera limitada a lo largo de la ejecución de la pena e, incluso, después, *si llegan* a cumplir íntegramente el castigo. Como dice Messuti (2003, p. 17) "continuamos administrando justicia aunque tenemos pleno conocimiento de que la administración de justicia que realizamos nos hace violar muchísimas disposiciones de nuestros ordenamientos jurídicos y a pesar de que eso suponga cometer delitos mucho más graves de los que estamos castigando".

De hecho, pocos se dan cuenta de la paradoja de que el castigo, una vez asimilado e instalado en la vida de una persona, nunca desaparece. Además, por lo general, su carácter transcendente repercute en derechos de terceros que mantienen cualquier tipo de relación con el condenado. Es decir, si el ingreso en el sistema penal efectivamente representa un punto de inflexión en la vida de alguien, ese dato es simplemente un síntoma de que no sólo circunstancialmente, sino de forma general, todas las relaciones de esa persona estarán condicionadas y enmarcadas de ahí en adelante por ese acontecimiento.

La obsesión por el programa de resocialización como sinónimo de tratamiento o terapia, orientado al mismo tiempo, como explica Mosconi

(1994, p. 151), a la maduración de la personalidad y la reinserción social del detenido o condenado, con el fin de complementar o rectificar, según esclarece García-Borés (1994, p. 201), una supuesta socialización deficiente o defectuosa que llevó al individuo a delinquir, [3] aunque guarde sintonía con el paradigma racional ilustrado, en verdad, ya sea por su dudable demostración o por su estricta preocupación por consolidar un sistema de reafirmación de la autoridad, impuesta merced la dominación y la disciplina de cuerpos y mentes,[4] encubre y desvela una falacia que recomienda como única alternativa evitarlo. Por otro lado, en el estadio de desarrollo socio-económico en el que nos encontramos son inviables las propuestas abolicionistas, bien porque acaban definiéndose como "estrategias de único y gratuito sufrimiento, vacías de toda y cualquier función pedagógica", que irremediablemente marcará el destino y el futuro de una persona en virtud del devenir de las innúmeras degradaciones que sufrirá a partir de entonces (PAVARINI, 1986, p. 161)

Con esas consideraciones, y por tener en cuenta un universo (el del sistema punitivo) que prima esencialmente por "el orden interno y el control del individuo" (CALVET BAROT, 1994, p. 176), a lo largo de este estudio se trabajará con tres líneas de argumentación: un hecho jurídico y dos premisas que, desde nuestro punto de vista, son los únicos razonamientos metapositivos y con precedencia psicológica que están en condiciones de explicarlo. El hecho se ciñe a la definición de los rasgos y presupuestos de las denominadas teorías de las *relaciones de especial sujeción* y de los *derechos de aplicación progresiva* a los que se somete a los condenados a pena privativa de libertad en un espacio paradójicamente de *no derecho*.

En cuanto a las premisas que amparan el desarrollo de esas teorías, la primera se asienta en la tradición de que la condición del encarcelado (e incluso la del condenado) implica (necesariamente) una pérdida (irreparable) de su condición anterior, cuyo resultado es una (permanente) *minusvalía*

3. La invención del concepto jurídico de *resocialización*, explican Arnau Olivé y Sabaté Sales (1994, p. 212) más bien responde a la necesidad del Estado moderno de justificar el control de las conductas llamadas anormales, es decir, aquellas que escapan a la norma jurídica. La resocialización adopta la forma de una nueva técnica mediante la que se pretende modificar la conducta de la persona privada de libertad, la mayor parte de las veces desde una institución total y sin perder nunca su valor punitivo.

4. Tienda García (1994, p. 216) explica que la terapia carcelaria, por sus propias carencias, ha huido del sistema y se ha transformado en un nuevo mecanismo de sujeción del interno, tal vez más sofisticado, porque de él depende una mejora en la calidad de vida del preso, de sus expectativas futuras tanto de beneficios penitenciarios como de sustanciales disminuciones de la condena.

social, como consecuencia *post factum*, cultivada como un desdoblamiento inexorable de las propuestas disuasorias o teorías de la prevención especial de las penas. Es decir que para cumplir esta finalidad, la condición de un penado (o condenado) tiene, necesariamente, que representar una situación inferior a la de alguien que no ha recibido una condena (y así estigmatizarlo para siempre).

Finalmente, la segunda premisa, se centra en la consideración de un imaginario que domina casi todas las sociedades contemporáneas, de que al preso se le debe añadir, además de la *pena debida*, algún otro tipo de sufrimiento, es decir, algo más allá de aquello inherente a lo establecido en la sentencia y en la ley. Todo ello para rematar que el sistema penitenciario sobrevive a costa de todas esas idiosincrasias y que se llevan a cabo varias prácticas, desde o fuera de él, con el fin de legitimarlo.

Históricamente, el sistema penitenciario, como el brazo ejecutivo del sistema penal, suele aparecer distanciado del "sacralizado aparato judicial", algo que refuerza, ante la comunidad, la imagen de su independencia respecto de las imperfecciones y miserias que rodean la ejecución de la pena, pues si "era feo ser digno de castigo", menos gloriosa todavía "era la función de castigar" (MAPELLI CAFFARENA, 1986, p. 176).

En verdad, el hecho de que la justicia siempre procuró caminar alejándose del cumplimiento de las sanciones se complace con una costumbre heredada desde la Iglesia Católica, a lo largo del periodo de la Inquisición, más específicamente vinculada con la ejecución de la pena de muerte. Conforme explica Gabriel Bernat, esta modalidad de pena se reservaba para el declarado hereje, quien, si se mostraba pertinaz, impenitente o convicto, la ley ordenaba quemarle vivo.[5]

Sin embargo, la pena de muerte se enmascaraba con el eufemismo de que su ejecución se debía no por medio de *los hombres de Dios*, sino por el brazo secular, a quien se le encargaba ejecutar la condena en un acto público y ejemplar, pues *el Tribunal Eclesiástico no condenaba a muerte a nadie*, en la medida en que (intentaba y por todos los medios) hacía lo imposible para salvar a la persona (como se difundía el fin principal del proceso inquisitorio). De todos modos, del no arrepentimiento del imputado no resultaba otro remedio, sino la entrega del condenado a la autoridad civil para que lo juzgara, ahora sí, conforme a las leyes civiles, lo que permitía justificar que *a la Iglesia de Dios no le quedaba nada, ya que se había agotado su bondad*.

5. En: [www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/index.html], consultado por última vez el 25.05.2010.

Aunque se proclame que la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra, hoy en día, sometida al principio de legalidad, (justamente) para conferirle un aceptable nivel de formalización y, al mismo tiempo, ofrecer al condenado un estatus jurídico mínimo, la propia naturaleza del objeto normativizado y las metas que se asignan a una sanción reservan a aquel principio un cumplimiento meramente formal, en la medida que, desde una perspectiva crítica, resulta imposible enumerar los múltiples y nocivos efectos que derivan de estas sanciones y la propia instrumentalización que desde ellas se hace para fines punitivos no declarados (MAPELLI CAFFARENA, 1986, p. 178).

Según aún Mapelli Caffarena, la jurisdiccionalización de la ejecución e, incluso, la propia existencia de un juez especializado para acompañarla no ayudaron (ni ayudan) en este contexto, pues no ofrecen suficientes garantías de que no se burlarán los derechos fundamentales de los internos. En lo que de particular atañe a la institución judicial, en el mejor de los casos, no ha servido sino para constatar la falta de comunicación entre el penado y la administración penitenciaria, dejando sin resolver el problema del propio núcleo social donde se ha planteado o favoreciendo la solución de los conflictos mediante un cambio de opiniones entre las partes afectadas.

Al fin y al cabo, como plantea Turrillas (2002, p. 75), las relaciones entre preso y cárcel responden, en realidad y con exclusividad, a una visión retributiva de los fines de la pena en la que van en comunión el daño físico y la más completa desprotección jurídica, de modo que, remata Bergalli (1992, p. 07), hablar de los derechos que los condenados y los procesados tienen como internos de las instituciones penitenciarias es mucho más que una simple operación hermenéutica.[6]

La pena de cárcel, en términos sociológicos, es y sigue siendo, de hecho, un sufrimiento causado de forma intencionada con el fin de degradar; y ese efecto de degradación sólo se alcanza con la "cosificación" del condenado-detenido, con su reducción a la esclavitud y la sujeción al otro (PAVARINI, 2009, p. 128). Pese al creciente dominio de lo jurídico, prosigue el mismo autor, aún existen (en ella) espacios irreductibles de relaciones sociales de sujeción

6. Para Balaguer Santamaria (1992, p. 93), la prisión es más que un instrumento de corrección, sino de vulneración de derechos fundamentales, incluso de aquellos distintos al de libertad, en la medida en que la privación de libertad continúe orientándose a la sumisión y sometimiento del interno, y persista en operar en un absoluto desequilibrio entre las fuerzas que a partir de ella conviven, esto es, por un lado, todo el aparato de castigar y de educar y, por el otro, el individuo considerado como sujeto que sufre dolor y recibe valores que le son ajenos.

unilateralmente dominadas por poderes que se sustraen, total o parcialmente, a cualquier predeterminación legal, donde se despliega un dominio tendencialmente "*libre*" y, por lo tanto, "discrecional" de algunos seres sobre otros, hasta el punto de que algunos de ellos tienen, si bien en distintos grados, libertades "vacías" y/o "devaluadas" y/o "limitadas". Esta idea se refuerza con lo que dijo Garapon (1996, p. 233), cuando explica que la prisión se organizó inicialmente alrededor de la idea de destierro. Era el lugar al que se desterraban a quienes ya no tenían derechos. Era un "no lugar" público o, más exactamente, un lugar de "no derecho".

Rivera Beiras (2000, p. 66-67) esclarece que la doctrina de las "relaciones de sujeción especial" (nacida en el ámbito del Derecho Administrativo y derivadas de la propia concepción de Estado, con su necesidad de regular situaciones muy precisas, como, entre otras, la de los militares o la de los usuarios de servicios públicos), así como la teoría de los "derechos de aplicación progresiva" son fundamentos jurisprudenciales utilizados para limitar e imponer restricciones de los derechos fundamentales de los reclusos, ablandar la aplicación del principio de legalidad en ámbito ejecutivo-penal-penitenciario o, incluso, debilitar el control jurisdiccional de la actividad administrativa, "concediendo a la cárcel una especie de propiedad sobre los presos" (TURRILLAS, 2002, p. 10).

El caso español es bastante ilustrativo a este particular, ya que ofrece fundamento a aquellas corrientes gracias a *expresiones vagas* como las dispuestas en el art. 25.2 de la propia Constitución Española, que establece que "el condenado a una pena privativa de libertad conserva la mayoría de sus derechos fundamentales, *a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitencia.*"[7] Sin embargo, aunque así no fuera, los déficits que soportan los condenados en su estatus jurídico, merced la forma general como se admite la supremacía o *potestad* de la Administración frente a ellos, justificada en el argumento de *la necesidad de defender el orden y la disciplina, prevenir delitos o en interés de la terapia* en los establecimientos penitenciarios, son un hecho innegable.

Asimismo, "en la cárcel el preso siente cómo el dominio sobre su cuerpo y su voluntad se diluye a favor de un omnímodo 'tratamiento' (TURRILLAS, 2002, p. 10), de modo que la (re)definición del grado de compromiso o incluso

7. Según Muñagorri Laguía (2002, p. 49), la fórmula constitucional contiene en sí misma contradicciones tanto teóricas como prácticas porque no sólo olvida que la libertad es un presupuesto para el ejercicio de otros derechos, sino también porque en la práctica la prisión constituye una injerencia tendencialmente global sobre (todos) los derechos personales.

del ejercicio efectivo de sus derechos acaban siendo retos que imponen, al menos, como insiste Rivera Beiras, la lucha por la (re)conquista de una mayor cuota de derechos fundamentales a su favor, en un marco en el que existe "un desfase radical entre el discurso (de los derechos) y la dimensión real de la penalización."[8]

En verdad, y lo que (infelizmente) ha de reconocerse es que, a partir de la observancia de lo que se hace en ámbitos en los que la valorización del hombre no comportaría ninguna especie de concesión, "y ya no es que la justicia sea ciega, sino que parece que el Derecho entero se ha quedado a oscuras, hoy la cárcel y las penas privativas de libertad ya no atraen para sí ningún beneficio de la 'duda': sus discursos llegan y se instalan con el estruendoso ruido de fondo del castigo por el castigo" (TURRILLAS, 2002, p. 9).

De ahí que parezca esencial que, antes de defenderla como socializadora, la ejecución de la pena de prisión no se presente como desocializadora. Y ello, como explica Miranda Rodrigues (2000, p. 36), en un doble sentido: por un lado, reduciendo al máximo la marginalización de hecho que la reclusión implica y reduciendo, a su vez, los efectos criminógenos a ella asociados; por el otro, no amputándole al recluso derechos que su propia calidad de ciudadano le concede.[9]

De todos modos, aún así ¡no se trata más que de un discurso optimista!, pues a pesar de los numerosos esfuerzos, tanto presupuestarios como de gestión, para mejorar las condiciones de las prisiones o la asistencia (de cualquier clase) que en ellas se imparte, nunca podrá evitarse que la cárcel deteriore a la persona internada en ella y, por lo tanto, no se puede eludir el carácter intrínseco de pena física que tiene la prisión (CALVET BAROT, 2002, p. 159).

Una de las formas más hipócritas de esconder la verdad del sistema punitivo es aquella que intenta convencer de que la necesaria violencia legal "que deriva de los 'secuestros institucionales' como consecuencia de un delito" (BERGALLI, 1996, p. 289) es algo que se sufre en el alma y no en el cuerpo. Manifiesto engaño, ya que la pena de prisión es aún, y sobre todo, una pena corporal, algo

8. Pavarini (2009, p. 127). Según el mismo autor, no se puede hablar en un contexto de perversión, como es el de las cárceles, de *derechos* en sentido propio, en la medida en que éstos solo pueden reconocerse en esos marcos de forma *condicional*, es decir, "en la medida de lo que les resulta posible".

9. La misma autora concluye que si el pensamiento socializador vigente en las últimas décadas ha logrado que el recluso pase de ser objeto de la ejecución de la prisión a ser sujeto en ella, urge, ahora, considerarlo también como sujeto *tout-court*.

que produce dolor físico, enfermedades y muerte (PAVARINI, 1996, p. 15) y una gestión permanente de ilegalidades (LÓPEZ PETIT, 2002, p. 307).

Para demostrar que las soluciones jurídicas meramente reflejan unos conceptos difundidos en el medio social, Foucault, en *Vigilar y Castigar*, rescatando una idea que Rusche y Kirchheimer ya habían desarrollado en la década de treinta del siglo XX, desveló que los sistemas punitivos (en concreto) no admiten estudios bajo las someras e insuficientes armaduras jurídicas, pues son fenómenos sociales. Basta, en este sentido, percibir que "encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja que definitivamente haga que la idea de realizar una determinada acción reprobable deje de resultar seductora" (FOUCAULT, 2003, p. 108), de modo que la condición y la calidad de vida de quienes experimentan una pena privativa de libertad y la cárcel, para poder expresar el castigo que conllevan, imponga un modo de vida inferior, una auténtica depreciación personal. Estos efectos son reforzados desde la percepción (y control) de quienes se encuentran *extra muros* a esa realidad, como si se viviera un "típico contexto de prácticas de intolerancia, dueña de los designios y del cuerpo del otro" (GARCÍA-BORÉS, 2002, p. 184).

Desde la obra de Rusche y Kirchheimer, escrita primeramente en la década de 1930 –en la que este estudio se detendrá a partir de ahora– esta idea, de la que se hizo un amplio eco Foucault, es posible entender cómo se mantiene "una cultura punitiva desde la que la demanda de seguridad ciudadana y el concepto de alarma social se establecen como pilares de referencia" (CALVET BAROT, 2002, p. 157). Tras agotar un recorrido sobre las formas de punición durante la formación de la sociedad moderna, los autores, seguidores de la Escuela de Frankfurt, plantean que el papel disuasorio de la institución carcelaria sólo se consigue mantener mientras con ella se difunda una idea añadida de que, como tal, la cárcel tenga que ser un aparato que debe provocar un rebajamiento del status social de los presos en relación a las personas que están fuera del mundo penitenciario. Pavarini (2009, p. 134) crecenta que está presente el presupuesto de que debe "traer sufrimientos", como parte de un concepto subconsciente de que, con la cárcel, se debe "debilitar o incluso neutralizar al enemigo".

Éste, a propósito, igualmente es un tema que Pavarini y Melossi (2006) desarrollan a través del concepto de *less elegibility*, según el cual las necesidades de degradación social imponen la producción agregada de diferenciación social, es decir, si la cárcel u otra modalidad de castigo se alejan de la función material y simbólica de producción y reproducción de la diferenciación social (idea que, para ellos, complementa a la de Rusche y Kirchheimer), traicionan la misión de la penalización.

Varios son los ejemplos que Rusche y Kirchheimer traen a colación para demostrar que, en la formación de la modernidad, la construcción del sistema de punición se suma a la idea de que la vida en la cárcel tiene, necesariamente, que representar "una pérdida de la condición anterior para poder ser un factor de disuasión". Para nosotros quedarnos en algunos ejemplos, en el Este de Europa, en una cierta región de Polonia, a finales del siglo XVIII, se sustentaba que muchas de las puniciones que eran aplicadas con la finalidad de disuadirlos los presos de ejecutar robos fracasaban porque su situación en el mundo libre era mucho peor que la "disfrutada" en la cárcel (RUSCHE y KIRCHHEIMER, 2004, p. 101). Según estos autores la diferencia entre las condiciones de vida en la prisión y fuera de ella, una vez más, se consideraba como el principal motivo que hacía crecer la población carcelaria. Citan, incluso, un panfleto alemán con el sugestivo título "¿Por qué se recuperan tan pocos prisioneros en la casa de corrección?", de autor anónimo, dónde se decía que se recuperaban pocos prisioneros en las "casas de corrección de Leipzig" porque las condiciones en las que allí vivían eran muchos mejores que las que tenían fuera (RUSCHE Y KIRCHHEIMMER, 2004, p. 149).

Para mencionarnos otro ejemplo abordado por Rusche e Kirchheimer (2004, p. 168 y 169) podemos hacer referencia al capítulo en que discuten la experiencia de la deportación de los presos. En Inglaterra, muchos que entraron en conflicto con la ley pasaron a tener una nueva oportunidad para recomenzar su vida en Australia y la política liberal de donación de tierras dio a los deportados la oportunidad de ser colonos tras cumplir sus condenas. Vivir en Australia significaba tener muchas más posibilidades de las que podrían disfrutar en su tierra natal. Un verso bastante difundido sobre el viaje a Australia de los condenados muestra muy bien el sentimiento de esas personas, al clamar: "Déjenos zarpar para la bahía de Botany, donde hay abundancia y nada que pagar". Delante esto, no tardaron en surgir las primeras voces que afirmaban que la deportación no tenía el efecto disuasivo deseado.

Todavía, hay otro aspecto que debemos poner en destaque. El sentimiento de que a la pena se debe añadir "algo más", de hecho, es un dato que compone el imaginario colectivo. La cárcel, efectivamente, en la concepción de muchos, sólo tiene aptitud para cumplir la función de intimidación que se le asigna en la medida en que no solo represente un rebajamiento del estatus social de quien entra y pasa a formar parte, como interno, de ese universo. La pérdida de la libertad no es, y no debe ser, simplemente, una consecuencia necesaria o suficiente del castigo o pena: es indispensable ir más allá do que está establecido en la orden jurídica.

Los segmentos sociales, en realidad, no solo reproducen sino que también exigen que el Estado preserve ese ideario punitivo, estimulando y presionando

a sus propias agencias de control para que intervengan en el sistema penal y desarrollen su trabajo fuera de los patrones de la legalidad.[10] Se trata, a todas las luces, de un sentimiento que tiene un punto de unión con las teorías absolutas, las cuales plantean que las penas tienen un fin en sí mismo.

Lo que las personas esperan es que el Estado haga y busque una forma de *venganza* por ellas, incluso porque entienden que no solo está autorizado, sino legitimado para hacerlo. En este punto Rusche y Kirchheimer (2004, p. 41) una vez más, resultan muy esclarecedores, al demostrar la inevitable contaminación que la cultura y las prácticas religiosas producen en las condenas. Para ello, se valen de las palabras de Lutero, para quien "la mera ejecución de una condena no era una punición suficiente" si los legisladores no preveían "golpear, estrangular, enganchar, quemar y torturar a las masas de todas las maneras, pues el uso de la espada era un deber sagrado del gobernante". Con estas palabras, Lutero reproducía mucho de aquello que complacía a los rituales eclesiásticos, peculiares al cristianismo católico.

El deseo de imponer sufrimiento *al otro* todavía sobrevive y sigue siendo una de las prácticas más habituales en los países modernos, incluso en aquellos cuyos gobiernos garantizan los derechos fundamentales en sus Constituciones. El rechazo de la venganza, la renuncia al deseo de imponer sufrimiento al otro, son, de hecho, discursos que quedaron reservados al lejano ámbito de la Ilustración, aunque se reproduzcan en los programas de los Estados de Derecho. "Nuestras sociedades democráticas están mucho más preparadas y dispuestas a organizar ceremonias de exclusión que de reintegración" (GARAPON, 1996, p. 238).

A finales del siglo XVIII los "cultos forzados" al cuerpo supliciado perdieron su expresión simbólica.[11] La "fiesta de la punición", continúa el autor galo, se fue extinguiendo y dejó de ser representada en escena, pues guardaba proximidad con el delito, igualándolo o incluso excediéndolo en salvajismo.

10. Anitúa (2004, p. 16) explica que los criterios de eficiencia del postulado de la defensa social "obligan a lograr la punición sin reparar en sus límites", de modo que los grupos de personas consideradas enemigas deben sufrir los castigos más allá de lo que está establecido en el propio ordenamiento jurídico.

11. Según Foucault, los suplicios tardaron mucho en desaparecer en Europa, lo que demuestra que el imaginario del sufrimiento estaba arraigado en el subconsciente de las personas. Así que innúmeras penas no corporales siguieron estando acompañadas de sanciones que comportaban un suplicio, como el *collar de hierro* y el *azote*, a lo que añadían, incluso, que "cualquier pena para tener una dosis de seriedad debería incluir alguna cosa de suplicio".

Sin embargo, ello no impidió que la violencia se mantuviera tras los muros de las cárceles, pues esa fue la forma de mantener intacto "el deseo de una respuesta extrema al delito, aunque continuase siendo irracional en cuanto a las consecuencias que generaba y difícilmente justificable desde el punto de vista de cualquier teoría medianamente sensata sobre la pena" (GARGARELLA, 2008, p. 256).

Es curioso observar que las condenas sufrieron, justamente, un movimiento inverso al experimentado por los ritos judiciales. Mientras éstos pasaron de ser secretos a públicos, con base en la justificación de una "mayor garantía para los ciudadanos", la ejecución de las condenas siguió justamente una trayectoria opuesta, es decir, "dejó de ser pública y pasó a ser secreta". La ejecución de las penas abandonó las plazas y las calles para pasar al interior de edificios cerrados, fuera de la vista de los ciudadanos. El interior de las cárceles pasó a ser el espacio de la vergüenza y, por ello un lugar que ya nadie podía ver, que nadie podría conocer, aunque Benthan, con su Panóptico, intentara descubrir una arquitectura *mágica* que permitiera verlas desde múltiples ángulos, para vencer el oscurantismo que conllevaban (RIVERA BEIRAS, 2009, p. 55).

Resulta fácilmente demostrable, hoy en día, que los sistemas penales, como si ya no bastase con ser violentos e injustos, también se revelan asimétricos, pues actúan selectivamente sobre las franjas marginalizadas de la población. De hecho, *el otro* se define a partir de la pertenencia *al grupo diferente*, calificado incluso como desigual o inferior, pero, de todos modos, distinto de aquel al que pertenece "la minoría que tiene el poder". La desigual valoración de la vida humana y del sufrimiento en función de la condición social, lleva necesariamente a distinguir "entre amigos y enemigos, entre ricos y pobres, entre nacionales e inmigrantes" (MADRID, 2002, p. 220).

El ejemplo proporcionado por los alemanes es demasiado paradigmático para comprender lo que *los otros* significan y lo que sufrieron con la voluntad de quienes querían imponerles el sufrimiento. Varias leyes trataron de eliminar la disidencia, como la ley de esterilización de anormales o la ley de castración de delincuentes, que son ejemplos "reales y legales" de las directivas político-criminales del régimen nazista (RIVERA BEIRAS, 2005, p. 142; MUÑOZ CONDE, 2003). La barbarie que Europa experimentó con los regímenes totalitarios fue lo que hizo que los países continentales se preocupasen de elaborar constituciones que permitieran proteger (mejor) a las personas y sus derechos fundamentales, incluso para que en el caso de que se les impusiera algún tipo de sanción no padeciesen más de lo que estaba previsto en la ley, con lo que se renunciaba a cualquier tratamiento deshumano y cruel.

En los países de América Latina, el "proceso civilizacional" al que se refiere Elías (1999) avanzó de forma significativa apenas en los últimos años del

siglo XX, con la adhesión a los tratados internacionales de derechos humanos elaborados tras la posguerra. Pese a ello, esas iniciativas no fueron capaces de impedir las distintas formas de violencia y torturas que se generalizaron en contra de los grupos opositores a los regímenes de excepción que se establecieron en varios Estados sudamericanos a partir de los años 1960 y 1970. En Brasil, en los años de la dictadura militar muchos se levantaron en contra de la violación de los derechos de las personas víctimas de arbitrariedades del Estado gobernado por los generales.

Sin embargo, tanto en América Latina, como en Brasil, es interesante observar que los mismos "portavoces" del ideario libertario y de respeto de los derechos humanos no mantuvieron (e incluso no mantienen, aunque muchos de ellos hayan llegado al poder) la misma postura con relación a las distintas formas de violencia y arbitrariedades que sufren cotidianamente los encarcelados en las degradantes prisiones de estos sitios (CALDEIRA, 1991).

Se reproduce aquí aquel imaginario antes aludido, como si aquellos que han cumplido una condena por un delito político debieran tener un tratamiento diferenciado, como si sus derechos estuviesen situados en un nivel superior al de quienes son considerados presos comunes. No sin razón Zaffaroni (2007, p. 73) dijo que, en América Latina, las clases medias han sido seducidas por la retórica autoritaria americana y han acabado reproduciendo un "discurso simplista que clama por una venganza pura y simple".

Recientemente a un magistrado de la Corte Suprema de Brasil se le dijo públicamente que el Poder Judicial no pune a las personas (otros hablaban, incluso, de que el Poder Judicial era muy complaciente), a lo que contestó que no le corresponde al Poder Judicial punir, sino hacer justicia. Puede verse que por detrás de tal cuestión no hay *nada inocente*, pues se esconde la idea de que los conflictos que llegan a los tribunales tienen que terminar en punición; porque sin este final, la justicia queda incompleta e irrealizada, es decir, el Estado estaría abdicando de imponer el necesario sufrimiento a las personas que rompen las normas jurídicas, lo que confunde y corrompe las ideas de justicia y punición.

Esta cultura de *imponer el sufrimiento* a un penado (siempre que sean aquellos marginalizados) y esperar que el Estado *castigue a estos ciudadanos*, aceptando la existencia de un sistema de ejecución subterráneo, se refleja en las innúmeras denuncias que reivindican mejores condiciones para los presos brasileños y latinoamericanos. Un consejero del Colegio de Abogados de Brasil, Alberto Zacharias Toron, llegó a utilizar la expresión "deterioros humanos" para referirse a las condiciones en las que viven los presos en las

cárceles brasileñas. Son situaciones no sólo de "menosprecio a los derechos más básicos, sino de profunda humillación", proclama el consejero.[12]

A pesar de las múltiples denuncias, no hay movilizaciones importantes y decididas para exigir que se restablezcan los derechos de los encarcelados, prueba de que aquel imaginario continúa, en definitiva, arraigado en la sociedad, y en cierto modo confirma que aquellos que están detrás de las rejas deben padecer de aquel mal, teniendo como presupuesto el sufrimiento de las degradantes situaciones a que se ven expuestos. Estos efectos degradantes y humillantes, a bien decir, son los únicos resultados pedagógicos que las penas pueden lucir con aptitud para hacer que los delincuentes piensen que no es provechoso cometer otro delito, a no ser que se insista, como planteaba un criminalista católico, tras el cambio del sistema jurídico-penal brasileño, en 1940, en que sirven como "la medicina del alma" o para el "perfeccionamiento de un ser que es inferior", que se trata de un elemento de "penitencia capaz de hacer que una persona pueda llegar al arrepentimiento" de sus errores (STEVENSON, 1945, p. 223).

Como explica Madrid (2002, p. 217-219), cada cultura construye de una forma muy peculiar estas experiencias y en las sociedades contemporáneas el dolor y el sufrimiento todavía "siguen siendo utilizados como elementos para el sometimiento y control de la población". En Brasil y en América Latina, esta situación tiene una ubicación concreta: las personas que están situadas en la parte inferior de la pirámide social, principalmente jóvenes pobres y negros que viven en los barrios más humildes o aquellos involucrados en los delitos que más impactan a la sociedad, son los que están sujetos a esta *forma de control*.

Un caso reciente, y para terminar, remata bien lo que se insiste en atribuir a la obra de este imaginario punitivo de imponer al sufrimiento. El escalofriante asesinato, en Río de Janeiro, del niño João Hélio –cometido durante el robo del coche en el que se hallaba en compañía de su madre, quien tras haber salido por la fuerza del vehículo, no logró liberar al niño del cinturón de seguridad, de forma que éste, al cerrar los ladrones la puerta, quedó atrapado por el lado de fuera del coche y fue arrastrado durante la fuga de los delincuentes– reavivó la discusión de la pena de muerte en el país.

No obstante, de las palabras de indignación de un profesor de Ética y Filosofía Política de una de las universidades más importante del país y de

12. En: [www.direito2.com.br/oab/2008/jan/11/presos-no-brasil-sao-verdadeiros-dejetos-humanos-diz], consultado por última vez el 19.03.2010.

América Latina se extrae que el deseo de superar todos los modelos de justicia para imponer sufrimientos añadidos no es una reivindicación de una clase, sino de toda la sociedad.

En artículo firmado en un periódico de gran circulación nacional, el afamado profesor deseaba que el joven sufriera, de forma intensa, "todas las cosas que le pudiera pasar en la cárcel". Dijo, incluso, que no defendía la pena de muerte porque la consideraba poco como pena. Para él, el joven infractor, aunque desafortunado y subproducto de una sociedad excluyente, "debería tener una muerte hedionda", con "suplicios medievales, cuya arte consistía en prolongar al máximo el sufrimiento, retardando la muerte."[13]

A lo sumo, si la condición de que el estatus personal del encarcelado debe representar una pérdida de la condición de vida anterior, y a él algún tipo de castigo debe ir más allá del establecido en la sentencia, no extraña la razón por la que el Poder Judicial, y el caso brasileño es bastante paradigmático en este particular, no dé el paso adelante para acabar, de una vez por todas, con toda esa cultura de punición, empezando por un cambio en la forma de ver y de enfrentar la cuestión carcelaria. De lo contrario, aquellas premisas confirman la razón por la que tarda e, incluso, se resiste a asumir proyecto(s) que ponga(n) fin a esa tendencia de sacrificio, que resulta en la despreciable disminución de los derechos de los sujetos que sufren una condena.

BIBLIOGRAFÍA

ANITÚA, Gabriel Ignacio. Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.) *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos, 2004.

ARNAU OLIVÉ, Marina; SABATÉ SALES, Anna. Del suplicio a la reeducación. La finalidad resocializadora de la pena. *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. Jornadas Penitenciarias* (organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

BALAGUER SANTAMARIA, Javier. Derechos humanos y privación de libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la*

13. En: [www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1802200707.htm], consultado por última vez el 28.05.2010.

defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.

BERGALLI, Roberto.¡Ésta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)! Introducción. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.

_____. Una visión sociológica de la cárcel en España. Epílogo. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *La cárcel en el sistema penal (un análisis estructural)*. Barcelona: M. J. Bosch Editor, 2. ed. rev. conforme al CP 1995 y al RP 1996, 1996.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. Direitos humanos ou "privilégios de bandidos". Desventuras da democratização brasileira. *Novos estudos*. n. 30. São Paulo: Cebrap, jul. 1991.

CALVET BAROT, Gemma. La cárcel y el Derecho a la salud: el diseño y la legitimación de una vulneración permanente. *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales. Jornadas Penitenciarias* (organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

_____. La cárcel como fábrica de enfermedades. *Un cacheo a la cárcel*. 2. ed. (Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universitat de Barcelona 1997-1999). Barcelona: Asociación Contra la Cultura Punitiva y de la Exclusión Social, 2002.

ELIAS, Norbert. *Los alemanes*. Ciudad de México: Instituto José María Luis Mora, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 32. ed. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 2003.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep María. El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento. *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales*. (Texto de las Jornadas Penitenciarias organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

_____. *Bases psicoculturales de la censura social. Un cacheo a la cárcel*. (Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universitat de Barcelona

1997-1999). 2. ed. Barcelona: Asociación Contra la Cultura Punitiva y de la Exclusión Social, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *De la justicia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

LÓPEZ PETIT, Santiago. Cuando la cárcel está al acecho. *Un cacheo a la cárcel* (Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universitat de Barcelona 1997-1999). 2. ed. Barcelona: Asociación Contra la Cultura Punitiva y de la Exclusión Social, 2002.

MADRID, Antonio. La cultura contemporánea del sufrimiento. *El vuelo de Ícaro: Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía*. n. 2-3 p. 217-236. Madrid: Liga Española Pro-Derechos Humanos, 2002.

_____. *La política y la justicia del sufrimiento*. Madrid: Minima Trotta, 2010.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Criminología crítica y ejecución penal. Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas. Poder y Control. *Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*. Barcelona: PPU, 1986. n. 0. p. 175-188.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. La administración de justicia en el tercer milenio. *Boletim IBCCrim*. n. 42. p. 12-18. São Paulo: IBCCrim, 2003.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de. Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión. En: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; _____; RIVERA BEIRAS, Iñaki: *Legalidad constitucional y relaciones de penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: M. J. Bosch Editor, 2000.

MOSCONI, Giusseppe. Paradojas y antinomias del concepto de tratamiento. *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales*. (Jornadas Penitenciarias organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserciió Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: M. J. Bosch Editor, 1994.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. De nuevo sobre la crisis de legitimidad de la pena privativa de libertad. *Un cacheo a la cárcel*. (Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universitat de Barcelona 1997-1999). 2. ed. Barcelona: Asociación Contra la Cultura Punitiva y de la Exclusión Social, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PAVARINI, Massimo. Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional. Poder y control. Prevención y teoría de la pena: presente y

alternativas. n. 0. p. 155-174. *Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*. Barcelona: PPU, 1986.

_____.Prologo. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *La cárcel en el sistema penal (un análisis estructural)*. 2. ed. revista conforme al CP 1995 y al RP 1996. Barcelona: M. J. Bosch Editor, 1996.

_____. *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Trad.Vanina Ferreccio y Máximo Sozzo. Quito: Flacso Ecuador y Alcadía Metropolitana de Quito, 2009.

_____; MELOSSI, Dario. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La "devaluación" de los derechos fundamentales de los reclusos. *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales. Jornadas Penitenciarias* (organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

_____. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del "no derecho"). En: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; MIRANDA RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de; _____. *Legalidad constitucional y relaciones de penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: M. J. Bosch Editor, 2000.

_____. En: _____. *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER; Otto. *Estrutura social e punição*. Trad. Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATÉ SALES, Anna; ARNAU OLIVÉ, Marina. Del suplicio a la reeducación. La finalidad resocializadora de la pena. *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales. Jornadas Penitenciarias* (organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

STEVENSON, Oscar. Pena e medida de segurança. *Revista Forense*. vol. 102. fasc. 502. p. 221-225. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

TIENDA GARCÍA, Jordi de. *¿Dónde está el tratamiento? Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales. Jornadas penitenciarias* (organizadas por Associació Catalana de Juristes Demòcrates, con la colaboración de Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, Associació per la

Promoció e Inserció Profesional (Apip) y Editorial J. M. Bosch). Barcelona: Ed. J. M. Bosch, 1994.

TURRILLAS, Jorge. Sobre la tenencia ilícita de almas. A modo de introducción. *Un cacheo a la cárcel*. 2. ed. (Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universitat de Barcelona 1997-1999). Barcelona: Asociación Contra La Cultura Punitiva Y De La Exclusión Social, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As funções não declaradas da "ressocialização" e a tentativa do discurso legitimador, de Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – *RCP* 11/235;
- Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade, de René Ariel Dotti – *RT* 851/403;
- Intervenção mínima para um direito penal eficaz, de Isaac Sabbá Guimarães – *RT* 800/479; e
- Pena hedionda, de Jacques de Camargo Penteado – *RT* 674/286.

57718

1 MÍDIA E PROCESSO PENAL: A INFLUÊNCIA DA IMPRENSA NOS JULGAMENTOS DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

LUANA MAGALHÃES DE ARAÚJO CUNHA

Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Os meios midiáticos, notadamente a televisão, têm popularizado programas nos quais é crescente uma tendência criminológica. Expõem casos em que os suspeitos são tratados como culpados diante de grandes públicos, os quais não conhecem o processo e terminam por absorver e realizar um julgamento moral baseado exclusivamente na exposição midiática, no que pese a previsão constitucional de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Diante dessa realidade, o texto constitucional evidencia a tensão existente entre liberdade de expressão, de um lado, e o devido processo legal, de outro. Tal tensão, evidente nos casos em que a mídia realiza prejulgamentos penais, se intensifica nas situações específicas que envolvem crimes dolosos contra a vida, cuja competência para julgamento é do Júri.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia - Júri - Criminologia - Liberdade de imprensa - Devido processo legal - Direitos fundamentais - Constituição.

ABSTRACT: The media, especially television, have made programs with a rising criminal tendency very popular. These programs present cases with suspects that are treated as guilty before large audiences who do not know the process and make moral judgment based solely on media exposure, in spite of the constitutional provision that "nobody will be prosecuted or sentenced by any other than the proper authority". In light of this reality, the constitutional text exposes the tension existing between freedom of expression and due process. This tension is evident in cases where the media does criminal prejudgments and intensifies in specific situations that involve malicious crimes against life, where sentencing is done by a jury.

KEYWORDS: Media - Jury - Criminology - Freedom of the press - Due process - Fundamental rights - Constitution.

SUMÁRIO: 1. Apresentação – 2. A influência da mídia nos crimes dolosos contra a vida – 3. Preceitos constitucionais: 3.1 A liberdade de imprensa; 3.2 Publicidade; 3.3 Devido processo legal; 3.4 Estado de inocência – 4. O Tribunal do Júri – 5. Colisão de direitos fundamentais constitucionais – 6. Controle da mídia – 7. Medidas jurídicas possíveis: 7.1 Obrigação de não fazer; 7.2 Indenização por danos morais; 7.3 Cassação da concessão com sanção administrativa; 7.4 Direito de resposta ou contrapropaganda – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO

"(...) as ideias e costumes difundidos pelas emissoras privadas de rádio e televisão são frequentemente incompatíveis com os princípios que informam nosso Estado Democrático de Direito. Não é preciso mais do que alguns minutos diante da televisão, em qualquer horário ou canal, para constatar a violação dos direitos fundamentais à privacidade, a não discriminação, à honra, à presunção de inocência e à própria dignidade da pessoa humana (...)".[1]

Atualmente, os meios midiáticos ou de comunicação em massa brasileiros, notadamente a televisão, têm popularizado programas nos quais é crescente uma tendência criminológica. Essas apresentações disseminam a crença de que a pena restritiva de liberdade é o meio adequado para tratar os problemas sociais referentes à violência urbana e, fundados nessa crença, passam a expor casos em que os suspeitos são tratados como culpados diante de grandes públicos, os quais não conhecem o processo e terminam por absorver e realizar um julgamento moral baseado exclusivamente na exposição midiática.

Na Constituição da República Federativa do Brasil está expresso, no inc. LIII do art. 5.º, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Diante da atual realidade, de propagação de prejulgamentos feitos por alguns setores da sociedade, o texto constitucional evidencia a tensão existente entre liberdade de expressão, de um lado, e o devido processo legal, de outro.

Tal tensão, evidente nos casos em que a mídia realiza prejulgamentos penais, se intensifica muito nas situações específicas que envolvem crimes dolosos contra a vida, uma vez que para o julgamento destes crimes a competência cabe ao Júri.

Nesses casos, em que o julgamento é feito pelo Júri, a propagação de preconcepções, desvinculadas dos autos do processo, é capaz de impregnar o en-

1. SUIAMA, Sérgio Gardenghi. A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. *Boletim Científico*, n. 5, ano I, p. 107-120.

tendimento dos jurados no conselho de sentença, manipulando o julgamento a partir de critérios midiáticos e não jurídicos.

Esse fenômeno, consistente na apresentação pública e massiva de programações com teor criminológico tendente ao acirramento da opinião pública sobre a violência contra a vida, é extremamente complexo, por envolver questões sociológicas e jurídicas de diversa natureza. Aquelas permeadas por uma constante intransigência frente ao crescimento da sensação geral de insegurança, e esta fundada em princípios jurídicos que garantem o adequado julgamento do acusado, assegurado em lei.

É essa tensão que se pretende abordar no trabalho, aventando a hipótese de que a livre manifestação da imprensa, nos casos de crime doloso contra a vida, traz prejuízo aos suspeitos e acusados, através da formação prévia do entendimento dos jurados, vez que estes não estão obrigados a dizer as razões de seu convencimento, em decorrência do princípio da íntima convicção. A partir dessa pesquisa, pretende-se, ainda, discutir alternativas quanto à ponderação de princípios: nesse caso, a liberdade de imprensa e o devido processo legal.

A investigação conduz ao debate teórico sobre o conflito de princípios e normas constitucionais, uma vez que ela não se vincula somente à sociologia e à criminologia, ou mesmo ao direito penal, estendendo-se para uma questão mais ampla no tocante ao direito constitucional e à própria teoria da Constituição.

Por fim, pretende-se apontar alternativas para o problema das interferências que a mídia causa no curso do processo penal.

2. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

"A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à ideia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que percebe e persegue o processo com imprudente indiscrição e não raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar".[2]

De origem latina, a palavra mídia (plural de *médium*, que significa meio) é de uso recente na comunicação social. Apesar do largo emprego, não é fácil

2. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 21-22.

encontrar uma definição para o termo, que normalmente é utilizado como sinônimo de conjunto de meios de comunicação.

As primeiras aparições da palavra mídia ocorreram em estudos norte-americanos sobre a *mass media*, decorrência de pesquisas sobre voto, comportamento eleitoral, propaganda e opinião pública, nos períodos pré e pós-guerra (entre as décadas de 20 e 40). Tais estudos ressaltavam, ora nos meios de comunicação de massa, ora na própria cultura de massa.

Até então, os estudos científicos tinham por objetivo demarcar os efeitos da exposição do público às mensagens veiculadas pela imprensa e propaganda, em uma busca de relações de causa e efeito.

Contudo, com a consolidação da televisão como nova tecnologia da comunicação, o cerne dos estudos mudou. Importa lembrar que entre as décadas de 50 e 60, a televisão já detinha larga influência.

Dados acerca do alcance da televisão são importantes para traçar o poderio exercido por esse meio de comunicação:

Todos os municípios brasileiros contam hoje com redes de TV aberta.[3] Em 1999, existiam 53.573.000 aparelhos de televisão, instalados em 37 milhões de domicílios.[4] Assim, o número de moradias que possuem televisor é maior do que o número de domicílios beneficiados com rede de esgoto: em 2000, segundo o IBGE, dos 44.795.101 domicílios que possuíam televisão apenas 21.160.735 possuíam ligação com a rede geral de esgoto, número também maior do que o dos que possuíam geladeira.[5]

Com a televisão passando a ser o meio de comunicação mais importante, decorre uma sofisticação das teorias sobre influência dos meios de comunicação de massa. Na década de 70, os estudos sobre a mídia nos Estados Unidos buscavam compreender o papel dos meios de comunicação na construção autônoma de significado e conhecimento acerca da realidade. Demonstrando que, naquela época, a mídia começava a deixar o papel de mero veículo de informação, com efeitos limitados e de curto prazo, para se transformar em agente construtor de realidades na vida dos indivíduos.

---

3. GRUPO DE MÍDIA DE SÃO PAULO. *Revista Mídia e Dados* apud NOVAES, Adauto (org.). *Rede imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. Apêndice 2, p. 311.
4. Idem.
5. IBGE, Censo Demográfico 2000 – Resultados do universo. Disponível em: [www.ibge.gov.br].

A mudança de visão trazida pela hegemonia da televisão proporcionou o aumento do número de pesquisas preocupadas em reconstruir o "processo pelo qual o indivíduo modifica a sua própria representação da realidade social".[6]

Mais recentemente, com a consolidação da indústria da cultura e comunicação, os meios de comunicação deixam, definitivamente, de ser entendidos como canais, passando a ser vistos como potenciais responsáveis pela formação da opinião pública e das agendas de debates sociais, revelando-se em verdadeiro poder no mundo contemporâneo.

Assim, na década de 90, o termo mídia passa a ser amplamente utilizado, primordialmente em análises que pretendem explicar o poder institucional dos meios de comunicação na sociedade contemporânea.

Acredita-se que a melhor definição do termo mídia foi dada por Venício Artur de Lima, que assim leciona:

"(...) o conjunto de instituições que utiliza tecnologias específicas para realizar a comunicação humana. Vale dizer que a mídia implica na existência de um intermediário tecnológico para que a comunicação se realize. A comunicação passa, portanto, a ser uma comunicação midiatizada. Este é um tipo específico de comunicação que aparece tardiamente na história da humanidade e se constitui em um dos importantes símbolos da modernidade. Duas características da mídia são a sua unidirecionalidade e a produção centralizada e padronizada de conteúdos. Concretamente, quando falamos da mídia, estamos nos referindo ao conjunto das emissoras de rádio e de televisão (aberta e paga), de jornais e de revistas, do cinema e das outras diversas instituições que utilizam recursos tecnológicos na chamada comunicação de massa."[7]

Resta evidenciada a importância de se estudar a comunicação como poder no Brasil, uma vez que grande parte das sociedades contemporâneas é centrada na mídia, dela dependendo para a formação da opinião pública que permite a tomada diária de decisões por todos aqueles que a integram.[8]

Como visto, a mídia, entendida como conjunto dos meios de comunicação e instituições que se utilizam de tecnologias na chamada comunicação de mas-

6. NEUMANN, Noelle apud WOLF, Mauro. *Teorias das comunicações de massa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

7. LIMA, Venício Artur de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

8. LIMA, Venício Artur de. *Sete teses sobre a relação mídia e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

sa, formam a opinião pública que embasa as decisões cotidianas tomadas pelos sujeitos a ela submetidos. Portanto, o tratamento dado pela mídia ao evento crime torna-se relevante.

A publicidade de atos processuais pelos meios de comunicação social comporta risco. Isso porque nem sempre a crônica se limita à transmissão de dados objetivos do procedimento criminal. Se por um lado a mídia decodifica a linguagem utilizada pela Justiça, por outro ela transforma os fatos tidos como criminosos em grandes espetáculos públicos, deixando-os mais atrativos e sensacionalistas.

Sabe-se que o crime e a violência sempre foram temas de grande interesse social, sobre os quais diversos personagens e histórias de sucesso foram criados ou reinventados. Talvez por esse motivo, não só a literatura, mas também o jornalismo se ocupa de narrar histórias onde cerne é o cometimento de uma ação típica que, quanto mais bárbara, mais atrativa.

O presente trabalho não pretende tratar dos motivos que despertam no grande público esse interesse. Entretanto, salienta-se que tanto o crime quanto a violência tratam de realidades pouco comuns, extraordinárias. A cada notícia de um novo crime contra a vida, nos vemos afronte de violações de regras fundamentais da organização social humana. Seja como imperativo moral, religioso ou jurídico, não matar é premissa básica da civilização e modernidade social.

O trabalho da imprensa não está, necessariamente, voltado para a cobertura e narrativa da realidade, mas, antes, para o que há de incomum dentro dessa realidade. Essa lógica acaba por influenciar diretamente a percepção do espectador quanto ao conceito e extensão do evento crime, modificando significativamente a sensação de insegurança dos sujeitos. Nesse sentido, Luiz Eduardo Soares afirma que:

"O volume de horrores acumula-se, e cada novo dia e episódio aumentam a cifra trágica. Deduz o(a) leitor(a): 'isso não cessa de acontecer'; 'isso não termina jamais' (...) 'onde vamos parar?'. A unidimensionalidade dos canais do tempo na estrutura semiológica do noticiário diário faz com que cada novo fato se acrescente ao antigo, ampliando a cifra e indicando a deteriorização da vida social. A razão é simples, não há referência externa; o canal é único e excludente: a realidade é feita de um fato depois do outro, que se soma ao anterior, tornando-o sempre maior".[9]

9. SOARES, Luiz Eduardo apud ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 190.

Infelizmente, essa é a forma de tratamento do tema mais comum nos meios de comunicação brasileiros. Os crimes mais noticiados pela imprensa brasileira são os decorrentes de eventos excepcionais.

Se utilizando da ideia de que as taxas de criminalidade e violência apresentam crescimento vertiginoso e descontrolado e de que o Estado e suas instituições, em especial, as polícias, são incompetentes para lidar com o problema, a propaganda midiática passa a ser a de que o sistema é falho e permissivo. De que, tal como configurada, a lei penal facilita o cometimento do delito e beneficia o criminoso.

Por consequência, resta impossibilitada a concepção do crime como um evento complexo. O crime e o criminoso passam a ser vistos de forma indissociada, sendo o segundo reduzido ao primeiro. O resultado dessa associação é previsível: o clamor por penas mais severas, maior repressão e rigor no tratamento do crime.

Resta evidente que esta propaganda é capaz de influenciar a sociedade e que, consequentemente, a mídia é importante agente influenciador das sentenças submetidas ao julgamento do conselho e que o Direito deve criar mecanismos para coibir que essa influência se dê de forma a desrespeitar os direitos do acusado e, consequentemente, de prejudicar o imparcial e justo julgamento do caso concreto.

3. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

"O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie".[10]

No transcorrer do tempo, e em decorrência de princípios de ordem natural e das conquistas humanas, as Constituições passaram a acampar os chamados direitos fundamentais, direitos humanos ou ainda direitos públicos subjetivos, haja vista que diferentes denominações foram elaboradas por célebres doutri-

10. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

nadores das ciências jurídicas para conceituar a mesma ideia, ideia essa de um grupo de direitos dos particulares frente ao Estado, servindo-lhes de garantia em face de sua atuação por limitar-lhe os poderes.

Referida inserção foi de tal forma significativa que nas palavras do Prof. José Cirilo de Vargas:

"O Título II, abrangendo cinco Capítulos, é talvez o mais importante da Constituição. É o setor que mais diretamente incide sobre a vida jurídica do cidadão, quer nas relações com o Estado, quer nas relações entre si".[11]

Assim, seja qual for a denominação adotada, a tutela dos direitos fundamentais é o fim do Estado, seu encargo essencial. É a razão de sua existência. Inerente ao Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais revelam a "autolimitação estatal, e as limitações jurídicas à atuação das autoridades",[12] já que não é possível se pensar um Estado de Direito sem legalidade, em que as autoridades estatais não estejam submetidas às mesmas normas que os particulares. O reconhecimento de tais direitos é garantia à dignidade da pessoa humana.

Foi com o constitucionalismo europeu do pós-guerra, e o constitucionalismo latino-americano durante o longo processo de democratização política, que houve a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios de grande força axiológica, onde o tratamento à dignidade humana tornou-se basilar.

No Brasil, o reconhecimento da dignidade intrínseca da pessoa humana e, consequentemente, a construção de um sistema normativo embasado na efetiva proteção do ser humano, entendido em sua completude, só se deu com a Carta Constitucional de 1988. É neste, e somente neste contexto, que o tratamento de princípios tão caros à dignidade humana ganha relevo e importância.

Tendo em vista essa mudança, o direito constitucional deixa de ser visto apenas como tradicional ramo político do direito de cada nação. Passa a ser, de forma muito mais significativa, norteador da noção de Justiça, sendo, assim, o principal garantidor de direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Nesse ínterim, o estudo dos princípios fundamentais de cada ordenamento jurídico torna-se de grande valia. São esses princípios que irão revelar aquilo que é o núcleo rígido das Constituições, de onde decorre toda a força normativa e, consequentemente, toda a organização jurídica a ela subjacente.

---

11. VARGAS, José Cirilo. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23.

12. Idem, p. 24.

Ao termo "princípio" são atribuídos, normalmente, quatro sentidos distintos pela Filosofia, a saber:[13]

(a) Acepção ontológica, por meio da qual há verdadeira relação de dependência entre o princípio e o que dele deriva (o primeiro é o fundamento do último);

(b) Acepção lógica, pela qual o princípio funciona como diretriz de outras proposições (seria ele o seu ponto de partida, dotado de generalidade quando em comparação com o dele surgido);

(c) Acepção cronológica, no sentido de antecedente e posterior (*prius* e *posterius*), estritamente no que tange à sucessão temporal entre ambos;

(d) Normativo, onde o princípio é a diretriz da norma posta, o seu fundamento de validade, de maneira a existir necessária consonância desta para com aquele.

É à acepção normativa que nos referimos quando falamos em princípio no presente contexto jurídico. Fonte primária por excelência, princípio é, segundo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:[14] "Por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome o sistema jurídico positivo".

3.1 A liberdade de imprensa

A Constituição de 1946 estabelecia, em seu art. 141, § 5.º, ao tratar dos Direitos e Garantias Individuais, que:

"É livre a manifestação do pensamento, (...) respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. (...) Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".

---

13. MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Buenos Aires: Sulamericana, 1958; MORENO, Martin T. Ruiz. *Vocabulário filosófico*. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1941

14. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

Disposição bastante parecida é encontrada na Carta de 1967, art. 150, § 8.º:

"É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe".

Promulgada num contexto de redemocratização da sociedade brasileira, após um período de mais de duas décadas de regime totalitário, a Constituição Federal de 1988 protege de forma especial o direito fundamental à liberdade em suas diversas manifestações, dentre as quais, a liberdade de expressão.

Assim, com na Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, o tratamento da liberdade de expressão ganha *status* de direito fundamental, passando a compor o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos:

"Art. 5.º

(...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem."

Mais adiante, no texto constitucional, encontramos outras disposições pertinentes à liberdade de expressão, dessa vez mais intimamente ligada à atividade profissional da imprensa.

O Capítulo V – Da Comunicação Social, integrante do Título VIII – Da Ordem Social, dispõe, nos arts. 220 a 224 da CF/1988, da proibição da censura; dos princípios de produção e programação das emissoras de radio e televisão; das condições para a propriedade destes veículos; da concessão, permissão e autorização para o seu funcionamento.

Da leitura destes dispositivos, distingui-se dois princípios fundamentais protegidos pela Constituição: (a) a liberdade de expressão e (b) a liberdade de informação jornalística.

Segundo José Afonso da Silva, a liberdade de informação jornalística "alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários ou opiniões por qualquer veículo de comunicação social".[15]

15. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. RT, 1990. p. 218.

Informação é, segundo Albino Greco, "o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado".[16]

A liberdade de informação jornalística apenas admite as restrições estabelecidas na própria Constituição, e que são necessárias à preservação dos princípios constitucionais de proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Dessa forma é vedado à imprensa ingressar na esfera privada do indivíduo.

O direito individual à privacidade encontra amparo também na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XII), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 17) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 11).

Já a liberdade de expressão admite limitações de ordem infraconstitucional, haja vista que a própria norma garantidora (art. 220, §§ 3.º e 4.º, da CF/1988) atribuiu à lei federal competência para regulamentar e criar meios de proteção contra programações que contrariem os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Além disso, resta proibida qualquer censura, quer seja de natureza política, ideológica ou artística.

Pretende a Constituição Federal impedir toda e qualquer intervenção dos Poderes Públicos que vise restringir ou proibir a circulação de ideias. Contudo, como princípios que são, a liberdade de expressão e a liberdade de informação jornalística não são absolutas, devendo se harmonizar com o todo constitucional.

Assim, a norma do art. 220 da CF/1988, ao determinar que as restrições deverão atender ao "disposto nesta Constituição", ou ainda em seu § 1.º, que subordina a liberdade de informação à observância do "disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV", deixa claro o desejo do constituinte em possibilitar limitações à referida liberdade, para salvaguardar outros interesses de mesma relevância.

Em tais casos, é possível a responsabilização do órgão ou indivíduo que fez circular informação que afrontou direito fundamental do acusado. Por opção política, ainda que possam ocorrer abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, a Constituição assumiu o risco de não impedir previamente a circulação dessas informações.

Logo, a solução adotada pode acarretar, quando aplicada sem a devida ponderação, situações de injustiça incompatíveis com o princípio da dignidade

16. GREGO, Albino apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 217.

humana, princípio este que deve ser o norte de toda manifestação judicial, vez que é para o homem e em função do homem que a sociedade se organiza e evolui.

3.2 Publicidade

A manifestação pública do processo é condição de legalidade dos atos judiciais. É somente através da publicidade dos atos que se tem uma justiça legítima, transparente e suscetível de controle popular, virtudes indissociáveis em uma sociedade democrática.

Ademais, a publicidade apresenta-se como garantia do indivíduo frente ao cometimento de possíveis abusos por parte do Estado, ao limitar as formas opressivas dos órgãos julgadores na medida em que permite um controle externo e social sobre suas ações.

Tal princípio encontra amparo no art. 5.º, LX, da CF/1988, ao declarar que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem".

Dessa forma, a publicidade deve ser entendida como garantia do acusado, garantia essa limitada, conforme expressamente tratado no texto constitucional, na "defesa da intimidade" daquele que não pode estar sujeito à exploração sensacionalista de fatos levados à discussão judicial.

A Constituição em seu art. 93, IX, possibilita que referido princípio seja limitado por lei se o interesse público assim o exigir. Também o art. 5.º, LX, da CF/1988 autoriza a limitação em face do interesse social.

Interesse público é o interesse de uma coletividade vista em seu todo. Nas palavras de Mílton Sanseverino, "o interesse público é o pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado. É o interesse de preservação permanente dos valores transcendentais dessa mesma sociedade. Não é assim o interesse de um ou de alguns; de um grupo ou de uma parcela da comunidade: nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato".[17]

É verdade que existe um interesse social saudável pelo conhecimento dos atos processuais criminais. Contudo, não é presunção absoluta que a divulgação de todo e qualquer ato do Estado na persecução criminal esteja embasado no interesse público, cabendo à lei a determinação de sua existência.

---

17. SANSEVERINO, Mílton. Interesse público: atuação do Ministério Público no processo civil. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 45, s. l, p. 388.

Se, como visto, a Constituição permite limitação à publicidade dos atos processuais nos casos de eminente interesse público ou social, a legislação processual penal, recepcionada constitucionalmente, não é específica quanto a essas limitações.

O art. 20 do CPP possibilita à autoridade policial assegurar o sigilo do inquérito exigido pelo interesse da sociedade. Já o art. 792, § 1.º, do mesmo diploma legal, estabelece que "se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes".

Como visto, o interesse público para o legislador infraconstitucional é conceito aberto exigindo uma complementação e interpretação, por parte do aplicador do Direito. Assim, é possível se afirmar que, mesmo nos casos em que a lei não previu a possibilidade de sigilo, pode ser determinado o segredo em atenção à efetivação do interesse público na Justiça.

Não são raros os casos em que a publicidade dada ao fato criminoso é prejudicial às partes e ao bom funcionamento da Justiça, haja vista que a atenção ao interesse público não pode ser confundida com curiosidade pública.

No intuito de evitar abusos por parte da mídia, o princípio da publicidade dos atos processuais pode encontrar limitações ou exceções à sua aplicação plena. Essa é a atuação correta nos casos em que os meios de comunicação de massa divulgam informações nem sempre condizentes com a realidade dos fatos contidos nos autos processuais, casos em que a divulgação da informação ou diligência representa risco à defesa da intimidade, imagem, honra e da vida privada das partes e que, nos casos dos crimes dolosos contra a vida, pode influenciar diretamente no resultado do julgamento, significando uma sentença condenatória muito mais determinada pelas informações veiculadas pela imprensa do que pela análise dos autos.

3.3 Devido processo legal

Conquista do humanismo britânico, o direito ao devido processo legal vem consagrado na Constituição Federal no art. 5.º, LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, asseverava que "ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados por lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos (...)".

Já na Declaração das Nações Unidas de 1948 encontra-se a regra do devido processo legal, em seu art. IX: "Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado".

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova Iorque, em 19.12.1966, promulgado pelo Governo brasileiro através do Dec. 592/1992, estabelece em suas cláusulas alguns preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal, tal como a garantia de que "toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;" (art. 2.º, 3, *b*) ou, ainda, de que "qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)" (art. 9.º, 3).

De forma semelhante, o tema é tratado na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como "Pacto de São José da Costa Rica", de 22.11.1969, promulgada entre nós pelo Dec. 678/1992.

Nesses documentos, encontra-se, dentre outros, o direito a não autoincriminação, à presunção de inocência, a um julgamento por juiz competente, à ampla defesa, ao contraditório, expressões do que se pode nomear como sendo a essência do "devido processo legal".

Assim, nas palavras do professor Eugênio Pacelli: "Chegou-se então a um perfil do processo, e particularmente o penal, como um instrumento de garantia individual contra eventuais e sempre possíveis abusos da força estatal, instituindo-se, como entre nós, os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definitiva, como base estrutural de um modelo democraticamente garantista".[18]

Garantia à efetiva realização do devido processo legal, o princípio do juiz natural encontra consagração no art. 5.º, LIII e XXXVII, da CF/1988, ao esta-

18. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

belecerem, respectivamente, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e que "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Existe, assim, um duplo conteúdo substancial na determinação do significado do referido princípio: além de proibir o juízo ou tribunal de exceção, assegura que ninguém seja processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Aqui, importa a análise do segundo conteúdo substancial associado ao princípio do juiz natural.

Para tanto, requer o referido princípio que o juiz seja pré-constituído pela lei e não escolhido pelas partes, e que sua competência seja inderrogável e indisponível.

Logo, não é possível se admitir que a mídia, um dos fortes fatores de construção da opinião pública, possa atuar como juiz, condenando ou absolvendo, sem qualquer respeito ao processo legal e do direito à defesa dos acusados de crimes contra a vida nos horários nobres da televisão brasileira ou nos noticiários matinais.

É no Tribunal do Júri e não na sala de jantar que a formação do entendimento acerca da culpabilidade ou não do acusado deve se dar. E essa formação tem de ter por base as provas produzidas dentro de um processo penal democrático e respeitoso da dignidade humana do acusado, sob pena de se ferir ainda o princípio do estado de inocência.

3.4 Estado de inocência

Previsto no art. 5.°, LVII, da CF/1988, o estado de inocência, ou presunção de não culpabilidade, representou, ao tempo de sua introdução nos ordenamentos jurídicos, um enorme avanço.

Inaugurada com a Declaração Francesa, que em seu art. 9.° previa que "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...)", o estado de inocência ganhou contornos melhor definidos com a Declaração Universal dos Direitos do Homem ao prever que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito a ser presumida inocente até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (art. XI).

Também o art. 8.°, § 2.°, do Pacto de São José da Costa Rica e o art. 14, § 2.°, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 trazem, expressamente, a presunção de inocência como princípio positivado.

A presunção de inocência foi assim proclamada por Beccaria: "Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz (...) se o delito é certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pelas leis (...) se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo as leis, um homem cujos delitos não estejam provados".[19]

Essencialmente, o princípio da presunção de inocência guarda característica dúplice, vez que, por um lado, diz respeito à prova no processo, cabendo à parte acusatória o ônus da prova da culpabilidade do acusado, o que significa dizer que o acusado está desobrigado de provar sua inocência.

Por outro lado, exige um procedimento legal de demonstração da culpa, informado pelo contraditório, apto a fornecer elementos idôneos para a aferição da culpabilidade.

No que tange ao plano da eficácia, por sua vez, o princípio é entendido como regra de tratamento do investigado ou acusado. Refere-se à condição de inocente da pessoa submetida ao inquérito policial ou ao processo, que não pode ser tratada de forma a se antecipar um juízo de culpabilidade.

Diante disso, é de se esperar que a imprensa atenda ao dever de respeito à pessoa do acusado e até mesmo certa reserva na divulgação de fatos e imagens que possam levar à presunção de culpa. Contudo, não é esse o cenário que normalmente se vê quando a mídia veicula informações acerca de acontecimentos criminosos.

No espetáculo midiático, as dúvidas acerca do delito, circunstâncias e autoria são transformadas em certezas. O possível autor do fato criminoso é tratado como culpado e julgado pela opinião pública que cuida de impor ao indivíduo a pena da estigmatização.

A forma como divulga os fatos tidos como criminosos cria na população a indistinção entre suspeito e condenado. Forma-se no inconsciente coletivo a ideia de que o acusado é culpado do crime a ele imputado. A imprensa condena antes que o acusado tenha direito à defesa. Vê-se, assim, que a presunção de inocência é, possivelmente, o princípio mais violado pela mídia.

Esta deve zelar pelo conteúdo e forma das informações prestadas, sendo-lhe vedada a divulgação de qualquer excesso capaz de gerar na opinião pública a ideia de culpa sem que se tenha ainda uma decisão judicial passada em julgado neste sentido. Ademais, no caso de arquivamento ou absolvição, a mídia, que explorou tanto o fato torna-se responsável por divulgar o despacho de arquivamento do inquérito ou a sentença absolutória.

---

19. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 61.

Como visto, todos esses princípios restam, em menor ou maior grau, violados quando a mídia, em nome da liberdade de expressão, divulga informações referentes às ações pretensamente criminosas sem se ater a verdade dos fatos.

4. O TRIBUNAL DO JÚRI

"Quase cinquenta anos faz, discutindo-se em Veneza um processo por homicídio, sobre o qual convergia a mórbida curiosidade de todos, na sessão do Tribunal do Júri incrivelmente lotado, quando se levantou para ser interrogada, emergindo das grades em sua estupenda figura, Maria Nicolaevna Tamovskij, qualquer centena de senhores, que apinhavam os locais reservados, num salto puseram-se de pé e assentaram sobre ela monóculos e binóculos, Ângelo Fuzinato, presidente insigne, exclamou com contida indignação: 'Amanhã este espetáculo incrível não se repetirá mais'."[20]

4.1 Histórico e competência

A origem do instituto do Júri no mundo é controversa. Alguns pesquisadores defendem que suas origens advêm dos heliastas gregos ou nas *questiones perpetuae* romanas; outros entendem que tribunais semelhantes ao do Júri, na forma que existe hoje, existiram entre os noruegueses (*Langrettomen*), os suecos (*Nambd*) e os dinamarqueses (*Noevinger*). Ainda há os que advogam no sentido de que a origem do Júri é inglesa, apesar de admitida certa influência do direito normando.[21]

Com a Revolução Francesa, o instituto do Júri alastrou-se por toda a Europa sendo adotado pela quase totalidade dos países europeus, à exceção da Holanda e Dinamarca. Já no Brasil, sua origem data do Império.

Criado pela Lei de 18.06.1822, visava exatamente o julgamento de abuso de liberdade de imprensa. Criou-se, assim, um processo diferenciado no qual juízes de fato eram responsáveis pelo pronunciamento acerca das questões aludidas no processo e cabia ao juiz togado, como presidente do Júri, a simples aplicação da lei.

Segundo observação feita por João Mendes de Almeida Júnior, Dom Pedro de Alcântara, então Príncipe Regente, quando da edição da supracitada lei declarava que: "Procurando ligar a bondade, a justiça e a salvação pú-

20. CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 22.

21. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri, crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 179.

blica sem ofender à liberdade bem entendida da imprensa, que desejo sustentar e conservar, a que tanto bem tem feito à causa sagrada da liberdade brasileira".[22]

Já Firmino Whitaker afirma que "foi a Lei de 18 de junho de 1822 que, em nosso país, criou o Júri, somente para os delitos de liberdade de imprensa, restrição mantida pelo Decreto de 22.11.1823. A Carta Constitucional do Império veio consagrá-lo como um dos ramos do Poder Judiciário, dando-lhe atribuições para, em matéria de fato, decidir tudo quanto no cível quanto no crime fosse discutido".[23]

A Constituição de 1824 determinava, em seu art. 151, que "O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem". Continuava estabelecendo, art. 152, que "os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei".

Em 20.09.1830, nasce a Lei que disciplina o processo por abuso de liberdade de imprensa, normatizando a eleição dos jurados e promotores do júri. Determinou, ainda, que em cada cidade haveria um conselho de jurados e que os promotores deveriam ser bacharéis em direito ou advogados de profissão.

Com o nascimento do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, em 29.11.1832, o legislador previu todos os atos a ser observados no julgamento pelo Júri. Essa legislação teve grande influência no vigente Código de Processo Penal, bem como nas outras legislações que o antecederam e que trataram do mesmo tema.

Em 1890, o Dec. 848, de 11 de outubro, organizou a Justiça Federal e previu a criação do Júri federal, com competência para julgar "os crimes sujeitos á jurisdicção federal" (art. 40 do referido decreto).

Também na Constituição de 24.02.1891, a instituição do Júri foi prevista. Contudo, contentava-se em declarar que "é mantida a instituição do Júri" (art. 72, § 31). Já no art. 72 da Carta de 1934 encontra-se a manutenção do Júri "com a organização e as atribuições que lhe der a lei".

A atividade da imprensa, no tocante à sua liberdade, foi regulamentada pelo Dec. 24.776, em 14.07.1934. Manteve-se o Júri para o julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa:

---

22. Apud ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. vol. 1, p. 150.

23. WHITAKER, Firmino. *Júri*. 2. ed. São Paulo: Duprat, 1910. p. 5.

"Art. 53. O julgamento compete a um tribunal especial, composto do juiz de Direito que houver dirigido a instrução do processo, como seu presidente, com votos, e de quatro cidadãos, sorteados dentre os alistados como jurados."

A Constituição de 1937 silenciou-se quanto ao Júri, fazendo muitos doutrinadores da época entenderem que o instituto fora excluído do ordenamento jurídico nacional. Contudo, outros defendiam que, apesar do silêncio constitucional, a instituição estaria mantida e avançavam em declarar os benefícios daquele que era visto como um "desfecho evolutivo feliz". Era o que pensava Magarino Torres:

"(...) como órgão da justiça repressiva, é sobretudo uma criação processual e, além daquilo, um instituto educativo, próprio a divulgar, pela publicidade e participação de leigos, as proibições e as causas a corrigir, da criminalidade".[24]

A polêmica sobre o desaparecimento ou não do Tribunal do Júri foi solucionada em 05.01.1938, com o Dec.-lei 167, que regulamentou o procedimento do mesmo. Sobre isso, o então Min. Francisco Campos declarou, nas Disposições Transitórias e Finais, que "continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição".

Até este momento na história brasileira, o Júri era competente apenas para o julgamento dos crimes de imprensa. Foi essa a competência original do instituto, modificada, porém, pela Carta de 1946.

Esta inovou atribuindo ao Júri a competência de julgamento nos crimes dolosos contra a vida, o que vem sendo mantido até os dias de hoje. Derrogou-se, portanto, sua competência para julgar crimes de imprensa. Era esse o preceito constitucional:

"Art. 141

(...)

§ 28. É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

A partir daí e até os dias atuais, a competência do Júri não mais se alterou, e em todas as Constituições subsequentes, a garantia foi expressamente mantida.

---

24. TORRES, Magarino. *Processo penal do júri no Brasil*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1939. p. 18.

Dispunha assim a Constituição de 1967:

"Art. 150

(...)

§ 18 – São mantidas a instituição e a soberania do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida;" (a EC 01/1969, não alterou o texto no particular).

A Carta atual manteve a instituição com competência para julgamento nos crimes dolosos contra a vida – jurisdição *ratione materiae* – arts. 121 a 124 do CP:

"Art. 5.º

(...)

XXXVIII – É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

Inexiste hoje, a competência do Júri para julgamento dos crimes de liberdade de imprensa, ficando essa a cargo de juiz singular, à luz do disposto nos arts. 42 e ss. da Lei 5.250, de 09.02.1967, que regula a liberdade de manifestação, do pensamento e da informação.

Nos julgamentos pelo Júri vigora a regra da íntima convicção dos jurados, que os desobriga de motivar a decisão. Além da íntima convicção, ao Júri é reconhecida a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, conforme disciplinado na Constituição vigente.

O direito à ampla defesa é princípio processual penal constitucionalmente consagrado, e uma de suas expressões é o preceito da plenitude de defesa de que trata a Constituição ao se referir ao Tribunal do Júri.

A plenitude de defesa é conceituada como sendo a possibilidade de o acusado se opor ao que contra ele se afirma. Dessa maneira não há que se admitir que a acusação se beneficie das notícias veiculadas pelos meios de comunicação em massa, vez que ao acusado não será dada a mesma oportunidade.

É grande o risco de um veredicto sustentado na opinião pública formada e amplamente difundida pela mídia. O jurado é, antes, um cidadão que está inserido na sociedade e sofre a influência dos meios de comunicação. Em consequência, o clima de prejulgamento pode levá-lo a tomar sua decisão com base em elementos distintos da verdade processual.

O juiz leigo irá decidir por íntima convicção, não lhe sendo exigida a fundamentação de seu veredicto. Desta forma, os jurados não se obrigam às provas do processo, podendo agir de acordo com sua liberdade de consciência. Contudo, essa liberdade não exime o conselho de sentença de decidir com isenção e imparcialidade, devendo ser sensatos ao julgar.

A Constituição Federal preceitua ainda que ao Júri é garantido o sigilo das votações. O sigilo compreende incomunicabilidade entre os jurados, que não podem emitir opinião sobre o processo.

O sigilo das votações é condição à livre manifestação de pensamento dos jurados, que devem, conscientes da responsabilidade de seus papéis, emitir sua opinião e proferir o veredicto imunes às interferências externas.

Neste sentido, a lei atribui ao Juiz-presidente a responsabilidade pelo bom andamento do julgamento a fim de coibir qualquer interferência no momento das votações. Assim, só há exigência de sigilo durante o julgamento, não havendo menção às interferências que possam ocorrer antes de iniciada a sessão.

O objetivo da incomunicabilidade (assegurar a independência dos jurados) já resta maculado, vez que sofre interferência anterior à existência formal do ato que se verifica com o compromisso prestado pelos jurados em sessão. Os jurados já foram influenciados pelos debates midiáticos, quando já não formaram sua opinião. Dessa forma, a incomunicabilidade não resguarda sua imparcialidade.

Ainda para resguardar a imparcialidade, o Código de Processo Penal em seu art. 427, prevê o desaforamento, transferindo o julgamento para outra comarca, onde não haja motivos para dúvida acerca da garantia de uma decisão justa pelos jurados.

Entretanto, entendem a doutrina e a jurisprudência que a simples divulgação do caso pela mídia não é indício de imparcialidade dos jurados, sendo insuficiente para motivar o desaforamento. Ainda que diferente fosse, ou seja, que nossos Tribunais entendessem como plausível o desaforamento em razão da ampla divulgação do fato típico pela imprensa, o deslocamento do julgamento de uma comarca para outra não atingiria o objetivo de assegurar a imparcialidade dos jurados, haja vista que não existe entre nós localidade onde a mídia não exerça influência. Logo, o desaforamento é insuficiente para cuidar do problema.

O sigilo das votações está intimamente ligado à soberania dos veredictos. A decisão da causa é exclusivamente dos jurados, sendo que, em regra, o que ficar decidido por eles não pode ser modificado. Assim, a decisão tomada pelo Júri tem um caráter de imodificabilidade. Entretanto, o princípio aludido não

pode ser tratado com absolutismo tal que não permita que, em casos específicos, como, por exemplo, decisão manifestamente contrária a prova dos autos, não possa ser realizado novo julgamento.

Sugere ainda a doutrina, como forma de se combater o problema, a suspensão do processo enquanto durar a divulgação do caso pela mídia. Assim entende Geraldo Luiz Mascarenhas Prado: "A parte que se sinta prejudicada por excessiva exposição pública dos fatos do processo, a ponto de razoavelmente supor que os membros da comunidade (...) estão sujeitos à influência externa, pode reclamar a suspensão do curso do procedimento, durante determinado período".[25]

No entanto, tal medida serve apenas para amenizar o problema. Se levar um réu a julgamento no auge da exposição pública e contrária é deixá-lo diante de um verdadeiro linchamento público, a experiência mostra também que a imprensa tem por hábito reacender o caso perante a opinião pública sempre que há novo julgamento.

Como visto, as notícias veiculadas pela imprensa podem formar o convencimento daquele que, como telespectador, será mais tarde membro do conselho de sentença. Isso porque o jurado é permeável à opinião pública, sendo que a impressão trazida pela mídia acerca do fato e seu autor produz mais efeito do que as provas produzidas e levadas pelas partes à sessão plenária.

Ocorre, assim, um deslocamento do juízo, em plenário, para a sala de jantar do sujeito que, entre um intervalo e outro, vê, diante de seus olhos e dentro de seu lar, afirmações categóricas acerca da existência do crime, sua autoria, perversidade e necessidade de imposição de penas.

Logo, a incomunicabilidade dos jurados e o sigilo das votações, bem como o desaforamento e a suspensão temporária do processo são insuficientes para impedir a influência dos meios de comunicação sobre o conselho de sentença. Diante da ausência de obrigatoriedade de fundamentação da decisão, resta quase impossível a demonstração, no caso concreto, que a publicidade dada ao caso violou a imparcialidade do Júri.

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

"(...) o alegado direito de saber do público não é, propriamente falando, um direito. O argumento a favor da livre circulação de informação é um argumen-

25. PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Opinião pública e processo penal. *Boletim Legislativo Adcoas*, ano 28, n. 30, p. 853.

to de política: de que a comunidade será beneficiada de várias maneiras se for bem informada. Se isso é correto, então o conflito entre um julgamento justo e a liberdade da imprensa não é, nesse caso, um conflito de princípio, mas antes uma disputa entre um princípio e a política. Ambos são importantes, mas, exceto em circunstâncias extraordinárias, a disputa deve ser resolvida a favor do princípio, isto é, a favor de um julgamento justo para o acusado."[26]

O ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, escalonado em conformidade com os diversos valores naquelas normas impressos. Cada norma ocupa uma posição intersistemática, formando um todo harmônico.

Segundo Hans Kelsen, "uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa".[27]

Para Norberto Bobbio, os princípios são normas fundamentais, generalíssimas do sistema, que, apesar de mais gerais, não deixam de ser normas jurídicas. A essa conclusão ele chega por meio de dois argumentos: (a) "se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles; (...) (b) a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso".[28]

Assim, os princípios são normas, o que poderia levar a crer que existe também entre os princípios constitucionais uma hierarquia. Tal afirmação só se sustenta se considerados critérios axiológicos, valorativos na construção desse escalonamento principiológico, já que, do ponto de vista jurídico, não há sustentabilidade.

Juridicamente, todas as normas constitucionais têm igual dignidade. Não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquicamente superiores ou inferiores. Contudo, apesar de inexistir hierarquia constitucional, há entre elas uma tensão permanente, motivo pelo qual o presente trabalho se justifica.

Bobbio apresenta três critérios clássicos de resolução de antinomias entre as normas: (a) o critério cronológico, (b) o critério hierárquico e (c) o critério da

26. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

27. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 248.

28. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 158-159.

especialidade. A aplicação destes critérios é na forma do tudo ou nada, resultando no afastamento total de uma das normas conflitantes.

Entretanto, tais critérios não se mostram aptos a solucionar a questão dos conflitos de princípios constitucionais, haja vista que o referido conflito não é uma antinomia do sistema, sendo impossível a inaplicação de um dos princípios conflitantes.

O Prof. Ronald Dworkin aponta dois critérios aptos a diferenciar princípios de normas, sendo um deles de ordem lógica e o outro de ordem axiológica.

Segundo o critério de ordem lógica, as regras são aplicadas de maneira disjuntiva. Dessa forma, ocorrendo a hipótese de incidência da norma, a consequência jurídica necessariamente deverá se dar. Já aos princípios, não se aplica a mesma lógica. Isso porque nenhum princípio é automaticamente aplicado e sua aplicação sempre comporta exceções.

Por sua vez, conforme o critério axiológico, princípios são normas que possuem uma "dimensão de peso ou importância" valorativa. Assim, havendo conflito entre princípios, o intérprete deverá considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, segundo o caso concreto, aquele que deve prevalecer, afastando, por consequência, todos os demais.

O mesmo não ocorre com as regras, que não possuem natureza valorativa. Se os princípios são aplicados segundo uma "dimensão de peso", as regras são aplicadas segundo uma "dimensão do tudo ou nada". Logo, havendo conflito entre normas, uma delas será afastada do ordenamento jurídico, será considerada inválida, porque as regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicadas. Nesses casos, os critérios para solução de antinomias são de ordem técnica, apresentados por Bobbio e aqui já discutidos.

Ainda segundo Dworkin, havendo conflito de princípios, não existe discricionariedade do operador do Direito, vez que essa determinação é resultado natural da ponderação, segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade, dos diversos valores jurídicos envolvidos, havendo apenas uma única resposta correta para o caso concreto.

Já segundo o ensinamento de Canotilho:

"(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimiza-

ção, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou '*standards*' que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea das regras contraditórias; (4) Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas, devem ser alteradas)."[29]

Fato é que, no estágio atual de compreensão, os princípios constitucionais são normas, dotados de imperatividade e concebidos como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Os princípios conferem harmonia ao sistema, constituindo-se como síntese dos mais importantes valores constitucionais, pois que são orientadores na interpretação das demais normas.

O princípio da razoabilidade decorre da criatividade da jurisprudência constitucional norte-americana, semelhante ao princípio da proporcionalidade, que decorre de construção alemã, e mostra-se como instrumento controlador do Poder Público na medida em que impõe elementos de ordem subjetiva e objetiva, para aferir legitimidade aos atos estatais. Assim, leciona Luís Roberto Barroso que o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração por meio do qual se pode aferir a presença da justiça.

A razoabilidade é expressão do moderno direito constitucional, irradiando-se por todo o ordenamento e funcionando como medida de legitimidade, traduzindo a ideia de equilíbrio entre valores e bens, ou seja, entre o meio escolhido e o fim desejado e viabilizando o controle do excesso.

Não existe na Constituição brasileira dispositivo específico do princípio da razoabilidade. O assento constitucional da razoabilidade no ordenamento pátrio decorre da conjugação de outros princípios, mormente o princípio da igualdade e do devido processo legal, possuindo conexão estreita com a legitimidade do Poder Público.

Com efeito, a razoabilidade é condição de efetivação dos direitos fundamentais no sentido de que o núcleo ou conteúdo essencial de um direito fun-

29. Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 66.

damental somente pode ser extraído a partir da análise concreta da situação de restrição ilegal do direito em análise, principalmente nas hipóteses de colisão entre estes direitos.

O fenômeno da colisão entre direitos fundamentais assemelha-se ao conflito entre princípios, eis que o conteúdo de um direito fundamental é abrangente e abstrato, informativo de toda a atuação do poder público, sendo possível capturá-lo apenas diante da situação subjetiva materializada.

Se por um lado a colisão entre regras é solucionada no plano de validade da norma, por outro lado a colisão de princípios está localizada em plano axiológico, não podendo haver preponderância de um sobre o outro, mas sim a ponderação dos interesses jurídicos em conflito no intuito de harmonizá-los para então alcançar solução, sendo garantida a menor constrição possível.

Em tese, os princípios fundamentais são ilimitados. Contudo, são duas as hipóteses em que sofrem limitação legítima: no caso de elaboração, firmada em exigência constitucional, de norma restritiva desses princípios e quando um ou mais princípios colidem entre si ou com outro princípio constitucional.

Na realidade, segundo José Adércio Sampaio, os direitos fundamentais seriam superiores em relação aos demais conteúdos da Constituição, o que lhes garantiria uma certa "supraconstitucionalidade". Admitir a possibilidade de que um ou mais direitos fundamentais sejam superiores aos demais é impor uma espécie de tirania de valor.

A concepção de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional conduz à análise dos valores conflitantes na situação concreta, balanceando-os, de forma que, partindo de um juízo de razoabilidade, os princípios possam ser harmonizados, mesmo em circunstâncias em que um dos princípios deva preponderar sobre os demais, evitando, contudo, o sacrifício total de qualquer um deles.

Assim, uma vez caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, cabe ao operador do Direito analisar caso a caso e, utilizando-se da razoabilidade, ponderar os interesses, os bens jurídicos tutelados, a fim de alcançar a melhor solução. Somente por meio da ponderação de valores é possível se tomar a melhor decisão nos casos de conflito de normas.

Para que seja realizada a ponderação, é fundamental que o intérprete consiga atingir o núcleo essencial da norma. Esse é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito protegido pelo princípio.

Dessa forma, é preciso determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos de acordo com o caso concreto, para, assim, compreender qual é a colisão de princípios existente.

Cumprida essa etapa, deve-se ponderar os interesses jurídicos em conflito e extrair, tendo sempre como norte a razoabilidade, o núcleo essencial dos princípios em conflito, de forma a causar o menor sacrifício possível. Somente assim é possível se maximizar a proteção e concretização dos direitos fundamentais.

6. CONTROLE DA MÍDIA

"É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida."[30]

Criminalmente, os abusos da imprensa podem ser tipificados, por exemplo, como crime de calúnia, injúria ou difamação. Mas a questão mais importante a ser discutida é quem é o agente responsável pela conduta.

Imputar a responsabilidade apenas ao jornalista que assina a matéria é desconhecer a complexa realidade do funcionamento da imprensa, ignorando a rede de pessoas participantes do resultado lesivo, como o editor que autoriza a divulgação, o proprietário do meio em que a notícia é divulgada.

Tentando resolver esse problema, criou-se, quando da edição da Lei 5.250/1967, Lei de Imprensa, a figura da responsabilidade penal sucessiva. Tal responsabilidade estava configurada, dentre outros, em seus arts. 28 e 37.

Estabeleceu-se, assim, uma ordem de responsáveis pelos delitos de imprensa; daí a sucessividade. Diz-se que são responsáveis pelo delito de imprensa, em primeiro lugar, o autor do escrito e da transmissão incriminada (art. 37, I, da Lei 5.250/1967). Não estando presente o autor ou não tiver idoneidade para responder pelo crime, a responsabilidade criminal ao diretor ou redator-chefe do jornal ou ainda do diretor ou redator (art. 37, II, da Lei 5.250/1967), ou, na ausência destes, ao gerente ou proprietário das oficinas impressoras ou do diretor ou proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão (art. 37, III, da Lei 5.250/1967). No caso de escritos anônimos, a responsabilidade por um crime de imprensa poderá ser imputada os distribuidores ou vendedores da publicação (art. 37, IV, da Lei 5.250/1967).

A Lei da Imprensa é criticada por parte da doutrina por entender consagrada nela a figura da responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa, o que é inad-

30. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 193.

missível no direito penal. Isso porque o agente poderia ser responsável apenas por ocupar um cargo diretivo no veículo de informação, sem que houvesse culpa efetiva na produção da notícia criminosa, violando, portanto, o princípio constitucional da culpabilidade.

Em decorrência, alguns chegam a afirmar que a legislação mencionada, por ser anterior à Constituição Federal de 1988, não foi recepcionada por esta, haja vista a clara incompatibilidade com seus princípios.

Neste sentido, é válido é o exemplo do Código Penal espanhol de 1995 (arts. 28 a 30), que, apesar de também adotar a figura da responsabilidade sucessiva, exige as mesmas condições de autoria dos crimes comuns para incriminação. Assim, para que alguém responda pelo crime de imprensa, deve ter intenção de praticá-lo e conhecimento de seu potencial ofensivo.

Desta forma, se observada a ordem sucessiva do art. 37 da Lei 5.250/1967, com exigência de no mínimo culpa para a imputação penal, o instituto passa a ser "modo de restringir o círculo de imputação"[31] sem que, contudo, os abusos no uso da liberdade de imprensa deixem de ter punição no âmbito criminal.

Estabelecer os limites entre a atuação legítima da imprensa em relação ao processo penal é tarefa árdua, porém imprescindível. O próprio legislador optou por arrolar, no art. 27 da Lei 5.250/1967, aquelas ações que não seriam entendidas como abusivas do exercício da liberdade de imprensa e informação.

As matérias que se limitam a reproduzir fielmente os atos judiciais e que não incorrerem em calúnia, injúria e difamação serão lícitas. No entanto, entre o direito à narração verdadeira e de boa-fé dos fatos realizada pelo jornalista e a prática de abusos, há uma lacuna normativa em que a imprensa não encontra restrições sejam legais ou éticas. Utilizando-se dessa lacuna é que a mídia comete abusos, empregando formas que agridem os bens pessoais ou processuais do acusado.

Contudo, apesar de não contar com tutela jurídica plena, a liberdade de informação não pode ser utilizada para legitimar condutas atentatórias à dignidade humana e aos princípios processuais penais.

Tendo em vista que a Lei de Imprensa não é suficiente para coibir a atuação delituosa da mídia, a doutrina apresenta algumas alternativas para o melhor exercício do direito à livre manifestação da expressão.

No Direito brasileiro a primeira delas é a ausência total de controle para a mídia, que assumiria integralmente a responsabilidade por seus excessos,

31. RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Responsabilidade penal da Lei de Imprensa: responsabilidade penal sucessiva e o direito penal moderno*. Campinas: Apta, 2004. p. 237.

gerando então a responsabilidade de reparação dos danos. Todavia, ainda que fosse possível valorar bens personalíssimos, tais bens são insuscetíveis de reparação. Não há valor capaz de reparar o prejuízo sofrido por aquele que viu recair sobre si uma acusação criminal injusta.

Uma segunda opção é a do autocontrole da imprensa. Nesse caso, caberia à própria mídia criar mecanismos internos a fim de evitar abusos que maculem princípios constitucionais das pessoas. Os bens jurídicos tutelados seriam considerados caso a caso e ponderados pela própria imprensa, que deveria ater-se ao interesse público. Entretanto, tal alternativa não se mostra eficaz no Brasil, vez que dependeria de uma autocrítica até hoje inexistente.

Ainda incluída na alternativa do autocontrole, mas dela distinta em relação ao agente, está a ideia de educação das massas populares a uma atuação mais crítica frente à propaganda midiática. Consoante com um Estado Democrático de Direito, referida proposta possibilitaria que cada um, dentro de sua convicção e utilizando-se de sua liberdade, avaliasse e escolhesse as informações, rejeitando as defeituosas.

Uma outra alternativa é a edição de novas normas que restrinjam a divulgação de notícias e fatos criminais que estão sendo investigados. Também se mostra como alternativa a inclusão no Código de Processo Penal de norma que determine à autoridade policial, Ministério Público e Juiz a tomada de providências necessárias para preservar os bens personalíssimos do acusado.

A responsabilização não só dos profissionais da mídia, mas também daqueles que tenham o dever de não expor à imprensa os suspeitos ou acusados é outra alternativa discutida doutrinariamente. Ubaldo Giuliani chega a defender a criação de norma incriminadora que impeça a mídia de exercer pressões psicológicas sobre o Poder Judiciário, ferindo sua independência e imparcialidade.

Por fim, é sugerida a criação de assessorias de imprensa junto ao Judiciário, Ministério Público e Delegacias de Polícia com a finalidade de instruir, esclarecer e fornecer aos profissionais da mídia, em igualdade de condições, notícias acerca dos procedimentos criminais, no intuito de que, dessa forma, as informações divulgadas estejam mais próximas da realidade dos fatos.

De qualquer forma, o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, tem o dever de, quando provocado e juridicamente necessário, impor restrições e proibições à imprensa para solucionar um conflito concreto de interesses.

7. MEDIDAS JURÍDICAS POSSÍVEIS

"Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da CF, não podem ser utilizados

como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito."[32]

Pode a lei, num contexto democrático como o que hoje se apresenta no Brasil, impor limites à liberdade de imprensa? A resposta é sim. Não existe qualquer direito no ordenamento jurídico nacional absoluto. Mesmo os direitos garantidos na Constituição encontram seus limites uns nos outros, forma de se harmonizar o Direito.

"Hoje em dia, considera-se que a comunicação é um aspecto dos direitos humanos. Mas esse direito é cada vez mais concebido como o direito de se comunicar, passando-se por cima do direito de receber comunicação ou de ser informado. Acredita-se que a comunicação seja um processo bidirecional, cujos participantes – individuais ou coletivos – mantêm um diálogo democrático e equilibrado. Essa ideia do diálogo, contraposta à de monólogo, é a própria base de muitas das ideias atuais que levam ao reconhecimento de novos direitos humanos".[33]

Como bem demonstrou Celso Lafer, a proteção à liberdade de opinião e expressão destina-se precipuamente a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública.[34]

Por esse motivo, é a liberdade um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF/1988), vez que requer uma situação de pluralismo político (art. 1.º, V, da CF/1988) que pressupõe um cenário onde todos têm a possibilidade de formar ideias e exprimi-las sem impedimentos.

Dessa forma, é atual a afirmação de John Stuart Mill quando, discorrendo acerca da liberdade: "O único modo pelo qual é possível a um ser humano tentar aproximar-se de um conhecimento completo acerca de um assunto é ouvindo o que podem dizer sobre isso pessoas de grande variedade de opiniões, e estudando todos os aspectos em que podem considerar os espíritos de todas as naturezas (...). O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao

32. *RT* 709/418; STF, RHC 2.777-0/RJ, 6.ª T., rel. Pedro Acioli, Ementário 08/721 apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 62.

33. Relatório MacBride.

34. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991. p. 241.

pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha confiança".[35]

Essa afirmação é salutar quando se deseja defender um controle democrático e efetivo da mídia brasileira pelo Poder Judiciário. Controle esse, assegurado pela própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Entendida como meio essencial à promoção da liberdade, a imprensa encontra limites tanto na seara cível quanto na seara criminal. Desde o Primeiro Império, o Imperador Pedro I, após dissolver a Constituinte, exortou os legisladores à criatividade na solução dos abusos da imprensa, pronunciando a necessidade de "reprimir, por meios legais, o abuso que continua a fazer-se da liberdade de imprensa em todo o Império".

Desta forma, temos que a colisão entre os princípios da liberdade de imprensa e de outros princípios fundamentais do sujeito acaba por ser solucionada pela proibição a qualquer tipo de censura e de responsabilização ulterior do agente que abusar dessa liberdade.

Com base nos preceitos da Constituição Federal, em especial no art. 221 ao tratar dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, é possível que o prejudicado pela divulgação de informação danosa proponha ação que suscite violação específica a direitos fundamentais.

Com a ação, é possível que se requeira quatro pedidos, cumulativos ou não, quais sejam: (a) obrigação de não fazer; (b) indenização por danos morais; (c) cassação da concessão com punição administrativa; e (d) direito de resposta ou contrapropaganda.

7.1 Obrigação de não fazer

A obrigação de não fazer, no caso em análise, consiste na não exibição de conteúdo que viole o direito fundamental do acusado determinada judicialmente.

Nesse ponto, contudo, discute-se se seria possível uma ação preventiva por parte do Judiciário proibindo a exibição de determinada notícia ou se somente seria possível a sua retirada de circulação uma vez já publicizada.

Como já dito, entende-se que a proibição prévia da veiculação de determinado conteúdo se caracterizaria como censura, vedada pelo Direito pátrio, mo-

35. MILL, John Stuart. *A liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 34.

tivo pelo qual fica impossibilitada qualquer intervenção judicial neste sentido, pois foi a opção política adotada.

Assim, apenas após a veiculação de determinado conteúdo atentatório à pessoa, no caso em tela, atentatório ao acusado, e que interfira diretamente no seu direito ao devido processo legal, é que o pedido de não exibição do conteúdo será apreciado e deferido pelo Poder Judiciário.

7.2 Indenização por danos morais

A indenização por danos morais está prevista, dentre outros, no art. 5.º, X, da CF/1988:

"Art. 5.º

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

A reparação por dano moral é um direito personalíssimo entendido como sendo lesão a um direito que se encontra fora da esfera material ou patrimonial do sujeito. Leciona Yussef Said Cahali:

"Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial."[36]

Continua ainda, o referido professor, ensinando que dano moral "é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos (...)".[37]

Assim, qualquer pessoa que tenha violado um bem juridicamente tutelado, resultando na diminuição de algum desses ou de outros valores caros à vida humana, pode propor ação de indenização por danos morais.

No ordenamento jurídico pátrio, a honra e a imagem são valores e princípios, devendo, portanto, receber tutela efetiva do Direito. Essa constatação ganha relevo quando se pretende, por meio das vias judiciais, atribuir a alguém

36. CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 7.

37. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 20.

a responsabilidade de indenizar em decorrência de ato por este cometido. Dispõe o art. 927 do CC/2002:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Porém, para que essa regra se concretize, com o deferimento do pedido de indenização, é necessário que a pessoa atenda a três requisitos de mérito ao propor a ação de reparação de danos. Em outras palavras, é necessário que comprove (a) a ação ilícita praticada pelo ofensor, (b) o nexo de causalidade e (c) o dano sofrido.

No tocante ao primeiro quesito, *in verbis*, o disposto nos arts. 186 e 187 do Estatuto Civil:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

O conceito de ato ilícito do art. 186 impõe a necessidade de que a ação viole direito e, no art. 187, que haja excesso no exercício do direito. Parece-nos evidente a violação ao direito do acusado de se ver julgado por um juiz competente, respeitado o devido processo legal, quando a propagação de preconceitos desvinculadas dos autos do processo é disseminada pela mídia.

A mesma atitude também pode ser caracterizada como abuso do direito à liberdade de expressão, vez que não existem direitos absolutos, funcionando o ordenamento como um todo orgânico que encontra seus limites internamente na própria relação entre direitos, na medida em que o exercício de um pode acarretar na infração a outro, assim na própria conjugação de direitos.

Nos casos em que o julgamento é feito por Júri, essa propagação de preconcepções é capaz de impregnar o entendimento dos jurados no conselho de sentença, manipulando o julgamento a partir de critérios midiáticos e não jurídicos.

Decorre daí a relação entre a ação da mídia quando da divulgação da "notícia" e do dano moral causado ao acusado de cometimento de crime doloso contra a vida.

7.3 Cassação da concessão com sanção administrativa

A cassação da concessão, cumulada com sanção administrativa decorrente do descumprimento dos preceitos constitucionais e legais dispostos, dentre

outros, no Código Brasileiro de Telecomunicações e no regulamento dos serviços de radiodifusão, está prevista na Lei 4.117/1962:

"Art. 58. Nos crimes de violação da telecomunicação, a que se referem esta Lei e o artigo 151 do Código Penal, caberão, ainda as seguintes penas:

I – Para as concessionárias ou permissionárias as previstas no artigos 62 e 63, se culpados por ação ou omissão e independentemente da ação criminal.

II – Para as pessoas físicas:

a) 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção ou perda de cargo ou emprego, apurada a responsabilidade em processo regular, iniciado com o afastamento imediato do acusado até decisão final;

b) para autoridade responsável por violação da telecomunicação, as penas previstas na legislação em vigor serão aplicadas em dobro;

c) serão suspensos ou cassados, na proporção da gravidade da infração, os certificados dos operadores profissionais e dos amadores responsáveis pelo crime de violação da telecomunicação."

"Art. 59. As penas por infração desta lei são:

a) multa, até o valor ..... NCR$ 10.000,00;

b) suspensão, até trinta (30) dias;

c) cassação;

d) detenção;

§ 1.º Nas infrações em que, o juízo do Contel, não se justificar a aplicação de pena, o infrator será advertido, considerando-se a advertência como agravante na aplicação de penas por inobservância do mesmo ou de outro preceito desta Lei.

§ 2.º A pena de multa poderá ser aplicada isolada ou conjuntamente, com outras sanções especiais estatuídas nesta Lei.

§ 3.º O valor das multas será atualizado de 3 em 3 anos, de acordo com os níveis de correção monetária."

Desta forma, é possível que o sujeito pleiteie, junto ao Judiciário, a cassação da concessão com punição administrativa para o veículo de comunicação social que violar o seu direito ao devido processo legal, influindo negativamente na formação do convencimento dos jurados quando da determinação da sentença.

7.4 Direito de resposta ou contrapropaganda

Por fim, o direito de resposta ou de contrapropaganda é aquele por meio do qual o sujeito que teve seu direito fundamental lesado pode exigir que o

próprio órgão de comunicação social que o lesou disponibilize espaço para a reparação da informação em igual proporção à da divulgação da notícia.

Destarte, o direito de resposta vem sendo entendido primordialmente como uma garantia individual destinada à proteção da honra e imagem da pessoa, física ou jurídica. Entretanto, a concepção subjetivista tradicional é incompatível com a extensão da norma contida na Constituição Federal, que pretende assegurar o contraditório necessário à reparação do dano causado.

O direito de resposta é um meio específico de proteção do direito à identidade pessoal face aos meios de comunicação. A extensão dada pelo direito de resposta na Lei de Imprensa é a mais amplo possível:

"Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

§ 1.º A resposta ou retificação pode ser formulada:

a) pela própria pessoa ou seu representante legal;

b) pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta, ou se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta.

§ 2.º A resposta, ou retificação, deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de sessenta dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito.

§ 3.º Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada."

Assim, a contrapropaganda é meio de reparação posterior ao dano, que pretende reverter a imagem negativa associada ao acusado de forma a amenizar a tensão nos casos em que a mídia realiza prejulgamentos penais, que em muito influenciam os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, haja vista que para o julgamento destes crimes a competência cabe ao Tribunal do Júri.

Nesses casos, a propagação de preconcepções, é capaz de impregnar o entendimento dos jurados no conselho de sentença, manipulando o julgamento a partir de critérios midiáticos e não jurídicos, razão pela qual o direito de resposta é instrumento importante na tentativa de reparação do dano.

Contudo, para que ganhe efetividade, o direito de resposta deve se dar no mesmo espaço e com a mesma cobertura que foi veiculada a informação dano-

sa. E, mais importante, deve-se dar da forma mais célere possível e, em todos os casos, antes do julgamento do acusado, vez que, após essa data, qualquer inversão na imagem não mais teria o condão de influenciar no entendimento do conselho de sentença e, consequentemente, na determinação da condenação ou não do acusado.

8. CONCLUSÃO

"Não pode haver conflito entre princípio e regra (...) pois o verdadeiro conflito se dará entre um princípio e o(s) outro(s) concretizado(s) na regra com ele 'conflitantes'."[38]

Conclui-se que não há no ordenamento jurídico pátrio direito absoluto que se sobreponha aos demais de forma incondicionada. Os direitos constitucionalmente reconhecidos à liberdade de expressão e do devido processo legal não têm seus limites fixados de forma precisa, logo, frequentemente entram em colisão.

Assim, os critérios de valoração deverão ser cuidadosos e flexíveis, capazes de avaliar, no caso concreto, os bens colidentes de forma a não deixar espaço ao puro arbítrio do aplicador.

Para que qualquer bem seja sacrificado, é necessário que se tenha efetivamente um perigo de lesão ao bem contraposto, não sendo possível sua lesão presumida ou em abstrato. Desta forma, a limitação de um princípio deve ser proporcional à vantagem da preponderância do outro.

Logo, quando um bem individual puder sofrer prejuízo que justifique a restrição da liberdade de imprensa, este direito deve prevalecer. De outra forma, a tutela do direito de informar da mídia e de ser informado do público deverá ceder espaço.

A legitimidade da interpretação realizada frente a casos de conflitos de princípios como o da liberdade de expressão e do devido processo legal, será preservada na medida em que for formada tendo como norte a dignidade humana e como instrumento os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por esse motivo, o operador do Direito, através de uma análise pontual, caso a caso, deverá verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos, qual valor o ordenamento jurídico pretende preservar frente aos demais e com base nisso pautar sua decisão.

---

38. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 151.

No caso em análise, nos deparamos com o conflito entre a liberdade que os indivíduos e veículos de comunicação social têm de informar e noticiar, e o direito do acusado ao devido processo legal e, consequentemente, à preservação da imagem, à privacidade, direitos que, em última análise, são a efetivação, no caso, da dignidade humana.

Tal cenário é agravado pelo fato de a decisão dos jurados ser formada pela íntima convicção, não estando o conselho de sentença obrigado a motivar a sua decisão.

Acerca desse conflito, a solução constitucional adotada, qual seja, a vedação a qualquer tipo de censura, aqui entendida como regra geral, se aplicada sem a devida ponderação de valores, pode levar a situações de flagrante injustiça, incompatíveis com preceitos como a razoabilidade e a proporcionalidade e atentatórios à dignidade que se busca proteger.

Essa proibição, entretanto, não pode ser irrestrita, uma vez que não há princípio absoluto no ordenamento jurídico nacional, sendo todos e qualquer um deles, passíveis de limitação.

Desta forma, quando as regras constitucionais de vedação à censura ou responsabilização posterior do indivíduo ou órgão emissor não se mostrarem suficientes à proteção do direito do acusado ao devido processo legal, deverá o magistrado obstar o exercício da liberdade de expressão ou informação como forma de preservar o bem jurídico de maior relevo no caso concreto e, indiretamente, o princípio orientador de todo o sistema, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

9. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. vol. 1.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

IBGE. Censo Demográfico 2000 – Resultados do universo. Disponível em: [www.ibge.gov.br].

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.

LIMA, Venício Artur de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

_____. *Sete teses sobre a relação mídia e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

MILL, John Stuart. *A liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Buenos Aires: Sulamericana, 1958.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORENO, Martin T. Ruiz. *Vocabulário filosófico*. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1941.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri, crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVAES, Adauto (org.). *Rede imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Opinião pública e processo penal. *Boletim Legislativo Adcoas*. ano 28. n. 30. Rio de Janeiro: Adcoas, out. 1994.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Responsabilidade penal da Lei de Imprensa: responsabilidade penal sucessiva e o direito penal moderno*. Campinas: Apta, 2004.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leire. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANSEVERINO, Mílton. Interesse público: atuação do Ministério Público no processo civil. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 45.

SAPERAS, Enric. *Os efeitos cognitivos da comunicação de massas*. Lisboa: Asa, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. *Boletim Científico*. ano I. n. 5. p. 107-120. Brasília: ESMPU, out.-dez. 2002.

TAHARA, Mizuho. *Mídia*. São Paulo: Global, 1998.

TRAQUINA, Nelson. *O estudo do jornalismo no século XX*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

TORRES, Magarino. *Processo penal do júri no Brasil*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1939.

VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

WEBER, Max. Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. n. 55-56. p. 185-194. São Paulo, 2002. Disponível em: [www.cedec.org.br/luanova.asp?idControl=MHtSGwMZEDo8E5kBfAjoSEBuQMeD7eanrI9alxr0jF3qj7ITTR&rln=current&page=rln&subpage=int&cod=178].

WHITAKER, Firmino. *Júri*. 2. ed. São Paulo: Duprat, 1910.

WOLF, Mauro. *Teorias das comunicações de massa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A publicidade opressiva dos julgamentos criminais, de Simone Schreiber – *RBCCrim* 86/336;
- Discurso midiático penal e exasperação repressiva, de Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira – *RBCCrim* 94/363; e
- Mídia e júri: possibilidade de restrição da publicidade do processo, de Luís Fernando Camargo de Barros Vidal – *RBCCrim* 41/113.

57719

Habeas corpus e política penitenciária

2

As relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo na falta de vagas no regime semiaberto

Renata Gomes da Silva

Graduada e Mestranda em Direito pela USP. Especialista em Políticas Públicas no Estado de São Paulo.

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho aborda alguns aspectos das demandas judiciais ligadas ao controle de políticas públicas, especialmente, por meio do estudo dos *habeas corpus* gerados no TJSP por falta de vagas no regime semiaberto. Dessa forma, serão abordadas questões sobre ações coletivas e individuais nas políticas públicas, a relação entre súmula vinculante e políticas públicas, a situação da política penitenciária no Estado de São Paulo e o impacto dela no ajuizamento de *habeas corpus*, além de relacionar alguns argumentos das decisões analisadas.

Palavras-chave: Políticas públicas - Regime semiaberto - *Habeas corpus* - Poder Judiciário - Poder Executivo.

Abstract: This paper deals with some aspects of the judicial lawsuits linked to the control of public policy, especially through the study of the *habeas corpus* generated in the Court of Justice of São Paulo due to the absence of vacancies in the minimum security facilities. Thus, the issues addressed deal with collective and individual actions on public policy, the relationship between binding precedent and public policies, the status of the penitentiary policy in the State of São Paulo and its impact in filing of *habeas corpus*, in addition to some arguments of the reviewed decisions.

Keywords: Public policy - Minimum security facilities - *Habeas corpus* - Judiciary Power - Executive Power.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Políticas públicas: política penitenciária - 3. *Habeas corpus* no TJSP gerados por falta de vagas no regime semiaberto - 4. Ações individuais: *habeas corpus* - 5. Ações coletivas - 6. Acesso à Justiça - 7. Falta de vagas no sistema prisional - 8. Eficiência do Judiciário - 9. Argumentação utilizada nos *habeas corpus*: 9.1 *Habeas corpus* prejudicados; 9.2 *Habeas corpus* denegados: 9.2.1 A responsabilidade pela demora é da Administração; 9.2.2 Interesse da sociedade *x* interesse individual; 9.2.3 Ordem da lista: isonomia; 9.2.4 Aspecto formal: supressão de instâncias e falta de previsão legal; 9.2.5 Ficar trancafiado é esperado pelo transgressor; 9.3 *Habeas corpus* concedidos: 9.3.1 Efetivação da decisão; 9.3.2 Constrangimento ilegal, excesso de execução e limites constitucionais da pena; 9.3.3 Falha estatal que não pode ser suportada pelo preso; 9.3.4 Falta de provas e direito do preso; 9.4 Falta de uniformidade nos julgados; 9.5 Razoabilidade; 9.6 Discricionariedade - 10. Súmula vinculante e política pública - 11. Conclusões - 12. Referências bibliográficas - Anexos.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas tem algumas questões bastante frequentes como: a inafastabilidade do controle jurisdicional, a proteção dos direitos fundamentais, a reserva do possível, a discricionariedade na Administração Pública.

Entre essas diversas questões é bastante relevante destacar os novos modos de interação entre as funções do Poder, especialmente Judicial e Executiva, nas questões relacionadas a políticas públicas, pois como afirma Osvaldo Canela Junior "com a alteração das finalidades estatais, altera-se igualmente a concepção da teoria da separação dos poderes",[1] não sendo mais possível encarar essas funções como estanques.

É essa nova complexidade das relações entre as funções que merece observação dos estudiosos do Direito, abordando as novas configurações jurídicas delas, suas intersecções e, especialmente, como isso se dá na prática dos tribunais e da Administração Pública atualmente.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: POLÍTICA PENITENCIÁRIA

As políticas públicas podem ser definidas como "um conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar

1. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2009. p. 63.

a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública".[2]

Cabe à política penitenciária um papel dentro das políticas públicas de segurança, sendo "la parte de la política criminal que se ocupa de regular el uso de la privación de libertad, tanto preventiva como con caráter de pena".[3] As políticas públicas de segurança são um conjunto maior, sendo compostas também de outras ações desempenhadas por outros atores: "Políticas públicas de segurança é expressão que engloba as diversas ações, governamentais e não governamentais, que sofrem impacto ou causam impacto no problema da criminalidade e da violência".[4]

Cabe ao Estado a formulação e a implementação dessa política pública como de diversas outras a exemplo da saúde, educação ou moradia, efetivando o direito à liberdade e permitindo a gradual reinserção do preso à sociedade. No entanto, como em outras áreas de políticas públicas, esse desempenho mostra-se ineficaz, levando a demandas judiciais em busca da efetivação dos direitos constitucional e legalmente garantidos.

Grande parte dessas demandas se relacionam diretamente com a oferta insuficiente de vagas em regime semiaberto a todos que tem esse direito, causando o ajuizamento de um grande número de *habeas corpus*, que tentam resolver a questão individualmente, e, mais recentemente, de uma ação civil pública, que buscou uma solução coletiva do problema.

3. *HABEAS CORPUS* NO TJSP GERADOS POR FALTA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO

Uma das questões relevantes nessa discussão é o impacto das ações judiciais nas políticas públicas existentes. No entanto, é possível um questionamento sobre o viés reverso, ou seja, qual é o impacto de um problema de política

2. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

3. CARRANZA, Elias. Política criminal y penitenciaria em America Latina y el Caribe. Disponível em: [www.bibliojuridica.org/libros/4/1727/6.pdf]. Acesso em: 10.05.2011.

4. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Políticas públicas de segurança e políticas de segurança pública: da teoria a prática. In: ILANUD – INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: Ilanud 2002. p. 43-62, p. 47.

pública no Judiciário? É esse o ponto de vista a ser desenvolvido nesse trabalho durante a análise dos dados obtidos na pesquisa quantitativa.

Para obtenção de uma estimativa do número de *habeas corpus* gerados por falta de vagas no semiaberto no Estado de São Paulo, foi escolhida, aleatoriamente, uma Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), 4.ª Câm. de Direito Criminal –, e, a partir dessa escolha, foram analisados todos os *habeas corpus* julgados no período de um ano – 01.01.2010 a 31.12.2010.

A análise de todos os acórdãos foi necessária por causa do precário sistema de busca e indexação de palavras-chave no *site* do TJSP. A pesquisa jurisprudencial é dificultada pela falta de critérios no uso de palavras-chave nos julgados, além das limitações técnicas do *site* que geram diversos erros nas pesquisas. O horizonte temporal foi de um ano para que fosse possível ter um panorama amplo, que não tivesse distorções causadas pela sazonalidade de algumas demandas como as saídas temporárias.

A escolha de uma Câmara aleatória é justificada pelo sorteio na distribuição dos processos, que está previsto no Regimento Interno do Tribunal.[5] Essa seção da pesquisa não se interessa pelos resultados dos julgamentos, sendo relevantes apenas os motivos que geraram as ações. Desse modo, qualquer Câmara teria um resultado parecido, não sendo relevante, nesse momento, os desfechos dos processos.

A pesquisa resultou em 3.066 *habeas corpus* julgados no período, sendo selecionados, desse resultado, aqueles que se relacionavam a falta de vagas no regime semiaberto, quando a progressão já estivesse ordenada em primeira instância. Cabe uma observação de que não foram levados em consideração os *habeas corpus* em que estava sendo discutido o pedido de progressão de regime e sim, apenas os que tiveram o pedido deferido na Vara de Execuções Penais e aguardavam a disponibilização de vagas.

Dos 3.066 *habeas corpus* julgados pela 4.ª Câm. de Direito Criminal do TJSP em 2010, 342 processos foram gerados por falta de vagas no regime semiaberto, ou seja, 11,15% dos *habeas corpus* da amostra (anexo 1). Importante observar que esse valor se manteve bastante constante ao longo do período, não havendo grandes variações durante o ano.

---

5. "Art. 164. Cada feito processado no Tribunal terá um relator, escolhido mediante sorteio, salvo previsão diversa deste Regimento."
"Art. 247. Compete às Câmaras Civis e Criminais, conforme a natureza da matéria, processar e julgar os *habeas corpus* impetrados contra atos de juízes de primeira instância, membros do Ministério Público e outras autoridades, ressalvada a competência do Órgão Especial."

Apesar de não ser o foco dessa pesquisa, diversos outros *habeas corpus* foram gerados por omissões ou ações problemáticas do Poder Executivo. Uma análise mais ampla dos *habeas corpus* julgados poderia aumentar ainda mais a responsabilidade desse na geração de ações, incluindo: a falta de assistência judiciária (2), a demora na expedição de guias de recolhimento (10), a demora na transferência de presos para hospitais psiquiátricos (6), a inadequação do local da prisão para uma grávida (1), a falta de assistência médica (1), a necessidade de transferência para estabelecimento de cumprimento de pena definitivo (1) e a localização de penitenciárias distantes da família do preso (6).

4. AÇÕES INDIVIDUAIS: *HABEAS CORPUS*

Fica bastante evidente que as ações de *habeas corpus*, apesar de serem individuais, dizem respeito a um problema comum a diversas pessoas: o Estado de São Paulo não fornece vagas no regime semiaberto em número suficiente para todos aqueles que já obtiveram o direito de progressão de regime ou que foram condenados inicialmente a esse regime.

Conforme aduz a Profa. Ada Pellegrini Grinover: "todas as espécies de ações – coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas".[6] O fato das ações serem individuais não acaba com a relação que elas têm com uma política pública problemática, apesar de fornecerem uma visão limitada da questão.

No caso em questão, é possível verificar que uma falha específica na condução da política carcerária tem um impacto grande na atividade do Poder Judiciário, respondendo por mais de 10% do volume de *habeas corpus* do TJSP.

As demandas individuais ajuizadas demonstram que a política não atende todos aqueles que a ela teriam direito, mesmo que não se trate de uma ação coletiva ajuizada para a consecução de uma obrigação de fazer, de obrigar a realização de uma política. No caso dos *habeas corpus*, em sua maioria, são pedidos de transferência imediata e, subsidiariamente, há o pedido de prisão domiciliar, diante da conhecida limitação de oferta de estabelecimentos prisionais adequados ao regime semiaberto.

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 36-57, p. 57.

5. AÇÕES COLETIVAS

Ao contrário da disponibilização de vagas em creches[7] e do deferimento do acesso a medicamentos,[8] demandas já bastante presentes na atividade jurisdicional, os estabelecimentos prisionais, apesar de suas evidentes limitações, não têm essas demandas sendo levadas coletivamente tão frequentemente ao Poder Judiciário, porque, nesses casos, parece muito mais provável uma situação de resolução de casos individuais – com o preso passando a frente de outros presos na ordem de disponibilização do regime semiaberto pela decisão judicial ou com o deferimento de prisão domiciliar – do que uma obrigação de fazer, deferindo a construção de novos estabelecimentos.

Recentemente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou uma ação civil pública[9] tratando dessa questão, requerendo o fim da prisão em

7. STF, AgRg no RE 410.715/SP, 2.ª T., j. 22.11.2005, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 03.02.2006. Ementa: "Recurso extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (art. 208, IV, da CF/1988) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (art. 211, § 2.º, da CF/1988) – Recurso improvido".

8. TJSP, ApCiv 990.10.169584-7, 9.ª Câm. de Direito Público, j. 06.10.2010. "Ação civil pública – Pessoa hipossuficiente que faz jus à obtenção gratuita de medicamento, conforme prescrição médica – Dever constitucional do Poder Público, com responsabilidade solidária de União, Estados Federados e Municípios – Legitimidade passiva, tanto da Fazenda Municipal, como da Fazenda Estadual – Mandamento constitucional que se sobrepõe às normas inferiores – Decisão *a quo*, que determinou o fornecimento do remédio, mantida – Negado provimento aos recursos voluntários das rés e ao reexame necessário, com observação".

9. TJSP, Ap 0375182-07.2009.8.26.0000, 2.ª Câm. de Direito Público, j. 03.05.2011. "Ação civil pública – Pedido de transferência de presos que cumprem pena em regime fechado, quando já poderiam estar em regime semiaberto – Matéria que é da competência do juízo da execução penal – Pleito de transferência imediata de presos em regime menos gravoso que o devido. Necessidade de análise de cada caso concreto. Incompetência absoluta em razão da matéria. Pedido não conhecido. Ação civil pública – Pedido de indenização por danos morais em favor presos que ficaram em regime mais gravoso que o devido – Direito personalíssimo, individual homogêneo – Legitimidade da Defensoria Pública para defender esses direitos possibilidade de análise desses direitos em ação civil pública necessidade de fixação de parâmetros e critérios de adequação de cada caso na situação jurídica pretendida – Necessidade de critérios para fixação do *quantum* indenizatório – Critérios ausentes na petição inicial – Impossibilidade de a parte contrária se defender amplamente diante da ausência de

regime mais gravoso, a imediata remoção dos presos que estão nessa situação sob pena de multa diária e, ainda, que fosse concedida indenização por dano moral por cada dia em regime inadequado.

No entanto, ao contrário da discussão mais atual sobre políticas públicas que vê na utilização das ações coletivas a melhor maneira para evitar algumas inadequações da provisão judicial individualizada, o TJSP entendeu que a discussão deveria ser feita em sede de *habeas corpus* por cada preso em situação irregular. Nessa decisão, a 2.ª Câm. de Direito Público do TJSP admite que a análise deva ser feita pelo juízo criminal e considera que mesmo após o deferimento do regime semiaberto, o preso deve ficar no regime fechado, subordinando o direito desse indivíduo, já reconhecido judicialmente, à segurança pública: "É razoável dizer que uma pessoa presa em regime mais gravoso que o devido tenha que ser liberada ou colocada em regime ainda menos gravoso do que o previsto. Porém, isso deve ser decidido em cada caso concreto e pela justiça criminal".

Seria como exigir pela segunda vez a comprovação dos requisitos que deram origem ao direito de progressão, como se o direito já concedido precisasse de um segundo reconhecimento por parte do Estado, mesmo que a progressão não tenha sido realizada por uma falha exclusivamente estatal: "É que num caso pode ser considerado que realmente a pessoa deva ser colocada em regime menos gravoso, pois ela tem merecimento para isso. Em outro caso, pode ser decidido de forma diferente".

O teor da decisão incentiva o tratamento individualizado, por meio de *habeas corpus*, de uma questão que não é individual, ao invés de estabelecer uma decisão uniforme, que teria a possibilidade de diminuir o grande volume dessas ações no TJSP e de homogeneizar o entendimento desse tema.

6. ACESSO À JUSTIÇA

Esses cerca de 10% de *habeas corpus* não representam a totalidade dos presos que poderiam progredir, mas foram impedidos pela insuficiência de estabelecimentos, porque cabe a observação de que, se fosse possível um acesso à Justiça de modo integral, esse número poderia ser ainda maior.

---

critérios a serem utilizados critérios que são fixados para viabilizar a isonomia entre os indivíduos que estão na mesma situação fática – Caso concreto em que ausentes esses critérios – Indeferimento do pedido mantido, mas com novos argumentos. Recurso não provido".

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem realizando mutirões carcerários,[10] que tem como objetivo verificar a regularidade da situação dos presos. Nesses mutirões, verifica-se o grande número de presos que tem direito a benefícios e a liberdade e são esquecidos nas prisões do país. Em diversos outros estados a situação do Estado de São Paulo se repete: presos que tiveram a progressão de regime deferida aguardam o benefício no regime fechado.

Os números mostram que, se a assistência jurídica fosse realizada de forma mais adequada e ampla, muitos presos já teriam deixado o sistema prisional. Em Minas Gerais, por exemplo, dos 11.343 processos de condenados analisados pelo CNJ foram obtidos benefícios em 2.370 casos (progressão para semiaberto e aberto, livramentos condicionais, extinções de penas e indultos), e de 4.152 presos provisórios foram obtidos 329 benefícios de liberdade provisória.[11]

Segundo dados de 2009, dos 27.956 processos analisados, foi obtida liberdade em 4.860 casos e benefícios em 7.426: "Em média, cerca de 40% dos indivíduos encarcerados se encontravam em situação irregular, que pode ser caracterizada como de abandono de lei".[12]

7. FALTA DE VAGAS NO SISTEMA PRISIONAL

A falta de vagas é questão bastante antiga e ainda não foi resolvida no Estado de São Paulo. Em 1983, Franco Montoro assumiu o governo do Estado já com problemas de superlotação: "as unidades da Coespe estavam com cerca de 2.000 presos além da capacidade do sistema, *déficit* que se concentrava, naquela ocasião, quase que integralmente na Casa de Detenção de São Paulo".[13]

Os dados da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP/SP), atualizados em 09.05.2011, revelam que a falta de vagas não é restrita ao semiaberto, sendo comum a diversos estabelecimentos prisionais no Estado. Dos 171 estabelecimentos (separando-se os anexos e excluindo-se

10. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatórios dos mutirões carcerários realizados em 14 Estados. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-mutirao-carcerario/relatorios]. Acesso em: 03.05.2011.

11. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Minas Gerais. p. 100. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/minasgerais.pdf]. Acesso em: 03.05.2011.

12. SADEK, Maria Tereza Aina. A favor do homem comum. *O Estado de S. Paulo*, 12.08.2009.

13. SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública* 1/74-75.

os hospitais), pelo menos 142 estão lotados, enquanto 28 têm vagas sobrando e apenas um estabelecimento tem o número exato de vagas e população (anexo 2). Segundo os dados da SAP/SP[14] enquanto sobram vagas em algumas penitenciárias (como a de Presidente Bernardes com 113 vagas ociosas) faltam muitas vagas em outras penitenciárias (faltam 471 vagas na penitenciária de Andradina). É claro que os motivos[15] para esse descompasso devem ser investigados, mas cabe a observação que um problema na má alocação das vagas pode estar colaborando para intensificar essa insuficiência.

Fica claro, que a falta de vagas não é restrita ao regime de semiaberto, sendo muito frequente em estabelecimento de regime fechado, que são os estabelecimentos em que os presos aguardam vagas no regime semiaberto. É uma grande contradição de tratamento no Estado, já que os presos ficam aguardando em estabelecimentos inadequados e superlotados, aumentando o problema dessa superlotação, e sendo impedidos de intensificar o processo de reintegração social com acesso ao trabalho e ao estudo. Duas questões relevantes são: se não há vagas nos estabelecimentos de regime fechado, por que os presos ainda são colocados nesses estabelecimentos, quando deveriam ficar soltos pela lógica da falta de vagas? E ainda, se há falta de vagas nos dois regimes, o que justifica a permanência deles num regime mais gravoso que o devido se ambos não têm condições de abrigá-los corretamente?

8. EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO

A Justiça Estadual no país todo foi a que teve pior desempenho no cumprimento da meta 2 do CNJ – julgar todos os processos distribuídos até 2006 – tendo atingido apenas 38,92%.[16] O TJSP atingiu 43,69% da meta, sendo o 15.º de 27 Estados.

Tem aumentado a preocupação com a demora do Judiciário em julgar as demandas e todos os prejuízos que esse retardamento causa, incluindo a insegurança jurídica e o sentimento de impunidade.

---

14. Dados retirados do *site* da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br]. Acesso em: 10. 05.2011.

15. Não há explicações no *site* sobre os motivos de haverem vagas ociosas e estabelecimentos superlotados.

16. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório final das metas nacionais do Poder Judiciário 2010: Meta 2. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/meta2_prioritarias2010.pdf]. Acesso em: 03.05.2011.

No entanto, não cabe somente ao Poder Judiciário desempenhar seu papel de maneira mais célere e adequada. Cabe ao Poder Executivo verificar quais questões geram maior número de processos e evitá-las.

No Estado de São Paulo, a SAP é cientificada dos *habeas corpus* impetrados por falta de vagas no regime semiaberto por meio de ofícios do Tribunal de Justiça questionando sobre a situação do preso. A não ser que haja indeferimento liminar ou não haja o envio dessa comunicação por qualquer motivo, a SAP sabe desses mais de 300 *habeas corpus* (e dos *habeas corpus* de outras Câmaras), sendo possível para ela tomar decisões baseada nessas informações, reconhecendo o número de processos gerados como um indicativo da necessidade de aprimoramento das políticas públicas.

Mantendo-se essa média de cerca de 10% dos *habeas corpus* sendo gerados pela falta de vagas no semiaberto, considerando-se as câmaras regulares (excluindo-se as câmaras de férias, extraordinárias, A, B, C, D e especializadas – totalizando 27 órgãos regulares) temos 45.921 *habeas corpus* julgados no ano de 2010, sendo, provavelmente, baseado na estimativa feita pelos resultados da amostra, cerca de 4.500[17] *habeas corpus* gerados por falta de vagas no semiaberto, estimando-se que a média das câmaras é constante e semelhante à média observada na 4.ª Câmara.

Há um grande prejuízo para a sociedade, já que uma limitação de uma política pública dá origem a diversas demandas, que aumentam o volume de trabalho no Judiciário. Um dos efeitos possíveis desse aumento é o prolongamento do tempo no julgamento de outras ações, como a concessão de benefícios e julgamentos definitivos, o que pode colaborar na superlotação ainda maior dos estabelecimentos prisionais.

As ações e omissões de um poder influenciam e resultam em ações e omissões do outro poder. Podemos observar que a falha de uma política pública específica gerou pelo menos 10% dos *habeas corpus* julgados no TJSP. Independente do resultado desses processos, seu grande volume demandou tempo, a atuação de diversos servidores públicos (assistentes dos desembargadores, escreventes técnicos judiciários responsáveis pela comunicação com a SAP e com a vara de execuções penais, responsáveis pela distribuição dos processos, responsáveis pelo processamento, auxiliares dos julgamentos, desembargadores etc.), diversos outros recursos (fax e telefone

17. É claro que essa proporção não deve ser exatamente uniforme, mas é provável que seja uma razoável aproximação, pois foi feita baseada em uma amostra aleatória em um sistema de distribuição de *habeas corpus* por sorteio e não por matéria.

para comunicação com a SAP e com a vara de execuções penais, papéis, tempo etc.) e custos indiretos (energia, computadores, limpeza, vigilância etc.), situação que não é exclusiva dos tribunais, sendo verificada na 1.ª instância e nos tribunais superiores.

Temos uma situação em que a falha na política pública, e sua consequente judicialização, é um dos fatores que colaboram com a demora do Judiciário, que com essa demora influencia na superlotação de estabelecimentos, afetando a política pública.

9. ARGUMENTAÇÃO UTILIZADA NOS *HABEAS CORPUS*

Foi realizada uma pesquisa qualitativa para identificar alguns dos principais argumentos utilizados pelos desembargadores ao decidirem esses *habeas corpus*. Para tanto, foram selecionados *habeas corpus* que continham como palavras-chave "semiaberto" e "vaga", considerando todos os órgãos de direito criminal durante o período de um mês: 01.08.2010 a 31.08.2010.[18]

Foram obtidos como resultados da pesquisa 243 *habeas corpus*, sendo 9 destes descartados porque não se relacionavam diretamente com a temática e 1 porque foi redistribuído, não tendo sido abordada a questão. Dos *habeas corpus* da amostra 66 foram considerados prejudicados, 53 tiveram a ordem concedida e 114 não foram concedidos (anexo 3).

9.1 Habeas corpus *prejudicados*

Os *habeas corpus* julgados prejudicados o foram em sua maioria porque os presos já haviam sido transferidos para um estabelecimento de regime semiaberto ou aberto ou haviam tido sua liberdade condicional deferida.

Esse dado não indica que a Administração transferiu o paciente rapidamente, mas que o Judiciário tem levado algum tempo para julgar os *habeas corpus*. Como no HC 990.10.266.064-8, julgado pela 1.ª Câm. de Direito Criminal, em que o paciente tinha tido sua progressão deferida em 15.04.2010, impetrado o *habeas corpus* 30 dias depois e a progressão efetivada em 01.06.2010. Mas o julgamento do *habeas corpus* aconteceu apenas no dia 30.08.2010. Em outro

18. Essa amostra pode ser pouco representativa do total de *habeas corpus* julgados, já que é limitada aos julgamentos realizados durante apenas um mês no ano de 2010. Foram obtidos julgados das seguintes Câmaras de Direito Criminal: 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª, 12.ª, 13.ª, 14.ª e 16.ª.

julgamento, realizado em 17.08.2010,[19] constatou-se que o réu havia cumprido a pena integralmente em 17.03.2010.

9.2 Habeas corpus *denegados*

9.2.1 A responsabilidade pela demora é da Administração

Naqueles *habeas corpus* não concedidos – denegados, indeferidos liminarmente e não conhecidos – o argumento mais frequente, presente em 68,42% deles é que é da Administração Pública, da Secretaria de Administração Penitenciária, a culpa por essa demora na transferência, sendo resultante da falta de vagas e de responsabilidade exclusiva do Executivo. O Poder Judiciário, o juiz da execução criminal, não tem responsabilidade alguma sobre esse problema, pois ele já fez tudo que está dentro de sua competência, tendo já deferido a progressão de regime: "Como se percebe, o Juízo das Execuções Criminais tomou com celeridade a medida a seu alcance para concretizar a transferência da paciente ao regime semiaberto. A ausência de vagas não pode ser imputada ao Poder Judiciário".[20]

9.2.2 Interesse da sociedade x interesse individual

O segundo argumento mais frequente nos *habeas corpus* não concedidos, presente em 27,2% deles, é a preservação dos interesses da sociedade. Contrapõe-se claramente o direito do preso e o direito da sociedade, dos "cidadãos de bem": "É certo que, em princípio, tais conflitos se resolvem pela preponderância do direito individual sobre o coletivo; todavia, trata-se, aqui, de caso especial. Afinal, cuida-se do direito dos cidadãos de bem, respeitadores da lei, em conflito com o de quem a violou – e está pagando por isso. Inegável, portanto – respeitadas as opiniões em sentido contrário –, que o direito da sociedade deve prevalecer".[21]

Algumas decisões trazem um posicionamento bastante explícito de hierarquização de direitos, impondo ao direito já reconhecido do preso uma submissão ao direito de segurança da sociedade: "O direito de uma pessoa que infringiu regras sociais e penais, sendo condenado a uma pena privativa de liberdade em regime fechado, não pode se sobrepor ao direito do cidadão

19. TJSP, HC 990.10.012602-4, 16.ª Câm. de Direito Criminal, j. 17.08.2010.
20. TJSP, HC 990.10.290800-3, 14.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.08.2010.
21. TJSP, HC 990.10.356343-3, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 26.08.2010.

ordeiro, honesto e cumpridor dos seus deveres sociais. O Direito Penal não pode dar as costas para a sociedade e o Poder Judiciário deve e precisa manter a ordem, a Justiça e a credibilidade junto à população".[22]

9.2.3 *Ordem da lista: isonomia*

Outro argumento frequente nas decisões observadas foi o respeito pela ordem estabelecida na lista feita pela SAP – presente em 29 dos 114 *habeas corpus* denegados: "E não há razão que justifique o paciente ter preferência em relação a outros presos à sua frente na lista de espera".[23] Essa lista concentra o nome de todos os presos que têm direito à progressão em um rol único, a fim de distribuí-los de acordo com a disponibilização de vagas.

Essa questão se relaciona com outro debate bastante presente na discussão sobre as políticas públicas disponibilizadas pelo Judiciário. Quando esse acesso é feito individualmente, pode-se relacionar a concessão do direito de um em oposição ao direito de todos os outros sentenciados da lista. Afinal, quando há a concessão de transferência pelo *habeas corpus*, todos os outros presos da lista são preteridos em favor daquele que conseguiu a decisão judicial. Pode-se relacionar essa questão com as escolhas na área de saúde, obviamente observadas as diferenças de aspectos desse direito social, abordadas pelo Prof. Virgilio Afonso da Silva, em que a concessão individual implica, necessariamente, no prejuízo do direito de outros: "Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo".[24]

Algumas decisões – 11 *habeas corpus* – explicitaram mais fortemente a questão da ofensa à isonomia e à igualdade nas decisões, esclarecendo que o tratamento deveria ser uniforme entre os presos: "Ademais, a inobservância rigorosa da ordem cronológica de remoções representaria ofensa ao direito de outros presos que também aguardam tal providência e, por consequência, o princípio da isonomia".[25]

---

22. TJSP, HC 990.10.227988-0, 6.ª Câm. de Direito Criminal, j. 05.08.2010.
23. TJSP, HC 990.10.178648-6, 11.ª Câm. de Direito Criminal, j. 04.08.2010.
24. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599, p. 597.
25. TJSP, HC 990.10.288537-2, 10.ª Câm. de Direito Criminal, j. 26.08.2010.

9.2.4 Aspecto formal: supressão de instâncias e falta de previsão legal

Algumas decisões da amostra – 27 *habeas corpus* – consideraram que o pedido deveria ser remetido em primeiro lugar ao juiz da execução penal, sendo supressão de instância o Tribunal de Justiça conceder regime aberto ou prisão domiciliar sem apreciação anterior do juiz. Outros 8 *habeas corpus* observaram a falta de previsão legal para a concessão de regime aberto por falta de vagas no regime semiaberto.

9.2.5 Ficar trancafiado é esperado pelo transgressor

Um argumento presente em 9 decisões da 9.ª Câm. de Direito Criminal e em uma decisão da 4.ª Câm. de Direito Criminal é que: "'ficar trancafiado é um risco previsível que o transgressor assume quando decide delinquir' (*RJTACrim* 37/477)".[26]

O argumento baseia-se na premissa de que aquele que transgride uma lei deveria prever que ficaria preso, até mesmo acima do estabelecido, como se o ato criminoso dispensasse a utilização dos limites legais na execução da pena. O mais relevante nessa decisão é a explicitação do argumento que levou à denegação da ordem, o Judiciário, precisando motivar suas decisões, deve expressar o que levou a elas, o que permite um questionamento e um maior controle, já que em alguns casos a decisão desconsidera limites constitucionais e legais. Já o Executivo pode desconsiderar a relevância da questão, mesmo não explicitando os motivos para que isso ocorra.

Um *habeas corpus*[27] da 5.ª Câm. de Direito Criminal trouxe uma colação de jurisprudências em seu bojo com uma argumentação parecida a essa, de não privilegiar aqueles que delinquem: "Não é justo que, se no quadro atual de deficiências básicas do Estado brasileiro, até os homens de bem suportam as agruras daí decorrentes, tenham os violadores da lei penal, que deveriam pensar duas vezes antes de delinquir, tratamento diferenciado (para melhor) a pretexto dessas mesmas deficiências. (...) Até o cidadão que cumpre totalmente suas obrigações e recolhe corretamente os impostos sofre na própria pele a falta de hospitais públicos, porque o Município, o Estado e a União carecem de recursos para ampliação da rede hospitalar. Não têm com quem reclamar ou reivindicar. O mesmo cidadão sofre as consequências com a falta de estabelecimento de ensino. Não tem com quem reclamar. Nada difere em relação ao transporte

26. TJSP, HC 990.10.356343-3, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 26.08.2010.

27. TJSP, HC 990.10.248802-0, 5.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.08.2010.

coletivo. Por tais razões, quem, mesmo nunca infringindo a lei penal, sofre as consequências pela falta de recursos por parte do Estado, quem infelizmente, como o paciente, se envolve em ilícitos penais, está sujeito a vicissitudes".

9.3 Habeas corpus *concedidos*

9.3.1 *Efetivação da decisão*

Alguns *habeas corpus* da amostra – 12 dos 53 – que tiveram a ordem concedida se basearam na efetivação da decisão, observando que não bastava ao juiz da execução deferir a progressão ao preso, mas seria necessário tornar essa decisão efetiva: "Não se diga que eventual ofício à Secretaria de Segurança Pública descaracterizou eventual constrangimento ilegal. Este ato não exclui a responsabilidade do Poder Judiciário quanto ao fiel cumprimento da lei. O cumprimento de ato administrativo, com o fim de ser respeitada e executada a norma individual, também é de responsabilidade do titular da execução da pena".[28]

Essa posição é exatamente a contraposição da postura acima referida de que a responsabilidade do juiz se esgota com a decisão e sua comunicação, passando para a Administração Pública. Os resultados dos *habeas corpus* diferem, nesse caso, por causa do posicionamento dos julgadores a respeito da responsabilidade do juiz da execução e do seu papel na efetivação de sua decisão em tempo razoável.

Nesse sentido, 6 *habeas corpus* em que a ordem foi concedida pela 16.ª Câm. consideraram que a manutenção do preso em estabelecimento inadequado era descumprimento de uma decisão judicial: "Ressalte-se que, aqui, não é só o direito individual do paciente que está sendo violado, mas também o conteúdo de um ordenamento judicial, o que não se pode admitir".[29]

9.3.2 *Constrangimento ilegal, excesso de execução e limites constitucionais da pena*

O reconhecimento de que a situação do preso é constrangimento ilegal foi explicitamente verificada em muitas decisões dos *habeas corpus* concedidos (29 de 54 *habeas corpus* concedidos), sendo por vezes ligado ao argumento dos limites constitucionais da pena,[30] em outras vezes ligado ao reconhecimento

28. TJSP, HC 990.10.219907-0, 1.ª Câm. de Direito Criminal, j. 01.08.2010.

29. TJSP, HC 990.10.166696-0, 16.ª Câm. de Direito Criminal, j. 10.08.2010.

30. TJSP, HC 990.10.086557-9, 7.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.08.2010.

de um excesso ou desvio na execução[31] e em algumas decisões apenas o reconhecimento do constrangimento ilegal na situação fática: "Não há dúvida de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal. Ele está em regime prisional diverso do estabelecido em decisão judicial transitada em julgado".[32]

9.3.3 Falha estatal que não pode ser suportada pelo preso

Algumas decisões que concederam a ordem, julgadas pela 14.ª Câm. e 16.ª Câm., explicitam que uma limitação da atuação do Estado não pode ser suportada pelo indivíduo, já que seu direito já foi reconhecido: "Outrossim, se por deficiências materiais do Estado-Administração, as vagas são insuficientes nos estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena, verdade é que o condenado não pode ser prejudicado, de vez que por determinação judicial deve cumprir sua reprimenda no estabelecimento adequado".[33]

9.3.4 Falta de provas e direito do preso

Alguns argumentos foram pouco frequentes na concessão dos *habeas corpus*, mas têm bastante relevância no debate sobre políticas públicas: a menção a direito líquido e certo,[34] direito subjetivo[35] e direito reconhecido,[36] havendo nesse último julgado referência do julgador à demora em modificar a situação de falta de vagas: "A questão posta nos autos não é nova (...). Após todos estes anos e não havendo até o momento solução para a questão, é de ser reconhecida a necessidade de ser imposta nova diretriz". Em duas decisões houve referências à falta de provas de ausência de vagas, justificando a não concessão do regime aberto, mas a imediata transferência.[37]

9.4 Falta de uniformidade nos julgados

A questão ainda é bastante controversa, havendo muitos julgados, inclusive em tribunais superiores, nos dois sentidos. No TJSP, verificou-se que

31. TJSP, HC 990.10.254246-7, 1.ª Câm. de Direito Criminal, j. 16.08.2010.
32. TJSP, HC 990.10.279414-8, 2.ª Câm. de Direito Criminal, j. 30.08.2010.
33. TJSP, HC 990.10.279730-9, 14.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.08.2010.
34. TJSP, HC 990.10.267492-4, 16.ª Câm. de Direito Criminal, j. 17.08.2010.
35. TJSP, HC 990.10.120770-2, 4.ª Câm. de Direito Criminal, j. 17.08.2010.
36. TJSP, HC 990.10.209178-3, 2.ª Câm. de Direito Criminal, j. 09.08.2010.
37. TJSP, HC 990.10.095594-2, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 05.08.2010; e TJSP, HC 990.10.180281-3, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 05.08.2010.

algumas Câmaras de Direito Criminal têm entendimentos mais consolidados denegando ou concedendo as ordens dos *habeas corpus* uniformemente.[38] Em outros casos, não se atenta a essa distinção como na 4.ª Câm. de Direito Criminal.

Nessa Câmara, por exemplo, dos 17 *habeas corpus* julgados foram 9 denegados, 7 prejudicados e apenas 1 concedido. Comparando-se um *habeas corpus* concedido[39] e um denegado,[40] as situações são muito semelhantes, mas foram julgados de maneiras diversas, sendo a única diferença, aferível pelo julgado, o tamanho da pena, superior no caso denegado, mas sendo os dois sentenciados em regime inicial semiaberto. Inclusive, no *habeas corpus* denegado há o reconhecimento do constrangimento ilegal, antes da sua negação: "A ordem rogada em favor de R. J. S. J. é de ser concedida, pois, presente o apontado constrangimento ilegal. (...) Logo, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor".

9.5 Razoabilidade

A referência à razoabilidade existiu na denegação e na concessão da ordem nos *habeas corpus*. No primeiro caso, o julgado considerou que a razoabilidade exigia consideração pela fila existente, já que a realidade é de limitação do número de vagas: "A consideração dessa realidade enseja a aplicação do princípio da razoabilidade, pois a limitação do número de vagas, nos estabelecimentos apropriados para o cumprimento de pena no regime semiaberto, exige o respeito à fila existente".[41]

No segundo caso, a razoabilidade é referida em relação ao tempo entre a decisão de progressão e a efetivação dessa decisão: "Assim, plausível se mostra ponderar a questão da razoabilidade do prazo para que o sentenciado possa aguardar a vaga, sem que isso se configure excessivo constrangimento ilegal ao detento, preservando-se dessa forma o interesse coletivo da sociedade e proporcionando ao Estado tempo hábil para as providências administrativas".[42]

---

38. Concedendo a ordem: 1.ª, 2.ª e 12.ª. Denegando a ordem: 3.ª, 5.ª, 8.ª e 13.ª.
39. TJSP, HC 990.10.120770, 4.ª Câm. de Direito Criminal, j. 17.08.2010.
40. TJSP, HC 990.10.147268-6, 4.ª Câm. de Direito Criminal, j. 31.08.2010.
41. TJSP, HC 990.10.353670-3, 6.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.08.2010.
42. TJSP, HC 990.10.233878-9, 16.ª Câm. de Direito Criminal, j. 24.08.2010.

9.6 Discricionariedade

Apesar de ser citada explicitamente em apenas um julgado da amostra, a questão da discricionariedade é bastante relevante na discussão sobre políticas públicas. Os limites da discricionariedade do administrador nas políticas públicas podem ser entendidos sob o enfoque de sua limitação no caso fático, analisada pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello ao conceituar o mérito do ato administrativo: "Mérito é o campo da liberdade suposto na lei e que efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada".[43]

Nesse sentido, o julgado considerou que os limites constitucionais e a adoção do regime progressivo para a pena já seriam os limites delineados, não admitindo espaço para discussão do mérito no caso concreto: "Não há possibilidade de a pena de restrição de liberdade permanecer à mercê da conveniência e oportunidade dos atos da administração penitenciária".[44] Essa discussão liga-se ao papel do Judiciário na efetivação de suas decisões e à responsabilidade da Administração Pública, observando-se os limites que podem ser impostos à discricionariedade no caso concreto de progressão de regime de cumprimento de pena, que tem previsões constitucionais e legais bastante delineadas.

10. SÚMULA VINCULANTE E POLÍTICA PÚBLICA

Há debates sobre qual papel o Poder Judiciário ocupa dentro das questões relacionadas a políticas públicas. Há um papel de ampliação e inclusão, de correção, de monitoramento, mas em algumas situações, como nas políticas de atendimento aos autistas no Estado de São Paulo,[45] o Judiciário, claramente,

43. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

44. TJSP, HC 990.10.229427-7, 12.ª Câm. de Direito Criminal, j. 04.08.2010.

45. TJSP, Ap 278801-5/8-00, 3.ª Câm. de Direito Público, j. 26.04.2005. "Ação civil pública – Fornecimento de tratamento especializado aos autistas – Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público – Inocorrência – Art. 5.º da CF/1988 – Norma constitucional de proteção à saúde pública – Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo – Inocorrência – Controle jurisdicional dos

desempenhou papel essencial no desenho e na execução de uma política pública, atingindo todas as pessoas que se enquadravam numa situação específica, e não apenas concedendo uma decisão individualizada, limitada à parte que obteve o acesso à Justiça e o provimento jurisdicional.

Além das ações coletivas, que permitem essa atuação mais ampla e mais includente dos indivíduos em situação semelhante, uma nova possibilidade de atuação do Judiciário nas políticas públicas é revelada com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes: "Uma das respostas adequadas para o desafio criado por um crescimento desmesurado foi a súmula vinculante, que não tem apenas o efeito de impedir os recursos sobre a matéria já sumulada, mas, sobretudo, o de fixar uma orientação a ser obrigatoriamente seguida pelo Poder Judiciário em geral. E especialmente, pela Administração direta e indireta, responsável pela grande maioria de recursos perante o Supremo Tribunal Federal".[46]

Dessa maneira, a vinculação existente não é apenas dos tribunais, o que já reduziria a demora nos julgamentos e uniformizaria o entendimento sobre as questões, mas também da Administração Pública.

Segundo informações do site da Defensoria Pública da União, a falta de vagas no regime semiaberto, que leva diversos indivíduos a cumprirem pena em estabelecimentos inadequados, levou a uma proposta de súmula vinculante sobre a matéria: "O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado".[47] Segundo a notícia, calcula-se que o número de presos que deveriam estar no regime semiaberto, mas se encontram em estabelecimentos prisionais de regime fechado chega a 7.000 no Estado de São Paulo.

A vinculação da Administração direta e indireta nas suas esferas federal, estadual e municipal levaria a um comportamento padronizado da

---

atos discricionários – Garantia de direito à saúde pública – Aplicação de multa diária – por descumprimento – Objetivo de compelir o Administrador a implementar as políticas públicas – Recursos não providos".

46. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 1/197-222 e 214.

47. Notícia veiculada no *site* da Defensoria Pública da União. Disponível em: [http://intranet.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4673%3Aproposta-de-sumula-vinculante-do-dpgf-vai-a-votacao-no-supremo&catid=35%3Adestaque1&Itemid=220]. Acesso em: 30.05.2011.

Administração em relação a essa matéria, o que teria potencial para diminuir o número de ações envolvendo essa questão nos tribunais. Seria uma maneira do Judiciário, dada a realidade de limitação da atuação do Poder Executivo na disponibilização de vagas suficientes no regime semiaberto, impor a este um comportamento de soltura ou adequação de suas ações com a abertura de novas vagas, ou seja, se o Executivo não quisesse libertar os presos por uma questão de segurança pública, seria obrigado a construir mais estabelecimentos de regime semiaberto para a acomodação deles.

11. CONCLUSÕES

As relações entre os Poderes Executivo e Judiciário vão se tornando cada vez mais complexas e interdependentes. A omissão ou atuação deficiente da Administração Pública implica num grande número de processos ajuizados nos tribunais. As decisões judiciais, por sua vez, levam a atuações do Executivo num sentido ou outro, sendo elas individuais ou coletivas, inclusive com obrigação de fazer.

A ampliação da atuação do Judiciário no campo das políticas públicas faz com que as ações e omissões dos poderes impactem uns nos outros o tempo todo. Deve-se pensar nas melhores maneiras de tornar esse impacto o mais positivo possível, seja na conscientização da Administração Pública sobre um problema, com as ações sendo indicativo de necessidade de ajustamentos no desenvolvimento de uma política, seja na tentativa de resolução dos problemas pelos tribunais da maneira menos prejudicial possível a outros direitos garantidos.

É relevante destacar que, se o Judiciário impacta o orçamento do Executivo com decisões judiciais, especialmente de obrigação de fazer e dar, o Executivo impacta no orçamento do Judiciário, quando atua de maneira equivocada e gera muitos processos. São impactos mútuos, que devem ser considerados nas decisões sobre o custo das políticas públicas. Considerar o custo de uma demanda judicial deve ser relevante nas escolhas da Administração, porque falhas na política pública podem causar maior impacto orçamentário no Judiciário do que gerariam se fossem repensadas no Executivo.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2009.

CARRANZA, Elias. Política criminal y penitenciaria em America Latina y el Caribe. Disponível em: [www.bibliojuridica.org/libros/4/1727/6.pdf]. Acesso em: 10.05.2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatórios dos mutirões carcerários realizados em 14 Estados. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-mutirao-carcerario/relatorios]. Acesso em: 03.05.2011.

_____. Relatório de Minas Gerais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/minasgerais.pdf]. Acesso em: 03.05.2011.

_____. Relatório final das metas nacionais do Poder Judiciário 2010: Meta 2. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/meta2_prioritarias2010.pdf]. Acesso em: 03.05.2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n. 1. p. 197-222. Vitória: FDV, 2006.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Políticas públicas de segurança e políticas de segurança pública: da teoria a prática. In: ILANUD – INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: Ilanud, 2002.

SADEK, Maria Tereza Aina. A favor do homem comum. *O Estado de S. Paulo*, 12.08.2009.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. n. 1. ano 1. p. 74-75. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=7&cdArquivodownEdit=44]. Acesso em: 10.05.2011.

ANEXOS

Anexo 1: *Habeas Corpus*: falta de vagas no regime semiaberto – 4.ª Câm. de Direito Criminal

0529022-03.2010.8.26.0000	0274413-54.2010.8.26.0000	0257422-37.2009.8.26.0000	0294955-30.2009.8.26.0000
0207399-53.2010.8.26.0000	0312791-79.2010.8.26.0000	0205552-16.2010.8.26.0000	0295575-42.2009.8.26.0000
0313878-70.2010.8.26.0000	0393146-76.2010.8.26.0000	0007894-81.2010.8.26.0000	0328463-64.2009.8.26.0000
0545456-67.2010.8.26.0000	0510407-62.2010.8.26.0000	0206369-80.2010.8.26.0000	0314798-78.2009.8.26.0000
0524896-07.2010.8.26.0000	0215785-72.2010.8.26.0000	0215763-14.2010.8.26.0000	0326530-56.2009.8.26.0000
0441450-09.2010.8.26.0000	0183055-08.2010.8.26.0000	0215899-11.2010.8.26.0000	0310735-10.2009.8.26.0000
0441455-31.2010.8.26.0000	0247281-22.2010.8.26.0000	0209201-86.2010.8.26.0000	0310398-21.2009.8.26.0000
0445614-17.2010.8.26.0000	0494609-61.2010.8.26.0000	0208128-79.2010.8.26.0000	0297641-92.2009.8.26.0000
0445605-55.2010.8.26.0000	0264880-71.2010.8.26.0000	0216055-96.2010.8.26.0000	0096514-69.2010.8.26.0000
0447112-51.2010.8.26.0000	0147305-42.2010.8.26.0000	0222957-65.2010.8.26.0000	0102671-58.2010.8.26.0000
0449456-05.2010.8.26.0000	0483682-36.2010.8.26.0000	0037636-54.2010.8.26.0000	0104424-50.2010.8.26.0000
0448201-12.2010.8.26.0000	0198080-61.2010.8.26.0000	0009755-05.2010.8.26.0000	0325728-58.2009.8.26.0000
0403204-41.2010.8.26.0000	0204622-95.2010.8.26.0000	0060257-45.2010.8.26.0000	0118809-03.2010.8.26.0000
0546226-60.2010.8.26.0000	0219804-24.2010.8.26.0000	0337181-50.2009.8.26.0000	0114546-25.2010.8.26.0000
0398411-59.2010.8.26.0000	0170741-30.2010.8.26.0000	0348529-65.2009.8.26.0000	0110411-67.2010.8.26.0000
0387977-11.2010.8.26.0000	0151683-41.2010.8.26.0000	0040214-87.2010.8.26.0000	0324485-79.2009.8.26.0000
0353742-18.2010.8.26.0000	0213767-78.2010.8.26.0000	0336352-69.2009.8.26.0000	0327309-11.2009.8.26.0000
0331684-21.2010.8.26.0000	0251423-69.2010.8.26.0000	0019480-18.2010.8.26.0000	0305626-15.2009.8.26.0000
0362650-64.2010.8.26.0000	0182070-39.2010.8.26.0000	0183026-55.2010.8.26.0000	0351792-08.2009.8.26.0000
0362650-64.2010.8.26.0000	0388420-59.2010.8.26.0000	0186161-75.2010.8.26.0000	0295672-42.2009.8.26.0000
0320110-98.2010.8.26.0000	0398626-35.2010.8.26.0000	0187767-41.2010.8.26.0000	0309014-23.2009.8.26.0000
0302305-35.2010.8.26.0000	0394132-30.2010.8.26.0000	0308398-48.2009.8.26.0000	0309014-23.2009.8.26.0000
0344936-91.2010.8.26.0000	0393696-71.2010.8.26.0000	0308498-03.2009.8.26.0000	0178978-87.2009.8.26.0000
0301627-20.2010.8.26.0000	0393682-87.2010.8.26.0000	0349208-65.2009.8.26.0000	0293701-22.2009.8.26.0000
0344649-31.2010.8.26.0000	0426138-90.2010.8.26.0000	0349198-21.2009.8.26.0000	0087230-37.2010.8.26.0000
0340975-45.2010.8.26.0000	0252121-75.2010.8.26.0000	0331493-10.2009.8.26.0000	0088901-95.2010.8.26.0000
0356722-35.2010.8.26.0000	0181437-62.2009.8.26.0000	0098019-32.2009.8.26.0000	0091354-63.2010.8.26.0000
0319784-41.2010.8.26.0000	0147268-15.2010.8.26.0000	0038651-58.2010.8.26.0000	0309733-05.2009.8.26.0000
0288596-30.2010.8.26.0000	0373957-15.2010.8.26.0000	0028416-32.2010.8.26.0000	0324630-38.2009.8.26.0000
0322217-18.2010.8.26.0000	0187246-96.2010.8.26.0000	0031760-21.2010.8.26.0000	0311494-71.2009.8.26.0000
0326373-49.2010.8.26.0000	0366542-78.2010.8.26.0000	0040235-63.2010.8.26.0000	0329837-18.2009.8.26.0000
0244606-86.2010.8.26.0000	0120770-76.2010.8.26.0000	0038956-42.2010.8.26.0000	0278756-30.2009.8.26.0000
0044836-15.2010.8.26.0000	0189758-52.2010.8.26.0000	0374275-32.2009.8.26.0000	0052484-46.2010.8.26.0000

0332216-92.2010.8.26.0000 0134184-44.2010.8.26.0000 0268707-27.2009.8.26.0000 0019861-26.2010.8.26.0000
0353726-64.2010.8.26.0000 0147343-54.2010.8.26.0000 0002925-23.2010.8.26.0000 0060275-66.2010.8.26.0000
0353481-53.2010.8.26.0000 0356364-70.2010.8.26.0000 0179833-32.2010.8.26.0000 0060189-95.2010.8.26.0000
0353527-42.2010.8.26.0000 0353472-91.2010.8.26.0000 0327821-91.2009.8.26.0000 0057422-84.2010.8.26.0000
0252609-30.2010.8.26.0000 0344827-77.2010.8.26.0000 0066258-46.2010.8.26.0000 0068225-29.2010.8.26.0000
0091438-64.2010.8.26.0000 0340996-21.2010.8.26.0000 0328296-47.2009.8.26.0000 0306891-52.2009.8.26.0000
0322211-11.2010.8.26.0000 0337005-37.2010.8.26.0000 0036487-23.2010.8.26.0000 0306884-60.2009.8.26.0000
0322460-59.2010.8.26.0000 0335650-89.2010.8.26.0000 0038927-89.2010.8.26.0000 0305605-39.2009.8.26.0000
0302091-44.2010.8.26.0000 0335742-67.2010.8.26.0000 0309784-79.2010.8.26.0000 0040218-27.2010.8.26.0000
0344262-16.2010.8.26.0000 0333287-32.2010.8.26.0000 0051069-28.2010.8.26.0000 0040207-95.2010.8.26.0000
0335086-13.2010.8.26.0000 0012667-72.2010.8.26.0000 0374234-65.2009.8.26.0000 0038998-91.2010.8.26.0000
0323670-48.2010.8.26.0000 0158822-78.2009.8.26.0000 0004935-40.2010.8.26.0000 0038938-21.2010.8.26.0000
0344964-59.2010.8.26.0000 0006584-40.2010.8.26.0000 0358785-67.2009.8.26.0000 0038879-33.2010.8.26.0000
0474603-33.2010.8.26.0000 0331701-57.2010.8.26.0000 0172119-21.2010.8.26.0000 0311453-07.2009.8.26.0000
0470964-07.2010.8.26.0000 0137391-51.2010.8.26.0000 0373345-14.2009.8.26.0000 0309210-90.2009.8.26.0000
0459125-82.2010.8.26.0000 0069600-65.2010.8.26.0000 0031405-11.2010.8.26.0000 0250274-72.2009.8.26.0000
0447075-24.2010.8.26.0000 0069285-37.2010.8.26.0000 0324461-51.2009.8.26.0000 0038959-94.2010.8.26.0000
0511177-55.2010.8.26.0000 0126381-10.2010.8.26.0000 0060272-14.2010.8.26.0000 0038871-56.2010.8.26.0000
0320326-59.2010.8.26.0000 0100345-28.2010.8.26.0000 0031493-49.2010.8.26.0000 0038930-44.2010.8.26.0000
0134189-66.2010.8.26.0000 0103850-27.2010.8.26.0000 0164379-12.2010.8.26.0000 0044705-40.2010.8.26.0000
0177965-19.2010.8.26.0000 0083420-54.2010.8.26.0000 0129774-40.2010.8.26.0000 0204164-15.2009.8.26.0000
0302447-39.2010.8.26.0000 0127199-59.2010.8.26.0000 0028695-18.2010.8.26.0000 0265538-32.2009.8.26.0000
0459193-32.2010.8.26.0000 0179888-80.2010.8.26.0000 0373402-32.2009.8.26.0000 0305613-16.2009.8.26.0000
0353729-19.2010.8.26.0000 0181808-89.2010.8.26.0000 0365462-16.2009.8.26.0000 0256163-07.2009.8.26.0000
0236370-48.2010.8.26.0000 0186181-66.2010.8.26.0000 0334849-13.2009.8.26.0000 0287252-48.2009.8.26.0000
0466756-77.2010.8.26.0000 0165628-95.2010.8.26.0000 0268802-57.2009.8.26.0000 0003008-39.2010.8.26.0000
0470968-44.2010.8.26.0000 0041415-17.2010.8.26.0000 0297613-27.2009.8.26.0000 0002963-35.2010.8.26.0000
0353738-78.2010.8.26.0000 0102656-89.2010.8.26.0000 0331510-46.2009.8.26.0000 0235863-24.2009.8.26.0000
0344937-76.2010.8.26.0000 0331612-68.2009.8.26.0000 0307344-47.2009.8.26.0000 0346481-36.2009.8.26.0000
0344705-64.2010.8.26.0000 0309873-05.2010.8.26.0000 0229917-71.2009.8.26.0000 0348525-28.2009.8.26.0000
0398531-05.2010.8.26.0000 0309630-61.2010.8.26.0000 0352060-62.2009.8.26.0000 0346302-05.2009.8.26.0000
0398616-88.2010.8.26.0000 0319746-29.2010.8.26.0000 0144244-76.2010.8.26.0000 0274420-80.2009.8.26.0000
0528807-27.2010.8.26.0000 0322213-78.2010.8.26.0000 0144178-96.2010.8.26.0000 0274438-04.2009.8.26.0000
0535327-03.2010.8.26.0000 0298022-66.2010.8.26.0000 0144230-92.2010.8.26.0000 0213820-93.2009.8.26.0000
0540343-35.2010.8.26.0000 0081883-23.2010.8.26.0000 0254622-36.2009.8.26.0000 0279823-30.2009.8.26.0000

0426144-97.2010.8.26.0000	0009239-82.2010.8.26.0000	0134802-86.2010.8.26.0000	0127233-68.2009.8.26.0000
0426155-29.2010.8.26.0000	0103859-86.2010.8.26.0000	0374206-97.2009.8.26.0000	0234490-55.2009.8.26.0000
0394720-37.2010.8.26.0000	0105571-14.2010.8.26.0000	0125051-75.2010.8.26.0000	0249808-78.2009.8.26.0000
0372288-24.2010.8.26.0000	0050395-50.2010.8.26.0000	0114506-43.2010.8.26.0000	0294918-03.2009.8.26.0000
0393710-55.2010.8.26.0000	0252118-23.2010.8.26.0000	0357472-71.2009.8.26.0000	0351961-92.2009.8.26.0000
0115291-05.2010.8.26.0000	0266126-05.2010.8.26.0000	0036972-57.2009.8.26.0000	0277599-22.2009.8.26.0000
0435356-45.2010.8.26.0000	0266098-37.2010.8.26.0000	0352806-27.2009.8.26.0000	0263197-33.2009.8.26.0000
0253035-42.2010.8.26.0000	0094768-69.2010.8.26.0000	0336558-83.2009.8.26.0000	0261963-16.2009.8.26.0000
0379592-74.2010.8.26.0000	0060116-26.2010.8.26.0000	0350839-44.2009.8.26.0000	0258130-87.2009.8.26.0000
0385270-70.2010.8.26.0000	0065562-10.2010.8.26.0000	0000697-75.2010.8.26.0000	0274456-25.2009.8.26.0000
0028466-58.2010.8.26.0000	0031616-47.2010.8.26.0000	0325703-45.2009.8.26.0000	0266156-74.2009.8.26.0000
0313920-22.2010.8.26.0000	0105573-81.2010.8.26.0000	0307136-63.2009.8.26.0000	0179690-77.2009.8.26.0000
0515934-92.2010.8.26.0000	0035728-59.2010.8.26.0000	0145759-49.2010.8.26.0000	0227053-60.2009.8.26.0000
0517213-16.2010.8.26.0000	0060450-60.2010.8.26.0000	0125107-11.2010.8.26.0000	0214108-41.2009.8.26.0000
0524787-90.2010.8.26.0000	0169525-34.2010.8.26.0000	0125097-64.2010.8.26.0000	0341147-21.2009.8.26.0000
0524787-90.2010.8.26.0000	0060260-97.2010.8.26.0000	0334725-30.2009.8.26.0000	0363187-94.2009.8.26.0000
0433636-43.2010.8.26.0000	0252150-28.2010.8.26.0000	0031601-78.2010.8.26.0000	
0249469-22.2009.8.26.0000	0245878-52.2009.8.26.0000	0219692-89.2009.8.26.0000	

Fonte: *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo: [www.tjsp.jus.br].

Anexo 2 – Relação entre capacidade e população nas unidades prisionais – Estado de São Paulo: maio/2011

Unidades Prisionais	Capacidade	População	Saldo
Unidades de Segurança Máxima			
Presidente Bernardes – Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes	160	47	113
Penitenciárias			
Álvaro de Carvalho – Penitenciária "Valentim Alves da Silva"	792	1414	-622
Andradina – Penitenciária de Andradina	792	1263	-471
Araraquara – Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira"	1008	987	21
Araraquara – Progressão Penitenciária	108	0	108
Araraquara – Detenção Provisória	496	573	-77
Assis – Penitenciária de Assis	500	1102	-602
Assis – Anexo de Detenção Provisória	272	499	-227
Avanhandava – Penitenciária Compacta	768	1419	-651
Avaré – Penitenciária "Dr. Paulo Luciano de Campos" – Avaré I	520	456	64

Avaré – Penitenciária "Nelson Marcondes do Amaral" – Avaré II	852	1375	-523
Balbinos – Penitenciária Compacta "Rodrigo dos Santos Freitas" de Balbinos I	768	1193	-425
Balbinos – Penitenciária Compacta – Balbinos II	768	1507	-739
Bauru – Penitenciária "Dr. Alberto Brocchieri" + Ala de Progressão Penitenciária – Bauru I	646	1136	-490
Bauru – Penitenciária "Dr. Eduardo de Oliveira Vianna" + Ala de Progressão Penitenciária – Bauru II	646	1153	-507
Campinas – Penitenciária Feminina de Campinas	528	1118	-590
Casa Branca – Penitenciária "Joaquim de Sylos Cintra"	852	1650	-798
Casa Branca – Ala de Progressão Penitenciária	108	0	108
Dracena – Penitenciária Compacta	768	1138	-370
Flórida Paulista – Penitenciária Compacta	768	1302	-534
Franco da Rocha – Penitenciária "Mário Moura Albuquerque"	852	1602	-750
Ala de Progressão Penitenciária – Franco da Rocha I	108	143	-35
Franco da Rocha – Penitenciária "Nilton Silva" – Franco da Rocha II	852	1465	-613
Franco da Rocha – Penitenciária Franco da Rocha III	600	1740	-1140
Getulina – Penitenciária "Osiris Souza e Silva" – Getulina	792	1283	-491
Guareí – Penitenciária Compacta de Guareí I	768	1429	-661
Guareí – Penitenciária Compacta de Guareí II	768	1394	-626
Guarulhos – Penitenciária "José Parada Neto"	804	991	-187
Anexo Penitenciário Guarulhos I	216	352	-136
Guarulhos – Penitenciária "Desembargador Adriano Marrey" – Guarulhos II	1200	2184	-984
Hortolândia – Penitenciária I de Hortolândia	538	1321	-783
Hortolândia – Penitenciária "Odete Leite de Campos Critter"	804	1421	-617
Ala de Progressão Penitenciária – Hortolândia II	90	0	90
Iaras – Penitenciária "Orlando Brando Filinto"	1188	1777	-589
Iaras – Ala de Progressão Penitenciária	108	188	-80
Iperó – Penitenciária "Odon Ramos Maranhão"	1218	1710	-492
Iperó – Ala de Progressão Penitenciária	180	16	164
Iperó – Anexo de Detenção Provisória	320	0	320
Irapuru – Penitenciária Compacta	768	1288	-520
Itaí – Penitenciária "Cabo PM Marcelo Pires da Silva"	792	1301	-509
Itaí – Ala de Progressão Penitenciária	108	119	-11
Itapetininga – Penitenciária "Jairo de Almeida Bueno" Itapetininga I	804	1408	-604
Itapetininga – Penitenciária de Itapetininga II	804	1424	-620
Itirapina – Penitenciária "Dr. Antônio de Queiróz Filho"	210	573	-363

Anexo Penitenciário – Itirapina I	200	233	-33
Itirapina – Penitenciária "João Batista de Arruda Sampaio"	852	1802	-950
Ala de Progressão Penitenciária – Itirapina II	108	179	-71
Junqueirópolis – Penitenciária de Junqueirópolis	792	1311	-519
Lavínia – Penitenciária Compacta I	768	1276	-508
Lavínia – Penitenciária Compacta II	768	1336	-568
Lavínia – Penitenciária Compacta III	768	1340	-572
Lucélia – Penitenciária de Lucélia	792	1325	-533
Ala de Progressão Penitenciária – Lucélia	108	161	-53
Marabá Paulista – Penitenciária Compacta "João Augustinho Panucci"	768	1172	-404
Marília – Penitenciária de Marília	500	1160	-660
Marília – Anexo Penitenciário	100	365	-265
Martinópolis – Penitenciária de Martinópolis	792	1289	-497
Mirandópolis – Penitenciária "Nestor Canoa"	1173	1560	-387
Anexo Penitenciário Mirandópolis I	500	465	35
Mirandópolis – Penitenciária de Mirandópolis II	1176	1459	-283
Osvaldo Cruz – Penitenciária Compacta	768	983	-215
Pacaembu – Penitenciária de Pacaembu	792	1289	-497
Paraguaçu Paulista – Penitenciária Compacta	768	1135	-367
Pirajuí – Penitenciária "Dr. Walter Faria Pereira de Queiróz" Pirajuí I	500	1226	-726
Pirajuí – Penitenciária "Dr. Luiz Gonzaga Vieira"	1212	1913	-701
Ala de Progressão Penitenciária – Pirajuí II	108	0	108
Potim – Penitenciária Compacta de Potim I	768	1311	-543
Potim – Penitenciária Compacta de Potim II	768	1312	-544
Pracinha – Penitenciária Compacta	768	1107	-339
Presidente Bernardes – Penitenciária de Presidente Bernardes	538	1	537
Presidente Prudente – Penitenciária de Presidente Prudente	630	854	-224
Presidente Prudente – Anexo Penitenciário	250	366	-116
Presidente Venceslau – Penitenciária "Zwinglio Ferreira" Presidente Venceslau I	725	527	198
Presidente Venceslau – Penitenciária "Maurício Henrique Guimarães Pereira" – Presidente Venceslau II	1248	806	442
Reginópolis – Penitenciária Compacta de Reginópolis I	768	955	-187
Reginópolis – Penitenciária Compacta de Reginópolis II	768	912	-144
Ribeirão Preto – Penitenciária de Ribeirão Preto	792	1304	-512
Ribeirão Preto – Ala de Progressão Penitenciária	108	155	-47
Ribeirão Preto – Penitenciária Feminina de Ribeirão Preto	300	300	0

Riolândia – Penitenciária "João Batista de Santana"	792	1341	-549
São Paulo – Penitenciária Feminina "Dra. Marina Cardoso de Oliveira"	620	614	6
São Paulo – Penitenciária Feminina da Capital	251	921	-670
São Paulo Penitenciária "ASP Joaquim Fonseca Lopes" – Parelheiros	756	1598	-842
São Paulo – Penitenciária Feminina Sant'ana	2400	2535	-135
São Vicente – Penitenciária "Dr. Geraldo de Andrade Vieira" – São Vicente I	308	466	-158
São Vicente – Anexo de Detenção Provisória	496	623	-127
São Vicente – Penitenciária de São Vicente II	500	0	500
Serra Azul – Penitenciária Compacta de Serra Azul I	768	1356	-588
Serra Azul – Penitenciária Compacta de Serra Azul II	768	1429	-661
Sorocaba – Penitenciária "Dr. Danilo Pinheiro"	210	462	-252
Anexo Penitenciário – Sorocaba I	140	317	-177
Sorocaba – Penitenciária "Dr. Antônio de Souza Neto" – Sorocaba II	500	1156	-656
Sorocaba – Anexo de Semiaberto	145	13	132
Tremembé – Penitenciária Feminina "Santa Maria Eufrásia Pelletier"	100	187	-87
Tremembé – Penitenciária "Dr. Tarcizo Leonce Pinheiro Cintra" Tremembé I	538	1329	-791
Tremembé – Penitenciária "Dr. José Augusto César Salgado" Tremembé II	239	322	-83
Tremembe – Ala de Progressão Penitenciária	108	143	-35
Tupi Paulista – Penitenciária Compacta	768	1127	-359
Valparaíso – Penitenciária de Valparaíso	792	1284	-492
Centros de Detenção Provisória			
Americana – Centro de Detenção Provisória	576	1228	-652
Bauru – Centro de Detenção Provisória	768	1407	-639
Caiuá – Centro de Detenção Provisória "Tácio Aparecido Santana"	768	943	-175
Campinas – Centro de Detenção Provisória	768	1458	-690
Caraguatatuba – Centro de Detenção Provisória	768	1049	-281
Diadema – Centro de Detenção de Provisória	576	1241	-665
Franca – Centro de Detenção Provisória	768	725	43
Franco da Rocha – Centro de Detenção Provisória Feminino	864	1439	-575
Guarulhos – Centro de Detenção Provisória de Guarulhos I	768	1396	-628
Guarulhos – Centro de Detenção Provisória de Guarulhos II	768	2212	-1444
Hortolândia – Centro de Detenção Provisória	768	1743	-975
Hortolândia – Centro de Detenção Provisória PIII de Hortolândia	500	1470	-970
Itapecerica da Serra – Centro de Detenção Provisória	768	2080	-1312
Ala de Progressão Penitenciária – Itapecerica	6	4	2

Jundiaí – Centro de Detenção Provisória de Jundiaí	768	1246	-478
Mauá – Centro de Detenção Provisória	576	1257	-681
Mogi das Cruzes – Centro de Detenção Provisória	768	1602	-834
Osasco – Centro de Detenção Provisória de Osasco I	768	2264	-1496
Osasco – Centro de Detenção Provisória de Osasco II	768	2198	-1430
Piracicaba – Centro de Detenção Provisória	512	1559	-1047
Ala de Progressão Penitenciária – Piracicaba	36	83	-47
Praia Grande – Centro de Detenção Provisória	512	1172	-660
Ribeirão Preto – Centro de Detenção Provisória	556	823	-267
Santo André – Centro de Detenção Provisória	512	1664	-1152
São Bernardo do Campo – Centro de Detenção Provisória	768	2218	-1450
São José do Rio Preto – Centro de Detenção Provisória	768	1760	-992
São José dos Campos – Centro de Detenção Provisória	512	1152	-640
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Pinheiros I	520	1672	-1152
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Pinheiros II	512	1375	-863
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Pinheiros III	512	1248	-736
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Pinheiros IV	512	1655	-1143
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Vila Independência	768	2300	-1532
São Paulo – Centro de Detenção Provisória Chácara Belém I	768	2022	-1254
São Paulo – Belém I – Ala de Progressão Penitenciária Ala de Progressão Penitenciária	108	206	-98
São Paulo – Centro de Detenção Provisória – Chácara Belém II	768	1335	-567
São Paulo – Belém II – Ala de Progressão Penitenciária	108	226	-118
São Vicente – Centro de Detenção Provisória	768	1662	-894
Serra Azul – Centro de Detenção Provisória	768	1290	-522
Sorocaba – Centro de Detenção Provisória	576	1519	-943
Suzano – Centro de Detenção Provisória	768	1744	-976
Taubaté – Centro de Detenção Provisória "Dr. Félix Nobre de Campos"	768	1686	-918
Centros de Progressão Penitenciária			
Campinas – Centro de Progressão Penitenciária "Professor Ataliba Nogueira"	960	1333	-373
Franco da Rocha – Centro de Progressão Penitenciária	1300	1635	-335
Mongaguá – Centro de Progressão Penitenciária "Dr. Rubens Aleixo Sendin"	960	1403	-443
Pacaembu – Centro de Progressão Penitenciária	672	1056	-384
São José do Rio Preto – Centro de Progressão Penitenciária "Dr. Javert de Andrade"	1048	1149	-101
São Paulo – Centro de Progressão Penitenciária de São Miguel Paulista	100	93	7

Tremembé – Centro de Progressão Penitenciária "Dr. Edgard Magalhães Noronha"	1060	1672	-612
Valparaíso – Centro de Progressão Penitenciária	672	901	-229
Centros de Ressocialização			
Araçatuba – Centro de Ressocialização	210	219	-9
Araraquara – Centro de Ressocialização	210	215	-5
Araraquara – Centro de Ressocialização Feminino	96	91	5
Atibaia – Centro de Ressocialização	192	181	11
Avaré – Centro de Ressocialização "Dr. Mauro de Macedo"	210	198	12
Birigui – Centro de Ressocialização	210	318	-108
Bragança Paulista – Centro de Ressocialização	240	242	-2
Itapetininga – Centro de Ressocialização Feminino	210	239	-29
Jaú – Centro de Ressocialização	210	230	-20
Limeira – Centro de Ressocialização	210	231	-21
Lins – Centro de Ressocialização "Dr. Manoel Carlos Muniz"	210	202	8
Marília – Centro de Ressocialização	210	123	87
Mococa – Centro de Ressocialização	210	184	26
Mogi Mirim – Centro de Ressocialização "Prefeito João Missaglia"	210	218	-8
Ourinhos – Centro de Ressocialização de Ourinhos	120	121	-1
Piracicaba – Centro de Ressocialização "Carlos Sidnes Cantarelli" Feminino	120	172	-52
Presidente Prudente – Centro de Ressocialização	210	194	16
Rio Claro – Centro de Ressocialização Feminino	120	121	-1
Rio Claro – Centro de Ressocialização Masculino "Dr Luis Gonzaga da Arruda Campos"	210	239	-29
São José do Rio Preto – Centro de Ressocialização Feminino	210	207	3
São José dos Campos – Centro de Ressocialização Feminino	174	124	50
Sumaré – Centro de Ressocialização	210	215	-5
Institutos Penais Agrícolas			
Bauru – Instituto Penal Agrícola "Professor Noé Azevedo"	500	932	-432

Fonte: *site* da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo: [www.sap.sp.gov.br]. Consulta em: 09.05.2011. Há divergência nos valores da capacidade dos centros de ressocialização informados em maio/2011 e em nov./2011.

Anexo 3: Pesquisa de jurisprudência "Semiaberto" + "Vagas" – Julgados em ago. 2010

C.C.	Denegados	Concedidos	Prejudicados	Não tratam do tema
1.ª	–	0252865-70.2010.8.26.0000	0116303-54.2010.8.26.0000	–
	–	0175460-55.2010.8.26.0000	0300849-50.2010.8.26.0000	–
	–	0218513-86.2010.8.26.0000	0266064-62.2010.8.26.0000	–

	–	0266118-28.2010.8.26.0000	0112926-75.2010.8.26.0000	–
	–	0254246-16.2010.8.26.0000	0251455-74.2010.8.26.0000	–
	–	0091490-60.2010.8.26.0000	0279738-10.2010.8.26.0000	–
	–	0219907-31.2010.8.26.0000	0222986-18.2010.8.26.0000	–
	–	–	0223004-39.2010.8.26.0000	–
	–	–	0103877-10.2010.8.26.0000	–
	–	–	0252853-56.2010.8.26.0000	–
	–	–	0128638-08.2010.8.26.0000	–
2.ª	–	0266045-56.2010.8.26.0000	0237986-58.2010.8.26.0000	0086772-20.2010.8.26.0000
	–	0215858-44.2010.8.26.0000	0181844-34.2010.8.26.0000	0251334-46.2010.8.26.0000
	–	0279414-20.2010.8.26.0000	0178268-33.2010.8.26.0000	–
	–	0230476-91.2010.8.26.0000	–	–
	–	0209178-43.2010.8.26.0000	–	–
	–	0125056-97.2010.8.26.0000	–	–
	–	0206688-48.2010.8.26.0000	–	–
3.ª	0131571-51.2010.8.26.0000	–	0214904-95.2010.8.26.0000	0371270-65.2010.8.26.0000
	0383132-33.2010.8.26.0000	–	0250601-80.2010.8.26.0000	0353580-23.2010.8.26.0000
	0222520-24.2010.8.26.0000	–	0097727-13.2010.8.26.0000	–
	0170826-16.2010.8.26.0000	–	0156474-53.2010.8.26.0000	–
	0161186-86.2010.8.26.0000	–	0232881-03.2010.8.26.0000	–
	0323659-19.2010.8.26.0000	–	0202938-38.2010.8.26.0000	–
	0262524-06.2010.8.26.0000	–	0294941-46.2009.8.26.0000	–
	0332956-50.2010.8.26.0000	–	0287996-43.2009.8.26.0000	–
	0359548-34.2010.8.26.0000	–	–	–
	0294475-18.2010.8.26.0000	–	–	–
	0356413-14.2010.8.26.0000	–	–	–
	0125050-90.2010.8.26.0000	–	–	–
	0344985-35.2010.8.26.0000	–	–	–
	0345005-26.2010.8.26.0000	–	–	–

	0333279-55.2010.8.26.0000	-	-	-
	0336012-91.2010.8.26.0000	-	-	-
	0337051-26.2010.8.26.0000	-	-	-
	0326364-87.2010.8.26.0000	-	-	-
	0340926-04.2010.8.26.0000	-	-	-
	0185439-41.2010.8.26.0000	-	-	-
	0144248-16.2010.8.26.0000	-	-	-
	0340968-53.2010.8.26.0000	-	-	-
	0332959-05.2010.8.26.0000	-	-	-
	0323653-12.2010.8.26.0000	-	-	-
4.ª	0187615-90.2010.8.26.0000	0120770-76.2010.8.26.0000	0181437-62.2009.8.26.0000	-
	0147268-15.2010.8.26.0000	-	0373957-15.2010.8.26.0000	-
	0189758-52.2010.8.26.0000	-	0012667-72.2010.8.26.0000	-
	0134184-44.2010.8.26.0000	-	0100345-28.2010.8.26.0000	-
	0356364-70.2010.8.26.0000	-	0137391-51.2010.8.26.0000	-
	0337005-37.2010.8.26.0000	-	0069285-37.2010.8.26.0000	-
	0335650-89.2010.8.26.0000	-	0103850-27.2010.8.26.0000	-
	0335742-67.2010.8.26.0000	-	-	-
	0333287-32.2010.8.26.0000	-	-	-
5.ª	0304138-88.2010.8.26.0000	-	0148399-25.2010.8.26.0000	0261975-93.2010.8.26.0000
	0227746-10.2010.8.26.0000	-	0246656-85.2010.8.26.0000	-
	0266070-69.2010.8.26.0000	-	0309784-79.2010.8.26.0000	-
	0211287-30.2010.8.26.0000	-	0252851-86.2010.8.26.0000	-
	0222970-64.2010.8.26.0000	-	0164015-40.2010.8.26.0000	-
	0248802-02.2010.8.26.0000	-	-	-

6.ª	0281974-32.2010.8.26.0000	0229823-89.2010.8.26.0000	0038853-35.2010.8.26.0000	–
	0367948-37.2010.8.26.0000	0211253-55.2010.8.26.0000	0265175-11.2010.8.26.0000	–
	0288528-80.2010.8.26.0000	–	0229855-94.2010.8.26.0000	–
	0262255-64.2010.8.26.0000	–	0181401-83.2010.8.26.0000	–
	0238088-80.2010.8.26.0000	–	0181571-55.2010.8.26.0000	–
	0275170-48.2010.8.26.0000	–	0232746-88.2010.8.26.0000	–
	0250118-50.2010.8.26.0000	–	0170815-84.2010.8.26.0000	–
	0222907-39.2010.8.26.0000	–	0147329-70.2010.8.26.0000	–
	0227988-66.2010.8.26.0000	–	–	–
	0198437-41.2010.8.26.0000	–	–	–
	0353670-31.2010.8.26.0000	–	–	–
	0252878-69.2010.8.26.0000	–	–	–
	0266075-91.2010.8.26.0000	–	–	–
	0233723-80.2010.8.26.0000	–	–	–
	0233265-63.2010.8.26.0000	–	–	–
7.ª	0241781-72.2010.8.26.0000	0206691-03.2010.8.26.0000	–	–
	–	0279436-78.2010.8.26.0000	–	–
	–	0086557-44.2010.8.26.0000	–	–
	–	0222856-28.2010.8.26.0000	–	–
	–	0250872-89.2010.8.26.0000	–	–
	–	0219581-71.2010.8.26.0000	–	–
8.ª	0261997-54.2010.8.26.0000	–	0373747-95.2009.8.26.0000	–
	0252951-41.2010.8.26.0000	–	0205134-78.2010.8.26.0000	–
	0251443-60.2010.8.26.0000	–	0124939-09.2010.8.26.0000	–
	0222908-24.2010.8.26.0000	–	0194773-02.2010.8.26.0000	–
	0220119-52.2010.8.26.0000	–	–	–
	0300870-26.2010.8.26.0000	–	–	–

	0288598-97.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0291427-51.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0040085-82.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0352052-85.2009.8.26.0000	-	-	-	-
	0337178-95.2009.8.26.0000	-	-	-	-
	0035897-46.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0364066-04.2009.8.26.0000	-	-	-	-
	0351325-92.2010.8.26.0000	-	-	-	-
9.ª	0356343-94.2010.8.26.0000	0378897-23.2010.8.26.0000	-	-	-
	0378118-68.2010.8.26.0000	0180281-05.2010.8.26.0000	-	-	-
	0361572-35.2010.8.26.0000	0095594-95.2010.8.26.0000	-	-	-
	0371059-29.2010.8.26.0000	0316201-48.2010.8.26.0000	-	-	-
	0360940-09.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0335627-46.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0341007-50.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0211346-18.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0344851-08.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0344635-47.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0352196-25.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0353457-25.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0353294-45.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0222868-42.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0353459-92.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0332962-57.2010.8.26.0000	-	-	-	-
	0344981-95.2010.8.26.0000	-	-	-	-

	0344976-73.2010.8.26.0000	-	-	-
10.ª	0288592-90.2010.8.26.0000	0240423-72.2010.8.26.0000	-	-
	0252957-48.2010.8.26.0000	-	-	-
	0237287-67.2010.8.26.0000	-	-	-
	0198493-74.2010.8.26.0000	-	-	-
	0183224-92.2010.8.26.0000	-	-	-
	0288537-42.2010.8.26.0000	-	-	-
11.ª	0252846-64.2010.8.26.0000	0195248-55.2010.8.26.0000	0236432-88.2010.8.26.0000	-
	0266031-72.2010.8.26.0000	-	0371721-90.2010.8.26.0000	-
	0178648-56.2010.8.26.0000	-	0069071-46.2010.8.26.0000	-
	0266104-44.2010.8.26.0000	-	0070109-93.2010.8.26.0000	-
12.ª	-	0256376-76.2010.8.26.0000	0286636-39.2010.8.26.0000	0256268-47.2010.8.26.0000
	-	0229427-15.2010.8.26.0000	0274502-77.2010.8.26.0000	0217813-13.2010.8.26.0000
	-	0251433-16.2010.8.26.0000	0252930-65.2010.8.26.0000	-
	-	0252085-33.2010.8.26.0000	-	-
	-	0251451-37.2010.8.26.0000	-	-
	-	0183076-81.2010.8.26.0000	-	-
	-	0202954-89.2010.8.26.0000	-	-
	-	0251419-32.2010.8.26.0000	-	-
13.ª	0252174-56.2010.8.26.0000	-	0242661-64.2010.8.26.0000	0262370-85.2010.8.26.0000
14.ª	0289108-13.2010.8.26.0000	0279730-33.2010.8.26.0000	0065100-53.2010.8.26.0000	-
	0246592-75.2010.8.26.0000	0252874-32.2010.8.26.0000	0084545-57.2010.8.26.0000	-
	0315241-92.2010.8.26.0000	0247693-50.2010.8.26.0000	0155593-76.2010.8.26.0000	-
	0279247-03.2010.8.26.0000	0212134-32.2010.8.26.0000	0068081-55.2010.8.26.0000	-
	0293364-96.2010.8.26.0000	-	-	-
	0251414-10.2010.8.26.0000	-	-	-
	0270673-88.2010.8.26.0000	-	-	-
	0252086-18.2010.8.26.0000	-	-	-

	0290800-47.2010.8.26.0000	-	-	-
	0220081-40.2010.8.26.0000	-	-	-
	0245177-57.2010.8.26.0000	-	-	-
	0261177-35.2010.8.26.0000	-	-	-
	0220101-31.2010.8.26.0000	-	-	-
	0209662-58.2010.8.26.0000	-	-	-
	0193335-38.2010.8.26.0000	-	-	-
16.ª	0208288-07.2010.8.26.0000	0294351-35.2010.8.26.0000	0314002-53.2010.8.26.0000	0301517-21.2010.8.26.0000
	-	0204340-57.2010.8.26.0000	0213743-50.2010.8.26.0000	-
	-	0233878-83.2010.8.26.0000	0150204-13.2010.8.26.0000	-
	-	0267492-79.2010.8.26.0000	0012602-77.2010.8.26.0000	-
	-	0280556-59.2010.8.26.0000	0148002-63.2010.8.26.0000	-
	-	0166696-80.2010.8.26.0000	0135368-35.2010.8.26.0000	-
	-	0183189-35.2010.8.26.0000	0353360-25.2010.8.26.0000	-
	-	0183411-03.2010.8.26.0000	0097737-57.2010.8.26.0000	-
	-	0183431-91.2010.8.26.0000	-	-
	-	0144259-45.2010.8.26.0000	-	-
	-	0042231-96.2010.8.26.0000	-	-
	-	0183241-31.2010.8.26.0000	-	-

O HC 0069084-45.2010.8.26.0000, julgado pela 16.ª Câm. de Direito Criminal, foi redistribuído.
Fonte: *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo: [www.tjsp.jus.br].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ausência de unidade prisional adequada: manifesto constrangimento ilegal ou estado legal de impunidade?, de Hélio Narvaez – *RT* 735/516;
- Execução criminal, de Eduardo Pereira Santos – *RBCCrim* 37/107;
- *Habeas corpus* e regime de pena, de Elizabete Matsushita – *RBCCrim* 21/275; e
- Responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de casa do albergado ou estabelecimento congênere, de Luís Eduardo Cicote – *RT* 776/485.

57720

A CONTRIBUIÇÃO DOS SOCIÓLOGOS CLÁSSICOS PARA A ANÁLISE DA VIOLÊNCIA E DO CRIME

1

AIDA GRIZA

Mestre em Sociologia. Socióloga da Academia de Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

CLAUDIA TIRELLI

Doutoranda em Sociologia. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS.

LETÍCIA M. SCHABBACH

Doutora em Sociologia. Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo, além de postular a importância central da sociologia para o desenvolvimento da criminologia, discorre sobre a contribuição dos sociólogos clássicos - Durkheim, Marx e Weber - à análise da violência e do crime, fatos sociais extremamente complexos e cujas tendências atuais sinalizam um acelerado e exponencial crescimento em nivel mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia - Criminologia - Sociológos clássicos - Violência - Crime.

ABSTRACT: This article, in addition to postulate the central importance of sociology to the development of criminology, and also discusses the contribution of classical sociologists - Durkheim, Marx and Weber - to the analysis of violence and crime; these social facts extremely complex and whose current trends indicate a rapid and exponential growth worldwide.

KEYWORDS: Sociology - Criminology - Classic sociologists - Violence - Crime.

SUMÁRIO: 1. A sociologia e o surgimento da criminologia – 2. Conceituando criminologia – 3. A violência e o crime na perspectiva sociológica clássica: 3.1 Durkheim e o crime como fato social; 3.2 O paradigma marxista e o conflito como elemento constitutivo das sociedades; 3.3 Ação social, dominação e Estado Moderno na abordagem weberiana – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. A SOCIOLOGIA E O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA

A influência da sociologia na criminologia iniciou no final do século XIX, tendo em Lacassagne, Tarde e Durkheim os seus precursores, e o 3.º Congresso Internacional de Antropologia Criminal (Bruxelas, 1892) como marco fundador.

Nascida da crítica às abordagens centradas no indivíduo criminoso – incluindo a teoria clássica e o positivismo biológico – a contribuição sociológica consolidou-se ao longo do século XX e, na contramão das perspectivas criminológicas anteriores, as quais, ou desconsideravam o contexto social, ou lhe atribuíam uma causalidade mínima, a sociologia trouxe para o estudo do desvio e do delito a perspectiva do meio social, para além das idiossincrasias biológicas ou psicológicas do sujeito delinquente, estas sempre atuantes.

Como a própria trajetória de consolidação do campo criminológico revela, a sociologia (e as ciências sociais em geral) participou do próprio nascimento da criminologia, especialmente de sua fase científica, fundada na realização de pesquisas empíricas.

Na perspectiva sociológica, o crime é, em primeiro lugar, um fato social (ultrapassando a dimensão individual),[1] portanto, a sua compreensão deve ser buscada na própria conformação das sociedades, grupos e relações sociais. Ele não se define pelo ato em si, mas pela reação social a certas práticas consideradas desviantes das normas socialmente legitimadas, ideia reiterada por Durkheim (1989).

O desvio, por sua vez, pode ser definido como "(...) uma não conformidade com determinado conjunto de normas que são aceitas por um número significativo de pessoas em uma comunidade ou sociedade" (GIDDENS, 2005, p. 173). Tal conceito aproxima-se da noção *durkheimiana*, enquanto que a acep-

1. A ênfase de Durkheim em destacar como objeto de análise sociológica os fatos *sociais* ressalta as raízes sociais e contextuais de fenômenos antes tidos como exclusivamente individuais: suicídio, crime, crenças religiosas. Na época de seu nascimento, os primeiros expoentes da sociologia (e das ciências sociais em geral) buscavam construir um espaço científico próprio, distinto do de outras disciplinas.

ção jurídica de crime é mais restrita, pois prevê uma sanção específica prevista em lei. Voltaremos a esta questão adiante, ao examinarmos o legado do citado sociólogo francês.

Dentro de uma perspectiva sociológica, o crime e o desvio são relativos, pois:

"O tipo de organização social determina quais os tipos de comportamento que serão considerados desviantes e o que será considerado delito em determinado momento e lugar. Tal como a moralidade, o delito é uma entidade variável no tempo e no espaço" (CASTRO, 1983, p. 63).

As definições e significados de crime e de desvio (e da própria normalidade) variam de sociedade para sociedade, de grupo para grupo. Exemplos: dar uma palmada em um filho pode não ser considerado um ato criminoso pelo pai, copiar partes de obras sem referir a sua procedência pode não ser percebido como crime (de violação do direito autoral) por acadêmicos.[2]

Também as normas penais não estão dadas, pois são construídas socialmente, variando no tempo e no espaço. O que é crime hoje pode não ter sido ontem ou deixar de ser no futuro; o que não é crime hoje pode ainda ser criminalizado. Exemplos brasileiros: descriminalização do adultério, criminalização do assédio sexual e moral no trabalho etc.

A sociologia (e dentro dela, algumas áreas específicas, por exemplo, a sociologia do desvio ou do crime) pretende estudar comportamentos que ultrapassam o domínio jurídico, através de várias abordagens (GIDDENS, 2005) que tratam: da violência, da criminalidade, das instâncias de controle social formal (as Polícias, o Judiciário, a criação e a aplicação de leis penais) e das

2. Essa questão remete à diferenciação proposta por Sousa Santos (2000) entre direito cósmico (estatal) e Caósmico (dos espaços descentralizados, os *topoi*: família, vizinhança, produção, mercado, cidadania, mundial), sendo o crime um exemplo da interconexão entre eles. Para o autor, a criminalização de ações sociais pelo direito estatal é resultante de negociações com os tipos de direitos estabelecidos nas outras esferas sociais, culminando com a seleção de um conjunto de práticas que refletem as relações de poder entre os grupos. Quando há maior grau de despotismo nos espaços estruturais descentralizados, o que é considerado crime legalmente previsto pode não o ser para as outras juridicidades (por exemplo, a violência contra a mulher e contra crianças, as formas de escravidão, o trabalho infantil). Tal desequilíbrio pode explicar, por exemplo, o alto índice de crimes não denunciados. Por outro lado, ações consideradas *crime* nos outros espaços sociais, podem não se constituir juridicamente enquanto tal, tais como: a contestação do poder patriarcal por esposas e filhos, o furto famélico praticado por famílias pobres, o assédio sexual, antes de ser legalmente criminalizado em 2001 no Brasil etc.

instituições totais que isolam os tipificados como *desviantes* (prisões, hospitais psiquiátricos, casas de tratamento e de aplicação de medidas socioeducativas). Através de instrumental metodológico construído historicamente pelas ciências sociais – pesquisa de campo ou coleta de dados secundários, *surveys* ou estudo de casos etc. – os fenômenos sociais são investigados em suas tendências e características intrínsecas, e/ou relacionados com fatores causais e processos estruturais e culturais mais amplos, dentre os quais: a globalização, a conformação do Estado Moderno, a desigualdade social.

Por último, é pertinente lembrar que a sociologia nasceu, no século XIX, época de movimentos sociais e ideológicos (dentre eles, o utopismo, o iluminismo, o racionalismo e a filosofia social) que criticavam a estruturação das sociedades então existentes e se antepunham às explicações metassociais do mundo. Daí se origina a sua relação umbilical com a crítica social, ou seja, assumir uma postura sociológica implica em adotar uma visão crítica da ordem social: "O sociólogo deve, num primeiro momento, lançar-se inteiramente do lado oposto ao da ordem estabelecida para quebrar-lhe a positividade fictícia e fazer aparecer as relações e os conflitos sociais" (TOURAINE, 1976, p. 77).

2. CONCEITUANDO CRIMINOLOGIA

Como qualquer área de conhecimento científico, a criminologia constitui-se em um campo de disputa entre saberes e poderes, onde o que está em jogo (*enjeux*) é o poder de classificação, de definição do seu objeto (ou objetos) de estudo, das linhas teóricas mais pertinentes e dos procedimentos metodológicos mais adequados. Disputa-se a atribuição do *discurso competente*, de autoridade, que seja legítimo no âmbito interno e externo do campo, entre os seus especialistas e para a audiência. Ainda está por ser feita uma análise sociológica deste espaço estruturado de posições, para se desvendar as lutas em torno da verdade entre os sujeitos distintamente posicionados e nelas engajados.[3]

3. "Construir o jogo como tal, ou seja, como espaço de posições objetivas, que está no princípio, entre outras coisas, da visão que os ocupantes de cada posição podem ter das outras posições e de seus ocupantes, é dar-se o meio de objetivar cientificamente o conjunto das objetivações, mais ou menos brutalmente redutoras, às quais se entregam os agentes engajados na luta, e de percebê-las tais como são: estratégias simbólicas que visam impor a verdade parcial de cada grupo como a verdade das relações objetivas entre os grupos. É descobrir, além do mais, que, deixando ignorado o próprio jogo que os constitui como concorrentes, os adversários cúmplices entram em acordo para manter mascarado o essencial, isto é, os interesses ligados ao fato de participar-se do jogo e o conluio objetivo daí resultante" (BOURDIEU, 1994, p. 23).

É uma tarefa extremamente complexa, especialmente para quem participa do *illusio* (do agir interessado) neste campo, a qual ultrapassa os objetivos deste trabalho.

Vale lembrar que a criminologia é um campo multidisciplinar, onde várias disciplinas acadêmicas contribuem, com sua especificidade, para a delimitação dos contornos da área, dentre elas: biologia, psicologia, sociologia, antropologia, direito.

Definida em função de seu objeto de estudo, a criminologia possui fraca autonomia diante das demandas administrativas a ela dirigidas, conforme salienta Lenoir:

"Um dos indícios da fraca *autonomia* destas disciplinas em relação à demanda administrativa é a própria definição de seu objeto. Elas são sempre calcadas na alçada juridicamente definida das instituições das quais elas não são mais que a emanação. Assim, as definições destas *especialidades* tais como a gerontologia, a criminologia, a ergonomia etc., são construídas segundo os próprios princípios dos modos burocráticos de gestão das relações sociais, ou seja, a formação de *populações* dotadas ou privadas de direitos socialmente garantidos pelo Estado. Esta adequação entre o objeto científico e o objeto jurídico encontra-se, talvez, na origem da representação *realista* dos objetos submetidos à formulação científica" (LENOIR, 1990, p. 86, trad. nossa).

São várias as definições do que seja a criminologia e o seu objeto. A fim de tomá-las em conta, recorremos a três autores reconhecidos dentro desse campo: Edwin Hardin Sutherland, Lola Aniyar de Castro e Antonio García-Pablos de Molina.

Na sua obra clássica, *Princípios de criminologia* (escrita em 1939), o sociólogo norte-americano Edwin Hardin Sutherland, autor da *Teoria da associação diferencial*, assim conceitua tal especialidade:

"Criminologia é o corpo de conhecimento relativo ao crime como fenômeno social. Inclui os processos de fazer leis, infringir leis e reagir à infração das leis. Esses processos são três aspectos de uma sequência mais ou menos unificada de interações. A sociedade política define como crime certos atos considerados indesejáveis. Apesar dessa definição, algumas pessoas persistem no comportamento e assim cometem crimes; a sociedade política reage pelo castigo ou outro tratamento, ou pela prevenção. Esta sequência de interesses constitui a matéria-objeto da criminologia" (SUTHERLAND, 1949, p. 9).

O autor destaca que a delinquência é acidental quando considerada como ato específico de uma pessoa. "Não é possível explicar adequadamente porque uma pessoa comete um crime específico, ao passo que outra, com traços, ex-

periências e situação social quase idênticos, não comete" (SUTHERLAND, 1949, p. 11-12). Ele exemplifica esta afirmação a partir de um filme que conta a história de dois meninos que cometeram furtos e foram descobertos. Um deles correu mais rapidamente, fugiu e se tornou padre; o outro correu mais devagar, foi preso e confiado a um reformatório e se tornou *gangster*. Por conta do caráter casual do ato isolado e individual, o autor propõe o estudo do comportamento criminoso sistemático, as carreiras criminais (SUTHERLAND, 1949, p. 9).

Portanto, Sutherland define como objeto criminológico o crime como fenômeno social, englobando não só o comportamento criminoso sistemático, mas também o processo de criação das leis e a reação coletiva à sua infração. Contudo, a sua ênfase nas trajetórias criminais limitou bastante o escopo de sua análise criminológica.

Em seu livro sobre a *Criminologia da reação social*, a advogada e criminóloga venezuelana Lola Aniyar de Castro (1983) define a criminologia como uma atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas sociais e penais relacionadas com o comportamento desviante,[4] os processos de desvio em relação àquelas, e a reação social, formalizada ou não, ao desvio. De pronto, verificamos que esta conceituação não difere substancialmente da de Sutherland, ao sublinhar a tríade: criação de leis sociais e penais – comportamento desviante – reação social ante o desvio.

Para essa autora (CASTRO, 1983), a criminologia englobaria os seguintes ramos: (a) a sociologia do direito penal e do comportamento desviante; (b) a etiologia do comportamento delitivo e do comportamento desviante; (c) a reação social (psicologia social, prevenção, penologia e análise das instituições). Aniyar de Castro enfatiza que a criminologia deve ir além do comportamento desviante, enfocando principalmente os processos de criação de normas sociais e legais:

"Por isso temos optado por considerar que a criminologia deve também estudar o comportamento desviante e penetrar nos processos de formação das normas, não somente penais, mas também sociais, sem esquecer que estas normas podem também influir de algum modo na criação de normas legais" (CASTRO, 1983, p. 57).

4. A autora segue a definição de desviante de Howard Becker, como sendo: "o comportamento que as pessoas assim rotulam, porque são as regras sociais que definem as situações sociais e os tipos de procedimentos apropriados, especificando algumas ações como corretas e proibindo outras como erradas (...) desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso" (BECKER, 1977, p. 53 e 60).

Embora tenha centrado a sua análise nos processos de criação de normas sociais, a referida criminóloga resgata a importância do enfoque etiológico acerca das causas do desvio, isto é, os nexos que explicam a "passagem ao ato" (CASTRO, 1983, p. 98).

Por último, apresentamos a conceituação do professor de direito penal e criminólogo espanhol Antonio García-Pablos de Molina, para quem a criminologia é uma:

"(...) ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistema de resposta ao delito" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 28).

Além de considerar os aspectos relativos ao indivíduo e as formas de reação ao delito, o autor inclui a vítima no centro da análise criminológica e assinala a importância de se produzir pesquisa científica para conhecer a realidade e explicá-la (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 32). Nesse aspecto, a criminologia não pode descartar a análise etiológica do delito, que engloba a sua gênese, os processos de criminalização e outros fatores causais (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 28, 29 e 32).

Este autor, propõe, portanto, uma definição bastante ampla de criminologia, além de lhe atribuir um componente aplicado, no sentido de subsidiar intervenções preventivas no sistema de controle social, as quais devem sobrepujar as repressivas.

Após esta breve demarcação das fronteiras da criminologia, analisaremos, na próxima seção, as contribuições teóricas a respeito da violência e do crime oriundas dos três autores clássicos da sociologia: Émile Durkheim (1958-1917), Karl Marx (1818-1883) e Max Weber (1864-1920). Examinando-as, o leitor encontrará ensinamentos relevantes que lhe permitirão conhecer melhor os problemas sociais com os quais se depara diariamente.

3. A VIOLÊNCIA E O CRIME NA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA CLÁSSICA

Defendendo perspectivas epistemológicas distintas, os três sociólogos clássicos trazem uma contribuição muito importante para o entendimento da violência e do crime, cujas raízes e implicações sempre intrigaram os cientistas sociais, e, no caso do Brasil, a partir da década de 80. Enquanto Durkheim e

Marx são autores relativamente conhecidos dentro da criminologia, Weber é ainda pouco citado, não obstante a atualidade de muitos de seus conceitos, dentre eles: dominação, poder e Estado Moderno.

Ao ressaltar a atualidade do legado teórico dos sociólogos clássicos, Peter Kivisto defende que as suas ideias são fundamentais para a compreensão das recentes transformações sociais resultantes das mudanças econômicas, culturais e políticas do capitalismo. Assim coloca o autor: "O curso dos acontecimentos após a sua morte mostrou mais de uma vez que este quarteto (Kivisto inclui Georg Simmel entre os clássicos) possuía notáveis *insights* sobre a natureza e a dinâmica dos tempos modernos" (KIVISTO, 2005, p. 1, trad. nossa).

3.1 Durkheim e o crime como fato social

Na teoria *durkheimiana* a noção de crime ocupa um lugar fundamental. Ela não é apenas enunciada de maneira explícita, como também constitui um aspecto central da análise da solidariedade mecânica, baseada nas semelhanças entre os membros de uma sociedade. Este tipo de solidariedade, à qual corresponde o direito repressivo, é aquele cuja ruptura constitui o crime. Assim, o crime é, originalmente, um ato contrário à coesão social baseada na conformidade (DURKHEIM, 1989).

Assim discorre Durkheim sobre o crime: "um ato é socialmente mau porque é repelido pela sociedade. (...) Não o reprovamos porque é um crime, mas é um crime porque o reprovamos" (DURKHEIM, 1989, p. 100).

Podemos traçar um paralelo entre o conceito *durkheimiano* e a acepção jurídico-legal, que define o crime como:

"(...) toda ação ou omissão prevista em lei, ou que transgrida um direito estabelecido pela lei penal, resultando, pois, de definição da lei, que encontra no esquema legal o conteúdo explicativo, a razão determinante de uma conduta humana constituir infração penal sujeita a uma pena regulável" (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1987, p. 99).

Nota-se que a definição jurídica de crime – uma conduta não conformista que infringe uma lei – é mais limitada do que o conceito *durkheimiano*, pois se circunscreve à sua dimensão legal, isto é, nenhum fato é crime até ser enquadrado em um dispositivo legal que lhe impute uma pena. Durkheim, em contrapartida, incluiu entre as possíveis sanções ao crime, além das legais, as reações espontâneas desabonatórias não previstas em lei, remetendo ao conceito de desvio (GIDDENS, 2005).

Para Émile Durkheim, o fundamento sociológico do crime – enquanto ação que ofende sentimentos coletivos muitos fortes – não reside no indivíduo ato-

mizado, mas nas reações que determinados atos provocam na consciência coletiva[5] da sociedade, geralmente na forma de sanções legais ou espontâneas.

Em *As regras do método sociológico*, quando trata da distinção entre normal e patológico, Durkheim destaca que ao crime devem ser aplicadas as mesmas regras dos demais fatos sociais. Ele não deveria ser tratado como uma doença social, pois:

"Não há fenômeno que apresente de maneira tão irrefutável como a criminalidade todos os sintomas de normalidade, dado que surge como estreitamente ligada às condições da vida coletiva. (...) Pode, sem dúvida, acontecer que o crime tome formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge uma taxa exagerada. (...) Mas é normal a existência de uma criminalidade que atinja, mas não ultrapasse, para cada tipo social, um certo nível" (DURKHEIM, 1995, p. 119).

Assim, de acordo com o citado sociólogo, o crime não apenas é normal (e não patológico), mas necessário e útil, pois é encontrado em todas as sociedades e se liga às condições de existência da espécie considerada, cumprindo uma função primordial: manter coesa a sociedade ao reforçar a consciência coletiva através da punição. Definido como qualquer ato oposto à consciência coletiva, o crime só deixaria de existir se todos os sentimentos nela presentes também fossem observados na consciência individual.

Na décima de suas *Lições de sociologia*, Durkheim (1966), ao se referir ao crime, menciona o homicídio e o roubo como suas modalidades mais conhecidas. Ao tratar de uma nova esfera da moralidade,[6] dos deveres independentes de todo grupo particular, Durkheim fala do respeito à vida, à propriedade e à honra como pertencente à esfera mais geral e elevada de toda ética. Dentro des-

5. A noção de consciência coletiva corresponde ao "(...) conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade (que) forma um sistema determinado que tem vida própria" (DURKHEIM apud QUINTANEIRO et al, 2001, p. 29).

6. Lembra-se que, para Durkheim, as normas morais são importantes e têm uma finalidade desejável, pois: "(...) junto ao conceito de autoridade se desenvolve o de liberdade (...) porque ser livre não é fazer o que se queira; é ser-se senhor de si, saber agir pela razão, praticando o dever. Cada povo, em certo momento de sua história, possui uma moral, é com base nela que a opinião pública e os tribunais julgam. É a ela que se quer, ela é o bem. Negá-la é negar a sociedade e, embora possam haver consciências que não se ajustem à moralidade de seu tempo, existe uma moral comum e geral àqueles que pertencem a uma coletividade e uma infinitude de consciências morais particulares que a expressam de modo distinto" (QUINTANEIRO et al, 2001, p. 48).

sa *nova esfera*, própria das sociedades avançadas e da moral moderna, roubar e matar seriam tidos como os atos imorais mais graves, servindo como referência aos demais atos transgressores.

Esse autor menciona a inversão da hierarquia dos deveres que representou a passagem da moral antiga para a moral moderna. Nas sociedades inferiores, caracterizadas pela moral antiga, o dever de respeito à vida não constituía o ponto culminante da moral. Assim, a pena para o homicídio ou para o roubo era praticada pelos particulares prejudicados e não pelo Estado, pois a sociedade não se sentia diretamente ameaçada por tais atos. Os *verdadeiros crimes* eram não os que se dirigiam ao indivíduo, mas "contra a ordem familiar, religiosa ou política", pois, "quando se trata de vingar um deus, o que vale a vida de um homem?" (DURKHEIM, 1966, p. 107).

Nas sociedades modernas, ao contrário, é a "dor individual que aborrece", pois a "moral humana (ou individual) se elevou acima das outras morais" (DURKHEIM, 1966, p. 108), e prepondera sobre o ser coletivo, sobre os grupos e sobre a moral doméstica, religiosa ou política. Para comprovar essa proposição, Durkheim constata que nos países mais civilizados, onde mais se desenvolveu o individualismo, ocorreu uma diminuição do homicídio. Tal arrefecimento aconteceu porque, nas sociedades modernas, o culto místico do Estado perdeu terreno para o culto do homem, a vida passa a valer mais do que outros bens e valores morais, e, por consequência, o crime letal é mais punido.

Durkheim também elaborou o conceito de anomia, que significa a ausência ou insuficiência de normas morais, ou ainda, a existência de regras imprecisas, inconsistentes ou ultrapassadas. Para o sociólogo francês, esta situação de quebra de regulação faz com que as aspirações humanas tornem-se ilimitadas, pois em uma sociedade estável há uma adequação delas com as possibilidades concretas de realização (cf. CLOWARD; OHLIN, 1960).

"Qualquer ser vivo só pode ser feliz, e mesmo viver, se as necessidades que sente estiverem suficientemente de acordo com os meios de que dispõe. Caso contrário, se os seres vivos exigem mais do que lhes pode ser dado ou, simplesmente, exigem outra coisa, terão sempre uma sensação de insatisfação e não poderão agir sem sofrimento" (DURKHEIM, 2003, p. 265).

No seu livro *Da divisão do trabalho social* (1989), Durkheim afirma que um estado anômico ocorre geralmente quando a divisão do trabalho tornou-se excessiva e deixou de cumprir o seu papel de integração moral, em crises econômicas ou no conflito entre o capital e o trabalho. Outra fonte de anomia é a tendência do mundo industrial em difundir metas ilimitadas: "Aspirações ilimitadas, Durkheim enfatiza, exercem uma pressão intensa em direção à de-

sordem porque elas são, por definição, inatingíveis, constituindo-se, assim, em fonte de 'agitação ininterrupta'" (CLOWARD; OHLIN, 1960, p. 82, trad. nossa).

Em uma situação anômica, o Estado e as instituições de controle tradicionais, como a família, a escola e a religião, mostram-se incapazes de impor um poder moral ordenador e delimitador do nível de bem-estar que cada classe social pode ambicionar, de acordo com os meios disponíveis. Da mesma forma, os grupos perdem a sua densidade moral (a ascendência moral do coletivo e os vínculos estabelecidos entre os indivíduos), sendo incapazes de se manterem coesos, pois não contam mais com as suas forças internas, espontâneas, culturais e autônomas (MARINO, 2009). O suicídio anômico, produto da incapacidade do indivíduo aceitar os limites morais e as possibilidades reais que a sociedade lhe apresenta, ilustra tal situação, que é menos encontrada entre os pobres, pois:

"A pobreza preserva do suicídio, constitui-se numa trava, porque não existem os meios disponíveis. Pelo contrário, em virtude dos poderes que nos confere, a riqueza dá-nos a ilusão de que não dependemos senão de nós mesmos. (...) Portanto, não é sem razão que tantas religiões enalteceram os benefícios e o valor moral da pobreza. É que ela é de fato a melhor escola para ensinar o homem a se dominar. Ao obrigar-nos a exercer sobre nós mesmos uma disciplina constante, prepara-nos para aceitarmos docilmente a disciplina coletiva, ao passo que a riqueza, ao engrandecer o indivíduo, corre o risco de despertar esse espírito de revolta que é a própria causa da imoralidade" (DURKHEIM, 2003, p. 274).

Como já se viu anteriormente, Durkheim participou do surgimento da fase científica da Criminologia, especialmente da delimitação do seu objeto enquanto um fato social e não individual. As suas premissas influíram no desenvolvimento da sociologia criminal no século XX, e de uma forma explícita nas abordagens da Ecologia Humana (Escolha de Chicago), Estresse Mertoniano, Associação Diferencial de Edwin Sutherland, Controle Social (especialmente Travis Hirschi).

Certos estudos internacionais retomaram a ideia *durkheimiana* de que o desenvolvimento da civilização reduziria a incidência dos crimes contra a vida, e sustentam que, com o passar do tempo e com a expansão das cidades, ocorre um crescimento significativo dos crimes contra a propriedade e uma diminuição ou estabilização dos homicídios. Estas tendências estariam vinculadas aos processos de modernização, de urbanização e de complexificação das sociedades, que provocam um enfraquecimento das formas tradicionais de controle social (pela família, vizinhança, religião, comunidade), a ampliação do anonimato nas relações interpessoais e a mudança de comportamento das pessoas frente aos novos padrões de interação (GOMEZ BUENDIA, 1989).

Outra colocação pertinente refere-se ao conceito de anomia proposto por Durkheim, a partir do qual se pode formular a seguinte questão: considerando o crescimento da criminalidade e da violência na sociedade brasileira, não estaríamos vivenciando uma situação anômica, como sugere Alba Zaluar no texto abaixo?

"Falar da sociedade brasileira pelo lado de suas manifestações violentas não significa, pois, abarcá-la como totalidade ou descobrir a sua verdadeira natureza (o que já sabemos ser impossível), mas simplesmente, apontar mecanismos que revelam o que pode vir a ser o seu ponto negro. Aquele que, ao invés de movimentá-la e reinventá-la, destruindo velhas estruturas e construindo novas, parece ameaçar engoli-la e fazê-la desaparecer enquanto sociedade, isto é, enquanto associação entre indivíduos livres, e enquanto comunidade, que cria identificações e pertencimentos favoráveis a uma sociabilidade intensa e criadora de laços sociais duráveis entre pessoas" (ZALUAR, 1994, p. 25).

3.2 O paradigma marxista e o conflito como elemento constitutivo das sociedades

Na perspectiva marxista, a violência e a dominação decorrem de processos desencadeados em nível estrutural e centralizados no Estado (ENGELS, 1975), sendo que a exploração e as relações sociais capitalistas representam, em si, uma violência.

Em termos políticos, a violência seria tanto um instrumento do Estado burguês para reprimir as lutas operárias (e, assim, um elemento de manutenção do modo de produção capitalista), quanto um instrumento de luta utilizado pelas classes dominadas para tomar o poder político, assumindo, desta forma, um caráter revolucionário. Na visão de Arendt (1985), ainda que Engels tenha enfatizado o papel da violência como aceleradora da transformação social, a ênfase marxista reside "na continuidade de um processo que permanece determinado pelo que precede o ato de violência" (ARENDT, 1985, p. 6), centrado nas relações capitalistas de produção e a apropriação da mais-valia.

A tradição marxista descreve o Estado no modo de produção capitalista como um instrumento da classe dominante, cujo papel é exercer a dominação sobre as demais classes, sob a aparência de estar resguardando os interesses de toda a sociedade. O Estado deve refletir, no campo político, as relações estabelecidas, em nível econômico, entre as relações de produção e as forças produtivas de um dado momento histórico. Quando ele se coloca como entrave ao desenvolvimento das forças produtivas e das relações correspondentes estabelecidas entre os homens, então está prestes a perecer. Nesse referencial,

o político (superestrutura)[7] é determinado pelo econômico (estrutura), e a violência emerge como instrumento de luta cuja racionalidade encontra-se nessa determinação estrutural, dentro da qual a violência potencializa o conflito de classes. Quer dizer, a violência é percebida, por um lado, como instrumento do proletariado na luta pelo poder do Estado, o qual representa o domínio da classe burguesa dentro do modo de produção capitalista. Por sua vez, o Estado burguês utiliza-se da violência (instrumentalizada através de seus aparelhos repressivos) para coibir as lutas da classe operária e, assim, mantê-la sob seu domínio.

Engels (1975) retrata adequadamente esta posição em sua polêmica com o Sr. Duhring a respeito do papel da violência na história. Duhring explica a dominação na sociedade capitalista pelas relações estabelecidas em nível político e pelo exercício da violência política, em detrimento dos aspectos econômicos, por ele considerados de menor significância. Por outro lado, Engels (1975) enfatiza a preponderância das determinações econômicas em relação ao poder político (cristalizado na figura do Estado), como fator explicativo do processo de formação da propriedade privada dos meios de produção e da consequente dominação burguesa sobre o proletariado. Acrescenta, ainda, serem as referências à violência e ao roubo dispensáveis do ponto de vista analítico para a explicação do surgimento da propriedade privada capitalista.

A violência, portanto, ocupa lugar secundário nesta abordagem, embora tenha uma função política importante na dissolução das amarras impostas pela dominação burguesa no modo de produção capitalista. Engels enfatiza essa função revolucionária, contrapondo-se à afirmação de Duhring de que a violência seria a maldade absoluta contaminando as leis naturais e sociais, ao afirmar que:

"(...) a violência desempenha assim mesmo na história um papel muito distinto, um papel revolucionário (...) o papel de parteira de toda sociedade antiga que leva nas suas entranhas outra nova, por meio da qual vence o movimento social e saltam em pedaços as formas políticas fossilizadas e mortas" (ENGELS, 1975, p. 46).

Desta forma, pode-se dizer que Engels considerou a violência como aceleradora da transformação social, mas, ainda assim, a ênfase está "na continuidade

7. Também o direito faz parte da superestrutura político-ideológica, tendo um papel repressivo (direito penal) ou de difusão da ideologia dominante (direito em geral). Tal vinculação foi desenvolvida principalmente por Antônio Gramsci (aparelhos ideológicos de Estado) e Louis Althusser (Estado ampliado).

de um processo que permanece determinado por aquilo que precedeu o ato de violência" (ARENDT, 1985, p. 6).

Segundo Hannah Arendt, Marx também considerava:

"(...) o Estado como um instrumento de violência sob o controle das classes dominantes; mas o verdadeiro poder das classes dominantes não consistia ou baseava-se na violência. Definia-se através do papel desempenhado pelas classes dominantes (...) no processo de produção" (ARENDT, 1985, p. 7).

Constata-se, novamente, que a inteligibilidade da violência somente se faz possível pela referência às determinações estruturais, pois nestas se encontram as bases materiais que dão origem ao conflito de classes e suas repercussões em nível do Estado. Em outras palavras, pode-se dizer que a dominação e a violência resultam de processos estruturais encapsulados em torno da figura do Estado. Isso quer dizer que, para os marxistas, a exploração e as relações capitalistas de produção representam uma violência.

São escassas as referências às ações delituosas na teoria marxista, que transcendem o exercício da violência e não estejam relacionadas diretamente com a luta pelo poder político. Contudo, nos poucos momentos em que é descrito, o delito é vinculado às ações das chamadas *classes perigosas* ou ao *lumpen-proletariado*. Para Engels (1975), as formas criminais difusas perpetradas pelo proletariado representam uma luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes ou uma estratégia de sobrevivência, atitudes percebidas como comuns entre o *lumpen-proletariado*. Em sua essência, as práticas criminais significam uma forma falsa e pré-capitalista de consciência individualista.

Se por um lado podemos identificar no referencial marxista as premissas de que o crime seria o resultado inevitável da competição por recursos materiais limitados e pelo poder, ou representaria uma falsa consciência, por outro, a sua própria definição seria controlada pela classe dominante, como uma expressão da luta de classes. Na sociedade capitalista, o Sistema de Justiça Criminal age de forma seletiva, punindo menos os criminosos pertencentes à burguesia.

Outra observação importante tem a ver com a funcionalidade do crime à reprodução das sociedades capitalistas, representando inclusive um meio de produção. Esta questão foi identificada por Bottomore e Rubel (1974), ao mencionarem três premissas marxianas a este respeito. Em primeiro lugar está a produtividade do crime, pois a luta contra ele absorve um volume considerável de mão de obra, através das empresas de segurança, indústria de armas e de aparelhos de segurança industriais e domésticos. Além disso, o crime prestaria um serviço ao desenvolver os sentimentos morais e proteger a população da estagnação, estimulando a tensão e a mobilidade de espírito indispensável à

competição. Por fim, o crime retiraria o excesso de mão de obra do mercado de trabalho, diminuindo a concorrência entre os trabalhadores e impedindo o rebaixamento dos salários para além de um mínimo, funcionando assim como uma força equilibradora do mercado de trabalho.

Tal raciocínio aparece neste pouco conhecido trecho de Marx, onde o crime é percebido como meio de produção e força produtiva:

"O filósofo produz ideias, o poeta poemas, o eclesiástico sermões, o professor tratados (...) O criminoso produz crimes. Se examinarmos mais de perto as relações que existem entre esse último ramo de produção e a sociedade no seu conjunto, abandonaremos uma série de preconceitos. O criminoso não produz apenas crimes: é ele que produz o direito penal e, portanto, o professor de direito penal e, com este, o inevitável tratado no qual o professor registra seus cursos para colocá-los no mercado como 'mercadoria'. Resulta daí um aumento da riqueza nacional. (...) E mais: o criminoso produz ainda todo o aparelho policial e judiciário: guardas, juízes, carrascos, jurados etc., e todas essas atividades diversas, que constituem outras tantas categorias de divisão social do trabalho, desenvolvem diferentes categorias do espírito humano e criam, ao mesmo tempo, novas necessidades e novas formas de satisfazer essas necessidades. (...) O criminoso cria uma sensação de que tem ao mesmo tempo algo da moral e do trágico e, assim fazendo, fornece um 'serviço', mexendo com os sentimentos morais e estéticos do público. (...) Produz também arte, belas-letras, e até mesmo tragédias. O delinquente introduz certa diversão na monotonia e na serena tranquilidade da vida burguesa, defendendo-a contra o marasmo e provocando essa tensão inquieta, esse dinamismo do espírito sem o qual o próprio estímulo da concorrência acabaria por se embotar. (...) Ao mesmo tempo em que o crime retira do mercado de trabalho uma parte do excesso da população e que reduz assim a concorrência entre os trabalhadores, contribuindo para impedir os salários de cair abaixo do mínimo, a luta contra a criminalidade absorve uma outra parte dessa mesma população. O criminoso, portanto, realiza uma dessas 'compensações naturais' que criam equilíbrio e suscitam uma multiplicidade de trabalhos 'úteis'.

Pode-se demonstrar de forma detalhada a influência que o criminoso exerce no desenvolvimento das forças produtivas: as fechaduras teriam chegado a esse tipo de perfeição se não existissem ladrões? Se não houvesse falsários, teriam as notas bancárias atingido essa precisão? O microscópio teria entrado nas esferas comerciais se não existissem fraudes? A química aplicada não deve tanto à falsificação e à repressão desta os esforços legítimos para melhorar a produção? Ao buscar e encontrar incessantemente meios de atacar a propriedade, o crime cria em permanência novos meios para sua defesa, de tal forma

que ele dá à mecanização um impulso tão produtivo quanto aquele que resulta das greves. No campo do crime privado, o mercado mundial teria nascido sem os crimes nacionais? E as próprias nações? E desde Adão, a árvore do pecado não é ao mesmo tempo a árvore da ciência?" (MARX, 1987, p. 310).

O marxismo influenciou inúmeros estudos latino-americanos sobre o crime, que percebiam esse fato social como consequência de um sistema intrinsecamente falido ou perverso, produtor de pobreza e desigualdade. Nos Estados Unidos, as ideias marxistas foram defendidas por: Preben Wolf (1971), David Schichor (1985), Blau e Blau (1982), Conklin e Simpson (1985), Mcarthy e Hoge (1984), Quinney (1970).[8]

Segundo Ulmer (1998), as principais proposições de Richard Quinney são as seguintes:

• O crime é socialmente definido através de processos políticos, sendo, portanto, inerentemente político.

• As definições criminais tendem a descrever os comportamentos que conflitam com os interesses dos segmentos sociais que têm o poder para fortalecer seus interesses através da lei e do Estado. Um recrudescimento da formulação de definições criminais associa-se a fatores como: mudança social, conflitos de interesse entre grupos e movimentos sociais ou populações que representam ameaças aos grupos poderosos.

• A aplicação e coação das definições criminais refletem os interesses dos grupos poderosos. A probabilidade de que as definições criminais sejam reforçadas depende do grau de ameaça que o comportamento dos dominados exerce sobre os interesses dominantes.

• Devido à sua posição social, as pessoas são diferentemente vulneráveis a: (a) oportunidades para aprender e performar atividades que serão taxadas de criminosas, e (b) sofrer reações punitivas das autoridades quando tais atividades são descobertas. Portanto, através de diversos mecanismos, os indivíduos sem recursos e sem poder político são conduzidos ao comportamento criminal.

Richard Quinney foi também um dos primeiros a reconhecer a importância da mídia como agente semiautônomo em elaborar e disseminar definições criminais.

Outros autores marxistas, como Rusche e Kirchheimer (1967), relacionam a questão criminal com a situação do mercado de trabalho. Ao estudarem o nascimento da prisão (por volta de 1600), os autores consideram-na uma res-

8. Todas estas indicações constam do trabalho de Gláucio Soares e Ignacio Cano (2002).

posta à conjuntura de grande procura e escassa oferta de mão de obra, antes de a Revolução Industrial ter criado o exército industrial de reserva. A pena de privação de liberdade veio em substituição aos castigos corporais e à pena capital, uma vez que não seria de bom senso, naquele momento histórico, exterminar os criminosos. Além disso, ela providenciava, a baixos custos, a qualificação profissional e a "docilização dos corpos" (FOUCAULT, 1986) dos trabalhadores potenciais. Dentro das prisões, o custo de cada detento deveria ser menor do que o de um operário de salário mais baixo, a fim de que o trabalho livre fosse preferível ao cárcere. Atualmente, muitos autores relacionam a questão prisional à situação do mercado de trabalho, a prisão servindo tanto para controlar o preço da mão de obra quanto para manejar a massa de desempregados.

Por sua vez, Stephen Spitzer (1975 apud ULMER, 1998, p. 7)[9] ressalta que a coação das leis criminais é uma ferramenta que facilita o gerenciamento capitalista, o controle e a exploração da classe trabalhadora. A probabilidade de que um comportamento ou grupo seja processado e punido pelo Sistema de Justiça Criminal depende da intensidade com que ele ameaça as relações de produção existentes.

Mais recentemente, este autor utilizou os princípios marxistas para analisar o crime organizado, este funcional ao Estado e à classe dominante:

"Ao criar uma estrutura de oportunidades paralela, o crime organizado providencia um meio de suporte para grupos que poderiam, de outra forma, tornarem-se um peso para o Estado. As atividades do crime organizado são também importantes na pacificação dos problemas de população. Ele providencia bens e serviços que aliviam a miséria e desviam as energias da classe baixa. Neste papel o 'crime industrial' desempenha uma função de 'esfriamento' e oferece um recurso de controle que não poderia existir de outra forma. Mais do que isso, na medida em que a empresa criminal tenta reduzir a incerteza e o risco de suas operações, ela auxilia o Estado na manutenção da ordem pública" (SPITZER, 1994, p. 409, trad. nossa).

Essa relação também é assinalada por autores brasileiros que estudaram o crime organizado, dentre eles Paulo Sérgio Pinheiro:

"Muitos jovens tentam compensar a marginalidade às gangues de rua, enquanto outros se envolvem no tráfico de drogas. O crime se torna a maneira mais fácil e rápida de ter mobilidade social e canais 'respeitáveis' para tal mobilidade são cortados amplamente" (PINHEIRO, 1997, p. 46).

9. SPITZER, Stephen. Toward a marxian theory of deviance. *Social Problem* 22/638-651 apud ULMER, 1998, p. 7.

Da mesma forma, em Zaluar (2004) encontramos que: "A mera existência de opções informais do mercado ilegal de drogas e demais crimes contra a pessoa e contra o patrimônio minou a visão da profissionalização e da educação como saídas da pobreza" (ZALUAR, 2004, p. 70).

Por fim, salientamos a influência do Marxismo como um dos eixos teóricos resgatados pela criminologia crítica (ou nova criminologia ou teoria crítica)[10] ao lado da *labeling approach* (BECKER, 1977, 1994 e LEMERT, 1994). Além disso, essa perspectiva também tem se refletido em pesquisas acerca da relação entre classe e crime, *status*, raça/etnia, crime e punição criminal. Vide, por exemplo, os trabalhos de Hagan (1992) e Harris e Meidlinger (1995).

3.3 Ação social, dominação e Estado moderno na abordagem weberiana

De acordo com Raymond Aron (1997), Weber não acreditava que as sociedades modernas fossem essencialmente pacíficas, considerando a violência como parte da ordem normal da história.

---

10. Desde o final da década de 60 do século XX, as análises criminológicas ditas *tradicionais* passaram a ser duramente criticadas por grupos de estudiosos de formação jurídica ou sociológica, que assumiram uma visão histórico-materialista sobre o desvio, propondo uma análise crítica dos processos de formação das normas (o que significam, para que e a quem servem), priorizando a reação social ao desvio, e o poder performativo das instâncias de controle social (de definir o que é o desvio e quem é desviante). Hoje abrangendo várias correntes ideológicas, a criminologia crítica nasceu sob influência central de criminólogos norte-americanos e ingleses: o grupo de Bekerley (na Califórnia, Estados Unidos, *Union Of Radical Criminologist* – URC, sob a influência de H. e J. Schwendinger e T. Platt), e o grupo da *National Deviancy Conference* (NDC, na Inglaterra, com Taylor, Walton e Young). Posteriormente, este movimento irradiou-se para outros países europeus, com destaque para a Associação Sueca Nacional para a Reforma Penal (Krum), de linha abolicionista. Ao longo da década de 1970, os pressupostos das três vertentes – URC, NDC E Krum – repercutiram nos sucessivos congressos dos Estados Unidos, Canadá e Europa: na Itália, forma-se o Grupo de Bolonha (com Alessandro Baratta, Dario Melossi e Massimo Pavarini); na Holanda é criado o Instituto de Justiça Criminal; na França consolida-se a produção de Michel Foucault. Nos países de língua portuguesa, destacam-se os estudos de Boaventura de Sousa Santos, Roberto Lyra Filho e Juarez Cirino dos Santos. Venezuela, Colômbia e Argentina foram os primeiros países a incorporarem a teoria crítica na América Latina, também na década de 70 (CASTRO, 1983). Uma das principais referências da criminologia crítica é o conhecido livro de Taylor, Walton e Young, "La nueva criminologia" (1990, 1. ed. em inglês em 1973), que apresenta os principais elementos da "Teoria Social da Conduta Desviante", os quais remetem à ideia de totalidade marxista: as origens imediatas e mediatas do ato desviante e da reação social, o ato em si mesmo e a dinâmica social nele envolvida.

No livro *Economia y sociedad*, Weber apresenta conceitos – como os de ação e relação social, ordem legítima, dominação e Estado Moderno – a partir dos quais pretende alcançar a compreensão sociológica da sociedade. Tais categorias permitem-nos inferir vários *insights* sobre a violência e o crime, dentro de uma perspectiva weberiana.

São conhecidos os conceitos de ação e relação social de Weber. A ação social representa a conduta humana significativamente orientada pelo comportamento previsível passado, presente ou futuro de outras pessoas, podendo ser desencadeada por vários motivos, inclusive inconscientes (WEBER, 1969). Para ele, as condutas humanas são tanto mais racionais quanto menos o indivíduo seguir costumes e emoções e quanto mais planejar adequadamente a sua ação, adequando os meios aos fins, e avaliando as consequências prováveis de sua conduta.

Max Weber elaborou quatro tipos puros de ação social: (a) racional com relação a fins (a adequação dos meios aos fins pretendidos, tendo como exemplo o comportamento econômico), (b) racional com relação a valores (quando o indivíduo guia-se por um senso de responsabilidade ou de dever, com base em convicções e valores de fundo religioso, político, moral ou estético, exemplos: a luta revolucionária, a prática da solidariedade, a obediência à moral grupal), (c) tradicional (quando se age em função de hábitos e costumes arraigados, muitas vezes sem se dar conta, como no batismo dos filhos por pais pouco praticantes de sua religião), (d) afetiva (ação inspirada nas emoções imediatas e sem consideração dos fins, exemplos: explosões de raiva, abnegação para com entes queridos, crime passional).

Estes tipos ideais de Weber aplicam-se muito bem à compreensão sociológica das práticas criminais, porquanto representam ações sociais com sentidos subjacentes. Todavia, é preciso ter-se em conta que uma única ação pode envolver mais de um motivo explicativo.

Seguindo-se o raciocínio de Weber, tem-se uma relação social quando dois ou mais indivíduos vinculam sua ação aos atos previsíveis dos outros, mesmo que os significados ou conteúdos das ações não sejam os mesmos para todos os participantes, e envolvam tanto a solidariedade quanto o conflito entre eles. A relação é simétrica quando os participantes lhe atribuem o mesmo sentido, e assimétrica quando os significados são distintos. Há, portanto, uma expectativa dos agentes quanto às reações dos outros, uma probabilidade de que os outros indivíduos ajam ou reajam de certa maneira em resposta às ações previamente desencadeadas (WEBER, 1969).

Ao agirem e se relacionarem, os indivíduos orientam-se pelo reconhecimento da existência de uma ordem legítima, manifesta sob forma de máximas

obrigatórias ou modelos de conduta. Weber destaca que a ordem é válida para um círculo de homens mesmo que eles transgridam ou elidam o seu sentido; é o que acontece, por exemplo, com o ladrão que, ao admitir a legitimidade da lei penal, oculta a sua ação (WEBER, 1969).

A legitimidade (reconhecimento, validade) atribuída a uma determinada ordem pode ser motivada pela tradição, em virtude de uma crença afetiva, pela observância de valores, pelo reconhecimento do estatuído legalmente; motivos esses não excludentes entre si. E a legalidade é reconhecida socialmente em virtude de um pacto de interessados e/ou da outorga por uma autoridade legítima (WEBER, 1969). Conforme o autor pode ocorrer mais de uma ordem legítima em determinado contexto social.

De fato, para o autor, os limites entre validade e não validade de uma ordem são fluídos. Quando a transgressão da ordem converte-se em regra, então sua validade é muito limitada ou deixou de existir. É o que ocorre, por exemplo, nas guerras civis, rebeliões, formas mais difusas de violência e conflitos sociais graves.

A fim de evitar essas rupturas, a sociedade delega ao Estado o papel de manutenção da ordem, através do exercício ou ameaça da coação física, praticada por funcionários estatais pertencentes às polícias, às forças armadas e às instituições prisionais. Nas palavras de Weber:

"O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas" (WEBER, 1979, p. 17).

"Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um meio específico que ele, como qualquer associação política possui: a violência física. 'Todo Estado se funda na violência', disse Trotski em Brest-Litowsk. Isto está objetivamente certo. Bastaria que tivessem existido configurações sociais que tivessem ignorado o meio da violência e o conceito de 'Estado' teria desaparecido, instaurando-se o que, neste sentido específico, chamaríamos 'anarquia'. Naturalmente que a violência não é nem o meio normal, nem o único meio de que o Estado se serve, mas é realmente o seu meio específico. (...) O Estado é a única fonte do 'direito' à violência" (WEBER, 1979, p. 9).

Portanto, para Weber, o Estado Moderno não se define teologicamente (pelos fins almejados), mas pelo meio que utiliza ou que ameaça utilizar – a força física –, que representa um poder superior a todos os demais poderes existen-

tes na sociedade. Através deste meio socialmente legitimado, o Estado deve coibir manifestações não legítimas de violência potencialmente vigentes no interior da coletividade, sendo estas promovidas por indivíduos ou por grupos sociais. Estes, em contrapartida, reconhecem/aceitam a capacidade do Estado de governar e utilizar a violência quando necessário.

Essa noção de Estado Moderno é muito citada por estudos que versam sobre os órgãos encarregados do exercício da violência física legítima, em especial, a polícia.[11]

Outros conceitos weberianos pertinentes ao estudo da violência e do crime são os de dominação e de poder.

Dominação é a probabilidade de encontrar obediência a determinado mandato (ordem), fundando-se em diversos motivos de subordinação: interesses (utilidades e inconvenientes), costume (hábito cego de um comportamento inveterado), ou afeto (mera inclinação pessoal do subordinado). Ela sempre envolve certo consentimento de quem é dominado, cuja obediência é exercida como se fosse uma obrigação. Entende-se, assim, que a obediência a determinada ordem dentro de uma relação de dominação exclui a coação violenta.

Em uma situação de dominação, os atores estão submetidos a:

"(...) um estado de coisas pelo qual uma vontade manifesta ('mandato') do 'dominador' ou dos 'dominadores' influi sobre os atos de outros (do 'dominado' ou dos 'dominados'), de tal sorte que num grau socialmente relevante estes atos têm lugar como se os dominados tivessem adotados por si mesmos e como máxima de seu agir o conteúdo do mandato ('obediência')" (WEBER, 1969, p. 699, trad. nossa).

A relação social de dominação costuma apoiar-se internamente em bases jurídicas, que reforçam a sua legitimidade. Além disso, apresenta-se sob duas modalidades: (a) a que se dá por meio de uma *constelação de interesses*, (b) a que ocorre *mediante a autoridade* (poder de mando e dever de obediência).

"O tipo mais puro da primeira forma é o domínio monopolizador de um mercado. O tipo mais puro da última é o poder exercido pelo pai de família, pelo funcionário ou pelo príncipe" (WEBER, 1969, p. 696, trad. nossa).

O pai de família, o funcionário/burocrata e o príncipe são os arquétipos dos três tipos puros de dominação legitima: tradicional, legal-burocrática e carismática.

Para Weber, uma relação de dominação diferencia-se do poder, este último significando:

11. Vide, por exemplo, o trabalho de Hagen (2006).

"(...) a probabilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade. (...) Os meios utilizados para alcançar o poder podem ser muito diversos, desde o emprego da simples violência até a propaganda por procedimentos rudes ou delicados: dinheiro, influência pessoal, poder da palavra, sugestão e engano grosseiro, tática mais ou menos hábil de obstrução dentro das assembleias parlamentares" (WEBER, 1969, p. 34 e 693, trad. nossa).[12]

De acordo com Aron (1997, p. 501), a diferença entre o conceito de poder e de dominação em Weber, "(...) está em que, no primeiro caso, o comando não é necessariamente legítimo, nem a obediência forçosamente um dever; no segundo, a obediência se fundamenta no reconhecimento, por aqueles que obedecem, das ordens que lhes são dadas".

Neste sentido, a violência, entendida em seu sentido estrito – enquanto ato unilateral de extrapolação da força que causa dano a outrem – é um dos meios de se exercer o poder, de uma forma não legítima. Por consequência, a violência física pode provocar o rompimento da relação social de dominação, e no limite, quando generalizada, solapar a própria validade da ordem social.

Transpondo-se a noção de Estado em Weber à análise da violência e da criminalidade em países periféricos como o Brasil, pode-se atribuir o crescimento destes dois fenômenos sociais ao não cumprimento pelo Estado de seu papel de impor a obediência através do uso real ou potencial da coação física legíti-

12. A noção de poder em Weber é diferente da de Hannah Arendt, filósofa que faz uma distinção entre poder (com sentido positivo) e violência (que seria o oposto do poder): "O poder corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em uníssono, em comum acordo. O poder jamais é propriedade de um indivíduo: pertence ele a um grupo e existe apenas enquanto o grupo se mantiver unido. (...) O poder não precisa de justificativas, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas, mas precisa, isto sim, de legitimidade. (...) a sua legitimidade deriva da reunião inicial (de pessoas agindo em comum acordo) e não de qualquer ação que possa se seguir (...)" (ARENDT, 2004, p. 27, 32 e 33). Já a violência, meio instrumental arbitrário e não argumentativo: "(...) como todos os meios está sempre em procura de orientação e de justificativas pelo fim que busca. E aquilo que necessita justificar-se através de algo mais não pode ser a essência de coisa alguma (...). Ademais, ao passo que os resultados das ações humanas escapam ao controle dos seus atores, a violência abriga em seu meio um elemento adicional de arbitrariedade (...). A questão é que em certas circunstâncias a violência – atuando sem argumentos ou discussões ou sem atentar para as consequências – é a única maneira de equilibrar a balança da justiça de maneira certa" (ARENDT, 2004, p. 35, 32 e 40). A violência pode destruir o poder, mas é incapaz de criá-lo, conforme Arendt (2004, p. 33 e 35).

ma, não mais servindo de anteparo à fragilização das bases legítimas da ordem social. Muitos autores destacam o enfraquecimento da tarefa regulatória estatal como uma das causas do aumento da violência social, dentre eles: Wieviorka (1997), Adorno (2002), Pinheiro (1997, 1998).

Por outro lado, para além de um desempenho insuficiente ou aquém do esperado quanto ao monopólio da força física legítima, o Estado também pode causar um incremento da violência na sociedade quando ultrapassa certos limites, como sugere Anthony Giddens:

"Assim, a pacificação em si pressupõe um controle dos meios de violência por parte das autoridades legítimas. Contudo, acredito que se possa assumir que todas as formas de violência devem ser minimizadas tanto quanto possível, sejam elas legítimas ou ilegítimas. Em outras palavras, a tendência das autoridades governantes no sentido de assegurar um monopólio dos meios de violência não deveria ser equacionada como um recurso cada vez maior à violência" (GIDDENS, 1996, p. 260).

Nesta mesma linha, Tavares dos Santos e Tirelli (1999) afirmam que no Brasil a polícia tem historicamente excedido o seu poder legal, através de práticas violentas abusivas e arbitrárias. Para Grossi (1999, p. 31), tais ações ilegítimas representam uma "privatização do monopólio legítimo da violência pelo Estado", por meio, paradoxalmente, da ação de agentes que deveriam exercer satisfatoriamente este monopólio e assim garantir os princípios universalistas próprios do espaço público. Na visão da autora, a violência policial tanto revela quanto amplia a crise de legitimação dos poderes responsáveis pela segurança pública.

4. CONCLUSÃO

Os sociólogos clássicos lançaram importantes luzes para o entendimento dos fenômenos da violência e do crime nos dias de hoje, e os seus ensinamentos continuam sendo resgatados por cientistas sociais de todo o mundo. Para além de suas divergências epistemológicas, cada um dos autores traz uma valiosa contribuição para o aprimoramento da análise criminológica, com destaque para as seguintes teorizações e conceitos:

- Durkheim: a anomia, a evolução das sociedades antigas para modernas, e a definição de crime enquanto fato social normal e reconhecido pela reação que provoca na consciência coletiva.

- Marx: a violência do Estado e contra ele, o crime visto como luta individual contra as condições de existência e a exploração capitalista, e expressão

do conflito de classes, a funcionalidade do delito para o modo de produção capitalista.

• Weber: os tipos de ação social aplicados à compreensão das distintas práticas criminais, a ordem social e a preocupante fragilização de suas bases legítimas, a violência enquanto mecanismo de poder, a relação social de dominação e o seu rompimento (para se pensar, por exemplo, a violência doméstica e o seu ciclo vicioso), o Estado Moderno e o uso (ou mau uso) da coação física legítima.

Ao se considerar a criminologia como um campo científico multidisciplinar, que busca estudar o crime – sua origem, dinâmica e fatores causais – não apenas como fenômeno individual, mas enquanto fato social, logo se percebe a relevância do legado dos sociólogos clássicos para tais propósitos científicos.

Por último, ressaltamos que, para além da discussão apresentada neste artigo, muitas outras correntes teóricas podem ser agregadas à contribuição dos fundadores, a fim de se aprofundar a análise da violência e do crime, em perspectiva sociológica.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. A crise no sistema de justiça criminal. *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*. vol. 54. p. 50-53. São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, jul.-set. 2002.

_____. O gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. *São Paulo sem medo*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Ed. UnB, 1985. Versão em *e-book* (digitalizado em 2004). Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/7011287/Hannah-Arendt-Da-ViolEncia]. Acesso em: 09.01.2006.

Aron, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico. Max Weber*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECKER, Howard Saul. Career Deviance. (reimp. de Outsiders. Nova York: Free Press, 1963). In: TRAUB, Stuart H.; LITTLE, Craig B. (eds.). *Theories of Deviance*. 4. ed. Itasca/Illinois: F. E. Peacock Publishers Inc., 1994.

_____. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

BOTTOMORE, Thomas B.; RUBEL, Maximilien. *Karl Marx. Selected writings in sociology and social philosophy*. Middlesex: Penguin, 1974.

BOURDIEU, Pierre. *Lições de aula*. São Paulo: Ática, 1994.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CLOWARD, Richard A.; OHLIN, Lloyd E. *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*. New York: Free Press, 1960.

DURKHEIM, Émile. *Lecciones de sociología*. Buenos Aires: Schapire, 1966.

_____. *A divisão do trabalho sócial*. Lisboa: Presença, 1989. vol. I.

_____. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *O suicídio*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ENGELS, Friedrich. Teoría de la violencia. In: _____; MARX, Karl; LÊNIN, Vladimir I. *Marxismo y terrorismo*. Barcelona: Grijalbo, 1975.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1986.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Indicadores sociais de criminalidade*. Belo Horizonte:,PUC-MG, 1987. Mimeo.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2006. Reeditado por Luiz Flávio Gomes.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Unesp, 1996.

_____. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMEZ BUENDIA, Hernando (ed.). *Urban crime: global trends and policies*. Tokyo: The United Nations University, 1989.

GROSSI, Maria Stella. Entre a política e a religião: caminhos da contribuição weberiana à análise da violência. *Sociologias*. n. 1. ano 1. p. 14-33. Porto Alegre: UFRGS, jan.-jun. 1999.

HAGAN, John. The Poverty of a Classless. The American Society of Criminology 1991 Presidential Address. *Criminology*. vol. 30. p. 1-19. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1992.

HAGEN, Acácia M. M. *O trabalho policial: estudo da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

HARRIS, Anthony; MEIDLINGER, Lisa. *Criminal behavior: race and class. Criminology*. Belmont: Wadsworth, 1995.

KIVISTO, Peter. Part I – Classical sociological theory. Introduction. In: _____ (ed.). *Illuminating social life. Classical and contemporary theory revisited*. 3. ed. London: Sage Publications, 2005.

LEMERT, Edwin M. Primary and secondary deviation. reimp. de Social pathology. New York: McGraw-Hill Book, 1951. In: TRAUB, Stuart H.; LITTLE, Craig B. (eds.). *Theories of deviance*. 4. ed. Itasca/Illinois: F. E. Peacock Publishers, 1994.

LENOIR, Remi. Objet sociologique et problème social. In: CHAMPAGNE, Patrick et al. (orgs.). *Iniciation a la pratique sociologique*. Paris: Dunod, 1990.

MARINO, Juan M. F. *Sobreviventes, rebeldes e bandidos: para uma sociologia da criminalidade na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

MARX, Karl. *Teorias da mais-valia: história crítica do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987. vol. I.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo social – Revista de sociologia da USP.* vol. 9. n. 1. p. 43-52. São Paulo: USP, maio 1997.

_____. *São Paulo sem medo, um diagnóstico da violência urbana.* Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria L. de O.; OLIVEIRA, Márcia G. de. *Um toque de clássicos – Durkheim, Marx e Weber.* Belo Horizonte: UFMG, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure.* New York: Russell and Russel, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os modos de produção do poder, do direito e do senso comum. In: _____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez, 2000. vol. 1, cap. 5.

SOARES, Gláucio Ary Dillon; CANO, Ignacio. *As teorias sobre as causas da criminalidade.* Rio de Janeiro: Ipea, 2002.

SPITZER, Steven. Toward a marxian theory of deviance. reimp. de Toward a marxian theory of deviance. *Social Problems.* vol. 22. n. 5. p. 638-651, 1975. In: TRAUB, Stuart H.; LITTLE, Craig B. *Theories of deviance.* 4. ed. Itasca/ Illinois: F.E. Peacock Publishers, 1994.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Princípios de criminologia.* São Paulo: Livraria Martins, 1949. Biblioteca de Ciências Sociais.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente; TIRELLI, Cláudia. A ordem pública e o ofício de polícia: a impunidade na sociedade brasileira. In: SOUSA, Edson L. de. *Psicanálise e colonização: leituras do sintoma social no Brasil.* Porto Alegre: Artes & Ofícios, 1999.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada.* Buenos Aires: Amorrortú, 1990.

TOURAINE, Alain. *Cartas a uma jovem socióloga.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

ULMER, Jeffery. *Outline for book chapter on U.S. crime and criminal justice.* West Lafayette: Purdue University, [1998?]. Mimeo.

WEBER, Max. *Economía y sociedad.* Mexico: Fondo de cultura economica, 1969.

_____. *O político e o cientista.* Lisboa: Presença, 1979.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP.* vol. 9. n. 1. p. 5-41. São Paulo: USP, maio 1997.

ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas.* Rio de Janeiro: FGV, 2004.

_____. Memorial da violência. *Cadernos do IFCH.* Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, nov. 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminologia na pós-modernidade, de Carlos Alberto Elbert – *RCP* 14/396;
- A produção social da violência, de Miriam Chnaiderman – *RBCCrim* 21/179;
- A violência e a criminalidade na sala de estar, de Tadeu Antônio Dix Silva, Alexandre Dantas e Maria Clara Veronesi de Toledo – *RBCCrim* 57/248;
- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/29; e
- Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica, de Alvino Augusto de Sá – *RBCCrim* 28/23.

57721

ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: CONTRIBUIÇÕES DE UMA PESQUISA EMPÍRICA

2

FERNANDO SALLA

Professor do Programa de Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei da Universidade Bandeirante de São Paulo. Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Membro da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCCrim. Sociólogo.

MARCOS CÉSAR ALVAREZ

Professor do curso de Ciências Sociais e do programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Membro da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCCrim. Sociólogo.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo apresenta alguns dos principais resultados de um projeto de pesquisa desenvolvido entre 2008 e 2010 a partir de documentação (pastas e prontuários) dos adolescentes que passaram pela Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem) de 1990 até 2006. O projeto foi desenvolvido pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP em parceria com a Fundação Casa-SP – Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente. Teve por objetivos principais o levantamento do perfil dos adolescentes, as características da medida aplicada e a análise do funcionamento das instituições da justiça juvenil.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente – Infração – Medida socioeducativa – Internação – Fundação Casa.

ABSTRACT: The article presents some results of a research project carried out between 2008 and 2010 based on documentation about teenagers detained at the State Foundation for the Welfare of Minors – *Febem* (*Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor*) from 1990 until 2006. The project was developed by the University of São Paulo's Center for the Study of Violence (*Núcleo de Estudos da Violência*), and the *Casa-SP* Foundation (*Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente*). The main objectives were to establish the profile of the adolescents, to determine the characteristics of the legal punishment applied and to analyze the operation of the institutions of juvenile justice.

KEYWORDS: Adolescent – Infringement – Socio-educational measure – Confinement – *Fundação Casa.*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O trabalho com as fontes - 3. Resultados: 3.1 O perfil dos jovens; 3.2 As infrações; 3.3 As dinâmicas do sistema após o Estatuto da Criança e do Adolescente - 4. Observações finais - 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O campo de reflexão sobre adolescentes em conflito com lei no Brasil vem sendo cada vez mais ampliado com as contribuições das Ciências Sociais, por meio de pesquisas voltadas tanto para a compreensão das dinâmicas sociais que favorecem o envolvimento de jovens com a criminalidade, quanto pelos estudos que buscam analisar as respostas que a sociedade apresenta em relação a esse fenômeno. A partir de tais estudos, uma multiplicidade de olhares e leituras – da Antropologia, da Sociologia, do Direito, da Psicologia etc. – tem proporcionado, não só ao campo acadêmico, mas também ao debate político, uma melhor qualidade de análise e de intervenção do poder público e de organizações da sociedade civil nas questões relacionadas ao adolescente em conflito com a lei. Procuramos contribuir com essas iniciativas apresentando, neste artigo, um breve relato sobre o projeto *Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do Complexo do Tatuapé (São Paulo/SP – 1990-2006)* e os resultados por ele produzidos.

O projeto foi desenvolvido, de setembro de 2008 a agosto de 2010, pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP em parceria com a Fundação Casa-SP.[1] Teve como objetivo principal reconstruir aspectos do funcionamento das instituições de controle social voltadas para jovens em conflito com a lei. A principal fonte para a pesquisa foi a rica domunentação formada pelas pastas e prontuários dos adolescentes que passaram pelas unidades da Febem, atual Fundação Casa, no período de 1990 a 2006. Dentre os objetivos específicos, o projeto procura, por um lado, estabelecer aspectos do perfil socioeconômico dos adolescentes, bem como caracterizar as medidas socioeducativas aplicadas, ao recorrer à análise quantitativa dos dados obtidos naquela documentação. Por outro lado, por meio de análise qualitativa, torna-se possível carcaterizar alguns aspectos das trajetórias sociais de adolescentes infratores, além

1. O projeto contou com recursos do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) do Ministério da Ciência e Tecnologia, Processo 400721/08 – 2. Também compuseram a equipe os seguintes pesquisadores: Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, Liana de Paula, Mônica Moreira de Oliveira Braga Cukierkorn, Amanda Oi, Viviane Calderoni, César Augusto da Silva, Daniela Cardoso Lourenço e Ana Cristina do Canto Bastos.

de identificar e analisar as diferentes lógicas institucionais (policial, judiciária, técnica etc.) presentes.

2. O TRABALHO COM AS FONTES

A fonte principal de coleta das informações foi constituída pelas pastas e prontuários dos adolescentes no período de 1990 a 2006. Tanto as pastas como os prontuários – que na história da instituição (Febem), ora foram transformados num único conjunto, ora foram mantidos separados – reúnem vários documentos no curso da trajetória de um adolescente na instituição. São, portanto, integrantes dessa documentação, os formulários de ingresso na instituição, boletim de ocorrência, cópia de audiências judiciais, registros e laudos de assistentes sociais, psicólogos, e outros profissionais envolvidos no processo de aplicação de medidas socioeducativas, laudos médicos, documentos administrativos de transferência do adolescente de uma unidade para outra, e, enfim, documentos destinados a informar sobre a trajetória dele no sistema socioeducativo.

Da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, até 2006 havia um conjunto de 115.639 pastas e prontuários.[2] Esse universo de interesse para o projeto provocou a necessidade de construção de uma amostra probabilística. Essa amostra compreendeu 1.581 prontuários. Para a coleta de dados, nesta etapa quantitativa, foram elaborados dois instrumentos de pesquisa: um formulário *completo* – usado para coletar, no prontuário sorteado, os dados referentes à primeira e à última entrada do adolescente no sistema – e um formulário *reduzido* – empregado para coletar os dados referentes às múltiplas entradas intermediárias, no caso do adolescente ter entrado por diversas vezes no sistema. Se o adolescente passava na instituição uma única vez, só era preenchido o formulário completo. Nos casos em que o prontuário constante da amostra não era localizado (por extravio, principalmente) era substituído pelo de número subsequente.

Posteriormente, outro formulário foi elaborado para o tratamento qualitativo de alguns dos prontuários que integraram a amostra.[3] Nesse formulário,

2. Tais pastas e prontuários são numerados pela instituição para fins de arquivamento. A rotina é sempre ter um mesmo número de pasta/prontuário para um determinado adolescente. Mesmo quando pastas e prontuários se constituem em dois conjuntos de documentos separados, eles não recebem numeração distinta. E sempre que o adolescente retorna à instituição, o número de seu prontuário/pasta é o mesmo da primeira entrada.

3. Embora a documentação que foi utilizada seja de natureza muita rica, tivemos presente a necessidade de uma crítica cuidadosa a essa fonte, tendo em vista tratar-se de

eram registradas e por vezes transcritas as manifestações dos operadores em relação ao ato infracional, à aplicação da medida pelo Poder Judiciário, à vida do adolescente na instituição de internação, entre outros aspectos.

3. RESULTADOS

A amostra de 1.581 prontuários gerou o preenchimento de 2.312 formulários, ou seja, uma parte desses formulários refere-se a reiteradas entradas do mesmo jovem no sistema de internação. Com base no levantamento quantitativo feito a partir da coleta junto a esses prontuários, indicamos, no presente artigo, alguns dados que podem ser úteis na caracterização dos jovens que cometem atos infracionais, bem como do funcionamento das instituições – polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e demais órgãos – que executam as medidas socioeducativas. Selecionamos aqui apenas alguns dos vários tópicos (quanto ao perfil do adolescente e das infrações) processados pela pesquisa. Cabe ainda observar que os números apresentados a seguir são apenas relacionados aos jovens que efetivamente passaram pela Febem (e depois Fundação Casa), não se referindo, portanto, ao universo das infrações cometidas no Estado naquele período (1990-2006), nem mesmo à quantidade e ao tipo de medidas aplicadas pelo Poder Judiciário. No entanto, os dados constituem-se em importante indicador de quais atividades infracionais motivavam o ingresso de adolescentes no sistema socioeducativo e as principais características do funcionamento desse sistema.

3.1 O perfil dos jovens

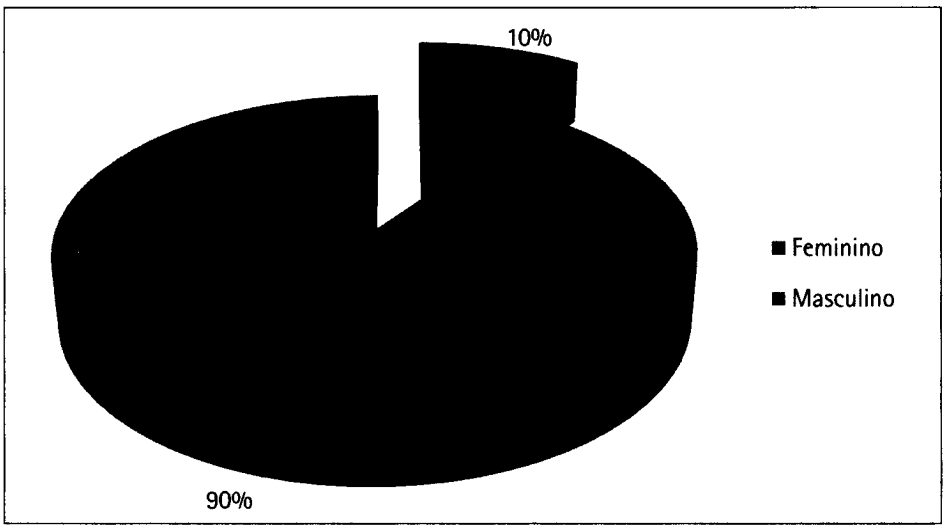
Um primeiro aspecto refere-se à distribuição dos jovens que passaram pela Febem-Fundação Casa, segundo sexo. O gráfico abaixo mostra que 90% dos jovens eram do sexo masculino. Esse percentual expressa uma tendência também encontrada no mundo adulto, no qual igualmente predomina a presença masculina no crime e no sistema de justiça. No entanto, no mundo adulto, por exemplo, em 1995, o Censo Penitenciário indicava que as mulheres eram

---

documentos produzidos em contextos institucionais complexos, tanto pelas dinâmicas de seus agentes, quanto pelas representações ali existentes, bem como pelas formalidades das quais estão revestidos. Para uma crítica interessante do uso de fontes documentais nas Ciências Sociais, ver CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, Jean. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

3,7% dos 148.760 presos no país. Já em 2009, as mulheres presas eram cerca de 30 mil num universo de 470 mil presos, o que correspondia a 6,3% do total de pessoas encarceradas no país.[4] No universo pesquisado na Fundação, o percentual de meninas chegou a 10%. Considera-se com frequência que tal crescimento da participação feminina no mundo do crime se deve a uma maior participação das mulheres no âmbito específico do tráfico de drogas. A presente pesquisa permite sugerir que independente de tais especulações, na realidade as adolescentes em conflito com a lei estão sendo mais severamente reprimidas e talvez punidas em comparação com as mulheres adultas.

Gráfico 1 – Distribuição percentual dos jovens por sexo

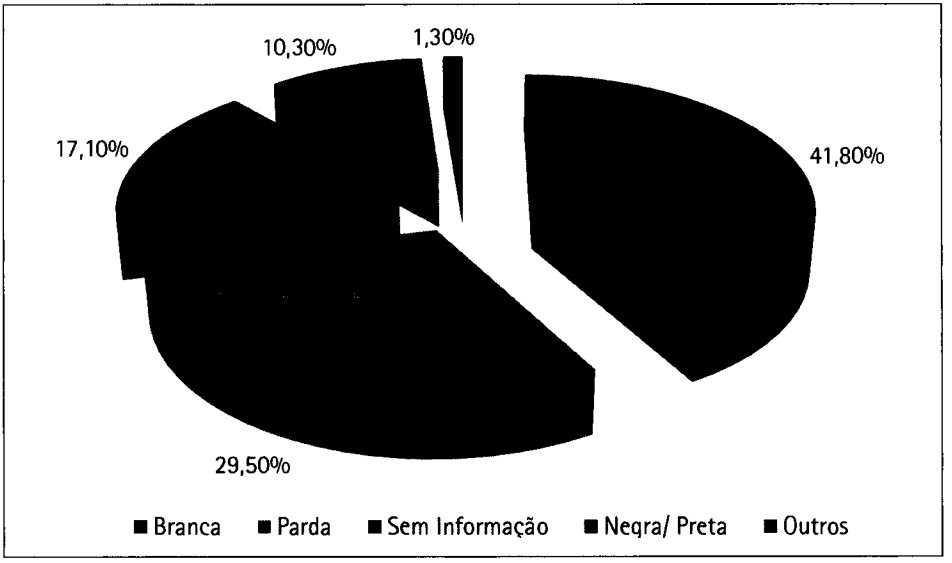


A partir da amostra foi possível também processar os dados sobre o assim considerado perfil racial do adolescente, que é apresentado no Gráfico 2. O registro dessa informação, embora esteja presente nos boletins de ocorrência lavrados pela polícia, nos documentos do Poder Judiciário e principalmente nos documentos da Fundação não deixam de apresentar problemas, tanto na variedade dos critérios de coleta da informação como na subjetividade do lançamento de uma ou outra categoria. A variação da cor dos indivíduos, ao longo de sua trajetória pelas instituições revela, em certa medida a qualidade

4. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: [www.mj.gov.br/depen]. Acesso em: 02.01.2012.

precária dessa informação.[5] Nota-se no gráfico, ainda, um elevado percentual de 17,1% de casos sem informação quanto à cor, o que revela a própria dificuldade de todas as instituições envolvidas em registrar adequadamente esse tipo de informação.

Gráfico 2 – Distribuição percentual dos adolescentes segundo a cor



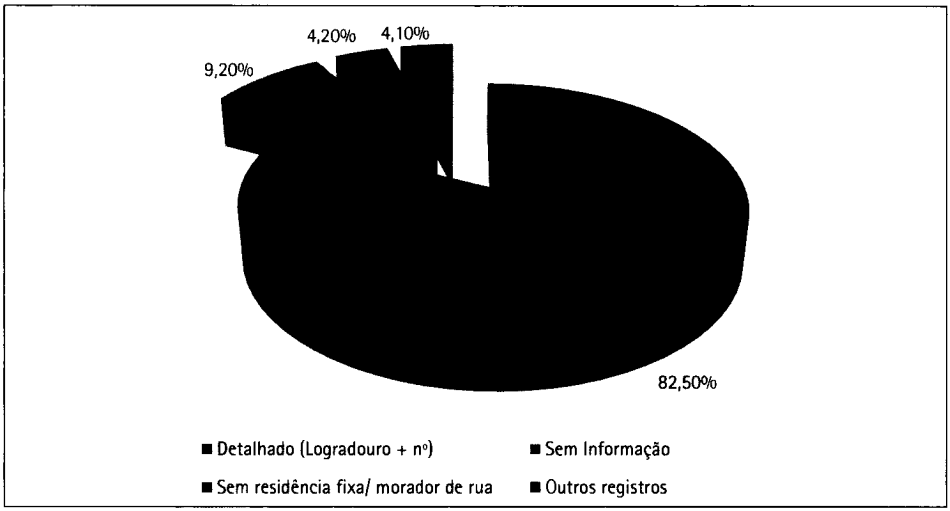
Mesmo considerando razoável esse percentual sem informação quanto à cor, pode-se comparar os dados obtidos pela pesquisa com aqueles relativos à população brasileira como um todo. Em 2006, segundo o IBGE, a distribuição da população segundo a cor era: branca – 49,7%; parda – 42,6%; preta – 6,9%; amarela e indígena – 0,8%. Ao se comparar os dados da instituição com aqueles relativos à população brasileira, como um todo, verifica-se que a maior variação entre os percentuais se dá em relação à população parda: 42,6% na população em geral e 29,5% na Fundação. Os negros apresentam uma representação percentual maior na Fundação (10,3%) em relação à sua presença na população brasileira (6,9%). E os brancos que estão representados na Funda-

5. Essa informação foi prioritariamente retirada do Boletim de Ocorrência. Somente quando não havia referência à cor da pele no documento policial, a informação era retirada de documentos institucionais ou relatórios judiciais ou ainda dos formulários sobre a saúde do adolescente.

ção abaixo de sua participação na população brasileira (41,8% e 49,7% respectivamente).

Os dois gráficos abaixo trazem dados importantes sobre os vínculos familiares dos jovens. O Gráfico 3 mostra que a maioria dos adolescentes em conflito com a lei que passaram pela instituição declarava, na lavratura do Boletim de Ocorrência policial, o nome da rua, com o número da residência e bairro em que residia, indicando que possuía residência fixa.

Gráfico 3 – Referência ao endereço residencial

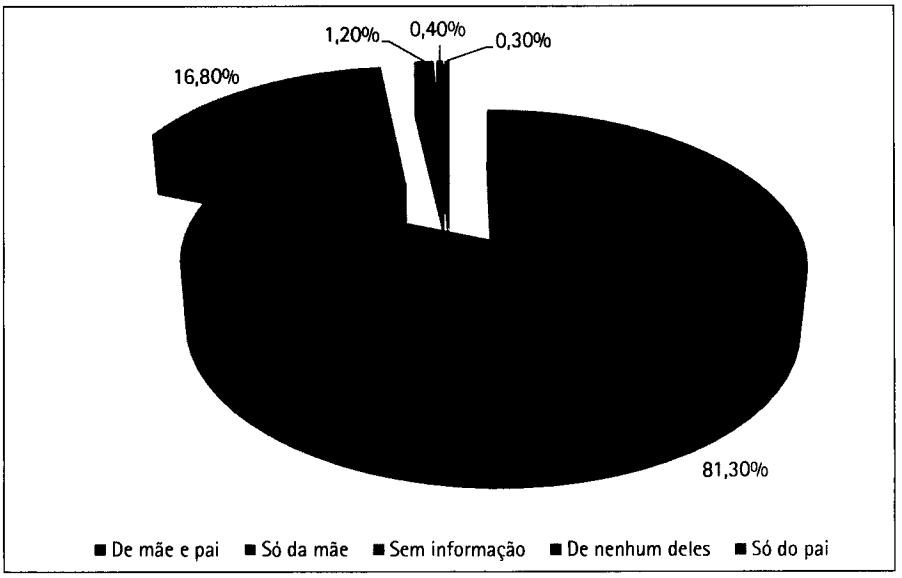


Como se constata pelo gráfico, um pequeno percentual de adolescentes foi registrado no Boletim de Ocorrência como pessoa sem residência ou como morador de rua (4,2%). Embora sejam comuns as representações sociais sobre os adolescentes em conflito com a lei como pessoas sem domicílio, sem família, moradores de rua, não foi essa a situação observada a partir dos dados coletados. Além disso, outras informações recolhidas pela pesquisa, como as apresentadas no gráfico seguinte, mostram os elevados percentuais de adolescentes que apresentavam vínculos familiares, o que questiona a reiterada visão de que são jovens pertencentes a essa imprecisa categoria de *famílias desestruturadas*. Essa categoria não reconhece que as dinâmicas e relações familiares são bem mais complexas, no mundo contemporâneo, do que as unidades nucleares das classes médias e das elites que acabam servindo de referencial para as *famílias estruturadas*. No âmbito das camadas mais pobres da população, das quais inequivocamente são provenientes os jovens que recebem medidas socioeducativas no Brasil, esses arranjos familiares são ainda mais complexos

e ao mesmo tempo criativos. Como observou Cláudia Fonseca (2005), esses arranjos envolvem membros da família que estão além do núcleo parental mais próximo, compreendem formas de cooperação mais alargada entre eles e contam ainda com a participação de pessoas da vizinhança sem vínculo sanguíneo no cuidado, por exemplo, de crianças.

Dessa forma, no Gráfico 4, se percebe que em 81,3% dos prontuários, os adolescentes tinham os nomes de pai e mãe como referenciais de sua vida familiar. Só em 16,8% dos prontuários aparecia exclusivamente o nome da mãe nas informações tanto registradas no Boletim de Ocorrência como nos documentos da Fundação.

Gráfico 4 – Referência aos pais



Corroborando os dados e o argumento acima enunciados, a pesquisa ainda apurou que 32,4% dos jovens indicaram, nos documentos da Fundação, que o pai era vivo e convivia com eles enquanto o percentual de jovens que não convivam com o pai era de 23,5%. Chama a atenção o percentual de jovens que indicaram ter o pai falecido (15,4%). Em relação aos vínculos familiares do adolescente com a mãe, os percentuais são elevados. São 63,3% dos adolescentes que indicaram ter a mãe viva e que convivia com eles. São baixos os percentuais de adolescentes que tinham a mãe falecida (5,2%) e 14% que não conviviam com mãe.

3.2 *As infrações*

A pesquisa apurou também os tipos de infração que motivaram a internação de adolescentes na Febem/Fundação Casa no período 1990-2006. Deve-se reiterar que os dados processados pela pesquisa não representam o universo das ocorrências policiais no estado de São Paulo, nem mesmo todo o conjunto dos encaminhamentos do Poder Judiciário em termos de medidas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei. Referem-se apenas ao registro de entrada dos adolescentes no sistema Febem/Fundação Casa, na sua maioria por conta de internações provisórias ou mesmo em razão de aplicação de medida de internação pelo juiz. De qualquer forma, trata-se de uma informação relevante para o debate sobre a seletividade do sistema de controle policial – atuando mais decididamente nos chamados crimes de rua – e mesmo sobre aquelas infrações que motivam a aplicação de medida de internação pelo Poder Judiciário.

Tabela 1 – Percentual de infrações por tipo penal agregado

Tipos	%
Crimes contra o patrimônio	67,2
Drogas (tráfico/uso)	12,4
Crimes contra a pessoa	7,8
Outros atos infracionais	7,6
Não se aplica	5,7
Sem informação	6,3

Os dados da tabela acima se referem ao processamento geral dos dados para o período trabalhado na pesquisa.[6] Foram mais de 2.000 ocorrências que apresentaram a maioria de crimes contra o patrimônio (67,2%). O tráfico de drogas (12,4%) ocupa uma posição relevante no montante das infrações, porém bem abaixo dos crimes contra o patrimônio. Os crimes contra a pessoa, embora de maior gravidade, alcançam apenas 7,8% do universo de atos infracionais processados pela pesquisa. No entanto, uma vez distribuídas essas infrações por

6. As categorias empregadas na Tabela 1 foram criadas para agregar os tipos penais. A categoria "outros atos infracionais", por exemplo, refere-se a: formação de quadrilha, ameaça, desacato, desordem etc.

períodos (1990-1994; 1995-1998; 1999-2002 e 2003-2006), ou seja, fazendo o acompanhamento no tempo dos percentuais nota-se que algumas delas tiveram acentuado crescimento, ao passo que outras tiveram declínio conforme mostra a Tabela 2 abaixo.

Tabela 2 – Distribuição das infrações por períodos

	%	1990-1994	1995-1998	1999-2002	2003-2006	2007-2009	Sem inf.
Base: Total da amostra	2.312	262	460	574	639	59	318
%	100,0	11,3	19,9	24,8	27,6	2,6	13,8
Crimes contra o patrimônio	67,2	71,8	71,1	76,3	70,6	57,6	36,5
Drogas (tráfico/uso)	12,4	1,9	8,7	10,5	20,7	39,0	8,5
Crimes contra a pessoa	7,8	12,6	10,4	7,8	5,3	3,4	6,0
Outros atos infracionais	7,6	5,0	5,4	9,1	8,8	6,8	8,2
Não se aplica	5,7	13,7	8,9	3,5	2,2	6,8	5,3
Sem informação	6,3	2,3	1,7	0,7	0,6	–	38,7

Como se pode observar, a Tabela 2 apresenta a distribuição dos 2.312 formulários por períodos. Nela se observa que, por exemplo, as infrações por uso ou tráfico de drogas que motivavam, de 1990 a 1994, poucas internações (1,9%) chegam a 20,7%, entre 2003 e 2006.[7] Verifica-se ainda que as infrações correspondentes aos crimes contra a pessoa declinam no mesmo período, embora as representações sociais sobre a "violência" dos adolescentes e alguns casos de homicídio tenham provocado grande comoção social como, por exemplo, os casos do casal Liana Friedenbach e Felipe Caffé e de João Hélio.

A participação de adolescentes no mundo do crime vem sendo objeto de considerável atenção de Cientistas Sociais (por exemplo, FEFFERMANN, 2006; OLIVEIRA, 2006; ZALUAR, 1985). Os dados levantados pela pesquisa, apresentados na tabela abaixo, contribuem para essas análises, uma vez que delineiam

7. A amostra não incluiu os anos posteriores a 2006. No entanto, os dados da tabela que ultrapassam esse ano referem-se a adolescentes que deram entrada no sistema até aquele ano e ainda continuaram a ter entradas nos anos posteriores. De qualquer modo tudo sugere que o maior envolvimento de adolescentes com o tráfico de drogas tenha motivado um maior número de apreensões e de aplicação de medias socioeducativas. Como os formulários correspondem às diversas entradas dos adolescentes no sistema eles podem ter mais de um registro quanto à infração.

aspectos da associação ou não dos jovens para o cometimento de infrações. Com base nos boletins de ocorrência e mesmo nos documentos judiciais, fez-se o levantamento do número de copartícipes – aqueles indivíduos que aparecem mencionados no Boletim de Ocorrência como tendo participado da infração em questão – tanto maiores como menores.

Tabela 3 – Percentual de participação de outras pessoas na infração

Teve copartícipes	64,4
Não teve copartícipes	20,2
Sem informação	12,0
Não se aplica	3,4

A tabela acima se refere ao processamento dos 2.312 formulários abertos para todos os ingressos de adolescentes no sistema. Foram 1.489 ocorrências em que se constatou que o adolescente cometeu a infração com outras pessoas. Estudos mais aprofundados devem considerar quais seriam os significados possíveis desse percentual de 20,2% das ocorrências terem sido provocadas apenas pelo adolescente, enquanto 64,4% apresentarem a associação com outros adolescentes ou maiores. Na Tabela abaixo, tomamos os 1.489 casos e os distribuímos da seguinte forma.

Tabela 4 – Percentual de pessoas maiores ou menores que participaram da infração

Só maiores	22,0
Só menores	46,1
Maiores e menores	15,6
Sem informação	16,3

A participação de maiores de idade nas ocorrências que motivaram a passagem do adolescente pelo sistema Febem/Fundação Casa (num percentual que alcança 37,6%) é motivo também de análises mais aprofundadas, uma vez que pode indicar um variado conjunto de tendências nas dinâmicas do mundo do crime, como o envolvimento de jovens, de modo cada vez mais precoce, em redes de pertencimento a grupos que desenvolvem atividades criminosas; a instrumentalização dos adolescentes pelos grupos ou indivíduos criminosos adultos considerando o tempo mais curto de sua punição no sistema socioe-

ducativo em relação ao sistema adulto; mudanças no perfil das atividades criminosas que demandam maiores níveis de associação para sua realização etc.

3.3 As dinâmicas do sistema após o Estatuto da Criança e do Adolescente

A leitura de pastas e prontuários para a coleta de natureza quantitativa permitiu uma primeira aproximação em relação à compreensão do funcionamento de todo o sistema que alcança os adolescentes em conflito com a lei e, consequentemente, proporcionou elementos para a identificação das percepções e formas de atuação de seus agentes (policiais civis e militares, promotores e defensores públicos, juízes, técnicos das instituições que executam as medidas socioeducativas). O projeto selecionou alguns daqueles prontuários para um tratamento qualitativo, o que significou fazer uma leitura em profundidade de toda a documentação ali contida, buscando ampliar a coleta de informações para uma análise das dinâmicas e sutilezas do sistema não proporcionadas pelo levantamento quantitativo. A seguir indicaremos apenas alguns pontos dessa leitura qualitativa que nos parecem relevantes.

As pastas e prontuários são documentos institucionais que armazenam as informações sobre a vida do adolescente. Ofícios, boletins de ocorrência, documentos judiciais, laudos técnicos, documentos administrativos, informações médicas, relatórios de atendimento ao adolescente, entre outros, formam o conjunto básico de pastas e prontuários. Chamou-nos a atenção a variedade de organização dessa documentação. Havia prontuários repletos de documentos (boletins de ocorrência, laudo Instituto Médico Legal, ofícios, decretação de internação provisória etc.), mas ao mesmo tempo havia prontuários nos quais a ausência de tais documentos chegava a comprometer a compreensão sobre a situação dos adolescentes como, por exemplo, não ter anexada cópia do Boletim de Ocorrência, encaminhamento de internação provisória, nem qualquer outra peça do Judiciário sobre a aplicação de medidas. Outro aspecto que se evidenciou foi a duplicação de documentos no mesmo prontuário, não sendo raro encontrar três ou quatro cópias do mesmo Boletim de Ocorrência ou do mesmo laudo sobre o adolescente para a conclusão de medida. Ainda que se considere que durante boa parte do período de interesse para a pesquisa – 1990 a 2006 – não fosse tão intenso o uso de recursos eletrônicos para comunicação e registro de informações, ficou evidente que as instituições continuavam isoladamente a recorrer a expedientes internos de registro e circulação de informações sem grande eficácia e integração com as demais instituições.

Uma segunda observação, a partir da leitura mais aprofundada dos prontuários, é de que vários operadores do sistema continuaram a usar categorias de classificação de crianças e adolescentes – menores abandonados, menores de

rua, menores infratores – que em geral estavam associadas aos marcos legais anteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente e às antigas representações sociais relativas ao jovem em conflito com a lei. Também não foram raras as vezes em que eram manifestos os conflitos de percepções e opiniões entre os técnicos da Febem/Fundação Casa na avaliação de adolescentes e aquelas expressas no âmbito do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

A partir da leitura de vários dos documentos institucionais, sobretudo os relatórios de atendimento de assistentes sociais e psicólogos, torna-se possível uma maior aproximação da vida do adolescente nas dinâmicas internas da Fundação, nas relações com os colegas, no seu envolvimento com as rebeliões, nas suas transferências de unidade para unidade. Mas, ao mesmo tempo, naqueles documentos, emergem também as relações do adolescente com as dinâmicas familiares, os dramas e os esforços de familiares para acolher, integrar o adolescente. Na maioria dos casos analisados, os diversificados elos familiares do adolescente estavam sempre ao seu lado e buscando meios de criar alternativas para sua trajetória de vida.

4. Observações finais

Os resultados de pesquisa apresentados acima sugerem um amplo potencial de aprofundamento de muitas questões relativas ao perfil dos adolescentes em conflito com a lei, aos tipos de ocorrência criminal, às formas de resposta do sistema de justiça juvenil. Análises mais detalhadas dos dados já obtidos junto aos prontuários, em pesquisas futuras, podem melhorar as informações disponíveis para a avaliação de como o Estatuto da Criança e do Adolescente está sendo aplicado, de como se comportam as diversas instituições do sistema (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Fundação Casa) e ainda de como são desenvolvidas as políticas públicas voltadas para essas questões.

Nesse sentido, uma das constatações da pesquisa é com relação à fragmentação dos circuitos de informação entre as diversas agências envolvidas. No período estudado, cada instituição tinha suas rotinas, produzia seus documentos, suas informações. Não possuíam formas de circulação dessas informações nem formas de integração com as demais instituições. Numa perspectiva de garantia dos direitos dos adolescentes, não parece ser sem consequência essa desarticulação.

As trajetórias de jovens no mundo do crime na sociedade brasileira contemporânea constituem outro campo possível de pesquisa, derivada do projeto. A criminalidade contemporânea ganhou novos contornos, com economias ilegais mais diversificadas e lucrativas que recrutam crianças e adolescentes em

processos ainda pouco estudados no Brasil, exceto, em parte, em relação ao tráfico de drogas. Se, numa ponta do espectro social, crianças e adolescentes "de rua" ocupam um pequeno papel na criminalidade, e, na outra, as infrações e os "desvios" de comportamento dos jovens pertencentes às classes médias e altas só muito raramente são selecionados pelas agências de controle social, há então um espaço a ser problematizado. Um espaço social que agencia a vida dos adolescentes e que é formado pelas atividades e oportunidades econômicas (legais e ilegais), pelas complexas redes de sociabilidades que atravessam os vínculos familiares, a vizinhança e a convivência com agentes do crime (individuais ou coletivos) e pelas instituições do sistema socioeducativo e da justiça criminal.

5. BIBLIOGRAFIA

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, Jean. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

COSTA, Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. *Revista Saúde e Sociedade*. vol. 14. n. 2. p. 50-59. São Paulo: FSP/USP, maio-ago. 2005.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis: Vozes, 2006.

OLIVEIRA, Pedro Paulo de. Sobre a adesão juvenil às redes de criminalidade em favelas. In: SILVA, Luiz Antonio Machado da (org). *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

VALLADARES, Lucia do Prado; ALVIM, Maria Rosilene B. Infância e sociedade no Brasil: uma análise da literatura. *BIB – Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*. n. 26. p. 3-37. Rio de Janeiro: Anpocs, 1988.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reparação, como terceira via, e o direito penal do jovem adulto, de Selma Pereira de Santana – *RBCCrim* 70/291;
- Ato infracional como infração penal *sui generis* e seu autor como categoria jurídica específica, de André Del Grossi Assumpção – *RT* 870/504;

- Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade, de Maria Garcia – *RDCI* 62/240;
- Medidas sócio-educativas, de Luís Fernando Camargo, de Barros Vidal – *RBCCrim* 37/191;
- O jovem: conflitos com a lei. A lei: conflitos com a prática, de Karyna Batista Sposato – *RBCCrim* 30/109; e
- Reformulação e mudança de mentalidade, de Alexandre de Moraes – *RBCCrim* 58/11.

Veja também Jurisprudência

- Atos infracionais e medidas socioeducativas: *RT* 878/626, *RT* 860/558, *RT* 842/596 e *RT* 838/534.

Veja também Legislação

- Cadastro nacional de adolescentes em conflito com a lei: art. 5.º da Res. CNJ 77/2009; e
- Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase): Res. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente 119/2006.

57722

DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE, DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

3

Sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do Direito

DOMINGOS BARROSO DA COSTA

Mestre em Psicologia pela PUC-MG. Especialista em Criminologia pelo IEC/PUC-MG e em Direito Público pela Unigranrio. Assessor judiciário.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Na transição do Positivismo para o Pós-positivismo, observa-se o resgate da filosofia e dos valores morais como referências externas essenciais ao Direito. Contudo, em movimento concomitante, na passagem da Modernidade para a Pós-modernidade, assiste-se ao esfacelamento da lei nos planos subjetivo e social. Com essas transformações da sociedade e do Direito, expõe-se o colapso da legitimidade de nosso sistema penal, analisado a partir do aparente paradoxo que se verifica na expansão da criminalidade, que não se detém mesmo diante de uma sempre crescente e recrudescida produção de leis penais. Procede-se, pois, a um movimento

ABSTRACT: In the transition from positivism to post positivism, the philosophy and moral values are rescued as external references crucial to the law. However, in the transition from modernity to post modernity, the breakdown of the legal system is evident in the subjective and social spheres. Along with these transformations of society and the legal system, the legitimacy of our criminal system collapses, based on the analysis of the apparent paradox of an increase in criminality, which remains undeterred despite an ever increasing and intense production of criminal laws. We take a circular approach of study, through which we try to demonstrate how

circular de estudo, com o que se visa demonstrar como a herança juspositivista - o fetiche legalista - ainda produz efeitos deletérios especialmente ao Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade - Crise - Positivismo - Pós-positivismo - Sistema penal.

the legal positivist influence - the legalist fetish - is still generating deleterious effects, especially for Criminal Law.

KEYWORDS: Legitimacy - Crisis - Positivism - Post positivism - Criminal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O fetiche da lei: uma herança positivista: 2.1 O contexto histórico da ascensão positivista; 2.2 O Direito enquanto técnica - 3. A esperança pós-positivista: o Direito novamente orientado pelo ideal de justiça - 4. A Pós-modernidade e a crise do Direito: 4.1 O aparente paradoxo do avanço da criminalidade diante dos excessos legiferantes: o colapso da legitimidade do sistema penal brasileiro - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Violência e criminalidade são temas que, nos últimos 20 anos, povoam o dia a dia do brasileiro, garantindo pautas tanto para o Poder Público, quanto para os meios de comunicação. Contudo, embora se constituam como assunto central de muitos debates, verifica-se que tais fenômenos não são considerados em sua complexidade, sendo, na maioria das vezes, objeto de análises parciais, por detrás das quais se escondem os mais diversos interesses não declarados.

Ou seja, quanto mais insuficientes se mostram as respostas apresentadas com a promessa de solucionar os problemas da violência e da criminalidade, mais se reforçam os discursos de apoio ao que já há muito se denominam políticas *de lei e ordem*. No reverso desse estado de coisas, o óbvio: a insegurança instaurada pela sensação de caos social interessa a muitos, que não medirão esforços para manter inalterada tal situação e dela continuar a retirar o máximo proveito. Afinal, é notório que, assim como a seca no Nordeste, violência e criminalidade podem render votos, bastando saber apresentá-las no discurso político; além disso, fomentam e mantêm a crescente indústria da segurança privada, bem como garantem fidelidade lucrativa de um público assíduo de leitores, ouvintes de rádio, telespectadores e internautas.

Anuncia-se um circuito perverso que se retroalimenta às custas da falta de crítica de uma sociedade ainda colonizada por propósitos que não dizem respeito a seu bem-estar, por interesses exclusivamente privados que se somam e se fortalecem em detrimento do interesse público. Sob um discurso falso-moralista que se apresenta em uma falaciosa defesa da ordem, assiste-se, portanto, ao desfile cínico de interesses parasitários em relação à população, mais uma

vez na história tomada como instrumento de manobra por alguns poucos que detêm o poder.

Nesse contexto, destaca-se, de um lado, a espetacularização da realidade pelos meios de comunicação, que avocam para si o *status* de opinião pública e, assim, se convertem em instância de poder, manipulando fatos e conduzindo uma grande massa de indivíduos de acordo com os objetivos que movem suas atividades, que, cabe lembrar, visam ao lucro (CHAUÍ, 2006). Por outro lado, apoiado na opinião pública, *representada* por essa mídia – e, portanto, atendendo somente aos interesses desta e não aos que, de fato, se mostrem a expressão legítima de anseios públicos –, assiste-se a um Estado que, em especial nas suas manifestações legislativas e executivas, aferra-se a modelos reducionistas e ultrapassados, com os quais promete resolver problemas complexos e com novos contornos.

Em síntese, como tantas vezes na história da humanidade, assiste-se a um movimento por parte daqueles que estão no poder no sentido de nele se manterem, mascarando a realidade a partir de medidas meramente simbólicas, as quais se prestam a uma resposta imediata e, de preferência, *pirotécnica*, ao que seria a vontade popular. Por isso, em se tratando de violência e criminalidade, o que se observam são reações estatais que muitas vezes mais se aproximam da vingança privada que dos ideais de impessoalidade e imparcialidade que devem permear toda e qualquer atividade pública.

Daí a obsessão legiferante em matéria penal, sob o colorido de discursos inflamados pelo recrudescimento das sanções criminais, alguns defendendo, inclusive, a absurda e previamente inconstitucional implantação da pena de morte. Por sua visibilidade, medidas de prevenção secundária e terciária são exaltadas pelo Executivo (CALHAU, 2009), que, apresentando-as à população na forma de viaturas e aumento do contingente de armas e policiais, por exemplo, angariam votos para o próximo pleito.

Porém – como bem ensina a Psicanálise –, em muitos discursos, o que se afirma pode ter por fim o simples encobrimento da realidade, que será encontrada no não dito, nos intervalos, faltas e contradições da fala. E, tendo-se uma visão crítica, outra não pode ser a postura diante do discurso perverso da mídia e do Poder Público no que concerne aos problemas da criminalidade e da violência. Concluindo, é nas falhas desse discurso punitivo estatal que se pode encontrar a verdade de um sistema penal em crise, fraturado por não cumprir as funções que a sociedade lhe atribui e dele espera, nos limites da Constituição.

A tentativa de manutenção de um *status quo* falido, por meio do sistema penal (ZAFFARONI, 1991), é de uma obviedade tal que chega a tornar repetitivo o discurso de quem, com um mínimo de seriedade e rigor acadêmico, se debruça

sobre o tema. Afinal, na contraface de uma excessiva severidade na persecução e punição de crimes como tráfico, roubo, furtos e homicídios – em regra praticados por pessoas das camadas mais pobres da população –, observa-se uma clamorosa leniência com relação a condutas que envolvam corrupção, sonegação fiscal ou lavagem de dinheiro – usualmente praticadas por quem detém poder econômico e, por que não, social e político –, as quais, via de regra, sequer chegam a ser investigadas.

Além disso, embora seja notório, não se traz à tona o fato de que, no reverso do aumento do número de policiais, viaturas ou armamento, se verifica pouca ou nenhuma diminuição dos índices de criminalidade, bem como se fazem cada vez mais reduzidos os investimentos possíveis em saúde, habitação, saneamento básico e educação (prevenção primária).

Posto isso, cumpre, ao final, pontuar que, em meio a tantas medidas meramente simbólicas, destaca-se, pelo efeito deletério que possui em relação ao ordenamento jurídico, a produção em massa de leis penais, em um fenômeno legiferante que, Francesco Carrara, citado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (2000), denominou *nomomania ou nomorreia penal.*[1] Diz-se, pois, da atuação de um legislador que ignora as evoluções por que passou o Direito, e que não se furta em perpetuar vícios positivistas, ao incutir na lei o conteúdo que melhor satisfaça seus interesses imediatos, ainda que contrarie os valores constitucionais e sedimente a concepção fisiologista que marca a forma de se fazer política no Brasil.

Cumpre assinalar, todavia, que o preço pago por tal utilização fisiológica e eleitoreira da lei é o crescimento desordenado do corpo normativo que, à semelhança de uma metástase, vai destruindo o próprio ordenamento jurídico que o comporta nesse processo de expansão. Mina sua coerência e sistematicidade, ao torná-lo cada vez mais incompreensível e inaplicável, logo, despido de efetividade.[2]

---

1. Podem ser citados, como exemplo da incriminação desmedida – ou falaciosa – de condutas, os crimes previstos na Lei 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária), Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar) e Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sem mencionar aquelas que recrudesceram o tratamento conferido aos investigados e acusados. Ainda nessa discussão – mas a partir de outra perspectiva –, vale destacar que a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), embora tenha contribuído para a despenalização, não significou o notável progresso que muitas vezes se tenta atribuir-lhe, máxime em se considerando que grande parte das condutas que abrange já nem deveriam estar sob a tutela do Direito Penal.

2. Daí serem características do Brasil as leis que *não pegam*.

Pelo *excesso* revela-se a *falta*, tendo sido justamente essa obsessão legiferante, à qual ainda se aferra o legislador brasileiro, que marcou a ascensão e o declínio do positivismo, instaurando a crise ainda atravessada pelo Direito e, como especialmente interessa neste trabalho, pelo Direito Penal, em questão que agora se passa a abordar.

2. O FETICHE DA LEI: UMA HERANÇA POSITIVISTA

Embora posteriormente tenham passado a ser tratados em oposição, pode-se afirmar que o positivismo jurídico originou-se mesmo do jusnaturalismo, representando o ápice de um movimento de culto à razão por este impulsionado, a partir da consideração da lei, como expressão máxima da racionalidade humana e instrumento de garantia do povo que, representado pelo Poder Legislativo, através dela limitava o exercício do poder por quem o detivesse.

Conforme ensina Celso Lafer:

"Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a ideia de outro direito que não o direito do código e da constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão, e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico da experiência jurídica no mundo moderno" (LAFER, 1988, p. 39).

Ou seja, o positivismo jurídico tem suas raízes cravadas nos ideais que fundaram o Estado de Direito, mas somente se definiu como tal e se converteu em pensamento hegemônico ao negar o caráter *transcendental* do Direito. Recusou-lhe a vinculação com a filosofia, que era justamente o que marcava o jusnaturalismo, reduzindo sua concepção àquilo que fosse positivado pelo Estado, independentemente de sua aproximação ou não da justiça ou outros ideais de referência moral.

Com o positivismo, portanto, passou-se a crer em um Direito autossuficiente, revelado em ordenamentos autojustificados, ante a recusa a referências externas. As formalidades bastavam por si sós, uma vez que a obediência ao *método* constituía caminho certo para a *verdade*, conforme propagado pelas Ciências Naturais. Reduzida a concepção de Direito à lei formalmente válida, fez-se pleonástica a expressão *direito positivo*. Afinal, já não se cogitava de um *direito natural*, só se podendo definir como Direito o que fosse positivado pelo Estado (BOBBIO, 2006, p. 26).

Nesses moldes, percebe-se, numa visão retrospectiva, que o positivismo jurídico representa o ponto máximo do processo de apropriação do Direito pelo Estado (BOBBIO, 2006, p. 27), o qual se iniciou com o surgimento do chamado Estado moderno e o ideal de soberania que o sustentava.[3] Trata-se de paradigma que bem refletia a chamada Modernidade e a sua crença na autossuficência da razão, na possibilidade de se alcançar, através de métodos e regras, padrões universais e definitivos, como se a *verdade* pudesse ser apreendida em sua totalidade pelo homem, desde que observada a técnica correta.

Importante ressaltar que essa *ambição* de domínio era ampla, abrangendo não só a possibilidade de controle dos processos químicos e físicos da natureza, como também do comportamento humano. Dessa ideologia surgem as grandes codificações, signos da pretensão do homem de alcançar, através da norma jurídica, estabilidade e segurança eternas também quanto às relações interpessoais. Através de leis tidas como universais e imutáveis, se lograria exorcizar o fantasma absolutista, afastando de uma vez por todas as possibilidades de exercício arbitrário do poder que marcaram o *ancien régime*, determinando a submissão do povo à vontade de um ou de poucos.

Como se vê, imbuído do intuito de conter arbitrariedades por meio da razão manifesta na lei, o movimento jurídico do positivismo reforçou a supremacia do Legislativo e, através das codificações, buscou regular todas as situações possíveis, tornando os juízes meros declaradores do Direito, que se presumia todo contido na lei. Assim, visava-se impedir qualquer exercício criativo por parte de seus intérpretes, para o que se impunham limites rígidos e inafastáveis entre estes e o objeto de seus estudos e trabalhos, qual seja, a lei.

2.1 O contexto histórico da ascensão positivista

Essa tentativa de ordenar a realidade através de leis pretensamente imutáveis não era característica exclusiva ou originária do Direito, conforme já destacado. Na verdade, fazia parte de um contexto em que se procurava legitimar toda forma de construção de saber ou de fazer ciência a partir do paradigma então em vigor para as chamadas Ciências Naturais e Exatas, que já desde o século XVI, por meio de Copérnico, Kepler e Descartes, anunciava-se o que se pode denominar, com Hilton Japiassú (1997), de Revolução Científica Moderna.

---

3. "No mundo moderno, o surgimento do Estado e o conceito de soberania a ele inerente traduziu-se na monopolização, pelo Estado, do poder de dizer o Direito" (LAFER, 1988, p. 64).

Desse movimento emergiu a razão como valor máximo a ser seguido pelo homem, que, aos poucos, suplantou a mística pela qual se explicavam os fenômenos da natureza. O mistério do sagrado foi sendo substituído por fórmulas e equações, em um processo em que, de submisso à natureza, o homem foi se convertendo em seu dominador.

Pelo gênio de Descartes, Galileu, Newton e tantos outros se procedeu à *dessacralização* do universo, transformando-se a visão do homem em relação à natureza, que passou a ser analisada nos seguintes termos, conforme descreve Boaventura de Sousa Santos:

"A natureza é tão só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes activo, já que visa conhecer a natureza para a dominar e controlar. Como diz Bacon, a ciência fará da pessoa humana 'o senhor e o possuidor da natureza'" (SANTOS, 2007, p. 13).

Trata-se de movimento ao longo do qual o Homem passou a explicar a natureza, a partir de relações deterministas de causalidade, passíveis de serem deduzidas em leis. Estas, por sua vez, seriam aptas a desvelar o funcionamento do universo, tornando-o passível de ser ordenado e posto a serviço do ser humano, em um mecanismo que conduziria ao progresso e, logo, a uma felicidade compartilhada pelo maior número possível de pessoas. Essa ideia, inclusive, descreve o que se pode retroativamente denominar de projeto moderno, que se propunha à fixação de padrões definitivos de condução da vida humana.

Nesse contexto, o entusiasmo ocasionado pelas evoluções alcançadas pelas Ciências Naturais não demorou a contaminar aqueles que se dedicavam ao estudo da sociedade e do homem. Assim, o Direito[4] e outros saberes como a Sociologia e a Psicologia, os quais também se pretendiam científicos naqueles padrões, passaram a tentar legitimar seu discurso enquadrando-o aos métodos e técnicas próprios às Ciências Naturais, no mesmo movimento em que o afastavam de qualquer consideração filosófica.[5]

4. "A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações" (BONAVIDES, 2005, p. 196).

5. Essa obsessão *objetivista*, que visava à *naturalização* do estudo de questões próprias à *cultura* – o que, em si mesmo, encerra um paradoxo intransponível – é bem expli-

A ciência e, em última análise, o conhecimento passaram a ser medidos segundo padrões utilitários e funcionais, em pragmático desprezo a qualquer tentativa de acesso mais aprofundado à realidade e ao saber. Ante o questionamento filosófico, regras prontas, de utilidade prática assegurada pelo método que as revelou. Em detrimento da construção de um saber quanto à legitimidade dos meios, a obsessão pragmática pelo alcance de fins imediatamente úteis. Contra a horizontalidade da cooperação, a verticalidade do domínio.

Eis uma síntese possível do que caracterizava o projeto moderno já em seu estágio temporalmente avançado de execução, anunciando toda aridez a que poderia conduzir o *fetiche da razão*.

Como se observa, diante da sempre crescente sedução mecanicista para o domínio do mundo e imposição da ordem, o que começou com fortes bases filosóficas – que enalteciam a racionalidade humana em oposição às trevas do período absolutista – descambou em mera técnica. Ou seja, diante do enfraquecimento progressivo – em nome de interesses preponderantes – dos valores filosóficos que davam sentido e finalidade à ciência, os métodos, leis e formas acabaram esvaziados de seu conteúdo humano. Transmutaram-se, assim, em meras fórmulas e equações técnicas, passíveis de serem instrumentalizadas pela ideologia que as dominasse, segundo o fim mais conveniente.

Está-se diante, portanto, de processo ao final do qual a forma sobrepôs-se ao conteúdo, com o que a importância da construção do saber ou ciência passou a vincular-se muito mais ao rigor do método e à validade das formas que à legitimidade dos fins.

2.2 O Direito enquanto técnica

No contexto exposto, de suprema priorização do método, ganharam força as teses que se empenhavam em defender a produção de uma ciência *pura*, em que não houvesse qualquer interferência do observador em seu objeto de estudo. Tal referencial representou diversas complicações para as ditas Ciências

---

citada através das seguintes palavras de Weber, numa exaltação ao que poderia se considerar uma ciência *pura*:
"A ciência é, atualmente, uma 'vocação' alicerçada na especialização e posta ao serviço de uma tomada de consciência de nós mesmos e do conhecimento das relações objetivas. A ciência não é produto de revelações, nem é graça que um profeta ou um visionário houvesse recebido para assegurar a salvação das almas; não é também porção integrante da meditação de sábios e filósofos que se dedicam a refletir sobre o sentido do mundo" (WEBER, 2008).

Sociais, que, se quisessem legitimar seu discurso através dos métodos próprios às Ciências Naturais, teriam de se adaptar ao mencionado padrão de *pureza*, debruçando-se sobre a sociedade e o Direito, por exemplo, sem considerar seus aspectos culturais de inerente variação histórica.

Ou seja, a crença na infalibilidade das formas e métodos, em sua interferência no Direito, produziu um verdadeiro *fetiche da lei*, à qual se atribuía o *status* de produto final, perfeito e acabado, de um rigoroso processo de construção, cuja racionalidade com que se desenvolvia permitia, inclusive, que se presumisse justo o seu resultado, eximindo-se a lei positivada de qualquer abordagem filosófica ou indagação valorativa. Descreve-se, assim, um movimento ao longo do qual se pretendeu impor a lei – a racionalidade humana – à realidade dos fatos, como se estes fossem passíveis de sujeição aos rigores formais com que se produziam aquelas.

Sobre essa dinâmica, com espírito crítico, afirma Eduardo Bittar:

"O choque da fé *vs.* a razão se dá apenas em certos termos, pois, em verdade, o culto da razão substituiu o culto da religião, a um ponto extremo em que os positivistas do século XIX inauguram um templo onde a deusa da razão é louvada com os mesmos rituais e a mesma pompa das atribuições de fé dos cultos cristãos tradicionais" (BITTAR, 2009, p. 36-37).

Em síntese, para além de uma simples redução do Direito à lei positivada, em termos mais amplos, a expansão do pensamento positivista e sua crença cega na razão representou um esvaziamento do conceito de ciência, ao convertê-la em simples técnica de dominação e controle.

Na pretensão de emancipá-lo, o projeto positivista privou o Direito de referenciais externos, o que terminou por produzir efeitos absolutamente contrários aos esperados, uma vez que, órfão de valores que o orientassem, pôde ser *escravizado* pelos interesses mais escusos. A tentativa de dominar tecnicamente a vida e a atividade dos homens pela lei autojustificada viabilizou o surgimento de construções jurídicas que, esvaziadas de sentido ético, davam formas perfeitas a ideologias que aspiravam à submissão de povos e extermínio de etnias.[6]

Trazendo o exposto para o plano concreto, impossível negar que o pensamento positivista, em lógica perversa, *legitimou* os discursos totalitários do *nazi-fascismo*, dando suporte jurídico a sua tentativa de dominar o mundo du-

6. "O normativismo *stricto sensu* – o positivismo – reduz o legítimo ao legal, afirmando que o poder se torna legítimo quando sustentado por qualquer legalidade" (FARIA, 1978, p. 11).

rante a Segunda Guerra, *justificando*[7] o morticínio de judeus e de todos aqueles que constituíssem obstáculo à hegemonia ariana.

Assim, se a crítica ao jusnaturalismo poderia se estribar na excessiva abstração de seus cânones – a ponto de impedir uma definição precisa do Direito, esvaziando-o de aplicabilidade por colocá-lo ao sabor dos fatos e de valores transcendentais – a *concretude* e *pureza* almejadas pelo positivismo conduziram toda produção jurídica à uma especialização cega à realidade, encerrada em uma clausura narcísica de métodos e técnicas autorreferenciados, que terminaram por desvincular o Direito de aspirações e ideais ético-humanísticos,[8] colocando-o a serviço de toda sorte de ideologias, veículo de uma "injustiça legislada" (BONAVIDES, 2005, p. 124).

A consciência dos horrores do holocausto e o argumento utilizado por muitos dos nazistas e fascistas no sentido de que as barbáries praticadas o foram em nome das leis nacional-socialistas, novamente trouxeram à tona a questão dos fundamentos e limites do Direito. Ou seja, diante da legalidade de condutas desumanas, emergiu a necessidade de se resgatar os limites e fundamentos humanísticos para normas jurídicas legítimas, em uma tentativa de conferir profundidade material a um Direito esvaziado em formalismos.

"Mas, com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav

7. Cabe frisar que *justificativa* e *legitimidade* são palavras que, em um contexto positivista, se resumem à verificação de adequação formal de atos em relação à lei, em nada se aproximando da leitura contemporânea que se faz desses dois conceitos, vinculando-os sempre à apreciação valorativa da conformidade entre o exercício de poder o interesse público.

8. "A autonomia do direito intencionada pelo normativismo era, pois, a autonomia de uma normatividade constituída e sustentada no sistema autorreferente da sua abstrata racionalidade dogmática. Reconheça-se ter sido ela o resultado de um poderoso e empenhado esforço intelectual alimentado desde a modernidade pelo objectivo cultural e epistemológico último de reconduzir a juridicidade à razão teórica (sistemático-construtivista-dedutiva). Só que essa autonomia, ou a autonomia do direito manifestada deste modo, foi também o seu erro – e por ele se condenou afinal. É que, se uma tal autonomia se construía segundo uma normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria num sistema formal, o 'direito formal' segundo Max Weber, por isso mesmo se alienava de uma realidade social que evoluía e assim se furtava não só aos compromissos políticos, sociais, econômicos etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade lhe exigia – nem o expediente da 'cláusulas gerais' e o reconhecimento das 'lacunas' a integrar seriam formas suficientes de superação" (NEVES, 2002, p. 29-30).

Radbruch, continuar a defender a tese de que a 'Lei é lei', e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao Direito. Esta revolta antipositivista não deixará de ter importância na Alemanha do pós-guerra, pois permitirá aos tribunais condenar um oficial que matara um soldado que se ausentara sem ter pedido permissão, e que pretendia ter-se pautado por uma ordem de Hitler (*Hatastrophenbefehl*), que autorizava qualquer membro das forças armadas a matar imediatamente qualquer desertor, covarde ou traidor. O Tribunal Federal, em seu acórdão de 12.07.1951 (BGHZ, 3, 94), recusou-se a reconhecer na ordem do *Führer* a qualidade de uma regra de direito e condenou o oficial ao pagamento de indenização à mãe do soldado executado sem julgamento" (PERELMAN, 2004, p. 94-95).

Com o fim da Segunda Grande Guerra, portanto, expôs-se todo o potencial perverso de uma produção jurídica autocentrada, vazia de conteúdo humanístico, justamente por se fazer desvinculada de referenciais éticos e se construir a partir de uma ilusória supremacia da lei sobre os fatos. Diante desse quadro, entrou em colapso o positivismo, cujos métodos e formas não se mostraram suficientes na contenção das forças que subjazem à ininterrupta transformação cultural, ficando demonstrada a impossibilidade de se pensar o Direito fora da sua condição de instrumento de realização do homem e efetivação da justiça.

É nesse clima de superação das formas positivistas e de reencontro do Direito com a ética que surge, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundada na afirmação da necessidade de submissão da lei a valores maiores, fundamentais à digna existência humana, como liberdade, justiça e paz. E a importância do contexto histórico em que se fazia a Declaração não deixou de ser marcada em seu preâmbulo, como se vê:

"Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)" (FERREIRA FILHO, 2009, p. 186).

Tem-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, o marco inicial de uma nova fase para o Direito ocidental, regida por valores e princípios maiores em relação às regras, cuja criação, interpretação e aplicação passam a orientar. Ou seja, ao final da primeira metade do século passado, inicia-se um novo tempo em que a legalidade divide espaço e perde em importância se comparada à legitimidade, em um movimento em que a validade garantida pela forma passa a ser secundária em relação ao valor do conteúdo.

3. A ESPERANÇA PÓS-POSITIVISTA: O DIREITO NOVAMENTE ORIENTADO PELO IDEAL DE JUSTIÇA

Finda a Segunda Grande Guerra, superado o culto positivista às formas, bem como a estrita identificação do Direito com a lei, a criação jurídica no Ocidente fez-se influenciada por novas teorias. Passou, assim, o Direito a reger-se por valores e princípios, os quais paulatinamente foram integrados aos textos constitucionais a partir de então elaborados, explícita ou implicitamente, com o diferencial de doravante se mostrarem dotados de nítida força normativa (HESSE, 2009).

Ou seja, diferentemente do que se verificou até então, ao longo da evolução do Estado de Direito, de simples preceitos políticos ou programáticos, os princípios e, logo, os valores através deles expressados, passaram a vincular Legislativo, Judiciário e Executivo na produção, interpretação e aplicação da lei. Em suma, passaram a reger o exercício de poder em todas suas manifestações estatais.

E, fazendo-se portadores de conteúdo ético dotado de força normativa, os princípios tornaram-se *maiores* que as regras cultuadas no positivismo, sendo, aliás, pressuposto de sua validade em sentido material, ou seja, de sua legitimidade.[9] Passaram a conformar, portanto, um sistema de base e equilíbrio do ordenamento jurídico, seus pontos de *amarra* e estruturação.

Nesse sentido, pode-se afirmar serem os princípios preceitos amplos, com caráter normativo, que constituem os pilares de um ordenamento jurídico, balizando a criação, interpretação e aplicação de todas as leis e demais regras que o componham. Devido à sua plasticidade, ainda que não estejam escritos, conferem harmonia e coerência ao sistema normativo ao estabelecerem suas bases éticas, os pontos de partida e chegada, comuns a todas as normas integrantes do ordenamento, limitando e orientando sua criação, interpretação e

9. "Vendo nos princípios, em primeiro lugar, a expressão de uma justiça material, Enterría afirma que eles estão 'conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito', deslocando-se de 'uma metafísica da justiça' para uma 'axiomática da matéria legal', sem que 'esta técnica ou jurisprudência *principal*' tenha algo que ver, segundo ele, com os movimentos românticos e naturalistas do 'Direito livre', da Sociologia Jurídica e do *behaviorismo* ou *legal realism*, bem como com o pragmatismo da jurisprudência dos valores, os quais – prossegue, ainda de maneira textual, o eminente Catedrático espanhol – em busca de valores materiais e por fugirem do ambiente rarefeito do legalismo estrito, dissolviam a complexa objetividade e positividade do Direito" (BONAVIDES, 2005, p. 286).

aplicação, ao mesmo tempo em que as preserva e acomoda quando da solução de eventuais tensões observadas no plano concreto.

Conferindo ao Direito uma projeção ética que elastece as possibilidades de sua aplicação aos fatos, os princípios funcionam como uma válvula de escape, que garante uma sempre ampla e renovada capacidade de adaptação do ordenamento à realidade, vivificando-o na busca por uma justiça sempre atualizada.[10] Assim, asseguram o ordenamento contra as inevitáveis fraturas que sofreria toda vez que pretendesse moldar os fatos com regras, justamente o que se verificou no ocaso positivista, ao revelar-se toda a insuficiência de uma doutrina que se fundava em um Direito imobilizado, encerrado em uma clausura de rígidas formas e leis, as quais se pretendiam eternas.

Com a hegemonia dos princípios, ampliam-se as dimensões do Direito, que volta a ser compreendido em sua transcendência relativamente aos estreitos limites da lei formalmente válida. Deixando de ser considerado um fim em si mesmo, o Direito retoma seu aspecto instrumental em relação ao ideal de justiça ao novamente se colocar a serviço da humanidade, enquanto limite garantidor da coexistência de liberdades e veículo de efetivação de ideais e aspirações humanísticas. Ou seja, tenta superar a crise a que o conduziu o autorreferenciamento positivista apoiando-se em parâmetros que lhe são externos, de ordem moral.

A filosofia retoma, então, seu espaço na construção do saber jurídico, na medida em que ao Direito novamente devem ser conferidos sentidos que o justifiquem diante do ser humano, fim último de sua existência.[11] Para além dos aspectos formais relativos à sua validade, as normas passam a ser examinadas no que concerne à adequação de seu conteúdo aos ideais que permeiam os textos constitucionais. Assiste-se, nessa dinâmica, a uma valorização da análise das normas em sua *legitimidade*, superando seu esvaziamento em um mero exame de *legalidade*.

---

10. "Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (BONAVIDES, 2005, p. 288).

11. "(...) a filosofia tem um compromisso ético com a transformação, pois representa consciência dessa latência que pressupõe linguagem e ação. A filosofia significa, nesse sentido, um interdito a toda forma de banalizar a vida, o mundo, a existência, as coisas, na medida em que seu exercício favorece um movimento de resistência racional e de reflexão diante de uma tendência à simples aceitação das coisas como elas são, como dados brutos que independem da reinvenção e do processo criativo de pensamento. A filosofia, nessa linha, é interpretada como força transformadora" (BITTAR, 2009, p. 27).

Porém, cumpre ressaltar que, embora represente a superação da doutrina positivista, o pós-positivismo não abriu mão da segurança jurídica viabilizada pelas leis positivadas. Ou seja, não desprezou os avanços logrados pelo positivismo, mesmo porque, do contrário, acabaria correndo o risco de se perder em abstrações jusnaturalistas. Houve, sim, uma superação, mas, essencialmente, das obsessões positivistas. Afinal, consoante destacado, a norma positivada mostra-se imprescindível para a estabilidade e segurança das relações, o que não significa que a ela deva reduzir-se o Direito.

O pós-positivismo, através dos princípios, mostra-se, pois, como o ponto de equilíbrio e convergência entre o jusnaturalismo e o positivismo, a chave de harmonização entre esses dois movimentos doutrinários que se construíram e sedimentaram em extremos opostos. Neste sentido, o ensino de Paulo Bonavides:

"Os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia" (BONAVIDES, 2005, p. 285).

Assim, a partir do período que sucedeu a Segunda Grande Guerra, anunciou-se uma nova era para o Direito. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prometia reconciliar norma e justiça, devolvendo ao Direito o espírito vivo que só lhe pode ser garantido a partir de valores a ele externos.

Entretanto, pode-se afirmar que a transformação de uma sociedade marcadamente produtora para uma arrimada no consumo, somada ao movimento de globalização que se seguiu a tal conversão, colocam em risco toda a evolução que se anunciava na órbita do Direito. Afinal, enquanto o pensamento jurídico mais sofisticado voltava-se à superação da técnica em nome de valores maiores, os novos padrões econômicos da sociedade e as técnicas de automação que os sustentam impuseram ao mundo o caminho inverso, elidindo quaisquer autoridades, limites e valores que pudessem obstar o livre fluxo de sua dinâmica de imposição, fundada no caos de um consumo ininterrupto e desimpedido (COSTA, 2009). Assim, se após a Segunda Guerra os juristas puderam concluir pela impossibilidade de se cogitar da conservação do pacto social sem um Direito que garantisse a convivência das pessoas a partir de sua comum humanidade, o movimento globalizante do novo modelo econômico, determinado pelo capitalismo de automação, afastou os sujeitos das ordenadas linhas de produção,

lançando-os à solidão de uma individualidade consumidora, que é *conditio sine qua non* à boa evolução de sua dinâmica.

4. A Pós-modernidade e a crise do Direito

A mudança das bases econômicas da sociedade, com a substituição de um modelo que se fundava na produção por outro que se sustenta no consumo, materializa uma ruptura radical na continuidade histórica do ocidente, instaurando uma crise que desvela a ruína do que se chamou Modernidade, ao mesmo tempo em que anuncia o ingresso no que aqui se chama Pós-modernidade, como também o faz Bittar (2009). Trata-se de movimento que vem transformando drasticamente todos os parâmetros que sustentavam o mundo ocidental até a metade do século passado, garantindo um mínimo de segurança e estabilidade aos que o habitavam. Conceitos como o de soberania, autoridade, lei e ordem, em qualquer nível, vêm sofrendo profundos golpes de uma onda transformadora sem contornos, sem limites ou valores que anunciem uma nova estrutura, em um movimento devastador despido de sentido apreensível, que tudo contesta e relativiza, sem nada propor ou significar.

Bem expondo a radicalidade dessas transformações que hodiernamente produzem seus mais drásticos efeitos, ainda em 1978, afirmou José Eduardo Faria:

"A maioria dos sintomas de desajustamento na sociedade moderna pode ser atribuída – como afirmou Mannheim pouco antes de sua morte, em 1947 – ao fato de que o mundo paroquial de pequenos grupos se converteu em grande sociedade em um prazo relativamente curto. Esta transformação sem orientação acabou provocando inúmeros transtornos e criando problemas até hoje não resolvidos em toda a vida social. E um deles, sem dúvida alguma extremamente relevante, é a crise de autoridade e de legitimidade por que passa o mundo contemporâneo. Mannheim falava, àquela altura (pouco após o fim da Segunda Grande Guerra), em uma 'encruzilhada histórica' – e períodos como esse é que evidenciam a brecha entre o passado e o futuro que, segundo Hannah Arendt, se traduziu pelo esfacelamento dos padrões morais e das categorias políticas que compunham a continuidade histórica da tradição ocidental, exigindo um exame do presente em uma época marcada pela perda da sabedoria e pela dificuldade de discernir as classes de perguntas que devem ser feitas" (Faria, 1978, p. 15-16).

E, de fato, como hoje se confirma, a evolução tecnológica experimentada a partir da segunda metade do século passado transformou o mundo. As comunicações foram aceleradas e a automação, inexorável e progressivamente, vai

determinando a substituição dos homens por máquinas nas linhas de produção. Nessa dinâmica, de produtores por excelência, os homens foram convertidos em consumidores do excesso de bens resultado da automação, sendo essa a essência do movimento que marcou a transição do período moderno para o que se denomina pós-moderno.

Instrumentalizada pela sociedade de consumo, a Pós-modernidade é hoje uma realidade, substituindo a Modernidade, suas técnicas, métodos e ideais. Conforme ressaltado, os meios organizados que conduziam à eficiente produção já não representam condição para o alcance dos fins impostos pela cultura, que alimenta o consumo desenfreado dos bens através dos quais se coloniza o planeta. Ou seja, reverberando os avanços propiciados pelo tecnicismo, de uma sociedade que privilegiava a integração do sujeito aos processos de produção como condição para o alcance do fim (consumo), passa-se a um modelo que impõe o alcance desse fim (consumo) a qualquer custo, independentemente do meio escolhido.

Verifica-se, portanto, que, concomitantemente a uma revolução jurídica de busca por legitimidade – descrita no capítulo anterior –, em sentido oposto, assistiu-se, e ainda se experimenta, a uma alteração radical dos rumos da sociedade, atribuível à mudança progressivamente globalizada de seu perfil político e econômico. Mudança essa que, consoante anunciado, determinou o encerramento do sujeito em sua condição individualizada de consumidor, ao esvaziar de sentido os valores que o mobilizavam e uniam a outros iguais em comunidade (moral, religião, política, dentre outros), ao mesmo tempo em que passa a lhe impor necessidades sempre renovadas (BAUMAN, 1999), através dos difusos meios de comunicação de massa, os quais também servem aos múltiplos e aparentemente contraditórios interesses do mercado.[12]

Nesse contexto de naufrágio dos valores e, logo, de sentido, já não se encontram respostas satisfatórias ao "por que obedecer", que é pergunta fundamental não só à política, mas ainda mais decisivamente ao Direito, que depen-

12. "Nossos tempos, pós-modernos, são tempos de profunda apatia intelectual, de anestesia da consciência coletiva, de desmobilização ideológico-política, de falencismo das estruturas institucionais, de derrocada de paradigmas do direito e de justiça. Em tudo predomina a força do mercado. Tudo é pensado a partir do mercado. Daí a expandida sensação de insatisfação pela realidade, daí o mais do que presente espírito de desalento de nossos tempos. Apesar da necessidade mais do que urgente do pensamento, sob essas condições, a reflexão é, ao mesmo tempo, impedida de se realizar" (BITTAR, 2009, p. 30).

de da efetividade[13] de suas normas para ter sua existência confirmada. E, em um corpo social fragmentado em partes que só podem ser consideradas em sua individualidade, sem valores que lhe confiram contornos minimamente estáveis e seguros, não havendo resposta ao "por que obedecer", perde sentido o Direito, que passa, então, a não ser reconhecido, o que é causa e efeito de uma ruptura intransponível de conexão entre suas normas e a realidade pós-moderna, sempre fugidia, porque em um constante e desorientado movimento.

Sem dúvida, essa ruptura instaura uma crise que afeta o Direito como um todo. Contudo, aqui interessam especialmente seus deletérios efeitos para o Direito – sistema – Penal, com relação ao qual se desvela não só uma atual crise de legitimidade, mas também – e o que é mais importante – sua ontológica incapacidade de efetivar-se por si só, garantindo padrões razoáveis de segurança à sociedade, que assim espera, por ser esta, em última instância, a função que lhe atribui o ordenamento jurídico. Aliás, é de se frisar que a abordagem a esse tema ganha importantes contornos na conturbada realidade brasileira, que experimenta o aparente paradoxo da expansão da criminalidade que não se contém diante de uma excessiva e recrudescida normatização penal.

4.1 O aparente paradoxo do avanço da criminalidade diante dos excessos legiferantes: o colapso da legitimidade do sistema penal brasileiro

Como anunciado, expõe-se uma severa crise de legitimidade que perpassa todo o sistema repressivo estatal. Afinal, apesar de tantas leis e penas, não há diminuição da insegurança ou redução significativa dos índices de criminalidade e violência,[14] o que leva à conclusão no sentido de que o Direito Penal – e o sistema penal, como um todo – não cumpre as funções que lhe são atribuídas pela sociedade, cujo interesse justifica sua existência, havendo de ser encontradas novas soluções para os problemas sobre os quais incide. Necessário des-

13. Cabe destacar que o que neste trabalho se denomina *efetividade*, designando o cumprimento das normas por aqueles aos quais se destinam, é por muitos chamado simplesmente de *eficácia*, vocábulo que entendemos remeter tão somente à aptidão de uma norma para produzir efeitos porque juridicamente válida.

14. O avanço da criminalidade e da violência, especialmente a partir da década de 90 do século passado, assim como o aumento da sensação de insegurança, são fatos notórios, vivenciados pela população brasileira, mas também comprovados por dados, como os apontados nos apêndices da obra *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo* (COSTA, 2009), referentes à apuração de crimes de homicídio, lesão corporal, tráfico, furto, roubo, dentre outros crimes contra o patrimônio, perpetrados no estado de Minas Gerais, entre os anos de 1991 e 2002.

tacar, por fim, que qualquer solução proposta deve se enquadrar nos valores paradigmáticos ao Estado Democrático de Direito em que se insere o sistema penal brasileiro (art. 1.º da CF/1988), sob pena de perpetuar-se a crise de legitimidade que o acomete na atualidade (MIR PUIG, 2007).

Há quem afirme que o Brasil conta, hoje, com mais de 5.000 condutas incriminadas, sendo a grande maioria delas apta, portanto, pelo menos em tese, a conduzir seus agentes ao cárcere. Por outro lado, ainda que não se tenha números precisos em mãos, é notório que o sistema prisional não conta com muitas vagas disponíveis, podendo-se até mesmo afirmar serem estas insuficientes a suportar o eventual recolhimento de todos aqueles que contra si tiverem expedido um mandado de prisão (ANDRADE, 2003).

Dando sequência ao raciocínio, cabe também ressaltar que as funções oficializadas do Direito Penal acabam por confundir-se, em grande parte, com aquelas atribuídas às penas (BACIGALUPO, 2005, p. 21), dentre as quais podemos destacar a da prevenção geral positiva, que visa ratificar o ordenamento jurídico-penal – e toda a estrutura em que está inserido – na medida em que efetivamente se aplique a punição *prometida* a cada vez que se violem suas normas.

Porém, em um ordenamento em que milhares de condutas são incriminadas, verifica-se a completa impossibilidade de se cumprir a promessa de prevenção e punição atribuída ao Direito Penal.[15] Logo, pode-se concluir que, quanto mais condutas incriminadas, mais o Direito Penal se mostrará incapaz de cumprir sua função, o que representa um maior arbítrio para as instituições responsáveis pela intervenção direta na criminalidade – como as polícias, por exemplo – no sentido de selecionar as condutas que perseguirá.[16]

E, como não se aplica a partir de um complexo de valores transcendentes ao Direito, que por si só expressem as razões de sua obrigatoriedade (FARIA, 1978, p. 26), nem cumpre a função utilitária a que se destina, garantindo a segurança

15. Aliás, o que se deve ter por ideal é uma *efetividade razoável*, suficiente para evitar a sensação de impunidade e insegurança que hoje toma a população, já que a plena efetividade do Direito Penal é desde sempre impossível, sendo até mesmo indesejável, vez que determinaria a incriminação de cada um dos indivíduos da população por mais de uma vez, como bem destaca Zaffaroni (1991).

16. "Como é óbvia a impossibilidade de o controle criminal incidir sobre todas as condutas delitivas praticadas, infere-se que, ao aumentar indiscriminadamente o número de comportamentos passíveis de punição, o legislador 'não faz mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador' (ZAFFARONI, 1991, p. 27)" (COSTA, 2009, p. 136-137).

dos cidadãos ao prevenir e punir a criminalidade, descortina-se a ilegitimidade do Direito – e do sistema – Penal brasileiro.

Ou seja, às custas da legitimidade do ordenamento jurídico-penal e, portanto, contrariando o interesse público, o legislador brasileiro perpetua sua característica histórica de utilizar-se das abstrações legais para dar como cumprida sua promessa de solucionar problemas concretos, tentando assim justificar-se perante a população. Nesse sentido, citando Anísio Teixeira, como bem pontua o filósofo e psicanalista Carlos Roberto Drawin, em prefácio à obra *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo*, "(...) o país proclamado, possuído pela obsessão legiferante e a busca da perfeição formal, se distancia ainda mais do país real, a exigir o enfrentamento difícil e de longo prazo de suas dolorosas contradições" (COSTA, 2009, p. 27).

Em abordagem crítica a esse vezo legiferante, diz Zaffaroni que, ao criar – imitar – leis que em muito se distanciam da realidade cultural, mas têm por objetivo aparente transformá-la radicalmente, o legislador termina por se equiparar ao pintor-caçador paleolítico, que pensava possuir a coisa mesma com a pintura, já que o desenho do objeto adquiriria poder sobre o objeto real (ZAFFARONI, 1991, p. 18).

Em síntese, além de restar evidenciada sua incapacidade e inadequação para conter a expansão da criminalidade, emerge, com isso – pelo menos aos olhares mais atentos –, a constatação de que o sistema penal brasileiro nunca foi o responsável por, em tempos passados – no que houve de Modernidade neste país – conter os roubos, latrocínios, furtos, tráfico de drogas e toda forma de corrupção que hoje assombra a população. O que continha tais condutas – e tantas outras deletérias ao tecido social – em tempos idos eram, na verdade, os rígidos padrões éticos que então vigoravam.[17]

17. "Excluindo-se todas as práticas criminosas impunes em razão do silêncio das vítimas ou aquelas das quais não se tinha notícia, motivo por que não se observava o pânico generalizado hoje difundido pelos meios de comunicação de massa, pode-se concluir, sem titubeios, que a contenção ao avanço da criminalidade e da violência nas formas interessantes ao presente estudo devia-se justamente aos padrões éticos que regiam o sujeito e a sociedade modernos. Ou seja, não obstante fosse atribuído grande poder ao sistema penal – o qual hoje se cobra em falso, em virtude de sua essencial incapacidade de plena efetivação – jamais foi essa estrutura a responsável pelos baixos índices de determinado tipo de criminalidade no passado, o que se devia, sim, a outras formas de controle social relacionados a padrões éticos. Em razão disso, infere-se que o aumento vertiginoso das práticas que têm por motivação a obtenção de ganhos imediatos guarda relação direta e proporcionalmente inversa ao declínio dos valores modernos, os quais incluíam o respeito máximo à propriedade e, logo, ao que pertencesse ao outro" (COSTA, 2009, p. 139-140).

Ou seja, não só hoje, mas já ontem era o sistema penal incapaz de conter o avanço massivo de comportamentos criminosos. Ocorre que, diferentemente da contemporânea sociedade de consumo, o modelo anterior sustentava-se nos laços fortalecidos entre as pessoas que o conformavam, em um distanciamento ético e hierarquizado suficiente a garantir a coexistência de liberdades, mesmo porque era tal ordenação *conditio sine qua non* à manutenção de uma sociedade fundada nos processos de produção.

"Noutros termos, a impressão que principalmente hoje se tem do efetivo funcionamento do sistema penal na Modernidade deve-se exclusivamente aos padrões rígidos de comportamento que sustentavam o tecido social de então, que cuidava de bem introjetá-los no sujeito como ideais a serem resguardados por um *supereu* especialmente constituído e fortalecido para o cumprimento dessa missão, consoante enfatizado alhures. Para melhor esclarecer, 'se quisermos entender como a sociedade desmorona, temos de compreender como ela se mantém. O sistema de justiça criminal isolado não consegue manter a coesão social' (YOUNG, 2002, p. 217)" (COSTA, 2009, p. 140).

Diante do contexto acima delineado e pela sua aplicação claramente diferenciada,[18] expõe-se o sistema penal brasileiro por sua face mais perversa: a de mero instrumento de uma elite que procura, a todo custo, eternizar-se e blindar-se no poder, verdadeira ferramenta de gestão da miséria. E tal desiderato evidencia-se pela simples análise de uma legislação penal extremamente rígida e recrudescida em relação a condutas em regra praticadas por sujeitos oriundos dos extratos mais desfavorecidos da sociedade, enquanto brandas o suficiente para livrar de uma punição mais severa os crimes mormente perpetrados por aqueles pertencentes às classes economicamente privilegiadas, os quais, não raro, são dotados de maior grau de lesividade.[19]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, toma-se como premente a necessidade de se reestruturar o sistema penal, no sentido de se lhe atribuir uma legitimidade possível. Afinal,

18. O que se constata a partir de uma simples visita a penitenciárias ou cadeias públicas, apinhadas de acusados e condenados por roubos, furtos e tráfico de drogas, mas livres daqueles que praticam – e os há, certamente – peculatos, prevaricações, lavagem de dinheiro, sonegações fiscais e todas as formas de criminalidade de colarinho branco.

19. Ora, *imperativo reconhecer* que a sonegação fiscal prejudica um número muito maior de pessoas que um furto. Contudo, embora ambas condutas sejam igualmente criminosas, observa-se que a repressão e punição desta conta com a preferência das autoridades responsáveis pelo *combate* à criminalidade.

tratando-se de um mal necessário – já que implica uma resposta violenta a uma conduta de violência contra o pacto social – deve ser ministrado com parcimônia, na medida do estritamente necessário, contra condutas que se mostrem abstrata e concretamente graves o suficiente para ensejar sua incidência, sob pena de se tornar um mal maior que aquele que determinou sua intervenção – como se tem verificado na prática brasileira.[20]

Aliás, é justamente isso que propõe o chamado *movimento minimalista*, ao reconhecer o caráter subsidiário do Direito Penal, em sua condição de *ultima ratio* no que concerne à prevenção e punição de ilícitos. Apoiados no princípio da intervenção mínima, os defensores do movimento *minimalista* reconhecem a radical insuficiência do Direito Penal – e, por conseguinte, do sistema penal – para, por si só, conter a criminalidade. Além disso, também o reconhecem como um mal que é necessário, mas que, por ser um mal, deve ter sua incidência limitada a termos restritos e em escala mínima.

A redução drástica do âmbito de incidência do Direito Penal – com a restrição de sua intervenção sobre condutas que sejam notória e consensualmente tidas como deletérias ao pacto social – garantir-lhe-ia maior efetividade, o que, somado a melhores condições de encarceramento – cautelar ou executório – possibilitaria sua justificação perante a sociedade, à qual tem o dever de garantir condições mínimas de segurança e estabilidade. É no consenso acima destacado e no cumprimento de suas funções, tanto de garantia, quanto de fundamentação das punições, que o Direito Penal pode legitimar-se, bem como a todo ordenamento jurídico, a partir de sua própria e efetiva aplicação.

Como há muito defendem os *minimalistas*, ressoando o que já se fazia notório no segundo pós-guerra, observa-se que a saída para a crise de legitimidade atravessada pelo Direito Penal não pode ser encontrada em seu autorreferenciamento dogmático, mas na exterioridade limitadora de princípios que lhe sejam maiores, fundados em valores atravessados pela ética e pelo espírito crítico de observação e estudo da realidade. E há de se destacar que o colapso do

20. Não se pode negar que, muitas vezes, as condições desumanas de encarceramento tornam flagrantemente injusta a pena, porque muito mais profundamente lesivas à sociedade que o próprio crime que determinou sua aplicação. A crueldade que se observa nas condições do aprisionamento em celas superlotadas ou em contêineres – como há pouco denunciado no Espírito Santo – expõe um irremediável aviltamento do que é humano naqueles ali *custodiados*, a ponto de elidir qualquer conexão que se possa fazer entre o mal praticado e o mal imposto. Ou seja, esvazia-se o caráter preventivo ou punitivo da pena, que se converte em mero instrumento de crueldade e tortura.

Direito – e do sistema – Penal é a representação em cores mais fortes da crise vivenciada pelo Direito como um todo, pelo fato mesmo de ser sua expressão mais drástica, a qual, se não legitimada, converte-se em pura violência.

Ou seja, as dúvidas, incertezas e instabilidades que corroem o Direito Penal são meros reflexos de uma crise de sentido que acomete o Direito (NEVES, 2002), diante das transformações do sujeito e da sociedade, esfacelados no relativismo que marca a transição da Modernidade para o que se pode definir como Pós-modernidade. Crise de sentido que se manifesta em uma ausência de respostas ao "por que obedecer", ferindo severamente a autonomia do Direito (NEVES, 2002), mas especialmente do Direito Penal, que acaba se reduzindo a um ordenamento formal que se impõe exclusivamente pela força, e não pelo consenso quanto à legitimidade de seu conteúdo e formas de efetivação.

A esse respeito, cabe novamente frisar que, mesmo em tempos sombrios de império niilista, a medida do consenso legitimador capaz de resgatar o Direito Penal da crise que atravessa não poderá ser encontrada através de uma busca dogmaticamente autorreferenciada, em que sua validade seja extraída da simples observância de critérios formais. Como qualquer estrutura que depende de um sentido para se manter e justificar, o Direito Penal – ou o Direito, em qualquer de suas manifestações – não pode salvar-se a si mesmo, por suas próprias formas, da crise de legitimidade que o atinge.

Nesse sentido, cabe não só ao Direito Penal, mas ao Direito, como um todo, superar os empuxos que insistem e arrastam para o autocentramento de um positivismo estéril (que reflete o individualismo de uma sociedade fundada no consumo) e, retomando o preconizado na Declaração de 1948 – que ainda está por se sedimentar – buscar na exterioridade dos valores éticos a alavanca capaz de significá-lo e, assim, conferir-lhe o sentido que lhe possibilite recuperar uma autonomia que não se vincule exclusivamente à coação. E, frise-se – como também não é novidade, mas nunca é demais ressaltar –, o ponto fulcral de significação do Direito, e limite máximo do Direito Penal, só pode estar na dignidade da pessoa, que é seu fundamento primeiro e último.

De se concluir, portanto, que a legitimidade do Direito Penal não se resume à sua expressão legislativa. Fosse assim, o contemporâneo sistema penal brasileiro não estaria sujeito a críticas, tão abrangente se mostra sua *extensão* simbólica. Ocorre que, no reverso do excesso legiferante em matéria penal, emerge a corrosão de um sistema calcado em desigualdades concretas, que revelam sua ilegitimidade, na medida em que se mostra incapaz de *fundamentar* as punições impostas em seu nome, e de *garantir* proteção àqueles que a ele se submetem contra penas que se revelem mais graves que os próprios atos incriminados.

E, em tempos pós-modernos de falência da autoridade, se nada há que razoavelmente justifique as formas pelas quais se manifesta o Direito – e o sistema

– Penal brasileiro, resta a pergunta que ecoa nas ruas, nos cárceres, alcançando inclusive os recantos do poder instituído: por que obedecer?

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALHAU, Lélio Braga. *Resumo de criminologia*. Niterói: Impetus, 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COSTA, Domingos Barroso da. *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003.

JAPIASSÚ, Hilton. *A revolução científica moderna*. São Paulo: Letras & Letras, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido: o problema* actual *da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 15. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2007.

Vade Mecum RT. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Coleção Pensamento Criminológico.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contradições da modernidade e direito penal, de Antonio Luis Chaves Camargo - *RBCCrim* 16/114;
- Direito de punir e poder de punir: uma análise a partir da doutrina dos direitos subjetivos, de André Vinícius de Almeida - *RCP* 2/196;
- Direito penal, Constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo, de José Francisco Dias da Costa Lyra - *RBCCrim* 91/21;
- Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal, de Luciana de Medeiros Fernandes - *RBCCrim* 69/46; e
- O direito penal e sua evolução metodológica, de Luiz Flávio Gomes - *RT* 672/281.

57723

MULHERES, INSULTOS, FOFOCAS E REPUTAÇÃO SEXUAL

4

Uma breve análise das relações de gênero através de processos criminais de calúnia e injúria (Juiz de Fora – 1854-1941)

DEIVY FERREIRA CARNEIRO

Doutor e Mestre em História Social - Programa de Pós-Graduação em História Social com estágio em Pós-doutorado (UFRJ). Professor-adjunto do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia/MG.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objetivo deste texto é analisar a honra feminina e as relações de gênero em Juiz de Fora, Minas Gerais, entre os anos de 1854 e 1941. Para tal, examinamos 294 processos criminais de calúnia e injúria abertos entre os anos acima citados com o intuito de perceber de que forma a reputação sexual feminina serviu como forma de interação e regulamentação das relações comunitárias. Observamos que na maior parte dos casos, as ofensas foram dirigidas contra quebras de normas sociais praticadas por mulheres que, por isso, foram lembradas do papel social que lhes era devido na comunidade em que viviam.

PALAVRAS-CHAVE: Honra feminina - Insultos - Justiça.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze female honor and gender relations in Juiz de Fora, Minas Gerais, between 1854 and 1941. We researched 294 criminal cases of defamation and insult filed in the above mentioned period to determine how the female sexual reputation served as a way of interaction and regulation of community relations. We observed that in most cases the offenses pointed to breaches of social norms practiced by women who in turn were reminded of their social role in their community.

KEYWORDS: Female honor - Slander - Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Honra feminina e reputação sexual - 3. Conclusão - 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

"O corpo está no centro de toda relação de poder. Mas o corpo das mulheres é o centro, de maneira imediata e específica. Sua aparência, sua beleza, suas formas, suas roupas, seus gestos, sua maneira de andar, de olhar, de falar, e de rir (provocante, o riso não cai bem às mulheres, prefere-se que elas fiquem com as lágrimas) são o objeto de uma perpétua suspeita. Enclausurá-las seria a melhor solução: em um espaço fechado e controlado, ou no mínimo sob um véu que mascara sua chama incendiária. Toda mulher em liberdade é um perigo e, ao mesmo tempo, está em perigo, um legitimando o outro. Se algo de mau lhe acontece, ela está recebendo apenas aquilo que merece. O corpo das mulheres não lhes pertence. Na família, ele pertence a seu marido que deve 'possuí-lo' com sua potência viril. Mais tarde, a seus filhos, que a absorve inteiramente".[1-2]

Na tarde do dia 22.06.1924, Julia Magalla foi até o quintal de sua casa realizar uma tarefa que fazia todos os dias: limpar a latrina. Lá chegando percebeu que a latrina estava toda destruída e que, próximos a ela, estavam seus vizinhos João e Rosa Damiani. Ao perguntar o que havia ocorrido, Julia foi ofendida de "puta", "sem-vergonha" e "cachorra"[3] o que levou à abertura de um processo criminal de injúria. O problema entre esses vizinhos surgiu meses antes, no momento em que o pai de Julia construiu a latrina numa área em que dividia as duas propriedades. Depois de semanas pedindo a remoção da latrina, devido ao mau cheiro que provocava na casa dos Damiani estes romperam relações com seus vizinhos, passaram a hostilizá-los e após muitas discussões resolveram a situação destruindo a famigerada latrina.

No dia 28.07.1873, o português João Antonio Rodrigues, na qualidade de representante legal de sua esposa, a também portuguesa Emília Joaquim de Almeida, foi até a delegacia de polícia denunciar sua vizinha, Germana Francisca de Jesus. De acordo com Rodrigues, Germana insultava constantemente sua mulher que era "honesta", "respeitadora da religião e do público" e "a todos trata bem".[4] Mas a gota d'água ocorrera no dia anterior quando Germana foi até a casa do autor e ofendeu sua mulher de "puta", "cadela" e "vá para a puta que a pariu". Nenhuma das testemunhas, nem as partes envolvidas, esclareceram o

---

1. Agradeço a Capes e a Faperj pelo financiamento parcial deste trabalho.
2. PERROT, Michele. Corpos subjugados. *As mulheres e os silêncios da história*. Bauru: Edusc, 2005. p. 447.
3. Processos de Calúnia e Injúria, Cx. 169, Série 29, 01.07.1924. *Arquivo Histórico da Cidade de Juiz de Fora*.
4. Idem, Cx. 52, Série 20, 28.07.1873.

motivo da desavença entre essas duas mulheres. O que sabemos é que por ter dito tais epítetos na casa da vítima, Germana acabou sendo condenada a dois meses de cadeia e, além disso, teve que pagar multa e todo o custo do processo.

2. HONRA FEMININA E REPUTAÇÃO SEXUAL

Ao contrário da maior parte dos trabalhos que analisaram as ofensas verbais na Europa e América do Norte,[5] os quais perceberam a presença das mulheres em no mínimo 50% dos litígios, nos 294 processos criminais de calúnia e injúria analisados neste trabalho, foram poucos aqueles envolvendo mulheres, tanto como rés quanto como vítimas em Juiz de Fora, como demonstra a tabela abaixo. Todavia, foram os epítetos utilizados nos dois casos acima – "puta", "sem-vergonha" e também "cadela" – os mais utilizados quando mulheres se tornavam vítimas de insultos verbais.

Tabela 1
Proporção dos conflitos por gênero

Gênero x Gênero	Quantidade de casos	%
Homem x Homem	247	84%
Homem x Mulher	25	8,5%
Mulher x Mulher	8	2,7%
Mulher x Homem	14	4,8%
Total	294	100%

Fonte: AHCJF. Processos Criminais de Calúnia e Injúria, Séries 20 e 29, 1854/1941.

5. Neste sentido ver: SHARPE, Jim. Defamation and sexual slander in early modern England: the church courts at York. *Borthwick Papers*, n. 58, University of York, 1980; BOWLER, Clara Ann. Carted whores and white shrouded apologies: slander in the county courts of Seventeenth-Century Virginia. *Virginia Magazine of History*. LXXXV, 1977; BURKE, Peter. L'art de l'insulte em Italie aux XVie et XVIIe siècles. In: DELUMEAU, Jean. *Injuries et Blasphemes. Mentalites: Histoire dês cultures et dês sociétés*. Paris: Éditions Imago, 1989. vol. 2. MOOGK, Peter N. "Thieving buggers" and "stupid sluts": Insults and popular culture in New France. *The William and Mary Quaterly*. vol. 36, n. 4, oct. 1979, p. 524-547; LENEMAN, Leach. Defamation in Scotland, 1750-1800. *Continuity and Change*. n. 15 (2), 2000; WADDAMS, S. M. *Sexual slander in nineteenth-century England: defamation in the ecclesiastical courts*, 1815-1855. Toronto: University of Toronto Press, 2000; NORTON, Mary Beth. Gender and defamation in seventeenth-century Maryland. *The William and Mary Quarterly*. vol. 44, n. 1, jan. 1987; GOWING, Laura. *Domestic dangers: women, words, and sex in early modern London*. Oxford: Clarendon Press, 1998, entre outros.

Mesmo explicitando alguns comportamentos sexuais femininos reprovados socialmente – como a prostituição, representada no epíteto "puta", o mais utilizado contra mulheres – foram poucos os casos em que os insultos foram usados para expor casos de má conduta sexual feminina,[6] como por exemplo, para expor adultérios.[7] Em Juiz de Fora, entre os anos de 1854 e 1941, os epítetos surgiram principalmente em brigas de vizinhos e, em menor escala, em negócios envolvendo mulheres. Na noite do dia 05.02.1884, por exemplo, a porta da casa de Maria Catarina Mendes apareceu suja de excrementos humanos. Desconfiando que tal ação fora praticada por sua vizinha, Joana Dorothéa de Azevedo, Maria se dirigiu até a casa daquela e a chamou de "puta", "ladra" e "alcoviteira", tudo repetido várias vezes e "em altas vozes".[8] Já na tarde do natal de 1866, Antonio Luiz Pinto da Gama apareceu na casa de "secos e molhados" de Rita Maria da Conceição, que ficava na Rua Santa Rita, centro da cidade. Depois de beber um pouco, começou a desrespeitar outra mulher que lá se encontrava, sendo repreendido pela dona do estabelecimento. Não aprovando a atitude de Rita, Antonio lhe ofendeu de "puta", "safada", "vagabunda", além de outros epítetos.[9]

Assim, percebe-se que mesmo em momentos de conflitos sem referências a possíveis imoralidades sexuais femininas, essas situações foram utilizadas para reafirmar o papel da honra feminina, lançando luz sobre a sexualidade considerada ilícita, principalmente uma possível promiscuidade. O insulto, nestes casos, foi uma expressão linguística de um modelo de gênero, sexo e moral cujos princípios governavam uma esfera social ampla.[10] Na maior parte dos casos analisados envolvendo mulheres, as ofensas foram dirigidas contra quebras de normas sociais que as mulheres não deveriam praticar, sendo por isso, lembradas do papel social que lhes era devido na comunidade em que viviam.

Desta maneira, o clímax dos processos se dá quando as partes entram em conflito e uma delas tenta expor para a visão pública uma possível falha da moral feminina. Isso nos revela que para as pessoas envolvidas nos processos, o

6. Para maiores detalhes ver: HAMES, Gina. Maize-beer, gossip and slander: female tavern proprietors and urban, ethnic cultural elaboration in Bolivia, 1870-1930. *Journal of Social History*, Winter, 2003.

7. Em todos os trabalhos citados nas duas notas anteriores, observa-se que as ofensas verbais contra mulheres funcionaram claramente como meio de regular comunitariamente o comportamento sexual feminino.

8. *AHCJF*. Processos de Calúnia e Injúria, Cx. 54, Série 20, 12.02.1884.

9. Idem, Cx. 51, Série 20, 27.12.1866.

10. GOWING, Laura. Op. cit., p. 129.

sexo ilícito feminino era considerado matéria pública, a ser administrado pela vizinhança, que se achava juíza legítima da moral e via a mulher como um dos alvos principais a ser investigado, como fica claro nos exemplos acima citados.

Estas situações também refletem de certo modo a dificuldade de se ter privacidade em Juiz de Fora no período analisado. Muitas informações sobre as vidas das pessoas eram adquiridas escutando através das paredes, pelo fato das construções serem muito juntas e, em alguns casos, contíguas.[11] No momento do conflito, esses elementos privados eram colocados a público e mais ou menos regulados pela vizinhança, denotando certa tensão entre as esferas pública e doméstica. Trazer essas histórias a público era um meio de se contar casos sobre comportamentos desonestos, alegrar as relações sociais, fofocar e expor a moral aceita pelos grupos sociais que habitavam as mesmas localidades.

Outro elemento observado é que a vizinhança parece não ter punido na prática as transgressoras dessa moral. Queriam mesmo é fofocar e falar publicamente da vida alheia. Trabalhos que analisaram a relação entre insulto e gênero,[12] observaram que quando os envolvidos traziam esses fatos para o debate público, tentavam denotar implicações sociais das coisas privadas, porque tais fatos feriam a moralidade da comunidade. Aqui, parece que a moral sexual controlada estava presente, mas de forma secundária. O que os envolvidos queriam mesmo, como dissemos acima, era que acordos de negócios, de boa vizinhança e de cordialidade fossem respeitados. Sendo descumpridos, a moralidade sexual era evocada para estigmatizar e reafirmar o papel social da mulher e assim, promover uma distinção nada mais que simbólica entre a comunidade e a ofensora das normas. Desta forma, no contexto analisado, percebe-se que as mulheres acusadas de promiscuidade não foram excluídas da comunidade[13] – a ofensa era apenas um aviso para restabelecer a conduta

11. Em nossa dissertação de mestrado, verificamos que em muitos conflitos envolvendo imigrantes alemães e seus descendentes na cidade, as informações sobre a querela começaram a circular depois que um vizinho as escutou através das paredes. Para maiores informações ver (principalmente o último capítulo): CARNEIRO, Deivy Ferreira. *Conflitos, crimes e resistências: uma análise dos alemães e teuto-descendentes através de processos criminais (Juiz de Fora 1858-1921)*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, PPGHIS/UFRJ, 2004.

12. Com relação a essas questões ver: NORTON, Mary Beth. Op. cit., p. 3-27; GOWING, Laura. Op. cit.; DEAN, Trevor. Gender and Insult in an Italian City: Bologna in the late middle ages. *Social History*. vol. 29, n. 2, p. 217-231. may 2004.

13. Exemplos clássicos, no contexto europeu, de exclusão comunitária devido ao descumprimento de algumas normas sociais são perceptíveis por ocasiões dos *charivari*

padrão, que na maior parte dos casos, não possuía relação com a vida sexual efetiva da ofendida.

Como exemplo desta situação, podemos citar um conflito ocorrido no centro da cidade, na Rua do Capim, às 17 horas, no dia 17.09.1882.[14] Neste contexto estavam várias pessoas jogando malha em frente à casa do réu Jeronymo Esteves França, dentre elas o carpinteiro Francisco Pereira da Silva, sendo observado por sua esposa. Em algum momento do jogo surge o réu, bêbado, com arma em punho, e insulta Francisco de "burro" e "filho da puta" e mandou que este fosse jogar malha "no cú da mãe". Neste momento, a esposa da vítima se intromete na discussão e é ofendida de "puta". Intimidada pelo réu, a mulher de Francisco correu para sua casa, enquanto Jeronymo permaneceu com esta atitude de valentão até as 20 horas, conforme relatado pela terceira testemunha, Maria Cândido de Jesus.

O elemento que gostaríamos de ressaltar neste caso, e que ocorre na grande maioria dos processos envolvendo mulheres, é que a mulher foi ofendida com um insulto sexual sem ter tido nenhum comportamento que legitimasse tal ofensa. Na verdade, o insulto sexual foi aqui utilizado para mostrar que a mulher estava se metendo num assunto de homens; um assunto que não lhe dizia respeito. Sendo assim, a mensagem passada pelo réu é que a ofendia deveria restabelecer a conduta esperada de uma mulher num caso como este, qual seja, não se meter em assuntos de homens e mais do que isso, que deveria voltar a realizar seus assuntos domésticos.

Para esclarecermos melhor o papel social esperado de uma mulher, vejamos como era estabelecida sua honra. De acordo com a definição antropológica de Julian Pitt-Rivers acerca da honra,[15] a honestidade e a desonestidade da mulher estavam atreladas à honra de sua família. Se ela fosse desonesta, seu marido e

---

ou *rough music*. Para maiores informações ver: THOMPSON, E. P. Rough Music. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

14. *AHCJF*. Processos de Calúnia e Injúria, Cx. 53, Série 20, 17.09.1882.

15. "Uma mulher é desonrada ao manchar a sua pureza sexual, mas o homem não (...) Esta divisão do trabalho em aspectos da honra corresponde à divisão de papéis dentro da família nuclear. Delega virtude expressa em pureza sexual nas fêmeas e o dever de defender a virtude feminina nos varões. A honra de um homem está, portanto, ligada à pureza sexual de sua mãe, mulher, filhas e irmãs e não à sua". PITT-RIVERS, Julian. Honra e posição social. In: PERISTIANY, J. G. *Honra e vergonha: valores das sociedades mediterrânicas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sem data. p. 32-33.

filho sofriam também, carregando os desonrosos nomes de corno[16] e bastardo. Outro exemplo dessa situação é o fato de nenhum dos homens ofendidos em todos os processos terem sofrido insultos com conotações de imoralidade sexual; suas *promiscuidades* não foram atacadas. Quando alguma ofensa evocava este assunto era a sexualidade de sua mulher, filha, irmã ou de sua mãe que era ressaltada. Assim, só a má conduta sexual da mulher é que afetava a honra da casa; a do homem não. Mesmo as ofensas dos homens (desonesto, ladrão e safado) maculavam apenas sua reputação e não a da família.

Observa-se então que a diferenciação entre mulheres e homens no quesito moralidade definia a culpabilidade dos atos de ambos. A possibilidade de adultério e prostituição deixava a mulher vulnerável e a desonestidade nos

16. O problema do porque os homens traídos em algumas sociedades europeias serem referidos como cornos, homens adornados por chifres, ainda não foi resolvido. Nem se sabe ainda as razões das referências gestuais ou orais serem consideradas um dos piores insultos possíveis. Edmund Leach, por exemplo, enfatiza que os chifres podem ser uma referência fálica ou um dos atributos do diabo. Ver: LEACH, E. R. Levels of communication and problems of taboo in the appreciation of primitive art. In: FORGE, A. *Primitive art and society*. London: Oxford University Press, 1973. p. 48-49. Contudo, Anton Blok percebeu que na iconografia e discurso dos códigos de honra mediterrânicos, os chifres não aparecem enquanto tais, mas como chifres de um animal específico: o bode. Os maridos traídos tanto da Itália quanto de Portugal e Espanha são identificados com este animal (*becco, cabrón, cabrão*). O termo italiano *becco* é um sinônimo de *cornuto* – o marido de uma mulher infiel. Na Espanha, *cornuto* e *cabrón* denotam um homem que consente com o adultério de sua mulher. Em Portugal, da mesma forma que na Espanha, cabrão é um sinônimo de corno, descrevendo tanto um bode quanto um marido traído ou amante. A grande questão de Blok é descobrir porque, entre todos os animais com chifres, o bode foi escolhido para tal comparação com os maridos traídos. Segundo ele, a resposta é simples: da mesma forma que os maridos traídos, o bode tolera o acesso sexual de outros machos às fêmeas sob seu domínio em seu território. Especificamente em Portugal, além da humilhação de ser chamado comunitariamente por meio desse epíteto, o risco do adultério da esposa trazia o risco da desonra perpétua para o marido. Já em outros países do velho continente, o termo utilizado para referir-se a maridos traídos faz analogia a outro animal: um pequeno pássaro chamado Cuco. Na França, por exemplo, o termo utilizado é *cocu*, originalmente *cuckoo* (do latim *cuculus*). Na Inglaterra, *cuckold*; na Catalunha, *cogul* e na Alemanha, *hahnrei*, que significa literalmente *capado*. Segundo o autor, citando outro antropólogo, a analogia foi escolhida por ser o cuco um *parasita social*, visto que a fêmea não constrói para si um ninho, mas deixa cada um de seus ovos num ninho diferente enquanto seu macho a observa e aguarda. O *cocu* então, é o marido traído que aceita calmamente que sua mulher o deixe e vá se deitar na cama de outros amores. Ver: BLOK, Anton. Mediterranean Totemism: Rams and Billy-Goats. *Honour and violence*. Cambridge: Polity Press, 2001. p. 174-175.

negócios, o homem. É o aspecto da desonra que faz a injúria efetiva: os ideais morais que a honra representa são aspectos de um sistema de crenças no qual a definição de moralidade era utilizada para julgar a reputação.[17]

Como vimos acima, o insulto sexual dirigido à mulher absorvia e refletia qualquer tipo de transgressão feminina, principalmente problemas com vizinhos, problemas domésticos e econômicos, visto que chamar uma mulher de "puta" tinha ressonância em várias áreas. Mesmo havendo uma convergência de todo conflito envolvendo a mulher sobre sua sexualidade, é difícil ver o insulto somente como evidência do crescimento do controle moral. As pessoas que criavam e faziam circular rumores sobre o comportamento sexual de seus vizinhos falavam com consciência de interesses próprios. Os insultos eram utilizados para julgar somente alguns membros da comunidade. De acordo com Chalhoub, os conflitos sexuais tinham um sentido público, generalizado pela fofoca, que acabava politizando o cotidiano de duas formas: os indivíduos afetados ou prestavam contas à comunidade ou se posicionavam frente aos outros com relação aos valores que perpassavam a mesma comunidade.[18]

Assim, o papel da fofoca na regulamentação e como expressão de malícia foi fundamental em todo o período analisado. Em todos os processos envolvendo mulheres, com exceção de quatro deles, pelo menos uma das testemunhas afirma não ter visto a querela, mas sim apenas ter *ouvido dizer*, expressão que denota a circulação de informações boca a boca pela comunidade. A fofoca então serviu para levar intimidades domésticas à rua[19] e para fazer circular as várias versões sobre os conflitos deflagrados em público. Elas não eram simples intromissão dos vizinhos na vida particular. Em alguns processos observa-se que as próprias vítimas e parentes comentavam o acontecido no intuito de desabafar ou de conseguir legitimidade ao redor do grupo comunitário. A publicidade do privado foi então consequência de uma vida partilhada comunitariamente – pelo menos parcialmente – e de uma forma especial de tratar os conflitos.[20]

Na tarde do dia 11.05.1868, na casa de Victoria Luíza, situada à Rua Halfeld, uma das principais da cidade, estavam várias pessoas a conversar, dentre elas um sujeito chamado João. Num dado momento, surge o réu Francisco Corrêa da Costa e se desentende com João e passa a ofendê-lo. Envergonhada com tal

17. PITT-RIVERS, Julian. Op. cit.

18. CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, lar e botequim*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 123-136.

19. GLUCKMAN, Max. Gossip and Scandal. *Current anthropology*, vol. 4 (3), p. 307-316, jun. 1963.

20. Idem, p. 315.

situação em sua casa, Victoria pediu ao réu que se retirasse dali. Nervoso, o réu ofende Victoria, na frente de várias pessoas, de "puta", "vaca" e "vacona".[21] Dias depois, vários indivíduos, todos eles vizinhos da vítima, foram chamadas para testemunhar.

O que chama a atenção neste caso é que das cinco testemunhas somente uma realmente ouviu a ré ser ofendida. As outras quatro ouviram uma discussão, mas somente ficaram sabendo do que foi dito através da própria vítima, como no caso da testemunha Maria de Moraes; ou por meio dos vizinhos, como no caso de José dos Anjos Carvalho. Neste sentido, como dissemos acima, a evento se tornou conhecido da comunidade por meio da vítima e de pessoas próximas a ela, sobretudo com o intuito da versão de Victoria ganhar legitimidade perante a comunidade. E foi o que ocorreu, na medida em que todas as testemunhas, mesmo não ouvindo diretamente os insultos, ratificaram a versão defendida por Victoria, sendo o réu Francisco condenado a um mês de prisão.

Na vida comunitária, em pequenos bairros, uma pessoa dependia de sua reputação para realizar inúmeras tarefas e manter inúmeras relações. A honra era um valor e um recurso fundamental para a criação e manutenção de distinção social e funcionava como forma de maximização de ganhos, na medida em que permitia ao indivíduo ampliar suas redes de interdependência e reciprocidade. E essa reputação era mantida ou perdida através da fofoca, já que o bom nome e a honra das pessoas dependiam tanto delas mesmas quanto da opinião dos outros. A fofoca foi também um método comunitário de identificação do mau comportamento e assim como em Maryland no século XVII, a rede de fofoca local realçou a conduta dos membros da vizinhança aos olhos da comunidade.[22] Neste sentido, a fofoca serviu como um meio de expressar as posições sociais de certas pessoas a respeito de sua comunidade, a respeito de suas relações mais imediatas e como um meio de proteger seus interesses. Não podemos nos esquecer de que a fofoca atuou ainda como um meio de divertimento pessoal daqueles que possuíam algum tipo de problema com aqueles envolvidos nos processos analisados.

Uma questão que ainda carece de uma resposta melhor, como vimos acima, é o baixo número de processos envolvendo mulheres, e principalmente, processos envolvendo temas ligados à sexualidade feminina. Ao que tudo indica, Juiz de Fora foi o único contexto dentro da historiografia analisada a apresentar este padrão de uso dos tribunais.

21. *AHCJF*. Processos de Calúnia e Injúria, Cx. 51, Série 20, 12.05.1868.

22. NORTON, Mary B. Op. cit., p. 5.

No caso inglês, Sharpe percebeu que a maior parte dos processos foram abertos por mulheres, e que 3/4 desses processos de difamação envolviam questões de reputação sexual. Como nesse período a mulher inglesa possuía uma mobilidade e liberdade no mundo da rua, a fofoca atuou como elemento regulamentador da reputação feminina, ajudando a reforçar as restrições normativas da comunidade. Segundo ele, havia uma grande preocupação da *lower class* com a manutenção do bom nome e da honra sexual.[23]

Já Gotkowitz[24] analisou os padrões contidos na linguagem do insulto para perceber a evolução da estrutura social e econômica em Cochabamba – Bolívia, entre os anos de 1880 e 1940. Assim, por meio da análise de 277 processos de calúnia e injúria, ela percebeu a continuidade do insulto racial em face das mudanças sociopolíticas e econômicas. Os ataques verbais contras as *cholas* e *índias* serviram como um ritual de poder e de estigmatização, que ligavam a degradação racial à transgressão sexual. Com isso, a autora demonstrou que a expansão do sistema judiciário local transformou os tribunais no *locus* principal de questionamento dos afrontamentos sofridos por essas mulheres, bem como de demonstração de honra dessas mulheres para suas comunidades.

De forma similar, Putnam[25] analisou os processos criminais de difamação em Port Limón – Costa Rica, centro de uma vasta economia baseada na plantação e exportação de banana. Assim como em Cochabamba, os insultos verbais estiveram entre os crimes mais comuns levados aos tribunais. Observou como prostitutas, mulheres que tiravam seu sustento de tavernas e advogados participavam dos processos de forma entusiasmada, nos quais a reputação pessoal era defendida através de códigos legais designados para restaurar a honra perdida, mesmo de pessoas que pouca honra tinham a perder, de acordo com esses mesmos códigos, devido a suas profissões e classe sociais.

Num outro contexto histórico bem distinto, utilizando 145 processos de difamação de vários tribunais provinciais de Maryland, cobrindo toda a segunda metade do século XVII, Mary Norton percebeu que a diferença entre os sexos dos envolvidos fazia com que se sobressaíssem os casos de difamação sobre os

23. Cf. SHARPE, Jim.Op. cit., p. 25.

24. GOTKOWITZ, Laura. Trading insults: honor, violence, and the gendered culture of commerce in Cochabamba, Bolívia, 1870s-1950s. In: CAULFIELD, Sueann et alii. *Honor, status and law in modern Latin America*. Durham: Duke University Press, 2005. p. 131-154.

25. PUTNAM, Lara. Sex and standing in the streets of Port Limón, Costa Rica, 1890-1910. In: CAULFIELD, Sueann et alii. *Honor, status and law in modern Latin America*. Durham: Duke University Press, 2005. p. 155-175.

outros tipos de litígios. Nos casos de injúrias as mulheres apareceram em 54, 5% dos casos enquanto representavam somente 1/3 da população do período. Com esses dados, a autora percebe que as mulheres e as fofocas por elas engendradas funcionaram como definidoras dos modelos de comportamentos para a comunidade, contribuindo assim para o estabelecimento de normas comunitárias. Assim, a ofensa ajudaria a definir o lícito e o não lícito, além de ajudar a definir as regras de diferenciação sexual.[26]

Outro trabalho preocupado em analisar as relações de gênero foi o de Laura Gowing.[27] Em seu estudo sobre a cidade de Londres no início da era moderna, a autora mostrou como as mulheres foram agentes ativas na sustentação e manutenção do conceito de honra feminina, na qual a honestidade sexual possuía um papel central. Utilizando, dentre outras fontes, processos de difamação abertos nas cortes eclesiásticas, Gowing percebeu que homens e mulheres viviam de acordo com códigos de moral diferentes e, nesse sentido, seus comportamentos sexuais eram muito diferentes em seu significado. Como vários historiadores demonstraram, a autora observou que era mais provável que uma mulher abrisse um processo de difamação que um homem, e em Londres, tal situação era tão presente que as cortes eclesiásticas eram conhecidas como "os tribunais das mulheres."[28]

Assim, uma comparação com outros contextos nos revela uma inversão do uso dos tribunais em Juiz de Fora. Se nos casos citados eram as mulheres as principais requisitoras da justiça, aqui foram os homens. Talvez a hipótese mais razoável para o baixo número de casos envolvendo mulheres é que para a maior parte da população da cidade, não era legítimo levar tais questões para a mediação da justiça. Em nossa dissertação de mestrado, ao estudarmos os alemães e teuto-descendentes em Juiz de Fora, principalmente no século XIX, observamos que na maior parte dos casos em que ocorria uma ofensa contra uma mulher, ela era revidada fisicamente por um parente próximo do sexo masculino, basicamente por pais e irmãos.[29] Este fato também é atestado pela enorme quantidade de processos de lesões corporais abertos no mesmo período. Desta maneira, para dar uma resposta empiricamente embasada a esta

26. NORTON, Mary Beth. Op. cit, p. 3-27.

27. GOWING, Laura. Op. cit.

28. Idem, p. 62-64.

29. CARNEIRO, Deivy Ferreira. *Conflitos, crimes e resistências: uma análise dos alemães e teuto-descendentes através de processos criminais (Juiz de Fora 1858-1921)*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, PPGHIS/UFRJ, 2004.

questão, seria necessária a análise dos crimes de lesões corporais, homicídios e tentativa de homicídios, o que foge dos objetivos deste trabalho. Entretanto, algumas questões ainda continuam sem respostas: quem eram as mulheres que apareceram nos processos analisados? Possuíam profissão? Pertenciam a qual segmento social? Senão, vejamos:

Tabela 2

Profissão das mulheres envolvidas nos processos

Ré	**Quantidade**	**Vítima**	**Quantidade**
Dona de casa	13	Dona de casa	13
Lavadeira	7	Negociante	6
Negociante	3	Jornaleira	2
Costureira	3	Dona de pensão	2
Jornaleira	2	Lavadeira	3
Roceira	2	Costureira	4
Joalheira	1	Funcionária Pública	3
Quitandeira	1	–	–
Meretriz	1	–	–
Total	33	Total	33

Fonte: AHCJF. Processos Criminais de Calúnia e Injúria, Séries 20 e 29, 1854/1941.

* A variação do número de rés se dá porque em alguns processos encontramos mais de uma.

De acordo com a tabela acima, observa-se que as mulheres, tanto as ofensoras quanto as ofendidas, não eram apenas donas-de-casa, trancadas em seu mundo particular, sem contato com os *perigos* da rua. A maior parte delas possuía jornada dupla, cuidando de casa, mas também exercendo uma profissão para se sustentar e sustentar seus filhos. Assim, não pertenciam à elite e também não se encaixavam no padrão que delas era esperado no período em questão: castas, silenciosas, obedientes, donas do lar, e sem contato com o mundo exterior.[30] Sabemos que entre os estratos subalternos, esse comportamento era quase impossível de ser alcançado.

30. Ver a esse respeito: ESTEVES, Martha de Abreu. *Meninas perdidas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989; SOIHET, Rachel. *Condição feminina e formas de violência: mulheres pobres*

De acordo com Martha Abreu, a construção de uma ideologia positiva do trabalho durante o século XIX veio também acompanhada da difusão de *bons costumes* para várias camadas sociais. O bom trabalhador deveria ser também responsável pelo seu lar e sem vícios sexuais, para, no mínimo, evitar a proliferação de crianças ilegítimas. Passando assim a ser um assunto de Estado, o pensamento jurídico e os padrões médicos não ficaram indiferentes à formação moral e sexual da população.[31] Com relação à mulher, esta passou, a partir de meados dos 800, a ser o alvo primordial dessa política. Enfatizando o trabalho doméstico, juristas e médicos afirmavam que a mulher deveria contribuir para que o homem assumisse o sustento da casa, enquanto ela se ocuparia apenas do lar e dos filhos.[32] Nesse sentido, Esteves percebe que nas primeiras décadas do regime republicano, estava presente no discurso jurídico brasileiro[33] a intenção de fazer com que a família assumisse novos papéis e responsabilidades, no intuito de produzirem cidadãos ordeiros e aptos para o trabalho.[34]

Com relação ao pensamento jurídico referente à sexualidade, a equação *conduta + comportamento + virgindade = honestidade* foi passada pelos juristas como medida de julgamento das ações e atos femininos. Assim, a rua deveria ser um lugar pouco visitado pelas mulheres; somente em horários estabelecidos, ou seja, as mulheres honestas deveriam se preocupar com quem, aonde e a que horas ir.[35] A mulher tinha então que ser permanentemente vigiada.

Contudo, devemos nos lembrar que mesmo esses conceitos morais sendo gerados pela elite jurídica, eles foram se espalhando para todas as classes sociais, criando contrastes e estabelecendo assim comportamentos desviantes. Para criar comportamentos ideais, as relações sexuais deveriam ficar restritas ao casamento. Incutir responsabilidades sexuais para a mulher tornava-se fundamental para que ela cumprisse convenientemente seu papel social e sexual.[36]

---

e ordem urbana (1890-1920). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989; GRAHAM, Sandra L. *Proteção e obediência: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro: 1860-1910*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992; entre outros.

31. ESTEVES, Martha de Abreu. Op. cit., p. 26-28.

32. Outra autora que se preocupa em perceber as composições médicas e *científicas* sobre a mulher é Rachel Soihet. Op. cit. Ver o capítulo 2 da obra.

33. Basicamente a autora analisa as obras e pensamentos de cinco grandes juristas do final do século XIX e início do XX: Viveiros de Castro, Evaristo de Morais, Macedo Soares, João Vieira e Galdino Siqueira. Esses juristas buscaram aprofundar os conhecimentos e meios de punição para os mais variados crimes sexuais.

34. ESTEVES, Martha de Abreu. Op. cit., p. 31.

35. Idem, p. 43.

36. Idem, p. 54.

Para essas mulheres, pobres e trabalhadoras, ter relações sexuais durante o namoro, mesmo que de curta duração, sentir prazer nessas relações, sair desacompanhadas e voltar tarde da rua, sem renunciar ao lazer popular, eram coisas aceitáveis, mesmo com a existência de algum conflito. Não que para os populares inexistissem *regras de conduta* no namoro e no casamento (o casamento somente não regulamentava a sexualidade das camadas populares). Só eram diferentes das exigidas pelos valores de honra dos juristas.[37] Sendo senhores de sua própria história, os populares construíram padrões valorativos e comportamentais resultantes de suas próprias escolhas, vindos de uma luta entre concepções morais diferentes e conflitantes, bem como de suas possibilidades existenciais.

Apesar do não possuirmos dados empíricos suficientes para generalizarmos essas considerações para Juiz de Fora entre os anos de 1854 e 1921, devemos lembrar que nos processos analisados, quando um conflito de fundo sexual era deflagrado, todos os referenciais sociais e morais eram acionados pelos populares, incitando-os a uma disputa valorativa. Mas passado o conflito, todos voltavam a viver normalmente, absorvendo as várias expectativas morais. As mulheres analisadas, mesmo possuindo os valores de honra, mesmo sendo pressionadas por patrões e vizinhos, viviam o lazer, os papéis da relação de casal, os amasiamentos e os casamentos formais com um conceito de honestidade diferente daquele defendido pelos juristas.

3. CONCLUSÃO

Como vimos acima, em Juiz de Fora, o papel "casa-rua" foi evocado principalmente em situações em que a mulher cometia algum tipo de ato considerado como desordeiro e, a partir de então, a moralidade *oficial*, disseminada de cima, era evocada. Contudo, percebemos que a recuperação da honra sexual ofendida por meio da abertura de processos de calúnia e injúria não foi a grande preocupação das pessoas em Juiz de Fora. Apesar de evidente, esse tema não passou de 16% dos casos. Além disso, somente em 13 casos o ofensor ou ofensora da honra sexual feminina foi condenado(a).

Dessa forma, a honra sexual como único elemento definidor da moral feminina não foi visível nos processos. O que se percebe é a existência de uma hierarquia de elementos honoríficos tanto para mulheres quanto para os homens e acessando o contexto em questão é que observaremos essa hierarquia. Assim, a reputação da mulher poderia manter-se ou decair por razões desconectadas com qualquer padrão sexual a ser seguido. Uma conclusão semelhante à nossa

37. Idem, p. 118-119.

foi encontrada por L. Leneman.[38] Ela analisou os casos de difamação contidos nos tribunais eclesiásticos escoceses de Edimburgo e Argyll e procurou perceber o que esses casos revelariam sobre a sociedade escocesa daquele período. Mais especificamente, seu intento foi perceber como se dava o controle social da sexualidade tanto nas cidades quanto nas áreas rurais da Escócia. O grande mérito da autora foi perceber que existe em qualquer sociedade uma hierarquia de elementos honoríficos tanto para as mulheres quanto para os homens. Desta maneira, será o contexto que informará o que é ou não importante moralmente para aquela sociedade. Essa hierarquia é tanto social quanto econômica para ambos. Assim, a reputação das mulheres poderia aumentar ou diminuir por razões desconectadas com o comportamento sexual.

A definição legal da difamação presume uma correlação direta entre o insulto e seu efeito material sobre a reputação da pessoa ofendida: produzir efeitos sobre o nome e assim sobre os negócios dos homens e sobre as relações comunitárias de reciprocidade das mulheres. Se esse aspecto foi percebido nos casos envolvendo negociações entre homens, o mesmo não pode ser dito dos casos em que a honra sexual feminina era atacada. A honra da mulher não era só baseada em sua sexualidade; estava baseada também na boa vizinhança, na veracidade da palavra, no bom nome e na maneira com a qual se relacionavam com seus conhecidos. Nenhum elemento isolado foi suficiente para definir a honra de uma mulher. Ou seja, observamos que, em certo sentido, a reputação da mulher não estava unicamente baseada na conduta sexual, mas também nas suas maneiras de negociar e de lidar com seus vizinhos. Desta maneira, mais importante que a conduta sexual, o restabelecimento do bom nome é que levava as mulheres ou seus representantes à Justiça. Ter uma boa reputação era uma excelente forma de diminuir as incertezas e assim minimizar as dissoluções de importantes laços sociais de reciprocidade, fundamentais para as pessoas dos grupos subalternos.

Documentação Manuscrita

Arquivo Histórico da Cidade de Juiz de Fora (AHCJF).

Fundo Benjamim Colucci, séries 20 e 29. Processos Criminais de Calúnia e Injúria. 294 itens.

4. BIBLIOGRAFIA

BLOK, Anton. Mediterranean totemism: rams and billy-goats. *Honour and violence*. Cambridge: Polity Press, 2001.

38. LENEMAN, Op. cit., p. 209-234.

BOWLER, Clara Ann. Carted whores and white shrouded apologies: slander in the county courts of Seventeenth-Century Virginia. *Virginia Magazine of History*. LXXXV, 1977.

BURKE, Peter. L'art de l'insulte em Italie aux XVie et XVIIe siècles. In: DELUMEAU, Jean. *Injuries et Blasphemes. Mentalites: histoire dês cultures et dês sociétés*. Paris: Éditions Imago, 1989. vol. 2.

CARNEIRO, Deivy Ferreira. *Conflitos, crimes e resistências: uma análise dos alemães e teuto-descendentes através de processos criminais (Juiz de Fora 1858-1921)*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, PPGHIS/UFRJ, 2004.

CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, lar e botequim*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DEAN, Trevor. Gender and insult in an italian city: Bologna in the late middle ages. *Social History*. vol. 29. n. 2. may 2004.

ESTEVES, Martha de Abreu. *Meninas perdidas*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

GLUCKMAN, Max. Gossip and scandal. *Current Anthropology*. vol. 4 (3). jun. 1963.

GOTKOWITZ, Laura. Trading insults: honor, violence, and the gendered culture of commerce in Cochabamba, Bolivia, 1870s-1950s. In: CAULFIELD, Sueann et alli. *Honor, status and law in modern Latin America*. Durham: Duke University Press, 2005.

GOWING, Laura. *Domestic dangers: women, words, and sex in early modern London*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro: 1860-1910*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

HAMES, Gina. Maize-beer, gossip and slander: female tavern proprietors and urban, ethnic cultural elaboration in Bolivia, 1870-1930. *Journal of Social History*, Winter, 2003.

LEACH, E. R. Levels of communication and problems of taboo in the appreciation of primitive art. In: FORGE, A. *Primitive art and society*. London: Oxford University Press, 1973.

LENEMAN, Leach. Defamation in Scotland, 1750-1800. *Continuity and Change*. n. 15 (2). 2000.

MOOGK, Peter N. "Thieving buggers" and "stupid sluts": insults and popular culture in new France. *The William and Mary Quaterly*. vol. 36. n. 4. p. 524-547. oct. 1979.

NORTON, Mary Beth. Gender and defamation in seventeenth-century Maryland. *The William and Mary Quarterly*. vol. 44. n. 1. jan. 1987.

PERROT, Michele. Corpos subjugados. *As mulheres e os silêncios da história*. Bauru: Edusc, 2005.

PITT-RIVERS, Julian. Honra e posição social. In: PERISTIANY, J. G. *Honra e vergonha: valores das sociedades mediterrânicas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sem data.

PUTNAM, Lara. Sex and standing in the streets of Port Limón, Costa Rica, 1890-1910. In: CAULFIELD, Sueann et alli. *Honor, status and law in modern Latin America*. Durham: Duke University Press, 2005.

SHARPE, Jim. Defamation and sexual slander in early modern England: the church courts at York. *Borthwick Papers*. n. 58. York: University of York, 1980.

SOIHET, Rachel. *Condição feminina e formas de violência: mulheres pobres e ordem urbana (1890-1920)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

THOMPSON, E. P. Rough Music. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

WADDAMS, S. M. *Sexual slander in nineteenth-century England: defamation in the ecclesiastical courts, 1815-1855*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres, de Andrea Borelli – *RBCCrim* 54/9;
- Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero, de Wânia Pasinato Izumiro – *RBCCrim* 40/282;
- Em busca dos braços da Vênus: lacunas do saber e questão feminina, de Carla Mirella Mastrobuono – *RBCCrim* 25/246;
- Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da Justiça na solução dos conflitos de gêneros, de Wânia Pasinato Izumiro – *RBCCrim* 18/147; e
- Legítima defesa da honra: legislação e jurisprudência da América Latina, de Silvia Pimentel, Juliana Belloque e Valéria Pandjiarjian – *RBCCrim* 50/311.

57724

DISCURSO MIDIÁTICO PENAL E EXASPERAÇÃO REPRESSIVA

5

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Advogado.

REGINA CIRINO ALVES FERREIRA

Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho, de cunho criminológico, tem por objetivo analisar os contornos da mídia atual, a qual adotou para si o discurso repressivo jurídico-criminal, verificando-se as consequências práticas de tal postura. Neste sentido, faz-se referência a casos brasileiros pontuais nos quais se constatam a exploração de fatos criminais pela imprensa, observando-se os desvios do dever de informar objetivo e isento, transformando-se a mídia em poderoso ator social desencadeador de violências morais ou institucionalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal - Imprensa - Sociedade do risco - Julgamento pela mídia - Repressão.

ABSTRACT: The present essay, with a criminological nature, has the scope of analyzing the features of the current media, which has adopted a repressive legal and criminal stance, and assessing the practical consequences of such stance. In this sense, reference is made to relevant Brazilian cases in which the exploration of criminal facts by the press can be verified, observing the deviance from the objective and unbiased duty of information, thus transforming the media into a powerful social agent which unleashes moral or institutional abuses.

KEYWORDS: Criminal Law - The press - Risk society - Trial by media - Punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Globalização e sociedade do risco - 3. Mídia e pós-modernidade - 4. Consectários da postura midiática atual - 5. Verificação de casos concretos: 5.1 Caso Daniela Perez; 5.2 Casos Escola de Base e menino Gabriel; 5.3 Caso Suzane von Richthofen; 5.4 Caso Eloá Cristina Pimentel; 5.5 Caso Isabella Nardoni - 6. Mídia e conformação do direito penal - 7. Conclusões - 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, comumente dita da informação ou do risco, avulta em importância o papel da mídia no cotidiano. Neste sentido, os veículos de comunicações, como televisão, Internet, rádio, jornais e revistas, ganham importância desmesurada, nunca antes vista, eis que cumprem a função de verdadeiros atores capazes de ditar comportamentos, insuflar necessidades de consumo e formar opiniões. Estas, muitas vezes, em face do poder de convencimento do veículo, por suas envolventes características próprias e incessante capacidade de repetição, assumem ares de verdades absolutas.

É neste último aspecto que se verifica que a mídia tomou para si o discurso repressivo jurídico-criminal, tornando-se verdadeiro meio de pressão capaz de modificar as realidades legislativa, judiciária e administrativa. Ocorre que este poderosíssimo papel não vem sendo exercido consoante critérios científicos ou com vistas ao bem comum, mas sim à mercê de uma lógica econômico-mercadológica que exaspera de uma fórmula desencadeadora de grave prejuízo social.[1]

2. GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DO RISCO

Preliminarmente, mister se faz delinear, ainda que perfunctoriamente, os característicos essenciais de nossa complexa sociedade, para bem compreender a real importância dos meios de comunicações hodiernamente.

Nossa era, reconhecida pela sociologia como de pós-modernidade, é qualificada eminentemente em vista da globalização, que não é um fenômeno novo, mas que se afigura na conjuntura contemporânea de um modo inédito, qual seja, o de estreitamento das fronteiras econômicas – essa é a tônica, potencializado por um avançado, e em constante evolução, sistema de comunicações, tecnológico-científico e de transportes.[2]

A radicalização de características do modo de produção capitalista leva ao que a sociologia identifica como sinais de modernização reflexiva, isto é, de aparecimento de efeitos e ameaças não desejados, decorrentes dos próprios

1. Dando azo, inclusive, a discussões atinentes ao controle da mídia, tal como a proposta em nosso País pelo Partido dos Trabalhadores, e, ao que parece, por enquanto não albergada pelo governo federal. Cf. DOMINGOS, João. Dilma rejeita controle da mídia proposto pelo PT. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Política, 05.09.2011. Disponível em: [www.estadao.com.br]. Acesso em: 08.09.2011.

2. Cf., na literatura pátria, dentre outros: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7 e ss., passim.

contornos do sistema produtivo, assim como de capacidade de identificação e questionamento de suas próprias características, ou seja, de reflexão.[3]

Desta maneira, despontam novos riscos sociais[4] – daí porque falar-se em sociedade do risco, segundo a já disseminada expressão cunhada por Beck,[5] os quais podem ser reais ou fictícios, mas todos identificados ou, ao menos, enormemente propalados, pelos meios de comunicações, que são de massas.[6]

A mídia consagra, então, o discurso do risco,[7] que passa a ser objeto de sua atenção, a qual, obviamente, não é lúdica e sim com interesses políticos ou, fundamentalmente, econômicos, já que os meios de comunicações representam grupos econômicos com ampla capacidade lucrativa. A sociedade do risco tem, portanto, um poderoso protagonista, que, em sua missão de informar e entreter, representa um papel muito além do imaginado por cientistas políticos e juristas de outrora.

3. MÍDIA E PÓS-MODERNIDADE

Conforme surge para os meios de comunicações de massa o dever de informar, em contrapartida, os receptores de tais notícias possuem o direito de

3. GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. passim.

4. Na doutrina estrangeira, cf., por todos: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. passim. Na literatura nacional, dentre outros, vide: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 27 e ss.; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 29 e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 81 e ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 28 e ss.; SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 107 e ss.

5. Cf., e.g., BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. passim.

6. Ressaltando a estrutura corporativa complexa e ensejadora de grandes aportes de capital, Abdo assevera: "(...) pode-se afirmar que os *meios de comunicação de massa* são aqueles encarregados da transmissão pública e massiva de mensagens, por uma ou mais técnicas (*medium* ou *media*) indiretas, geralmente num único sentido (ou seja, sem grande interação entre os que transmitem a mensagem e aqueles que a recebem) e a uma dada audiência". ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

7. Ou do medo, conforme referido infra.

serem informados acerca de dados verídicos,[8] os quais devem ser revelados de modo neutro, imparcial e com objetividade, deixando que o público tenha condições de formar sua opinião, livre de aspectos subjetivos incutidos pela *mass media*.[9] Estes são os contornos que devem nortear a atividade jornalística, consoante se leciona nos bancos universitários e insculpe a ética da profissão.[10]

Em que pese tais diretrizes ético-profissionais, a realidade ora vivenciada encontra-se muito longe do ideal, pois raros são os veículos de comunicações que não se esquivam da objetividade. Em significativo número – esta é a triste realidade, preocupados com a vendagem da notícia, utilizam-se inúmeras vezes de palavras agressivas e esquadrinham causar impacto e emoção no espectador, de maneira que o público parece integrar a notícia,[11] participando dela como vítima[12] ou, mais do que isso, em diversas oportunidades, como verdadeiro sobrevivente. Eis a receita para se garantir o interesse lastreador da audiência, esta asseguradora do patrocínio.

Inicialmente, verifica-se que a escolha proposital de vernáculos específicos e chocantes pode, além de chamar a atenção, criar ou reforçar estereótipos no seio social, como é o que se dá em assuntos referentes à violência contra as mulheres. A narrativa comumente é feita em torno de personagens tidos como vilões, vítimas ou heróis. Neste sentido, "a mídia, ao apresentar a categoria 'mulher' de forma homogênea e una, 'congela' e 'fixa' as identidades das mu-

---

8. Sem embargo, importante ressaltar que: "Contudo, a notícia inexata ou errônea não se confunde com a notícia falsa, publicada com o fim de enganar (...)". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 46.

9. Cf. PFROMM NETTO, Samuel: "A comunicação de massa, no entanto, é 'comunicação-monólogo, ou seja, transmissão e recepção de estímulos simbólicos de uma fonte para o receptor'". Apud VIEIRA, Ana Lúcia. Op. cit., p. 57.

10. O Código de Ética da Federação Nacional dos Jornalistas – Fenaj, em vigor desde 1987, fixa em seu art. 2.º, I, que "a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários" e, no inc. II, que "a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos". O art. 4.º, por sua vez, afirma que "o compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação" e, por fim, o art. 7.º estabelece que: "O jornalista não pode (...) II – submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação".

11. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op. cit., p. 53.

12. Cuida-se do fenômeno da identificação da maioria com a vítima do delito. Sobre o tema, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 50 e s.

lheres como 'vítimas', simplificando-as".[13] Nada mais grave para quem já sofre preconceito em uma sociedade verdadeiramente machista. Clara está, assim, uma primeira consequência negativa, mas, por enquanto, extrajurídica.

Sem dúvidas, a temática escolhida pelos veículos informativos de massa nos dias atuais é precipuamente a da exploração da criminalidade,[14] seja de forma discreta ou às escâncaras, como ocorre em programas televisivos[15] sensacionalistas – de grande audiência, observe-se.

Estes últimos programas são, deste modo, denominados em razão do enfoque essencial para as matérias policiais,[16] de violência e demais mazelas humanas. A nomenclatura é decorrência do substantivo "sensacionalismo", o qual significa o gosto ou busca pelo sensacional, com uso e efeitos de assuntos sensacionais, capazes de causar impacto, de chocar a opinião pública, sem que haja qualquer (ou maior) preocupação com a realidade.[17]

---

13. Oliveira, Maria de Fátima Cabral Barroso de. Vitimização: a mídia e a violência doméstica. In: Sá, Alvino Augusto de; Shecaira, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 55.

14. "Quantitativamente, é facilmente comprovável que os temas penais ocupam grande espaço nos meios de comunicação de massa, preenchendo suas páginas, ou ocupando minutos de sua grade audiovisual, com informação penal. Homicídios, roubos, furtos, assassinatos, assaltos, maus tratos, desvios de recursos públicos, lavagem de dinheiro, violações e uma ampla gama de delitos e infrações são apresentados diariamente nos meios de comunicações, com uma frequência muito mais intensa e extensiva do que sua presença real na sociedade. Se a função da imprensa é traduzir a realidade social, como defendem algumas escolas de periodismo tradicional, a realidade dos meios de comunicação sobre os crimes e sua ocorrência estão muito afastadas da real presença destes nas nossas sociedades". Botella Corral, Joan; Peres-Neto, Luiz. La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España. In: García Arán, Mercedes; Botella Corral, Joan (dirs.). *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 49 (trad. livre).

15. Sobre a idoneidade entre a reprodução de notícias penais e o meio televisivo, cf. Baucells Lladós, Joan; Peres-Neto, Luiz. Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos. In: García Arán, Mercedes; Botella Corral, Joan (dirs). *Malas noticias: médios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 114 e ss.

16. A escolha da realidade policial não é aleatória, vez que "a polícia constitui o símbolo mais visível do sistema formal de controle, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o *first-line enforcer* da lei criminal (...)". Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. p. 443.

17. Houaiss, Antônio et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 2546. Conforme Abdo, o sensacionalismo refere-se à "conduta que

De imediato ao se referir a programas deste jaez, há que se lembrar, no Brasil, do antigo "Aqui Agora" – um dos propulsores desta espécie de noticiário (e que fez escola), transmitido pela primeira vez em 1991, assim como outros mais recentes, os quais, embora com roupagens aparentemente diferentes, revelam-se verdadeiros exploradores de dramas humanos.[18]

Há que se notar que a opção pela veiculação de fatos criminosos violentos escora-se, também, em razão da forma de obtenção de informação, isto, pois os meios de comunicação guiam-se por informes policiais, os quais, em geral, não versam sobre crimes complexos, como, e.g., crimes contra a ordem econômica.[19] Neste sentido, o crime violento, dito "de sangue", é de muito mais fácil compreensão e impacto, capaz de prender a atenção de maior número de pessoas. Eleita está, assim, a pauta jornalística que busca incansavelmente a boa audiência.

A televisão caracteriza-se então como o principal promotor desta realidade policialesca, em razão de ser o instrumento transmissivo mais disseminado de informação audiovisual, de maneira que o telespectador não só conhece a notícia, mas a visualiza e se vê na cena. As imagens mostradas refletem-se, desta feita, diretamente na opinião pública. Ou seja, o poder de persuasão deste veículo é extraordinário,[20] consagrando-o como principal protagonista, ou verdadeiro tutor, do estratégico discurso do controle social penal.[21]

---

rompe completamente com os parâmetros da objetividade". ABDO, Helena. Op. cit., p. 138.

18. Aplica-se a programas televisivos que tais a seguinte percuciente observação: "(...) Utilizando-se de um modo próprio da linguagem discursiva, ágil, coloquial e do impacto da imagem, promove uma banalização e espetacularização da violência". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op. cit., p. 55.

19. Bustos Ramírez, Juan apud Barreira, Mariana Barros. Controle social *x* controle informal. In: Sá, Alvino Augusto de; Shecaira, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 308.

20. Analisando este revolucionário veículo, veja-se a opinião de Ciro Marcondes Filho: "Isso é a televisão. A distância entre as emoções, a dor, a vida real, as preocupações, as ansiedades, as tristezas, as esperanças das pessoas, e o que aparece na tela, representando tudo isso: um compacto de clichês de tristeza, de dor e de estórias efêmeras; mistura fácil de componentes triviais de apelo. E milhões de pessoas se deixam embalar por essas cenas". MARCONDES FILHO, Ciro. *Televisão: a vida pelo vídeo*. São Paulo: Moderna, 1992. p. 52.

21. BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal – Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 114.

De outro lado, embora ainda secundariamente, não se pode olvidar também a importância da Internet como veículo de crucial importância na era da globalização, eis que viabilizadora do conhecimento de um fato simultaneamente em extremos opostos ao do seu acontecimento. Seu alcance, assim, revela um poder assaz elevado e que cresce a cada dia.

Diante de toda esta realidade moderna, com precisão observa Vieira: "E, nesse processo de transformação do fato acontecido, aos moldes da ficção, da fantasia, das emoções manipuladas, a notícia se reveste de forma espetacular e facilmente é consumida satisfazendo os anseios econômicos do proprietário do meio de comunicação e do público de ser informado".[22]

Dessa forma, encarada como mero produto de consumo, finalmente, nota-se a transformação da notícia em narrativa romântica, perdendo-se completa ou enormemente sua objetividade.[23]

Estas são as características da informação atual revelada pela imprensa. Há, não obstante, inúmeras outras gravosas consequências sociais.

4. CONSECTÁRIOS DA POSTURA MIDIÁTICA ATUAL

Como forma de alavancar a vendagem de uma notícia, um fato policial é então transformado em verdadeiro espetáculo teatral,[24] brotando no seio social discussões quanto a fragilidade da segurança pública e a necessidade de mais respostas repressivas.[25]

Os reflexos do uso indiscriminado da violência, como meio atrativo de audiência, são assim diversos, desde o sentimento individual de frustração e de insegurança, contra o qual os cidadãos anseiam esconder-se em carros blinda-

22. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op. cit., p. 51.

23. Para Gomez Martín isso gera "desinformação e contribui para uma certa mitologia do fenômeno delitivo". GOMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007. p. 66-67 (trad. livre).

24. Cf. Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior: "(...) sentimentos intensos e ocultos, como a agressividade, os preconceitos, sociais, raciais e morais e, principalmente, o medo ganham vida própria no grande espetáculo". SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 378.

25. O que corrobora o alastramento de um discurso alarmista, ou catastrofista, sobre suposta insegurança social. Neste sentido, cf. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 26 e s.

dos, residir em locais rodeados de grades e cercas elétricas, entre outras providências supostamente protetivas, fomentadoras, de um lado, de uma lucrativa indústria da segurança privada, e de outro, de uma mensagem política a ser trocada por votos, até a manifestação de descontentamento coletivo e pânico social.

A sociedade atual pode, portanto, ser melhor definida como a sociedade da insegurança sentida ou sociedade do medo,[26] isto pois, "(...) hoje o que se assiste é uma situação de compartilhamento explícito dos atos violentos quer porque existem maiores chances de que a própria pessoa tenha sido vítima desta violência em algum momento de sua vida, dado o esgarçamento dos meios de controle não oficiais (vizinhança, conhecidos etc.), quer porque tenha assistido um a um ato de tal natureza".[27]

O tempo já demonstrou que uma sociedade frenética e com medo perde o sentido do razoável e passa agir de maneira excêntrica e passional, ficando à deriva de pretensões totalitárias. Sendo o medo e a sensação de insegurança de interesse somente daqueles que exploram o crime, seja de que maneira for – econômica ou política –, sua propagação é garantida por aqueles que não estão de fato interessados em resolver os verdadeiros motivos da violência, aos que usam a desculpa da violência para serem de algum modo violentos.[28]

O presente momento, de crise,[29] é o mais emblemático dessa postura inquieta, haja vista que, sob o efeito da angústia implantada pela *mass media*, vem permitindo a intervenção aguda do Estado em todas as relações sociais, a criação de diversas leis penais emergenciais,[30] isto é, de cunho simbólico,[31] e

---

26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 33.

27. SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 57.

28. Cf. Evandro Lins e Silva apud SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. cit., p. 379.

29. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal – Prescrição funcionalista*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 51; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 17.

30. Vide, dentre outros: MOCCIA, Sérgio. *La perenne emergenza*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. passim.

31. Cf. Miguel Reale Júnior: "A opção de se valer o legislador do direito penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica, nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, legitimando-se muito menos, como instrumento preferencial para imposição de interesse de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada 'administrativização do direito penal', ou com a expansão exagerada de figuras de perigo abstrato e de formas culposas, às vezes sem resultado material significativo, com o recurso a elementos normativos, com referências a outras leis, em avalanche

o desrespeito a princípios assegurados ao cidadão conquistados ao longo dos anos e a duras penas pela Carta Maior.[32]

A corroborar a gravidade da situação, vejam-se alguns recentes exemplos fáticos dessa postura em nosso País, que culminaram por encetar alterações legislativas, aniquilamento de honras ou mera exploração da miséria humana.

5. VERIFICAÇÃO DE CASOS CONCRETOS

5.1 Caso Daniela Perez

Seguindo a linha dramatúrgica incutida pelos meios de comunicação de massas, relembre-se da brutal morte, em 28.12.1992, da atriz Daniela Perez, assassinada pelas mãos do ator e então colega de *novela das oito*, Guilherme de Pádua, e de sua esposa, Paula Thomaz, os quais a executaram com o uso de uma tesoura e uma chave de fenda.

Iniciava-se um novo ano e, em meio às comemorações festivas e fogos de artifícios, os holofotes miravam delirantemente aquele episódio, sem que nenhum detalhe fosse poupado. "Pela fama de Daniela, sua morte colocou o País em estado de choque. Comoveu o imenso público das novelas e ainda empresários, políticos e outros cidadãos ocupados demais para prestar atenção nesse tipo de diversão. Também jogou para as alturas o ibope dos telejornais que anunciavam as novidades sobre o caso. (...) No assassinato de Daniela, redescobriu-se que a realidade pode ser ainda mais exagerada e mais mórbida que a ficção da TV".[33]

A brutalidade de que se revestiu o crime, por si só, provocaria intenso furor e comoção popular e daria ensejo a semanas ou a meses de exaustivas matérias jornalísticas,[34] no entanto, a vítima, quando da sua morte, além de contar com apenas 22 anos de idade, estava no auge de sua carreira como atriz, sua genitora era popularmente conhecida e o fato antecedia à passagem de ano. O

---

de incriminações, própria de uma ilusão penal". REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25-26.

32. FERREIRA, Regina Cirino Alves Ferreira. Repressão de emergência e supressão de valores constitucionais. *Bol. IBCCrim* 180/11.

33. Cf. O ovo de serpente. *Veja*, 13.01.1993, p. 60-66.

34. De se notar que, cerca de 20 anos após o crime, sua exploração ainda rende bons frutos televisivos, cf. Ratinho tem sua melhor audiência com entrevista de Guilherme de Pádua. *Folha de S. Paulo*, 08.04.2010. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u718312.shtml]. Acesso em: 23.08.2011.

cenário estava assim montado, restando apenas alguns detalhes para transformar o evento em verdadeiro espetáculo teatral, ou verdadeira telenovela, e, a partir daí, conquistar a alteração de nossa legislação penal, então considerada branda demais para com infratores daquela estirpe.

Foi nesse diapasão e com o ostensivo incentivo dos veículos informativos,[35] que a genitora da jovem vítima colheu 1,3 milhões de assinaturas para a aprovação de um projeto de lei com fulcro de incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos,[36] o que foi positivado por meio da Lei 8.930, de 06.09.1994.

5.2 Casos Escola de Base e menino Gabriel

Muitas vezes depara-se com casos em que a publicidade feita em torno de um fato trágico acarreta severas e permanentes consequências aos inicialmente supostos infratores, embora posteriormente não comprovada a culpabilidade de cada qual. Neste influxo, estes arcarão com os efeitos futuros de máculas de suas honras em razão da postura verdadeiramente irresponsável da mídia.

Pode-se referir, nesse diapasão, a dois casos paradigmáticos. O primeiro, ocorrido em março de 1994, no qual seis pessoas, proprietárias de uma escola denominada *Escola de Base*,[37] na cidade de São Paulo, foram ostensivamente apontadas pelos veículos de massa como responsáveis pelo abuso sexual de crianças, alunas da instituição. Posteriormente, já com as respectivas honras subjetivas e objetivas devastadas, além de inúmeros outros problemas,[38] concluiu-se pela inocência de referidas pessoas.

No mesmo sentido, outro fato que despertou o interesse midiático, com o consequente bombardeio dos meios televisivos, também ocorrido na cidade de São Paulo em julho de 2008, em que uma criança de sete meses faleceu no interior de uma creche, após uma parada cardiorrespiratória. Por intermédio da incitação provocada pela mídia, que desde o primeiro momento deixou clara a desconfiança relativamente aos responsáveis pela creche, esta, e.g., foi pichada

35. Cf. Franco, além deste evento, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, também concorreram para a ampliação da Lei dos Crimes Hediondos. Cf. SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 103.

36. Disponível em: [www.terra.com.br/istoegente]. Acesso em: 23.08.2011.

37. Sobre o tema, cf. RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 1995. passim.

38. Como separações, ruína profissional e problemas psicológicos. Cf. RIBEIRO, Alex. Op. cit., p. 164-166.

com os seguintes dizeres: "Diretora incopetente (*sic*). Paz Gabriel".[39] No mês seguinte, foi divulgado laudo do Instituto Médico Legal – IML, o qual revelou que "(...) o quadro da morte sugere que o menino morreu sufocado após vomitar e engasgar induzido por uma 'encefalopatia aguda de provável natureza viral' (meningoencefalite viral, ou meningite viral)".[40] Mas, novamente, esta última informação não recebeu o mesmo espaço da anterior e nem se viu capaz de afastar os consectários sociais negativos ocorridos.

Note-se, então, que, em virtude de uma política informativa extravagante e descompromissada, em ambos os casos houve a ruína de instituições, o aniquilamento de carreiras e, ainda, constata-se que as reputações maculadas dificilmente recuperarão sua integridade frente à sociedade. Isto é, vidas foram gravemente marcadas por força de mera especulação midiática.

Essa preocupante postura é chamada de "julgamento pela imprensa" (*trial by media*), em que pessoas e fatos relacionados a um procedimento criminal em andamento são noticiados ou comentados com teor opinativo. Assim, conforme as precisas palavras de Nilo Batista: "A imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção da inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo".[41]

5.3 Caso Suzane von Richthofen

Em 31.10.2002, ganhava a cena um novo episódio para ser explorado e veiculado por meses a fio. Naquela data, era anunciada a tragédia no interior da residência da família Richthofen, em um bairro de classe média alta em São Paulo.

O crime, de início considerado obra de um malfeitor qualquer, ganhou todas as atenções e holofotes após a revelação da participação da estudante de Direito Suzane von Richthofen. A jovem, que contava então com 22 anos de idade, afirmou ter participado do homicídio de seus pais, eis que teria aberto a porta de sua casa para que o então namorado, Daniel Cravinhos, acompanhado do irmão, Cristian, entrassem no quarto de seus pais e os assassinassem a golpes de barras de ferro.[42]

Suzane, jovem e bonita, era estudante de Direito de conceituada universidade, possuía padrão econômico alto, aparentemente não nutria nenhum grande

39. Disponível em: [www.estadao.com.br]. Acesso em: 23.08.2011.

40. Disponível em: [http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/]. Acesso em: 23.08.2011.

41. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos – Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 138.

42. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/]. Acesso em: 23.08.2011.

conflito com seus familiares e, assim, não revelava um perfil criminológico padrão reconhecido pelos meios de comunicações. Eis a receita para o fascínio despertado com o caso.

Tamanho foi o espanto midiático que, durante vasto período de tempo, foi intentado por estes uma espécie de política investigativa, intencionando encontrar a motivação para o acontecido. Diariamente, compunham programas de auditório televisivos psicanalistas, psiquiatras e quem mais estivesse interessado em desvendar um possível transtorno psicológico da jovem.

Não se pode olvidar, ademais, das suposições e rumores à época criados, tais como: estar a jovem Suzane influenciada por más companhias, ser usuária de entorpecentes, ter sofrido abusos e agressões de seu pai, ou, ainda, estar sujeita a conviver com embriaguez constante de seus genitores[43] etc. Note-se que muitas vezes as conjecturas a transformavam em vítima e não mais em criminosa. De qualquer modo, a jovem foi encarada como personagem principal de um verdadeiro *reality show*, a ponto do jornal britânico *Daily Telegraph asseverar* que "o mais intrigante para os brasileiros foi a relação entre a rica e loura *von Richthofen* e o mais pobre e mais escuro Cravinhos".[44]

O crime, em que pese brutal, certamente não teria tamanha repercussão se fosse revelado em alguma família de extrato social mais baixo, isto porque o horário nobre televisivo não perderia muito tempo com assunto comezinho,[45] denotando ser o anseio investigativo retrato da desigualdade brasileira e impulsionador da criação e manutenção de estereótipos, referidos supra.

Este tipo de publicidade, dita opressiva, incontestavelmente, implica no julgamento antecipado do suposto infrator pela mídia e pelos receptores influenciados. A carga pesada e emotiva transmitida obviamente possui o condão de viciar a imparcialidade e a isenção do magistrado ou, principalmente, os jurados na oportunidade do julgamento.[46] E estes, efetivamente sofrerão desconfianças se, porventura, não confirmarem a sentença proferida pelos veículos de imprensa.[47]

---

43. Disponível em: [http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/29774.shtml]. Acesso em: 23.08.2011.

44. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u55320.shtml]. Acesso em: 23.08.2011.

45. Curiosamente, nota-se que a mídia ostenta neste sentido uma seletividade penal às avessas: enquanto a realidade denota uma atuação oficial precipuamente voltada às camadas mais humildes da população, a imprensa supervaloriza o fato de interesse jurídico-penal quando o imputado é pertencente às camadas mais favorecidas economicamente.

46. Já que estes não levam a efeito um julgamento técnico e nem fundamentado.

47. PALMA, Márcio Gestteira. Os tribunais da mídia. *Boletim IBCCrim* 158/10-11.

5.4 *Caso Eloá Cristina Pimentel*

Denotando certo caráter monotemático dos veículos informativos, o assunto em voga por semanas na imprensa no segundo semestre de 2008 foi o cárcere privado a que foi submetida Eloá Cristina Pimentel, que resultou em seu falecimento.

Em 13.10.2008, as câmeras e as equipes de reportagens deslocaram-se para um conjunto habitacional localizado na cidade de Santo André, pois, naquele local, Lindemberg Fernandes Alves, inconformado com o fim do relacionamento amoroso que durara três anos com a adolescente Eloá, fazia a ex-namorada e outras três pessoas reféns. Dois garotos vitimados foram libertados no mesmo dia e Nayara da Silva, que, após passar 33 horas em cárcere privado e ser liberada, voltou ao apartamento por suposta exigência do rapaz e concordância da polícia.

Não há dificuldades em apontar analogias entre este episódio com tantos outros acontecidos, já que o roteiro contém poucas novidades e o desenvolvimento é parecido: "No caso do Lindemberg e no do ônibus 174, há alguns elementos comuns: a tensão e o suspense asseguram a manutenção daquela situação no ar tendo um sujeito no controle. Ele pode não aparecer para as câmeras naquele momento, mas o poder que exerce, dominador de uma situação tensa, em que a vida de reféns está em jogo, faz dele o personagem central"[48] e garante a audiência dos meios de comunicações.

Pelo empenho e envolvimento da imprensa, parecia que esta já podia antever que ali se desenrolaria uma trama envolvente, transformando aquele fato em um verdadeiro filme de ficção. Esquecendo-se que vidas estavam em jogo, inclusive, um dos programas televisivos veiculados no período da tarde logrou estabelecer comunicação com o sequestrador, prejudicando o trabalho policial.[49] O *furo de reportagem* rendeu à emissora o segundo lugar na liderança pela audiência naquele horário.[50]

Durante essa fantástica interação entre sequestrador e imprensa, a equipe policial destacada para efetuar a negociação da liberação das vítimas permaneceu inerte. Isto porque, "os meios de comunicação se infiltram como perso-

48. Cf. entrevista de: BUCCI, Eugênio. A rebelião dos invisíveis. *O Estado de S. Paulo*, 26.10. 2008, p. J4.

49. Citando doutrina norte-americana, Abdo reconhece à mídia, inclusive por conta da possibilidade de fiscalização do Poder Público, a possibilidade de cobertura mediata de atos da chamada "crônica judiciária", jamais o direito de participar da formação da prova, incidindo imediatamente sobre o fato. Cf. ABDO, Helena. Op. cit., p. 85.

50. Disponível em: [www.ziptop.com.br/divirta_se/]. Acesso em: 23.08.2011.

nagens etéreos, que atravessam paredes. Conseguem pôr no ar a voz do criminoso e passam a informar a polícia sobre o que está acontecendo. O paradoxal na situação é que os policiais estão em cena, eles viram atores de um circo sanguinário e sangrento".[51]

Além do descrédito da força policial em prol de um *furo de reportagem*, e os momentos de fama do infrator, a situação criada por aquela emissora poderia ensejar em situação mais grave, como uma reação inesperada do sequestrador ou, ainda, servir de incentivo para a prática de outros delitos de mesma estirpe, para que pessoas ainda no anonimato tornem-se popularmente conhecidas.

Outra interferência da mídia, reveladora de sua extrapolação quanto à sua função de meio informativo, foi constatado no mesmo episódio após a mãe da vítima declarar não ter contratado um advogado para ingressar com ação de indenização contra o Estado, sendo verdade que isto teria sido sugerido por um produtor de outra emissora de televisão![52]

Além disso, foi através da influência massiva dos meios de imprensa que Lindemberg passou a não ser mais visto como um jovem apaixonado desesperado para ser reconhecido exclusivamente como monstro insensível. Tanto que houve pouco alarde ao se constatar hematomas e ferimentos em seu rosto, todos angariados após ter saído de cena e ser recolhido preso pelo Poder Público. Uma vez formada a imagem daquele infrator, aos olhos do público, por influência da mídia, uma suposta violência ocorrida enquanto este já estava sob a custódia do Estado não se revelou tão grave como o crime que cometeu, sendo apenas comezinha resposta por sua conduta. Mais uma razão para se concluir que "o jornalismo é uma parte desse grande *show* momentâneo, dessa espécie de intervenção macabra".[53]

No caso em foco, por fim, segundo se noticiou,[54] as autoridades paulistas consideraram que a cobertura televisiva contribuiu para seu desfecho trágico. Se tal for verdadeiro, é o ápice da influência deletéria da cobertura sensacionalista de um fato criminoso.

5.5 Caso Isabella Nardoni

Oportuno relembrar, ainda, a cobertura jornalística no que ficou conhecido como "Caso Isabella Nardoni", em que esta foi morta, então com 5 anos de ida-

51. BUCCI, Eugênio. Op. cit.

52. Disponível em: [www.estadao.com.br/]. Acesso em: 30.05.2011.

53. BUCCI, Eugênio. Op. cit.

54. Cf. Depois do caso Eloá..., *Veja*, 05.11.2008.

de, após ser jogada do 6.º andar do prédio em que morava. Durante semanas na época do crime, em março de 2008, assim como recentemente, no início de 2010, no período da plenária do júri, esqueceu-se de uma série de problemas que assolam o País, para se dedicar a este triste episódio, por meio de reportagens sensacionalistas, de simples exploração da miséria humana, invasivas da privacidade de indivíduos, pai e madrasta, os quais inicialmente sequer haviam sido formalmente acusados. Por força deste furor incitado pelos veículos informativos, gerou-se uma insatisfação geral como há tempos não se via, com direito a pessoas nas ruas protestando, tentativas de agressões aos supostos infratores (à época ainda não julgados, note-se), desencadeando-se a prisão processual destes, com inequívocos ares de punição antecipada.

O coroamento da postura de intolerância social fomentada pela mídia deu-se com a agressão, dois anos depois, por populares, ao advogado de defesa durante a semana em que ocorreu a segunda fase do procedimento especial do júri.[55] Há que se observar, ainda, que, imediatamente após a confirmação da dura condenação sofrida, seguiram-se fogos de artifício em frente ao Fórum de Santana, em São Paulo. Subsequentemente, helicópteros de redes de televisão seguiram os veículos de transporte de detentos até as unidades prisionais respectivas, com transmissão do trajeto ao vivo.

Em que pese a exploração ter se dado nos mesmos moldes dos casos já apresentados, este específico episódio trouxe consigo alguns novéis aspectos, haja vista que, desta vez, noticiava-se a morte de uma menina supostamente executada pelo seu pai e esposa e não o contrário, como se imputou nos casos de Suzane von Richthofen e de Gil Rugai, este acusado de supostamente matar o pai e a madrasta. Assim, a comoção popular em torno de uma criança possivelmente assassinada foi o fecundo campo para holofotes sensacionalistas sem precedentes.

Não se pode negar que o fato incrementou a aprovação do denominado "pacote anti-impunidade", o qual, dentre outras medidas tratou da aceleração do procedimento do júri, para que a resposta do Estado ao infrator fosse menos morosa. Mas não é só: "Já se fazem apostas, no meio jurídico, sobre o eventual advento de novos dispositivos penais, voltados a responder de forma mais eficaz à conduta de *arremessar o filho pela janela*".[56] O que não seria de

55. SANTORO, Antonio. A agressão a Roberto Podval e o caso Nardoni: o neo-cinturão. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 20.08.2011.

56. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Caso Isabella: violência, mídia e direito penal de emergência. *Boletim IBCCrim* 186/16.

todo espantoso se pensarmos no caso do crime ocorrido no interior do "ônibus 174", em meados de 2000, no Rio de Janeiro, que originou um projeto com a fantástica intencionalidade de inserir no texto legal o tipo penal de "sequestro em meio de transporte coletivo".[57]

6. MÍDIA E CONFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL

Todos os princípios que balizam o ordenamento jurídico penal, conforme a doutrina vinculada ao pensamento garantista, decorrente da ilustração e seu posterior desenvolvimento, foram pensados e criados com a intencionalidade de filtrar racionalmente sua utilização, ou seja, a aplicação da repressão criminal far-se-ia necessária apenas se, depois de exauridas todas as tentativas de controle social extrapenais, ainda não tenha sido obtida a solução esperada, eis que o direito penal é meio de controle social indubitavelmente drástico e severo. Nesse sentido, a tutela por via que não a penal deve sempre prevalecer.[58]

Aliás, como bem considera Shecaira: "A efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais. É isso que explica, por exemplo, ser a criminalidade muito maior nos grandes centros urbanos do que nas pequenas comunidades (onde o controle social informal é mais efetivo e presente)".[59]

Em que pese tal curial ponderação, é inegável que vivenciamos um período de ascensão de movimentos punitivistas, os quais, no mais das vezes incitados pela mídia, conclamam o retorno à ordem,[60] pregam o reforço policial em detrimento do sistema judicial, recepcionam meios processuais e penais extraordinários, mesmo que implique na redução ou supressão de garantias asseguradas ao suposto infrator.[61]

---

57. Vide PL 148/2003, da Câmara dos Deputados. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/integras/523919.pdf]. Acesso em: 23.08.2011. Sobre o tema das leis elaboradas sob o influxo de clamores populares, rememora-se a antiga e sempre atual explanação de Beccaria: "Tais leis são apenas o ruído das impressões tumultuosas que acarretam alguns fatos particulares; não podem ser o efeito de combinações sábias que pensam numa só balança os males e os bens; não é para prevenir os crimes, porém pelo vil sentimento de receio, que se fazem essas leis". BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996. p. 86.

58. REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 26.

59. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 56.

60. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Op. cit., p. 12.

61. SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 62 e ss. Sem embargo, consoante o discurso midiático, tais reduções ou supressões são antes desejadas do que toleradas. Vide

Verifica-se, então, que a mídia fomenta enormemente a postura social atual de irracionalismo punitivo, a qual ignora uma reconstrução planejada para o possível retorno à paz social e guia-se por meras soluções temporárias e simbólicas, em sua maioria, senão exclusivamente, lastreadas no direito penal. Tal quadro apenas fornece guarida ao recrudescimento do poder punitivo estatal e coloca em xeque o Estado de Direito.[62]

Afinal, já restou evidenciada a necessidade da integração e sincronização do controle social formal com o controle informal para prevenção do crime,[63] isto se o real desejo for o de obter a paz social e não somente um lenitivo para as sensações de medo, frustração e insegurança, não raras vezes demagógicas e fantasiosamente configuradas. A liberdade de imprensa, indiscutível valor democrático a ser preservado, não pode se transformar, por conta de seu desvirtuamento, em fonte de grave prejuízo social.

7. CONCLUSÕES

7.1 As características próprias de nossa sociedade globalizada pós-moderna, ou do risco, fazem crescer em importância o papel da mídia enquanto ator social;

7.2 A imprensa hodierna tomou para si o tema da criminalidade de massas como produto de informação, despida de objetividade e imbuída, isto sim, de sensacionalismo e discurso repressor;

7.3 Referida postura midiática dá azo ao aniquilamento de honras, fomento de legislação penal de emergência e pura exploração da miséria humana;

7.4 São emblemáticos exemplos desta constatação na realidade brasileira relativamente recente, dentre outros, os casos Daniela Perez, Escola de Base, menino Gabriel, Suzane von Richthofen, Eloá Cristina Pimentel e Isabella Nardoni;

---

ainda, a respeito, a matéria: Cadeia neles! *Jornal O Globo*, publicada em 07.09.2008, p. 18.

62. Conforme Zaffaroni: "(...) Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos, renuncia ao princípio do Estado de Direito e, com isso, abre espaço para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, consequentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 172.

63. Cf. C. P. Jeffery apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 57.

7.5 Uma vez que despida de qualquer teor científico ou tendente à neutralidade, a radicalização de controle social por via da repressão criminal, ao invés de garantir o alcance da paz social, apenas fomenta o arbítrio e a não resolução dos problemas públicos;

7.6 O desvirtuamento da função informativa pela mídia atual, assim, representa fonte de grave prejuízo social.

8. BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARREIRA, Mariana Barros. Controle social *x* controle informal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal – Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Punidos e mal pagos – Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUCELLS LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz. Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan (dirs.). *Malas noticias: médios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Caso Isabella: violência, mídia e direito penal de emergência. *Boletim IBCCrim*. n. 186. p. 16-17. São Paulo: IBCCrim, maio 2008.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOTELLA CORRAL, Joan; PERES-NETO, Luiz. La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan (dirs.). *Malas noticias: médios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BUCCI, Eugênio. A rebelião dos invisíveis. *O Estado de S. Paulo*, 26.10. 2008, p. J4.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DOMINGOS, João. Dilma rejeita controle da mídia proposto pelo PT. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Política, 05.09.2011. Disponível em: [www.estadao.com.br]. Acesso em: 08.09.2011.

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

FERREIRA, Regina Cirino Alves Ferreira. Repressão de emergência e supressão de valores constitucionais. *Boletim IBCCrim*. n. 180. p. 11. São Paulo: IBCCrim, nov. 2007.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

GOMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007.

HOUAISS, Antônio et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal – Prescrição funcionalista*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Televisão: a vida pelo vídeo*. São Paulo: Moderna, 1992.

MOCCIA, Sérgio. *La perenne emergenza*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. Vitimização: a mídia e a violência doméstica. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

PALMA, Márcio Gestteira. Os tribunais da mídia. *Boletim IBCCrim*. n. 158. p. 10-11. São Paulo: IBCCrim, jan. 2006.

Ratinho tem sua melhor audiência com entrevista de Guilherme de Pádua. *Folha de S. Paulo*, 08.04.2010. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u718312.shtml]. Acesso em: 23.08.2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 1995.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTORO, Antonio. A agressão a Roberto Podval e o caso Nardoni: o neo-cinturão. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 20.08.2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A polícia e a imprensa na profilaxia do crime, de Newton Fernandes - *RBCCrim* 15/304;
- A publicidade opressiva dos julgamentos criminais, de Simone Schreiber - *RBCCrim* 86/336;
- Da necessidade do exercício escorreito da liberdade de imprensa como corolário do devido processo legal, de Claudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra - *RT* 882/378;
- Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988, de Luana Magalhães de Araújo Cunha - *RBCCrim* 94/199;
- O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional, de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira - *RIASP* 21/36; e
- O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar, de Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo - *RT* 898/423.

57725

1 A IMPRESCINDIBILIDADE DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL COMO CONDIÇÃO PARA PERSECUÇÃO PENAL NO CRIME DE DESCAMINHO

ALEXANDRE DAIUTO LEÃO NOAL

Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-SP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: O STF pacificou entendimento no sentido de que o crime contra a ordem tributária previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990 só se configura após a constituição definitiva do crédito tributário no âmbito da autoridade administrativa. Antes disso, não há justa causa para o início da ação penal ou do inquérito policial. Os crimes contra a ordem tributária e descaminho se identificam quanto à natureza jurídica, ao bem jurídico e à exigência de resultado para consumação. Em ambos os tipos penais a fraude é meio para evitar o pagamento de imposto ou fazê-lo a menor. É possível a extensão daquele entendimento ao crime de descaminho, ao menos nas hipóteses em que a mercadoria passa pelo controle da fiscalização aduaneira, situação em que apresenta características e elementos semelhantes ao crime contra a ordem tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Descaminho - Configuração e término do processo administrativo.

ABSTRACT: The Supreme Court has decided that fraudulent tax crimes, as defined in art. 1.º of Law 8.137/1990, are only constituted after a tax credit is actually granted by the fiscal authorities. Before that, there is no just cause to start a criminal lawsuit or a police inquiry. There are similarities between tax fraud crimes and contraband as to "juridical" nature, the legal interest and the demand for a material result before a crime is recognized. In both crimes, fraud is used as a means to avoid or reduce the payment of taxes. This understanding can be extended to the crime of contraband, at least in the cases where the merchandise goes through customs controls, when there are features and elements similar to the tax fraud crime.

KEYWORDS: Contraband - Configuration end of an administrative process.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O crime contra a ordem tributária e posicionamento do STF - 3. O crime de descaminho - 4. Possibilidade da aplicação do entendimento do STF ao crime de descaminho - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo demonstra que o entendimento pacificado no STF, relacionado ao crime contra a ordem tributária previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990, pode ser estendido ao crime de descaminho, previsto no art. 334, *caput*, do CP.

A princípio serão analisadas as principais características do crime contra a ordem tributária. Serão abordados aspectos de Direito Penal, como a questão do bem jurídico protegido, exigência de resultado para a consumação do crime, a questão do dolo e da fraude como meio de consecução; e de Direito Tributário, no que diz respeito à concretização da obrigação tributária e a respectiva constituição definitiva do tributo.

Serão analisados os votos que subsidiaram o julgamento do HC 81.611/DF[1] pelo STF, cuja decisão foi no sentido de que o crime contra a ordem tributária só se materializa, no plano da tipicidade penal, quando o crédito tributário que deve sustentá-lo houver sido constituído em caráter definitivo pelo órgão administrativo-fiscal competente. Paradigma, o julgado subsidiou diversos precedentes no mesmo sentido, que acabaram por desaguar na consolidação do entendimento pelo Tribunal através da aprovação da Súmula vinculante 24 do STF. A análise demonstrará que parece prevalecer na Corte o fundamento de que "tributo", aludido no tipo penal, representa elemento normativo do tipo e só restará presente quando a autoridade administrativa, que tem competência exclusiva, definitivamente decidir sobre a certeza da exigibilidade e o valor do crédito tributário.

Posteriormente, passo a traçar as principais características do crime de descaminho, visando demonstrar sua identificação com o crime contra a ordem tributária. Demonstrarei que também se trata de crime material, por exigir à sua consumação a efetiva ilusão do pagamento de imposto devido na entrada ou saída de mercadoria do território nacional. Abordarei ainda questões envolvendo a amplitude do bem jurídico, a exigência do dolo e a contextualização da fraude como meio para sua consecução; e ainda sobre a aplicação do princípio da insignificância e eventual aplicação do instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

1. STF, HC 81.611/DF, 2.ª T., j. 10.12.2003, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 13.05.2005.

Demonstrarei, em seguida, as razões pelas quais o remansoso entendimento da Corte suprema deve ser estendido ao descaminho, ao menos na hipótese em que a mercadoria é exportada ou importada sob a fiscalização da alfândega.

2. O CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E POSICIONAMENTO DO STF

A Lei 8.137/1990, em seu art. 1.º,[2] prevê que constitui crime contra a ordem tributária a conduta de *suprimir* ou *reduzir* tributo ou contribuição social e qualquer acessório. Descreve, em cinco incisos no mesmo artigo, os caminhos (condutas-meio) pelos quais o infrator deve percorrer para alcançar o resultado considerado criminoso. São condutas comissivas e omissivas que envolvem algum tipo de fraude, todas visando à supressão ou à redução de tributos.

Apresenta como bem jurídico protegido a arrecadação tributária, que compreende, segundo aprofundado estudo de Heloisa Estelitta, além de um instrumento de arrecadação para formação de receita (fiscalidade), mecanismos que se inserem no que se denomina extrafiscalidade, consistente em um instrumento "(...) de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais (...)" (ESTELLITA, 2001, p. 188). Tem como razão de incriminação, de forma mediata, a proteção dos interesses dos sujeitos da sociedade, os quais sentem os reflexos da gestão do patrimônio público enquanto receita tributária. É classificado como crime material, aquele cuja consumação exige a produção do resultado exterior à

2. "Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V."

conduta (a ação, o verbo) previsto no próprio enunciado. Na hipótese, o resultado na realidade seria a supressão ou a redução da quantia exigida a título de tributo e não a supressão ou redução de tributo, o que, tecnicamente, só cabe à lei (MALHEIROS FILHO, 1996, p. 221). Exige o especial fim de agir (dolo específico), consistente na supressão ou redução do pagamento de tributo. Assim, à consumação não basta que a conduta do agente se subsuma àquelas previstas nos incisos do artigo primeiro (condutas-meio). Essas, se eventualmente cometidas, mas com outros fins, poderão se subsumir a outros crimes, como o de falsidade ideológica ou material, mas não à sonegação.

Por ser material e exigir a efetiva supressão ou redução da quantia do tributo ou contribuição social e qualquer acessório, o crime de sonegação fiscal pressupõe que efetivamente algum deles seja devido.

À lei cabe a criação de tributo (gênero) e a respectiva descrição da forma abstrata da hipótese em que é devido (hipótese de incidência). Concretizada a hipótese descrita pela ocorrência do fato gerador, também chamado de fato imponível, que é o fato em concreto, surge a obrigação tributária. Mas o surgimento da obrigação tributária, por si só, não basta à exigência do pagamento do tributo: o órgão arrecadador deve percorrer um procedimento administrativo, denominado lançamento tributário, pelo qual irá verificar a efetiva ocorrência do fato gerador correspondente à obrigação, identificar seu sujeito passivo (contribuinte), determinar a matéria tributável, calcular o valor e, se for o caso, aplicar a penalidade cabível (art. 142 do CTN). Só após esse procedimento (lançamento), haverá um crédito tributário líquido, certo e exigível a favor do Estado. Em alguns casos, a lei prevê que o contribuinte deve realizar esse procedimento, ou participar dele, prestando informações ao órgão administrativo-fiscal, visando à constituição do crédito tributário: são os chamados lançamentos por declaração (art. 147 do CTN) ou lançamentos por homologação (art. 150 do CTN). Naquele, o órgão arrecadador realiza o lançamento com base em informações prestadas pelo contribuinte por meio de declaração; nesse (lançamento por homologação ou autolançamento), a legislação atribui ao contribuinte o dever de calcular o tributo e antecipar seu pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. O pagamento antecipado fica sujeito à condição posterior de homologação (art. 150, § 1.º, do CTN), que pode ser expressa ou tácita, neste último caso quando decorridos cinco anos contados a partir do fato gerador (art. 150, § 4.º, do CTN). Caso o órgão fiscal constate tenha o contribuinte atuado com dolo, fraude ou simulação, aqueles cinco anos serão contados a parir do primeiro dia do exercício seguinte (art. 173, I, do CTN). Em qualquer das hipóteses de lançamento, a autoridade poderá revê-lo de ofício. Verificado que as informações prestadas estão incorretas, poderá constituir o crédito tributário e aplicar a penalidade cabível.

As condutas-meio previstas no artigo em exame abrangem fraudes que podem ser cometidas pelo contribuinte quando, após o nascimento do fato gerador, participa do lançamento, de forma a diminuir ou evitar completamente o pagamento do tributo devido. Esse crime se preocupa, portanto, com a constituição do crédito tributário pelo lançamento (MALHEIROS FILHO, 1996, p. 222). Aqui não se incrimina o contribuinte que evita a ocorrência do fato gerador (elisão fiscal), e menos ainda a falta de pagamento do tributo, o que caracterizaria inadmissível prisão civil por dívida, vedada pelo art. 5.º, LXVII, da CF/1988.

No crime ora em comento, o autor visa à supressão ou à redução do valor do tributo. Pressupõe, assim, a existência de tributo devido. A competência para apurar a exigibilidade do tributo, mediante o procedimento de lançamento, em qualquer de suas modalidades, é da autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN.

Diante disso, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência sobre a relação de dependência entre as esferas administrativa e penal, quer sob a ótica do direito penal, quer sob a do direito processual penal. A discussão tomou maior proporção com a entrada em vigor da Lei 9.249/1995 que, em seu art. 34, dispôs que o pagamento do tributo extinguiria a punibilidade do crime previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990. Isso porque para que o contribuinte se visse livre da acusação penal e suas consequências, deveria desde logo recolher o valor arbitrado provisoriamente no auto de infração, abrindo mão, assim, do direito de impugnar a decisão administrativa até a última instância. A discussão ficou ainda mais acalorada com o advento da Lei 9.430/1996, que em seu art. 83 trouxe ao ordenamento disposição no sentido de que o órgão administrativo-fiscal deveria aguardar a decisão final em seu âmbito, para só então comunicar o Ministério Público a respeito de eventual crime contra a ordem tributária (representação fiscal para fins penais).

Em 2003, no julgamento do HC 81.611/DF, de relatoria do então Min. Sepúlveda Pertence, o Órgão Pleno do STF analisou a problemática, praticamente legislando sobre a matéria. Antes de analisar a posição da Suprema Corte, interessante uma breve passagem sobre entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que precederam o julgado.

Rui Stoco entendia que não havia dúvida nenhuma de que as esferas administrativo-tributária e penal eram independentes, autônomas. A apuração da conduta do crime contra a ordem tributária não ficaria condicionada à prévia definição do valor do crédito tributário ou à conclusão do respectivo procedimento administrativo. Refutava, assim, a existência de qualquer espécie de questão prejudicial (ligada a direito material) que impedisse o início da ação

penal. Bastaria que o Ministério Público possuísse prova suficiente da prova do ilícito tributário e indícios suficientes de autoria. Em contrapartida, entendia que resultado favorável ao contribuinte na instância administrativa ou na cível inibiria o início da ação penal ou ensejaria seu trancamento caso houvesse sido iniciada (SILVA FRANCO, 1997b, p. 2124). A limitação temporal imposta à expedição da representação fiscal para fins penais (art. 83 da Lei 9.430/1996), a seu ver, não seria condicionante ao oferecimento da denúncia, uma vez que o crime era de ação penal pública incondicionada (art. 100 do CP); seria condicionante dirigida tão somente às autoridades fazendárias do Poder Executivo.

Paulo José da Costa Júnior já analisava a questão sob a ótica do direito material (penal) e seus elementos. Diferenciava, de início, a norma penal tributária dos tipos elencados no Código Penal: aquela não se limitaria descrever condutas ou ações reprováveis e de natureza fática, compreensíveis a todos tal como este, mas traria também conceitos normativos, tais como "tributo", "contribuição social" ou "sujeito passivo de obrigação". Esses conceitos normativos seriam qualificações jurídicas de determinadas condutas ou ações, cuja compreensão dependeria da conexão com outras normas, de outras ciências. Trazendo a norma penal tributária elementos normativos hauridos do Direito Tributário para fins de tipificação da conduta, seria ele quem deveria ser consultado para precisar o alcance da norma ao caso concreto. Lembra, ainda, que o Direito Tributário não raro tem espécies tributárias consideradas inconstitucionais pelo STF, o que atingiria a inexigibilidade do tributo e, em consequência, a tipificação penal (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 102).

Hugo de Brito Machado também expressava entendimento no sentido de que a relação entre as instâncias deveria ser analisada sob o prisma do direito penal e não do direito processual penal. Estaria envolvida questão prejudicial, que diz respeito ao direito material, e não uma condição de procedibilidade processual. O crime, nos termos de seu enunciado, por ser material, exigiria a definição da existência de tributo devido, para que então pudesse ser afirmado que foi suprimido ou reduzido mediante as condutas previstas nos incisos. *Tributo* seria um elemento normativo constante no tipo penal, cuja definição, à luz do caso concreto, dependeria de outra ciência do Direito (MACHADO, 1998, p. 121).

Para Antonio Corrêa, se a questão da exigibilidade do tributo fosse levada à esfera cível, seja por dúvida sobre constitucionalidade de lei ou por situação de fato ligada ao Direito Administrativo, estaria caracterizada uma questão prejudicial, prevista no art. 93 do CPP, conceituada pelo autor como um impedimento, um empecilho ligado ao reconhecimento da existência do crime e ao desenvolvimento normal e regular do processo penal. Reconhecida pelo juiz penal, deveria ser suspensa a ação penal e o curso do prazo prescricional, nos

termos do art. 116, I, do CP (CORRÊA, 1994, p. 57). Este dispositivo prevê que a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão que dependa o reconhecimento da existência do crime.

A jurisprudência era praticamente unânime em afirmar que a ação penal e a instauração de inquérito policial não dependiam da decisão definitiva no âmbito administrativo sobre a exigibilidade do tributo. Tinha visão no sentido de que as instâncias penal e administrativa eram independentes.

Demonstradas resumidamente algumas posições sobre o tema, passo a análise do enfretamento da discussão pelo STF, e a solução dada à controvérsia.

A Corte suprema foi provocada a enfrentar a discussão sobre a independência das instâncias administrativa-fiscal e penal sob dois enfoques: um, objeto da ADIn 1.571/UF,[3] dizia respeito à vinculação do Ministério Público frente à limitação imposta pelo art. 83 da Lei 9.430/1996, que trata do encaminhamento da representação fiscal para fins penais; o outro, abordado no HC 81.611/DF, estava relacionado à necessidade do término do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária.

No que diz respeito ao limite imposto à autoridade administrativa, relativo ao encaminhamento da representação penal para fins penais para o Ministério Público, o Órgão Pleno do STF, à unanimidade, entendeu que não representa condição de procedibilidade ao exercício da ação penal, pois sua presença reclama previsão legal expressa no ordenamento nesse sentido. Regeria apenas os atos da administração tributária, representando um limite tão somente ao órgão administrativo-fiscal. O Ministério Público, tendo elementos suficientes ao oferecimento da denúncia, não haveria de aguardar ato formal da autoridade administrativa.

No julgamento do HC 81.611/DF, de relatoria do então Min. Sepúlveda Pertence, o STF praticamente legislou sobre a matéria, definindo, por maioria de votos, que falta justa causa para ação penal enquanto não haja decisão definitiva sobre o lançamento do crédito tributário. Pela relevância ao tema ora colocado, passo à análise de alguns posicionamentos que consubstanciaram o julgamento.

Sepúlveda Pertence praticamente reproduziu o voto proferido anteriormente no na QO no HC 77.002/RJ,[4] da relatoria do então Min. Néri da Silveira, jul-

3. STF, ADIn 1.571/UF, 2.ª T., j. 10.12.2003. rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.04.2004, p. 27 (Representação fiscal para fins penais. Encaminhamento após a decisão definitiva administrativa. Vinculação do Ministério Público).

4. STF, QO no HC 77.002/RJ, 2.ª T., j. 21.11.2001, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 02.08.2002, p. 59 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário).

gamento que não chegou a ser concluído pela perda do objeto. Construiu seu raciocínio a partir de conceitos de Direito Penal e Tributário. Parte da premissa que o crime ora comentado é classificado como material, cuja consumação não prescinde do resultado "suprimir" ou "reduzir" tributo devido.[5] Supera a antiga discussão sobre a natureza e a eficácia jurídica do lançamento em relação à obrigação tributária e ao crédito tributário – se declaratória, constitutiva, preclusiva, processual ou procedimental, entre outras. Creio não ser necessária à solução da questão sobre os reflexos da decisão administrativa na órbita penal, que, de um jeito ou de outro, são inegáveis.[6] Lembra que a obrigação tributária surge com o fato gerador, mas sua existência e conteúdo só são tidos como certos com o lançamento ou, se o contribuinte impugnar, com a ratificação ou alteração quando da decisão final do procedimento administrativo. Antes do lançamento, não há débito, obrigação individualizada e concretizada. A obrigação tributária, embora certa do ponto de vista legal, gera uma situação de incerteza objetiva, resultante da simples potencialidade de uma contestação por parte do sujeito passivo quanto à existência e conteúdo da obrigação. Quando o contribuinte impugna o lançamento, a respectiva decisão final do procedimento administrativo que termina por desconstituí-lo, declarando a inexistência do crédito, tem eficácia preclusiva contra a administração pública. Ou seja, decidida definitivamente a favor do contribuinte sua impugnação, é defeso ao órgão administrativo rever a decisão de ofício.[7]

Ainda de acordo com o entendimento do então Min. Sepúlveda Pertence, a eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo traria reflexos penais distintos dependendo se contra ou a favor do contribuinte. Partindo da premissa de que o lançamento possui natureza declaratória e efeito retroativo, reportando-se à data do fato gerador, caso a decisão definitiva fosse contrária ao contribuinte (confirmando a evasão fiscal), não seria ela em si o elemento normativo do crime. Como o lançamento se reporta à data do fato gerador, nessa hipótese declarando que havia tributo na data do evento, não seria o lançamento definitivo um condicionante para a consumação do crime: o crime já estaria consumado, mas seu elemento normativo (tributo) dependeria da decisão definitiva para declarar-lhe a existência e a exigibilidade. Caso a decisão definitiva fosse a favor do contribuinte, sua eficácia preclusiva ilidiria o juízo de tipicidade do crime contra a ordem tributária ora analisado. Seria absolutamente contrária à harmonia do ordenamento jurídico a imputação ou condenação cri-

5. HC 81.611/DF, p. 105-107.

6. Idem, p. 107.

7. Idem, p. 108-110.

minal de alguém por crime que tem como elemento a supressão ou redução de tributo, se a esfera que tem competência privativa determinada pela Lei definitivamente decidisse que tributo algum fora suprimido ou reduzido.[8]

Conjugando esses dois reflexos da decisão administrativa, o então Ministro chega à conclusão segundo a qual, quando não a tipicidade (esquivando-se da discussão sobre a natureza jurídica do lançamento), a punibilidade do crime estaria subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz penal. A decisão definitiva do processo administrativo-fiscal configuraria, portanto, uma condição objetiva de punibilidade.[9]

Condição objetiva de punibilidade é uma consequência do crime, derivada da conduta criminosa, que consiste na possibilidade jurídica de aplicação da pena. A punibilidade, em alguns casos, estaria condicionada ao acréscimo de um elemento posterior à conduta típica. À denúncia por crime previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990, enquanto não decidida definitivamente na esfera competente a existência de tributo devido, faltaria condição exigida pela lei para o exercício da ação penal, que é motivo para rejeição da denúncia, conforme expressamente previsto no Código de Processo Penal, à época no art. 43, III, hoje no art. 395, II.[10]

Sepúlveda Pertence também abordou o tema sob a ótica suscitada pelo então Min. Nelson Jobim no QO no HC. 77.002/RJ, relacionada à previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. O contribuinte, para não ser ver processado criminalmente, e consequentemente ter sua dignidade manchada e liberdade de locomoção ameaçada, deveria abrir mão do direito da defesa administrativa, o que representaria abuso de poder por parte do Estado.[11]

Após debates sobre a questão da prescrição, cuja ocorrência poderia operar em virtude da demora do término do processo adminstrativo-fiscal, alvitrada pelo então Min. Moreira Alves, Sepúlveda Pertence aditou seu voto. Acrescentou que a prescrição deveria ficar suspensa, através de aplicação por analogia do art. 116, I, do CP: "Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime". Excetuou, no entanto, a hipótese de lançamento por homologação, enquanto pendente o prazo de sua revisão de ofício por parte do Fisco, já que aí o retardamento da definitividade

8. Idem, p. 111-113.
9. Idem, p. 113.
10. Idem, p. 114-115.
11. Idem, p. 117-119.

do lançamento que impede ação penal decorreria da inércia da administração tributária.[12]

Chama a atenção a ressalva feita pelo então Ministro, reiterada, como se verá mais adiante, pelo Min. Cezar Peluso, sobre a contagem da prescrição criminal durante o prazo que dispõe o Fisco para revisar o lançamento, quando realizado por homologação. A matéria, a partir dos ditames traçados pela Corte, passou a ser intrincada e alvo de inúmeros questionamentos, inclusive no âmbito dos Tribunais. A merecida análise, entretanto, ultrapassaria os limites do presente estudo e levaria à perda de seu objetivo. Por isso, a solução dada pelo STF ao problema da prescrição será abordada visando tão somente demonstrar a posição que parece adotar a Suprema Corte em relação ao reflexo penal do lançamento tributário definitivo.

Retornando ao *leading case*, o então Min. Nelson Jobin acompanhou o voto de Sepúlveda Pertence, entendendo que era inadmissível o início da ação penal antes da decisão final do processo administrativo que tratasse da existência do crédito tributário ou o seu montante. O entendimento se consubstanciou nos seguintes argumentos: (a) se tratava de crime material e, por isso, haveria a necessidade do débito estar devidamente constituído e (b) cerceamento de defesa do contribuinte em se ver obrigado a abrir mão dos recursos previstos na esfera administrativa para não ser processado criminalmente.[13]

O Min. Joaquim Barbosa, embora tenha votado pela denegação da ordem, iniciou seu voto reputando ser de fundamental importância um tratamento harmônico da matéria entre as esferas administrativa, civil e penal, de forma a evitar a indesejável coincidência de uma condenação penal seguida do reconhecimento da inexistência do tributo na esfera administrativa. Discorda de Sepúlveda Pertence, todavia, no sentido de que a decisão final administrativa representaria condição objetiva de punibilidade. Para ele, a decisão desfavorável ao contribuinte não levaria à conclusão de que houve crime contra a ordem tributária. O lançamento definitivo seria um indicativo da materialidade, semelhante ao laudo de corpo de delito, de que dependeria o reconhecimento da existência da infração penal. A decisão final sobre a exigência do tributo, em última análise, caberia ao poder judiciário, mas em esfera diversa da penal. Assim, a decisão definitiva sobre o lançamento do tributo representaria questão prejudicial, a qual implicaria a suspensão do processo e a prescrição após o recebimento da denúncia, nos termos do art. 93 do CPP.[14]

12. Idem, p. 135.

13. Idem, p. 153-160.

14. Idem, p. 162-164.

O Min. Cezar Peluso acompanhou o voto de Sepúlveda Pertence, mas com algumas distinções que, embora as tenha classificado como "marginais", marcariam a futura posição da Corte. No seu entendimento, a decisão definitiva administrativa não assumiria status de condição objetiva de punibilidade, cuja existência é questionada por muitos doutrinadores, como Francisco de Assis Toledo, para quem as chamadas condições objetivas de punibilidade se resumem ou a elementos do tipo ou a condições gerais de procedibilidade (TOLEDO, 2002, p. 155). Identificou "tributo" referido no crime como elemento normativo do tipo. O crime contra a ordem tributária que alude "tributo" só se configuraria quando esse elemento estivesse presente, ou seja, quando houvesse existência de relação jurídico-tributária exigível, cuja decisão a respeito cabe à autoridade administrativa. Antes da certeza em relação ao tributo devido, o fato seria atípico, independente das provas relacionadas que haja contra o contribuinte. Ressalta que na hipótese o Direito Penal não valora determinado fato, mas vale-se de fato que está valorado pelo Direito Tributário, o que representaria o fenômeno da superposição de espaços normativos. Foi contra a ideia da questão prejudicial aventada pelo Min. Joaquim Barbosa, sobretudo porque esta haveria de ter sempre por objeto dúvida sobre elemento que não impeça a propositura legítima da ação penal. Isso porque seu reconhecimento é realizado em momento posterior ao recebimento da denúncia. Sem o elemento normativo do tipo e, por consequência, a atipicidade do fato, não seria o caso de ser suspenso o processo, mas extinto desde logo por falta de justa causa. A partir desse raciocínio, deu solução diversa para impedir a ocorrência da prescrição: a aplicação do art. 111, I, do CP, o qual dispõe que a prescrição só começa a correr com a consumação crime, o que só ocorre quando reunidos os elementos normativos do tipo, na hipótese, com o lançamento definitivo. Ressalva a hipótese de lançamento por homologação, situação na qual a prescrição começaria a correr na data em que a administração pública estivesse em condições objetivas de promover a homologação.[15]

O então Min. Carlos Velloso expressamente acompanhou o voto do relator, mas implicitamente parece ter acompanhado o entendimento do Min. Cezar Peluso. É que em relação à prescrição, adota seu raciocínio no que diz respeito à contagem daquela a partir da reunião dos elementos normativos do tipo, o que aconteceria quando do lançamento definitivo na esfera administrativo-fiscal.[16] Pela tese de Sepúlveda Pertence, o crime já estaria consumado à época

15. Idem, p. 189-201.

16. Idem, p. 207-213.

do fato gerador, mas dependeria de evento futuro e retroativo (lançamento definitivo) que declarasse a existência de elemento extrínseco, consubstanciador da punibilidade; hipótese em que a prescrição deveria ficar suspensa enquanto não reconhecida, em outro processo, a existência do crime, nos termos do art. 116, I, do CP.

O Min. Joaquim Barbosa, apesar de denegar a ordem para trancar ação penal, aderiu à tese capitaneada pelo Min. Cezar Peluso em relação à prescrição e, por via de consequência, à tese de que "tributo" deveria ser observado como elemento normativo do crime.[17]

A orientação que parece ter predominado no STF foi a de considerar "tributo" como elemento normativo do crime, cuja tipicidade dependeria da decisão definitiva do Fisco sobre o lançamento. Pelo menos é o que vem expresso em julgados posteriores da Corte Suprema (HC 83.414/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa;[18] HC 84.555/RJ, rel. Min. Cezar Peluso;[19] HC 85.329/SP, rel. Min. Celso de Mello (fundamentação amparada na tipicidade penal);[20] MC em HC 86.321/SP (liminar), Min. Nelson Jobim).[21] E também através de julgados entendendo que a prescrição só começa a contar a partir da decisão definitiva do lançamento, com a inscrição na dívida ativa, momento em que o crime se consumaria (QO na Pet 3.593/SP, rel. Min. Celso de Mello).[22] Há julgado, não obstante, no sentido de que a prescrição ficaria suspensa entre a instauração e o término do processo adminsitrativo-fiscal, o que vai ao encontro da tese de Sepúlveda Pertence (HC 87.353/ES, rel. Min. Gilmar Mendes).[23]

---

17. Idem, p. 225.

18. STF, HC 83.414/RS, 2.ª T., j. 02.03.2004, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 23.04.2004 (Tributo como elemento normativo de crime contra a ordem tributária).

19. STF, HC 84.555/RJ, 2.ª T., j. 07.08.2007, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 14.09.2007, p. 85 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário).

20. STF, HC 85.329/SP, 2.ª T., j. 21.11.2006, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 15.12.2006, p. 109 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário para instauração de inquérito policial).

21. STF, MC em HC 86.321/SP, 2.ª T., j. 18.07.2005, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 01.08.2005, p. 49 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário).

22. STF, QO na Pet 3.593/SP, 2.ª T., j. 02.02.2007, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 02.03.2007, p. 28 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário para instauração de inquérito policial).

23. STF, HC 87.353/ES, 2.ª T., j. 07.11.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 19.12.2006, p. 60 (Crime contra a ordem tributária. Suspensão da prescrição entre a instauração do procedimento administrativo e sua decisão final).

O entendimento da Corte, em dezembro de 2009, foi consolidado por seu Órgão Pleno com a aprovação, por maioria, da Súmula Vinculante 24, de seguinte teor: "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.°, I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo". Nos debates em plenário que precederam a aprovação, o fundamento de tal posicionamento (se a constituição definitiva do crédito tributário seria condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo), que também reflete na questão da prescrição, apesar de questionado, não chegou a ser analisado com a profundidade merecida. Chegar a um consenso, nesse tocante, segundo alguns Ministros, não seria caminho necessário à aprovação da súmula. No entanto, de acordo com os votos, parece não ter havido dissenso entre os Ministros no sentido de que o lançamento definitivo do tributo está diretamente relacionado, por força do Princípio da Legalidade (art. 5.°, XXXIX, da CF/1988, o qual, aliás, permitiria a edição da súmula pela Corte Constitucional), com a tipicidade do crime e não com a punibilidade. Por outro lado, levantada a questão da prescrição, embora não tenha sido objeto da súmula, não houve discordância, até por uma consequência lógica-jurídica, a respeito da aplicação do art. 111, I, do CP, para obstar o início de seu prazo, dispositivo aplicado a crime ainda pendente de consumação. Assim, prevalece hoje no Tribunal a tese de que o crédito tributário definitivo representa, para o Direito Penal, elemento normativo do tipo do crime contra a ordem tributária.

A condicionante, mesmo antes da aprovação da súmula, estava sendo exigida à instauração de inquéritos policiais, por carecerem de justa causa enquanto não configurado, nem ao menos em tese, crime que possa ser investigado (STF, HC 85.329/SP, rel. Min. Celso de Mello; STF, HC 93.209/SP, rel. Min. Cármen Lúcia).[24] Instaurado o inquérito antes disso, não deve sequer permanecer sobrestado, deve ser trancado (STF, QO na Pet 3.593/SP, rel. Min Celso de Mello, Órgão Pleno).

Não obstante a súmula mencionar apenas o crime previsto no art. 1.°, o entendimento não vem deixando de ser aplicado ao crime previsto no art. 2.° da Lei 8.137/1990,[25] mesmo sendo considerado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como formal, qual seja, aquele cuja consumação independe

24. STF, HC 93.209/SP, 1.ª T., j. 18.03.2008, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 18.04.2008, p. 70 (Crime contra a ordem tributária. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário para instauração de inquérito policial).

25. "Art. 2.° Constitui crime da mesma natureza:
I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

da ocorrência do resultado previsto no enunciado (STF, HC 89.965, rel. Min. Gilmar Mendes;[26] STF, HC 89.983-8/PR, rel. Min. Cármen Lúcia;[27] STJ, HC 73.353/RJ, rel. Min. Nilson Naves).[28] E também ao delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do CP (STF, AgRg no Inq 2.537-2/GO; STJ, REsp 1.028.984, rel. Min. Felix Fischer; STJ, HC 97.789/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho) e ao crime de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no art. 377-A (STJ, HC 132.803/RJ, Min. Felix Fischer; TRF-3.ª Reg., HC 2008.03.00.015266-0, Des. Cecilia Mello).

3. O CRIME DE DESCAMINHO

O crime de descaminho está previsto em conjunto com o de contrabando no art. 334, *caput*, do CP,[29] de enunciado seguinte: "Importar ou exportar mer-

---

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

26. STF, HC 89.965/RJ, Pleno, j. 06.02.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 09.03.2007, p. 52 (Crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º da Lei 8.137/1990. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário).

27. STF, HC 89.983-8/PR, 2.ª T., j. 06.03.2007, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 30.03.2007, p. 76 (Crime contra a ordem previsto no art. 2.º da Lei 8.137/1990. Exigência de constituição definitiva do crédito tributário).

28. STJ, HC 73.353/RJ, j. 06.05.2008, rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 24.11.2008 (Crime contra a ordem tributária, previsto no art. 2.º, I, da Lei 8.137/1990. Esgotamento da esfera administrativa).

29. "Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
Pena – reclusão, de um a quatro anos.
§ 1.º Incorre na mesma pena quem:
a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

cadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria". O mesmo artigo prevê ainda outras condutas nas alíneas de *a* a *d*, de características diferentes, mas consideradas contrabando ou descaminho por assimilação.

O *caput* do artigo é dividido em duas partes, que na realidade preveem crimes que possuem características próprias e de natureza jurídico-penal diversa: na primeira, o contrabando, consistente em "Importar ou exportar mercadoria proibida"; na segunda parte, o descaminho, que será praticado por aquele que "iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria" (o imposto pelo consumo foi substituído pelo imposto sobre produtos industrializados – IPI). Via de regra, os tributos atingidos pelo crime de descaminho são o imposto de exportação, o de importação, o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e o IPI.

O contrabando tem por objeto a importação ou exportação de mercadoria proibida. Inexiste relação entre o autor do contrabando e o Fisco, daí porque, embora possa haver interesses econômico-estatais, o bem jurídico protegido não está relacionado a interesses fiscais. A importação ou exportação de mercadoria proibida não são fatos geradores de tributos, mas configuram fatos ilícitos em si.

Já no descaminho, crime que está no escopo do presente estudo, a mercadoria importada ou exportada é permitida, mas o importador ou o exportador, mediante algum tipo de fraude, deixa de pagar os impostos devidos, ou o faz a menor.

Márcia Dometila Lima de Carvalho o compara aos crimes de sonegação fiscal, ilícitos de natureza tributária, pois atentam imediatamente contra o erário

---

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2.º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3.º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo."

público e também porque contêm preceitos contidos em suas normas tipificadoras que se acham assentados "(...) sobre uma relação fisco-contribuinte, tutelando interesses do erário público e propondo-se, com as sanções respectivas, a impedir de obrigações concernentes ao pagamento de tributos" (CARVALHO, 1988, p. 4). Para a autora, a diferença do descaminho em relação aos demais delitos fiscais estaria no bem jurídico protegido. Esses últimos seriam tipificados em decorrência da preocupação dos governantes com a intervenção do domínio econômico, seja para uma melhor distribuição e aplicação das rendas comunitárias, seja para um eficaz desempenho da economia; enquanto que no descaminho a preocupação estaria ligada à afirmação da soberania nacional e à autodeterminação do Estado, como obstáculo à segurança nacional como sentido mais amplo (CARVALHO, 1988, p. 4). Não obstante a diferença que aponta, foi justamente com fundamento no bem jurídico que concordou com a tipificação do descaminho em artigo distinto do contrabando, e com sua inserção no título reservado aos crimes contra a ordem tributária, conforme defendido no anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal de 1987.[30] Isso porque, no entender da autora, a colocação do descaminho no capítulo pertinente aos crimes contra a ordem tributária obedeceria a um rigor lógico de classificação quanto ao bem jurídico tutelado (CARVALHO, 1988, p. 68). Luis Regis Prado entende que o bem jurídico tutelado no descaminho, além do prestígio da Administração Pública, é o interesse econômico-estatal. A fixação das alíquotas dos impostos de exportação e importação, ou mesmo a isenção desses impostos, teria como principal finalidade a proteção do produto nacional e a proteção da economia do país (PRADO, vol. 4, p. 505). Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, em sentido contrário, comungam da opinião que o descaminho é essencialmente um ilícito de natureza fiscal, atentando apenas contra o erário público (PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 237). A Min. Maria Thereza de Assis Moura do STJ, comparando os crimes, conclui que "tanto a sonegação fiscal quanto o descaminho têm como bem jurídico tutelado a ordem tributária".[31]

O descaminho pode ser distinguido em duas formas de execução e consumação, dependendo se a mercadoria passa ou não pelo controle alfandegário.

---

30. Portaria 790/1987, publicada no *DOU* – elaborado por comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernichiario, Manoel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada.

31. STJ, HC 48.805/SP, 6.ª T., j. 26.06.2007, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 19.11.2007, p. 294 (Crime de descaminho. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo).

Na primeira hipótese, a mercadoria ingressa ou deixa o território nacional legalmente através de procedimento sujeito a controle aduaneiro pela Receita Federal (Ministério da Fazenda), por meio de suas delegacias, inspetorias, alfândegas e agências, quando instaladas em portos, aeroportos e nas fronteiras. Aqui, o descaminho se consuma quando, necessariamente através de alguma fraude, a mercadoria ultrapassa esses postos de fiscalização com supressão ou redução de tributo devido.

A legislação que envolve a matéria é composta por extenso conjunto de leis e regulamentos que dizem respeito a tributos sobre o comércio exterior e às normas referentes aos controles sobre a entrada e saída de mercadorias do território nacional. O conjunto compreende desde a Constituição Federal (arts. 145 e ss. e 237), passando pelo Código Tributário Nacional e demais leis (em especial a Lei 10.833/2010), decretos-lei e decretos, até portarias, atos declaratórios e instruções normativas da Secretaria da Receita Federal. Muitos sustentam, ao lado de Regina Lobo Costa, a existência de um Direito Aduaneiro autônomo, tendo em vista a existência de uma normatização abundante decorrente de cada situação fática nas operações envolvidas no intercâmbio comercial com o exterior (FREITAS, 2007, p. 21).

O procedimento para importação e exportação recebe o nome de despacho aduaneiro. Destina-se a verificar a exatidão das informações declaradas pelo importador ou pelo exportador e o cumprimento da legislação, tudo com vistas ao desembaraço das mercadorias. Com base nas informações prestadas, são calculados os tributos porventura devidos e efetuados, os controles administrativos e o controle cambial das operações de comércio exterior.

Assim, o próprio contribuinte realiza o procedimento de lançamento para formação do respectivo crédito tributário (lançamento por homologação) e recolhe o tributo devido, tudo sujeito à posterior revisão pela autoridade administrativa. Tal como ocorre nos crimes contra a ordem tributária, a fraude nesta hipótese está relacionada à formação do lançamento, de forma a diminuir ou a evitar o pagamento do tributo devido.

Constatada alguma infração no procedimento de despacho aduaneiro, poderão ser impostas penalidades pela autoridade fiscal que variam entre (a) perdimento do veículo, (b) perdimento da mercadoria, (c) perdimento de moeda, (d) multa e (e) sanção administrativa (art. 675 do Dec. 6.759/2009 – Regulamento Aduaneiro – RA). As sanções administrativas, dependendo da hipótese, podem ser de simples advertência, até a suspensão ou cancelamento da licença, registro ou autorização para o exercício de atividades relacionadas ao despacho aduaneiro (art. 76 da Lei 10.833/2003 e art. 735 do Dec. 6.759/2009). Qualquer infração apurada pode ensejar a constituição de crédito tributário

efetuado através de lançamento de ofício pela autoridade aduaneira, respeitados os contornos traçados pelo Código Tributário Nacional.

A regularidade do pagamento dos impostos e dos demais gravames devidos à Fazenda Nacional, e das informações prestadas pelo importador ou pelo exportador, poderá ser apurada após o desembaraço aduaneiro, mediante revisão aduaneira (art. 638 do Dec. 6.759/2009).

Nos termos do Regulamento Aduaneiro, qualquer penalidade, inclusive a de perdimento, e a constituição de crédito tributário devem ser apuradas mediante processo administrativo, sempre respeitada a oportunidade de defesa (arts. 768, 774, § 1.°, 779, *caput*, e 783, § 1.°, do Dec. 6.759/2009).

No curso do processo administrativo, sempre que o auditor-fiscal da Receita Federal constatar fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária, crime de contrabando ou descaminho, ou crimes em detrimento da Fazenda Nacional ou contra a administração pública federal, deverá efetuar a correspondente representação fiscal para fins penais a ser encaminhada ao Ministério Público, na forma estabelecida pela própria Receita Federal do Brasil (art. 740 do Dec. 6.759/2009). Os arts. 1.° e 2.° do Dec. 2.730/1998, que regulamentam a representação fiscal para fins penais, prevista no art. 83 da Lei 9.430/1996, preveem que, quando se tratar de contrabando ou descaminho, ela só deve ser encaminhada ao Ministério Público após o encerramento do processo administrativo, e desde que mantida a multa e o crédito tributário ou a pena de perdimento de bens. A Portaria 2.439/2010 da Receita Federal, em seu art. 6.°, II, III e IV, no mesmo sentido, prevê que a representação fiscal para fins penais relativa ao contrabando ou ao descaminho deverá permanecer em sua unidade até o prazo final para impugnação. Caso sobrevenha decisão administrativa afastando a pena de perdimento, a representação penal deverá ser arquivada. O mesmo tratamento não recebe do Órgão os crimes de falsidade e suas variáveis, de lavagem de dinheiro, crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional e contra a Administração Pública Estrangeira, hipóteses nas quais a respectiva representação penal, de acordo com o art. 7.° da referida Portaria, deve ser encaminhada independente da decisão final administrativa.

O descaminho pode ser perpetrado também quando a mercadoria entra ou sai do território nacional por locais em que não há fiscalização por parte da Receita Federal. Não há despacho aduaneiro ou qualquer procedimento junto à aduana. Aqui, o sujeito ativo do crime usa de subterfúgio para entrar ou sair sorrateiramente do País com mercadoria sem pagamento dos tributos, hipótese em que o crime se consuma com a ultrapassagem da fronteira.

A ação "iludir" significa enganar, lograr; burlar, usar de subterfúgios para não cumprir (HOLANDA, 1986, p. 917). No contexto, a ação exige, como elemento constitutivo do crime, a intenção do agente (dolo) de não pagar, "no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido". A conduta é bem definida pelo Min. Felix Fischer, para quem "iludir, vale lembrar, é sim, também, deixar de cumprir ou de executar mas *utilizando truques ou engabelamentos. É enfim, enganar.* Pois, este elemento deve ser realizado *de forma, é óbvio, dolosa.*"[32]

A causalidade objetiva do descaminho reside na intenção de não pagar o imposto devido, ou fazê-lo a menor, através de fraudes empregadas dolosamente pelo agente. Miguel Reale Júnior ensina que se deve diferenciar, portanto, a mera omissão de pagamento do imposto, da ação fraudulenta de artificiosamente fugir a obrigações alfandegárias (REALE JÚNIOR, 1975, p. 153). É o entendimento de Edgard Magalhães Noronha, quando afirma que "(...) é também com a liberação que se consuma o descaminho: a fraude ou o expediente surtiu efeito, iludiu as autoridades alfandegárias, entretanto o destinatário na posse da coisa sem pagar os tributos ou direitos respectivos" (NORONHA, 1978, p. 341). Assim, para o aperfeiçoamento do descaminho, a ação necessita não só de alguma fraude destinada ao fim específico, mas também da ocorrência do resultado.

É, portanto, delito de natureza material, aquele que exige resultado no mundo físico, consistente em deixar de recolher ou fazê-lo a menor o tributo devido, tal qual o crime previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990 (SILVA FRANCO, 2007, p. 1570).

Guilherme de Souza Nucci, seguido de parte da jurisprudência, entende que se trata de delito formal, pois não exigiria o dano à administração pública (NUCCI, 2007, p. 1051), posicionamento reiterado recentemente pelo STF, por seu Min. Ayres Brito, como relator do HC 99.740/SP.[33]

Discordo de tal posicionamento. Na lição de Miguel Reale Júnior, no crime material, para que o fato praticado tenha relevância penal, é necessário que à ação praticada una-se, por nexo de causalidade, um resultado exterior destacado da ação considerado consequência essencial à configuração típica. Embora vários resultados possam decorrer da prática de uma ação, o Direito

32. STJ, REsp 259.504/RN, 5.ª T., j. 19.02.2002, rel. Min. Felix Fsicher, *DJ* 18.03.2002, p. 282 (Crime de descaminho. Definição do termo "iludir").

33. STF, HC 99.740/SP, 2.ª T., j. 12.11.2010, rel. Min. Ayres Brito, *DJe* 01.02.2011 (Descaminho. Desnecessidade de esgotamento da esfera administrativa. Crime formal).

Penal há que considerar apenas aquele que lhe constitui uma consequência relevante. Mas mesmo que outras consequências relevantes resultem da ação por nexo de causalidade, só se deve reputar como resultado relevante o efeito natural que faz parte do tipo penal, como é o exemplo a violação da integridade física no crime de lesão corporal. Para o autor, em tal categoria de crime, o momento consumativo ocorre sempre no instante da prática da ação e do surgimento do resultado a ela ligado por nexo de causalidade (REALE JÚNIOR, 2006, p. 245-246).

Numa análise objetiva da conduta, a prática da ação "iludir" não se adequará ao crime se desassociada da única consequência dela decorrente prevista no enunciado, consistente na redução ou no não pagamento do imposto devido. Para o Direito Penal representará uma fraude, a se adequar a outros crimes, como o de falsidade material ou ideológica. Praticada, entretanto, e gerando tal resultado, desde que com tal intenção de alçá-lo, adequar-se-á ao crime de descaminho em sua forma consumada; não alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente, ao descaminho na modalidade tentada, nos termos do art. 14, II, do CP. O descaminho, assim, não se contenta em descrever uma conduta sem mencionar o resultado natural que se liga a essa conduta por nexo de causalidade, tal como o faz os crimes formais. Tais crimes, ainda que prevejam o resultado, descrevem condutas (verbos) que encerram a proibição incriminada, independente de seus efeitos, como o faz o de corrupção ativa, previsto no art. 333 do CP,[34] que se satisfaz com o simples "oferecer" ou "prometer" vantagem indevida pelo particular a funcionário público, *para* determiná-lo em sua conduta, não importando se tal resultado ocorra. Outro exemplo de crime considerado formal pela doutrina é o previsto no inc. I do art. 2.º da Lei 8.137/1990, ao dispor que "constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, *para* eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo" (grifei). Em ambos os exemplos, como se percebe, incrimina-se uma ação que visa chegar a tal resultado ("para"), e não o resultado em si, como ocorre no descaminho: "*iludir*, no todo ou em parte, *o pagamento* de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria".

A revelar ainda sua relevância à configuração do descaminho, o resultado efetivamente apurado em decorrência da ilusão no pagamento de tributo, representado pelo valor do montante do débito tributário ou pelo valor

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

da mercadoria apreendida, vem sendo o único fator objetivamente levado em consideração pelos Tribunais superiores para fins de aplicação do Princípio da Insignificância e da Fragmentalidade do Direito Penal, os quais têm o condão de excluir a tipicidade do crime de descaminho.

O Princípio da Insignificância, embora não tenha previsão legal, de longa data vem sendo considerado como auxiliar na determinação da tipicidade sob a ótica da objetividade jurídica. A tipicidade penal pode ser conceituada, a princípio, como a correspondência entre a conduta do ser humano e a prevista na Lei como comportamento positivo. Mas a simples correspondência revela a tipicidade meramente formal, a qual não justifica o ataque à liberdade do cidadão através da imposição de pena. A tipicidade formal, antes de tudo, exerce função de garantia do cidadão, na medida em que, por força de comando constitucional e infraconstitucional, não há crime sem lei anterior que o defina. Para que Estado exercite o direito de punir é preciso mais que uma adequação simplesmente formal da ação à conduta prevista como crime: é preciso que a conduta seja materialmente lesiva a bens jurídicos e ética socialmente reprovável (Toledo, 2002, p. 129-131). Assim, conduta cujo resultado não ofenda com certa gravidade o bem jurídico protegido, torna-se insignificante para o Direito Penal, sendo afastada sua tipicidade. Pelo Princípio da Fragmentalidade, a atuação do Direito Penal com a imposição de sanção só se justifica quando sanções de outra natureza, como civil ou administrativa, não se mostrarem eficazes para a reintegração da ordem jurídica.

Tanto no STF quanto no STJ prevalece o entendimento segundo o qual se deve aplicar ao descaminho o Princípio da Insignificância, com base em dispositivos da Lei 10.522/2002, que tratam da execução dos créditos da Fazenda Nacional. O STF possuiu remansosa jurisprudência no sentido de que não estará tipificado o crime quando o montante do tributo iludido seja igual ou inferior à R$ 10.000,00, uma vez que o art. 20 daquela Lei determina que a respectiva execução fiscal, em tal hipótese, deverá ser arquivada (HC 96.919/RS, rel. Min. Cármen Lúcia;[35] HC 97.676/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa;[36] RE 536.486/RS, rel. Min. Ellen Gracie;[37]

35. STF, HC 96.919/RS, 1.ª T., j. 21.11.2008, rel. Min. Cármen Lúcia. *DJ* 01.12.2008 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

36. STF, HC 97.676/SC, j. 06.02.2009, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 12.02.2009, decisão monocrática (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

37. STF, RE 536.486/RS, 2.ª T., j. 26.08.2008, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 18.09.2008 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

HC 96.151/RS, rel. Min. Celso de Mello;[38] RE 550.761/RS, rel. Min. Menezes Direito;[39] HC 95.749/PR, rel. Min. Eros Grau).[40] O STJ, por sua vez, recentemente adotou e consolidou o mesmo posicionamento, através de julgamento do REsp 1.112.748/TO (repetitivo representativo de controvérsia), da relatoria do Min. Felix Fischer.[41] Os Tribunais Superiores, portanto, conferem preponderante importância ao resultado da ação para definir a adequação do descaminho à tipicidade penal, o que, ainda que indiretamente, é um reconhecimento da natureza material do crime.

A definição do valor do tributo não recolhido não só é determinante para aplicação do principio da insignificância, mas também para eventual aplicação ao descaminho do instituto da extinção da punibilidade pelo posterior pagamento do valor apurado. A extensão desse instituto de longa data vem sendo objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial. O dissídio foi iniciado com a edição do Dec.-lei 157/1967, cujo art. 18, § 2.º previa que "extingue-se a punibilidade quando a imputação penal de natureza diversa da Lei 4.729, de 14.07.1965 [lei que criou o crime de sonegação fiscal, introduziu figuras assemelhadas ao crime descaminho no art. 334 do CP e previu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes nela previstos], decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multa foi pago ou depositado na forma deste artigo". O STF, em 1976, temporariamente pôs um fim à discórdia com a aprovação da Súmula 560, de teor seguinte: "extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2.º, do Dec.-lei 157/1967". A então palavra final da Corte foi proferida não apenas analisando a discussão jurídico-interpretativa que norteava o decreto, mas também a semelhança entre o crime de descaminho e a sonegação fiscal, que será melhor analisada no tópico seguinte. Mesmo com o advento da Lei 6.910/1981, que expressamente vetou a aplicação do instituto ao descaminho e às figuras assemelhadas, e com a edição

38. STF, HC 96.151/RS, 2.ª T., j. 02.10.2008, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 09.10.2008 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

39. STF, RE 550.761/RS, 1.ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Menezes Direito, *DJe* 01.12.2008 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

40. STF, HC 95.749/PR, 2.ª T., j. 23.09.2008, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 07.11.2008 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância).

41. STJ, REsp 1.112.748/TO, 5.ª T., j. 09.09.2009, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 13.10.2009 (Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Aplicação. Valor a ser considerado).

de sucessivas leis aplicando-o apenas aos crimes contra a ordem tributária e apropriação e sonegação de contribuições previdenciárias, a discussão sobre o tema ainda remanesce em face da identidade entre os crimes. Os que entendem pela aplicação do favor legal ao crime de descaminho, dentre eles, Luiz Regis Prado (PRADO, 2006, vol. 4, p. 515), Sérgio Rosenthal (ROSENTHAL, 1999, p. 35-37), Rui Stoco (SILVA FRANCO, 2007, p. 1574), Des. Federal André Nabarrete Neto (NABARRETE NETO, 1997, p. 175) e a Min. Maria Thereza de Assis Moura,[42] o fazem com fundamento no princípio da isonomia manifestado na máxima *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio,* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito). Recentemente, a questão voltou a ser discutida pela Suprema Corte, no HC 85.942/SP, da relatoria do Min. Luiz Fux,[43] cuja ordem foi concedida para extinguir a punibilidade de figuras penais equiparadas ao descaminho (art. 334, § 1.º, *c* e *d*) ante o pagamento do tributo, por incidência aos fatos do art. 34 da Lei 9.249/1995.

A semelhança entre os crimes contra a ordem tributária e descaminho também tem sido o centro da discussão sobre a necessidade do término do processo administrativo-fiscal como condição para configuração deste último, tal como decido pelo STF em relação aos primeiros.

4. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF AO CRIME DE DESCAMINHO

Conforme demonstrado, o STF pacificou entendimento segundo o qual o Estado só pode exercer a persecução penal quanto aos crimes contra a ordem tributária, seja na fase judicial ou mesmo na do inquérito policial, após a constituição em definitivo do crédito tributário. O argumento que prevalece é o de que crime contra ordem tributária que alude "tributo" só se tipifica, à luz do Princípio da Legalidade, quando esse elemento estiver presente, ou seja, quando houver certeza de sua exigibilidade, cuja decisão compete à autoridade administrativa. Não haveria como processar alguém por suprimir ou reduzir tributo antes que a autoridade detentora de competência exclusiva para tanto decida definitivamente se ele era ou não devido. *Tributo*, nessa linha, é elemento normativo de tipo penal que o preveja como alvo da conduta.

Parte da doutrina e a maioria da jurisprudência entendem que tal posicionamento não se estende ao crime de descaminho. Alegam que o descaminho

42. STJ, HC 48.805/SP.

43. STF, HC 85.942/SP, 1.ª T., j. 24.05.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 01.08.2011, p. 78 (Figuras equiparadas ao crime de descaminho. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Abrangência do art. 34 da Lei 9.249/1995).

seria crime formal, e, por isso, não dependeria da ocorrência do resultado para sua consumação. Nesse sentido, o já mencionado julgado do STF, da relatoria do Min. Ayres Brito, que apesar de analisar viabilidade de acusação por crime previsto no art. 334, § 1.º, *c*, do CP (tipo penal previsto no mesmo artigo, mas de núcleos diferentes), avançou sobre o tema.[44] Utilizam como fundamento, ainda a negar a extensão, que o descaminho objetiva tutelar outros bem jurídicos além da arrecadação de tributos, protegida nos crimes contra a ordem tributária.

Sempre com respeito às opiniões contrárias, acredito que o exposto no capítulo anterior é suficiente a demonstrar que o descaminho é crime material, ante a exigência da efetiva ilusão total ou parcial do pagamento de tributo devido para sua consumação.

Não questiono, por outro lado, que o bem jurídico tutelado pelo descaminho pode não se resumir à arrecadação de impostos, podendo compreender também a necessidade da regularidade nas importações e exportações e, consequentemente, a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria nacional. Tal como, aliás, o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990 não se resume, como já mencionado, a um instrumento de arrecadação de receita (fiscalidade), abrangendo, além disso, a extrafiscalidade, mecanismo que se fundamenta em valores constitucionais e se relaciona à "(...) consecução do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º da CF), da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII) e de outros valores constitucionalmente reconhecidos, como a educação, a cultura, a instituição familiar" (ESTELLITA, 2001, p. 182).

Ocorre que existência de mais de um bem jurídico tutelado pelo tipo penal, ou de mais de uma razão à incriminação da conduta nele prevista, não se relaciona e nem substitui a necessidade de se fazer presente, objetivamente, qualquer dos elementos necessários a sua configuração. A constatação de perigo concreto ou lesão efetiva ao bem jurídico tutelado em qualquer tipo penal pode conferir ao Estado, em princípio, a legitimação necessária para exercer o direito de punir com a aplicação da sanção máxima e extrema da pena privativa de liberdade. Nem por isso, essa legitimação tem o condão de suprimir o Princípio da Legalidade e da Anterioridade Penal, manifestado na máxima constitucional segundo a qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5.º, XXXIX, da CF/1988). Em outras

44. STF, HC 99.740/SP, já mencionado.

palavras: à imposição de pena não basta que determinada conduta atinja esse ou aquele bem jurídico, ou ambos, é imprescindível, muito além disso, que aquela conduta se subsuma com exatidão à prevista no tipo penal e ainda que estejam presentes eventuais elementos ou condicionantes nele previstas.

Por outro lado, a questão da amplitude do bem jurídico parece não ser levada em consideração quando da aplicação do já mencionado Princípio da Insignificância, senão para reconhecer a atipicidade da conduta. Além de eventual reiteração da conduta pelo agente, é considerado, tão só e objetivamente, o valor do imposto deixado de ser recolhido. Pode configurar até um contrassenso o fato do mesmo tribunal que leva em consideração somente o resultado do crime para aplicar entendimento que implique na exclusão de sua tipicidade (insignificância), reputá-lo como indiferente à configuração da tipicidade, no que diz respeito à necessidade da certeza e do valor do tributo devido.

O argumento calcado na questão bem jurídico tutelado também não se revela, portanto, suficiente para justificar o tratamento diferenciado entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária.

Os crimes ora confrontados, de fato, em muito se assemelham e realmente merecem tratamento isonômico em relação à questão central aqui colocada.

Em um dos precedentes que embasaram a já mencionada Súmula 560 do STF (RE 76.071/RN, Pleno, j. 06.03.1974, rel. Min. Bilac Pinto, *DJ* 06.09.1974, p. 145), colhe-se do voto do relator, então Min. Bilac Pinto, que "(...) inscrevendo-se o descaminho entre os atos de fraude ao fisco (...), sendo, portanto crime de sonegação fiscal (...) deve ele, também, ser alcançado pelo benefício da extinção da punibilidade". A identidade entre os crimes também foi reconhecida pelo então Min. Rodriguez Alckmin ao afirmar que "(...) o descaminho, consiste, exatamente, numa sonegação de tributo, ou em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída, ou pelo consumo de mercadoria" (idem, p. 152). Em julgamento recente, a Corte mais uma vez reconheceu que "(...) é nítida a natureza tributária do crime de descaminho, mercê de tutelar o erário público e a atividade arrecadadora do Estado (...)".[45]

Na hipótese em que a mercadoria é submetida ao controle aduaneiro, a fraude está para o crime de descaminho tal qual está para o previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990. O verbo *iludir*, de alguma forma, abrange alguma das

45. STF, HC 85.942/SP, 1.ª T., j. 24.05.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 01.08.2011, p. 85 (Figuras equiparadas ao crime de descaminho. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Abrangência do art. 34 da Lei 9.249/1995).

fraudes que também devem ser perpetradas pelo agente que comete aquele último crime. Em ambos, a fraude é aplicada no procedimento de lançamento, que visa à constituição do crédito tributário, com a finalidade de não constituí-lo ou constituí-lo com valor menor. Os crimes se concretizam com a efetiva redução ou com o não pagamento do tributo, resultados que também fazem parte do tipo.

Os crimes também vêm recebendo o mesmo tratamento por parte do Poder Executivo, no que diz respeito à comunicação de sua eventual constatação ao Ministério Público somente após o término do processo administrativo-fiscal, independente da penalidade aplicada.

O enunciado do descaminho, assim como o crime de sonegação fiscal, prevê "imposto" (espécie de tributo) como elemento normativo do tipo. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo reputa "(...) essencial, para a realização do tipo em exame, a sonegação de algum tributo que tenha como fato gerador o tráfico de mercadorias, para dentro ou para fora do território nacional" (TOLEDO, 1977, p. 1). Aliás, o faz de maneira ainda mais exigente: prevê que o imposto iludido seja devido.

Nos casos em que a mercadoria é submetida ao controle aduaneiro, a certeza sobre tal elemento caracterizador só advirá após o término do processo administrativo-fiscal, com decisão desfavorável ao contribuinte, seja para a constituição definitiva do crédito tributário, seja para a confirmação do perdimento da mercadoria, quando decorrente da sonegação de tributos (a pena de perdimento pode ser aplicada por diversas infrações administativas).

De fato, mesmo quando há pena de perdimento da mercadoria por suspeita de sonegação, caso em que ela não chega a ser liberada e não há constituição de crédito tributário, deve ser aguardado o término do processo administrativo para a caracterização do descaminho. É que só à autoridade fiscal cabe decidir, definitivamente, se houve sonegação que justificasse a pena de perdimento. Ora, não haverá caracterização do descaminho se a mercadoria, objeto de provisória pena de perdimento por suposta fraude destinada à fuga do imposto devido, for liberada após a defesa do importador ou do exportador justamente pelo reconhecendo da licitude da operação. Aplica-se o mesmo raciocínio: não se pode impingir a alguém o constrangimento da persecução penal por eventual crime de descaminho, constado em provisória pena de perdimento da mercadoria, se a mesma mercadoria acabou sendo liberada pela própria autoridade fiscal com a chancela da licitude.

Por força de dispositivo constitucional e infraconstitucional, só ao órgão administrativo-fiscal cabe a última palavra sobre a exigibilidade e a quantidade

do valor do imposto devido, ou sobre a definitividade da pena de perdimento, tudo através de procedimento administrativo próprio, facultada em qualquer caso a possibilidade de defesa do contribuinte até que a decisão seja julgada pela última instância. Só com a decisão definitiva do órgão, é que estará presente elemento necessário à configuração do crime de descaminho.

Trata-se do mesmo fenômeno aplicado pela Suprema Corte da superposição de espaços normativos, em que o Direito Penal se vale de fato já valorado pelo Direito Tributário ou Aduaneiro. Tal como art. 1.º da Lei 8.137/1990, o crime de descaminho prevê como antecedente normativo – "imposto devido" – um fato já juridicizado pela esfera competente, ou seja, um fato sobre o qual já houve valoração jurídica a respeito da aplicação da norma, sobre a subsunção do fato à hipótese abstrata, com a consequente imposição da penalidade ali prevista. Ausente o antecedente normativo, não há como fazer incidir a norma penal com vistas à imposição do consequente normativo – a pena.

Também seria absolutamente contrária à harmonia do ordenamento jurídico a imputação a alguém de crime que tem como elemento a ilusão de imposto devido, se a esfera que tem competência privativa determinada pela Lei definitivamente decidisse que tributo algum foi iludido. Neste ponto, como sói acontecer nos crimes econômicos, a questão ultrapassa os limites da tipicidade penal – não sem deixar de afastá-la – e reflete também no campo da antijuridicidade (ilicitude), outra viga mestra do Direito Penal, sem a qual crime algum se configura e sem a qual a ação penal não pode ser iniciada por faltar-lhe, à toda evidência, condição essencial, ante a impossibilidade jurídica do pedido, ou causa justa (art. 395, II e III, do CPP, respectivamente).

A este respeito, incide com perfeição a assertiva de José Faria Costa, apoiado na lição de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, discorrendo sobre as causas implícitas de exclusão de licitude em sede de crimes econômicos, no sentido de que "(...) 'O facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade'. O que vale afirmar que o princípio da unicidade jurídica determina e ilumina toda esta problemática (...)". Explica o autor que se a valoração das normas jurídicas constantes em um ordenamento jurídico, como um todo, independente da posição hierárquica, deixar claro que o agente as cumpriu e, portanto, agiu licitamente, não pode ele ver sua conduta ser considerada ilícita do ponto de vista jurídico-penal, ainda que formalmente seu comportamento possa preencher um tipo penal (COSTA, 1985, p. 52-53).

Ainda que implicitamente, os reflexos da esfera administrativa sobre a seara penal têm sido observados pelos Tribunais sob a ótica da antijuridicidade quando reconhecem a incidência daqueles a negar a justa causa para a perse-

cução penal. Não pelo reconhecimento de dependência entre as instâncias administrativa e judicial, mas por analisarem a viabilidade da persecução penal, ainda que superficialmente, à luz da contrariedade jurídica da conduta.

Mas antes de refletir no juízo de ilicitude penal da conduta, a decisão final administrativa favorável ao contribuinte que reconhece não ter havido sonegação de tributos na importação ou exportação de mercadorias, seja para desconstituir o crédito tributário ou para liberar a mercadoria apreendida, impede a materialização da tipicidade penal, por não fornecer-lhe elemento normativo que lhe é essencial.

Não se pode perder de vista ainda que o acertamento definitivo do valor deixado de ser recolhido também assume importância quando já se tem pacificado nos Tribunais que ao crime de descaminho se deve aplicar o princípio da insignificância.

E ainda que se vingar a tese da extinção da punibilidade ao descaminho pelo pagamento do tributo haverá mais uma razão para aguardar o término do processo administrativo: oferecer a possibilidade do contribuinte se defender até a última instância fiscal sem que a ameaça penal faça com que desista desse direito.

Há julgados da 6.ª Turma do STJ conferindo tratamento isonômico a ambos os crimes em relação ao tema em análise, como pode ser verificado nos HC 109.205/PR[46] e 113.145/PR,[47] e em um mais recente da 5.ª Turma, da relatoria do Min. Jorge Mussi (HC 139.998/RS).[48] No mesmo sentido, parte da doutrina, representada por Rui Stoco, mudando expressamente de entendimento, a partir do entendimento do STF (SILVA FRANCO, 2007, p. 1578), e Guilherme de Souza Nucci, mesmo entendendo que descaminho é crime formal, para quem a decisão administrativa favorável ao contribuinte representaria a ausência de dolo em sua conduta (NUCCI, 2007, p. 1065).

Carece, todavia, a doutrina de estudo mais atual e aprofundado, levando em consideração a evolução do tema no que diz respeito ao crime contra a ordem tributária.

---

46. STJ, HC 109.205/PR, 6.ª T., j. 02.10.2008, rel. Des. convocada Jane Silva, *DJe* 09.12.2008 (Crime de descaminho. Exigência do término do procedimento administrativo. Falta de justa causa para ação penal).

47. STJ, HC 113.145/PR, j. 06.02.2009, rel. Des. convocada Jane Silva, *DJe* 27.02.2009 (Crime de descaminho. Exigência do término do procedimento administrativo. Falta de justa causa para ação penal).

48. STJ, HC 139.998/RS, 5.ª T., j. 25.11.2010, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 14.02.2011 (Crime de descaminho. Exigência do término do procedimento administrativo. Falta de justa causa para ação penal).

5. CONCLUSÃO

O STF pacificou entendimento no sentido de que a configuração do crime previsto no art. 1.º da Lei 8.137/1990 depende da constituição definitiva do crédito tributário. Tal situação, caso o contribuinte impugne o lançamento, só poderá ser constatada com a necessária certeza com o advento da decisão final do processo administrativo favorável à Fazenda Pública. Em decorrência, o Estado não pode exercer a persecução penal, tanto na fase judicial como na de inquérito policial. De acordo com precedentes da Corte e os debates para a aprovação da Súmula Vinculante 24 do STF, principalmente no que diz respeito à questão da prescrição, argumento que prevalece é o de que "tributo" aludido no tipo penal representa elemento normativo e essencial à sua configuração.

A expressão "imposto devido" prevista no enunciado do descaminho deve ser interpretada da mesma forma, como elemento normativo do tipo. Tal elemento, nas hipóteses em que a mercadoria é importada ou exportada sob o controle da aduana, só restará concretamente presente quando o órgão administrativo-fiscal, em julgamento de caráter definitivo, decidir sobre a existência e o valor do tributo ou confirme o perdimento da mercadoria apreendida, quando decorrente de sonegação fiscal. Trata-se da mesma teoria da superposição de espaços normativos, em que o Direito Penal valora fato já juridicizado por outro ramo do Direito.

O crime de descaminho apresenta as mesmas características do analisado crime contra a ordem tributária quando a mercadoria passa pelos postos alfandegários. Atenta imediatamente contra o erário público e seu âmbito de incidência também se dá sobre uma relação fisco-contribuinte. Deve ser precedido, de igual forma, de algum tipo de fraude, com a finalidade de evitar o pagamento do tributo ou fazê-lo a menor.

Também é crime material, por não encerrar a proibição incriminada na realização do verbo nele previsto, exigindo, além disso, o resultado a ele ligado por nexo de causalidade, consistente na falta de pagamento, no todo ou em parte, de imposto devido pela entrada ou saída da mercadoria.

Eventual proteção a mais de um bem jurídico pelo crime de descaminho não se relaciona e nem substitui a necessidade de se fazerem presentes, concretamente, para sua configuração, os elementos previstos em sua redação, ante o princípio constitucional da legalidade.

Em relação ao descaminho parece não haver mais discussão sobre a aplicação do Princípio da Insignificância, com o reconhecimento de sua atipicidade quando o valor do tributo iludido não ultrapasse a quantia de R$ 10.000,00. Aqui, para fins de adequação da tipicidade penal, objetivamente leva-se em

consideração exclusivamente o valor deixado de ser recolhido, prevalecendo o juízo do desvalor do resultado sobre a amplitude ou eventual pluralidade do bem jurídico. A aplicação da insignificância revela, assim, a só tempo a natureza material do crime e a importância do término do processo administrativo fiscal para a definição do valor do tributo.

Há ainda a possibilidade de aplicação do instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo iludido, de acordo com a doutrina, alguns julgados do STJ e um recente do STF. O principal fundamento consiste em que o descaminho tem a mesma natureza jurídica que os crimes contra a ordem tributária. A prevalecer tal entendimento, a persecução penal antes da decisão final pelo órgão fiscal representaria verdadeira coação ao contribuinte, em prejuízo ao Direito Constitucional da Ampla Defesa.

Assim, é possível aplicação do entendimento pacificado no STF ao crime de descaminho, no sentido de que só haverá justa causa para a persecução penal após a decisão definitiva do órgão administrativo-fiscal favorável ao Fisco.

O tema merece, contudo, análise mais aprofundada por parte da doutrina, sobretudo após o entendimento do STF em relação aos crimes contra a ordem tributária; e também por parte da jurisprudência, mas à luz de critérios objetivos no que diz respeito à natureza material e aos elementos do crime de descaminho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Adriana Pazini de. Natureza tributária do crime de descaminho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 187. p. 8. São Paulo: Ed. RT, jun. 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CORRÊA, Antonio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, José Faria. *Clico de estudos de direito penal econômico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: FREITAS, Vladmir Passos de (coord.). *Importação e exportação no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Selmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Importação e exportação no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1.

_____. *Direito penal anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

_____. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 15. p. 217-230. São Paulo: Ed. RT, 1996.

NABARRETE NETO, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 17. p. 173-179. São Paulo: Ed. RT, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de; CAMPOS, Dejalma de (coords.). *Direito penal tributário contemporâneo: estudos de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1995.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 4.

_____. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. Extinção da punibilidade e descaminho – Comentário. *Revista Ciência Penal*. n. 2. ano II. p. 145-157. São Paulo: Convívio, 1975.

_____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 1.

ROSENTHAL, Sérgio. *A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho*. São Paulo: Nacional, 1999.

SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997a. vol. 1, t. II.

_____ et al. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____ et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997b. vol. 2.

TOLEDO, Francisco de Assis. Descaminho. *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 24.

_____. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A (desnecessidade de) constituição do crédito tributário no crime de descaminho, de Bruno Torrano Amorim de Almeida – *RTrib* 89/71;
- A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho, de René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari – *RT* 877/399; e
- Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários, de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini – *RT* 832/405.

- *Direito penal econômico – Teoria geral da responsabilidade civil*, de Luiz Regis Prado, 4. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011.

Veja também Jurisprudência

- Crime contra a ordem tributária – Procedimento administrativo-fiscal, para apuração do débito devido, não encerrado: *RT* 880/456; e
- Descaminho – Descaracterização – Ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa – Delito de natureza tributária que deve seguir a mesma determinação em relação aos crimes contra a ordem tributária: *RT* 882/569.

57726

A TEORIA DOS *WHITE-COLLAR CRIMES*, SUAS DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS E A NECESSÁRIA REFLEXÃO SOBRE AS TÉCNICAS DE TUTELA

2

GUILHERME GOUVÊA DE FIGUEIREDO

Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorando em Ciências Penais pela UFMG. Advogado criminal.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A despeito da expressão "crimes de colarinho branco" ser extremamente recorrente, poucos são os que tencionam atribuir ao conceito um verdadeiro sentido operativo. Ademais, a tentativa de especificar, mesmo que a traço largo, o conteúdo da categoria e inseri-la no contexto da criminologia crítica ganha atualidade à medida que se nota a sua capacidade de descortinar todo um contexto de privilégio e seletividade, desdenhado pelas abordagens eminentemente jurídicas. E o "núcleo duro" do trabalho é exatamente a procura - pela via de uma abordagem que releva a criminologia, o direito penal e a política criminal, numa autêntica relação de "unidade funcional" - por alternativas jurídico-criminais idôneas e legítimas para a tutela dos *crimes of the powerfull*.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia - Crimes de colarinho branco - Direito penal secundário - Direito penal econômico - Política criminal - Técnicas de tutela - Teorias da pena - (Des)criminalização - Direito administrativo sancionador.

ABSTRACT: In spite of the extreme recurrence of the expression "white collar crimes", few intend to give this concept a true operating sense. Furthermore, the attempt, to even broadly speaking, specify the contents of the category and insert it into the context of critical criminology, grants it a current status and the capacity to unveil a context of privilege and selectivity is noticed, while disregarded by the purely juridical approaches. The "hard core" of this work is precisely the search - through an approach that places criminology, criminal law and criminal policy in a true relationship of a "functional unit" - for ideal and legitimate legal-criminal alternatives to provide judicial relief for the crimes of the powerful.

KEYWORDS: Criminology - White collar crimes - Secondary criminal law - Economic criminal law - Criminal policy - Judicial relief techniques -Theories of punishment - (De)criminalization - Administrative punishment law.

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 As vantagens de se pensar o problema criminal da perspectiva de uma "ciência conjunta"; 1.2 Direito penal, política criminal e criminologia: universos distantes; 1.3 *White-collar crimes*, criminologia e direito penal – 2. Divergências conceituais à volta da criminologia dos *white-collars*: 2.1 A proposta de Sutherland e a seletividade dos instrumentos formais de controle; 2.2 "Colorindo" o crime e não o criminoso – 3. Crimes de colarinho branco e criminologia crítica: 3.1 Criminologia crítica, *labeling approach* e colarinho branco; 3.2 *White-collar crimes* e criminologia radical – 4. Crimes de colarinho branco e sistema jurídico-penal (criminalização, técnicas de tutela e modelo sancionatório): 4.1 A conveniência de uma criminologia integrada, os crimes de colarinho branco e as especificidades da infração; 4.2 (Des)criminalização, inflação legislativa e técnicas de tutela; 4.3 Que direito penal e que modelo sancionatório para os *white-collars*? – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

1.1 As vantagens de se pensar o problema criminal da perspectiva de uma "ciência conjunta"

Há muito se sabe que o estudo do direito penal (em sentido estrito), enquanto estudo dogmático dos pressupostos e categorias normativas que predicam como crime uma conduta humana e a ela atribuem uma pena, não deve ocorrer de modo isolado e alheio a contribuições oriundas de outras disciplinas afins. Tornou-se lugar comum, sobretudo em terreno europeu, a necessidade de ser o direito penal permeado por incursões provenientes de outras disciplinas, que também tem no fenômeno criminal o seu eixo fundamental de problematização: a criminologia e a política criminal. "Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa que Liszt criou o designativo, que se tornaria justamente célebre de 'ciência global (total, universal ou conjunta) do direito penal'".[1] Pretendia Liszt atentar para o fato de ser o direito penal – visto como disciplina normativa e sujeita a pressupostos dogmáticos – sempre impotente para dar, com seus instrumentos particulares de atuação, uma resposta contundente a todos os questionamentos que o "problema criminal" evoca.[2]

Mas não se deve pensar que Liszt, a partir a ideia de uma "ciência conjunta" do direito penal, conferia à política criminal ou à criminologia uma posição

1. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 93.

2. Convictamente neste sentido: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal (introdução à sociologia do direito penal)*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 155 e ss.

privilegiada em relação à dogmática. Em uma designação sempre recorrente, o autor germânico atribuía à política criminal uma posição acessória e secundária, firmando o "direito penal como barreira intransponível da política criminal".

Apesar da ideia de uma ciência conjunta do direito penal não ter sido abandonada ao longo do século passado,[3] as ulteriores contribuições doutrinárias mais contundentes só vieram partidas do estudo programático de Roxin, *Kriminalpolitik und strfrechtssystm* (1970)[4] e tiveram o objetivo de redimensionar a relação a interceder entre o direito penal e a política criminal. Nos quadros de um Estado de Direito material, assumidas as vantagens de se compreender e interpretar o sistema jurídico-penal de forma teleológica, foi-se aos poucos sedimentando uma nova postura que se convencionou chamar de teoria *racional-final* ou *teleológica (funcional)*.[5] A política criminal deixa então de assumir uma posição somente auxiliar e passa atuar na própria "determinação" dos conceitos e categorias dogmáticas e, assim, a exercer uma posição privilegiada no discurso jurídico.

Efetivamente, são já quase inabarcáveis os estudos a reconhecer as benesses de um sistema dogmático político criminalmente ancorado e a confessar a adesão a esta atitude metodológica que, na formulação de Schünemann, objetiva "restabelecer a conexão direta entre as pedras do sistema penal e a respectiva função",[6] ou, agora com Figueiredo Dias, permitir à "política criminal não somente reforçar a sua posição, já adquirida, de *autonomia*, mas ganhar uma posição de *domínio* e mesmo de *transcendência* face à própria dogmática";[7] "tornando-se transsistemática e competente para definir os limites últimos do punível, ao mesmo tempo que entre ela e a dogmática jurídico-penal se estabelece uma autêntica relação de *unidade funcional*".[8] Tudo isso a emprestar

3. Como salientam DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 96, notas 10 e 11.

4. Consultamos a versão em espanhol: *Política criminal y sistema de derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1972.

5. ROXIN, Claus, *Derecho penal – Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz. Madrid: Civitas, 2000. t. I. p. 203 e ss.

6. COSTA ANDRADE, Manuel. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *RPCC* 2/173.

7. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 40 e ss.

8. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1983. p. 11.

sentido e substância à expressão de Roxin de que o direito penal há de ser "a forma através da qual as proposições político-criminais se vazam no *modus* da validade jurídica".[9]

Contudo, transcende os objetivos deste estudo um olhar mais profundo sobre tudo o que se afirmou, mormente sobre todos os pontos problemáticos que insurgem de uma concepção *teleológica* do sistema jurídico-penal.[10] Poderíamos, de fato, questionar: até que ponto o "pensamento do problema", quando elevado agora a um novo *status*, não prejudica ou inviabiliza o método sistemático, próprio do direito penal em sentido estrito? Se, agora, as finalidades de política criminal não só influenciam, mas determinam o próprio desenho das categorias e conceitos jurídico-penais, de que política criminal estamos a falar?[11] Seria ela imanente ou extrassistemática em relação ao sistema jurídico-constitucional e aos seus valores políticos institucionalizados? Uma tal metódica teleológica destitui qualquer sentido apriorístico ou ôntico das categorias dogmáticas concebidas legislativamente?[12]

1.2 Direito penal, política criminal e criminologia: universos distantes

A resposta para esta série de indagações seria extremamente frutuosa se não tivéssemos ainda que confrontar um problema muito mais premente, cingido à dura realidade do estado do pensamento jurídico-criminal brasileiro. De fato,

---

9. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal* cit., p. 27.

10. Profundidade que encontramos no trabalho de D'Avila acerca o papel da política criminal no contexto de uma "ciência conjunta de direito penal". Na sua apurada percepção, a supervalorização da política criminal empreendida por Roxin redunda num "equívoco metodológico", na justa medida em que desmerece a normatividade ínsita ao próprio sistema dogmático. Nas suas palavras, "se os princípios reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade?" (cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal (escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25 e ss.).

11. Sobre as várias maneiras de se determinar o que seja "política criminal" para o modelo funcionalista, especialmente as propostas de Jakobs, Roxin e da Escola de Frankfurt, ver: ROXIN, Claus. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 57 e ss.

12. ROXIN, Claus. La evolucion de la política criminal... cit., p. 111 e ss.

se por um lado, pululam aqui e ali ensaios e estudos preocupados em escancarar a incoerência das nossas categorias dogmáticas ou a falência político-criminal do nosso sistema punitivo, por outro, são a própria doutrina e a *práxis* acadêmica[13] a demonstrar a distância entre as construções jurídicas e todo o horizonte político-criminal e criminológico que as condena. Aprisionado aos pressupostos metodológicos do finalismo e a um pragmatismo apolítico, o estudioso do direito penal ainda desmerece todo um universo de conhecimento que não somente reflete e aponta soluções para a "questão criminal" como dialoga e intervém nas construções eminentemente jurídicas.

"O direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão no nosso *Lebensraum*, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!", dizia Nélson Hungria décadas atrás.[14] Pois se, naquela altura, o ilustre doutrinador combatia com fervor a interferência do cientista social no seu pequeno universo dogmático, é com o mesmo fervor que devemos, agora, reconhecer a urgência de uma tal interferência. Mais do que isso, urge, pois, que nós, vertidos ao direito, tomemos também como nossa a tarefa de encontrar soluções satisfatórias diante da falência das respostas institucionais ofertadas para o combate à criminalidade.[15]

E tudo isso é tão mais urgente quanto mais se nota, um pouco por todo lado, o quadro de crise por que passa a ciência do direito penal (em sentido estrito).

De um lado, as categorias dogmáticas que compõem o sistema se mostram, com o recorte atual que a doutrina lhes imprime, antiquadas e carentes de um olhar político-criminalmente interessado. Assim, a título meramente explica-

13. Estamos aqui a falar de uma declarada dissintonia entre o universo, extremamente restrito, dos verdadeiros estudiosos das ciências penais e aquele outro, infelizmente amplamente difundo pela "cultura dos manuais", de "acadêmicos" que se bastam em discorrer sobre o crime da perspectiva sempre reducionista de falidas matrizes dogmáticas e técnico-jurídicas.

14. HUNGRIA, Nélson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945. p. 15.

15. Na brilhante formulação de Baratta, "a indicação do momento técnico-jurídico e da sua dependência da ciência social, no âmbito de um novo modelo integrado de ciência penal, pretende ser tudo menos uma *capitis diminutio* do jurista, tudo menos a sua redução a *técnico* da sociedade. Ao contrário, ela quer suscitar a consciência de uma nova dignidade científica da atividade do jurista, indicando claramente a sede em que esta dignidade deve poder se realizar. Ele será cientista, e não mero técnico, na medida em que, finalmente, se tornará um cientista social e sustentará com a ciência a sua obra de técnico" (cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 156).

tivo, o conceito finalista de ação, a doutrina da imputação objetiva e o dogma da causalidade, o ilícito-típico e o conceito material de crime, a doutrina da culpabilidade como "culpabilidade da vontade", a teoria da dosimetria da pena e as finalidades de prevenção geral e especial etc. Para todos estes problemas a política criminal oferece respostas que não somente auxiliam na *reforma penal*, mas que, tal como acima se descortinou, atuam no plano *de jure constituendo* a permitir uma renovada determinação dos conceitos dogmáticos pala via de uma "penetração axiológica".

De outro lado, para além da velada crise por que passa a dogmática jurídico-penal, muito mais declarado é o quadro desordenado e ilegítimo que se desenha quando em conta a relação entre o "problema criminal" e as respostas institucionais que o direito penal oferece. De fato, observamos uma política legislativa em que o que sobreleva é o desrespeito por parte do legislador a mandamentos político-criminais que buscam restringir a intervenção penal a condutas de fato ofensivas a valores fundamentais à sobrevivência da sociedade (bens jurídico-penais) e, ademais, aos casos em que a cominação, aplicação e execução da pena é ineficaz do ponto de vista preventivo geral e especial. Desdenha-se, pois, a necessidade de criminalizar somente condutas de fato relevantes, o que implica num conjunto legislativo casuísta e *simbólico*;[16] por outro lado, segue-se uma orientação de recrudescimento das respostas punitivas em relação aos crimes dos menos favorecidos e, em contrapartida, uma parca intervenção, do ponto de vista da sua efetividade preventiva, em relação à criminalidade econômica e política.

1.3 White-collar crimes, *criminologia e direito penal*

Se nos achegarmos mais proximamente à criminalidade de colarinho branco, veremos que a minguada intervenção acima referida não significa, por sua vez, a não edição de tipos penais de forma aleatória, nos moldes de uma *corrida para o direito penal*. Em outras palavras, é sintoma a ineficácia dos instrumentos formais de controle para a tutela efetiva de crimes desta sorte a edição casuísta e inflacionada de tipos legais de crime, sobretudo no âmbito do direito penal secundário. Esta inflação legislativa em relação ao direito penal extravagante, nomeadamente àquele setor legislativo que busca punir os crimes dos poderosos (v.g. a lei de crimes ambientais, crimes contra a economia popular, contra a ordem econômica, contra a propriedade industrial, contra o sistema financeiro etc.) "é fenômeno causado tão

16. ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista. La insustenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. in fine.

só para censurar fatos (e não seus autores, por não se mostrarem perigosos), uma vez que não geram penalidade *in concreto*. Trata-se de uma legislação promulgada para ser 'virtual', cuja finalidade é ser estigmatizante de determinados fatos e, a um só tempo, indulgente para com seus autores".[17]

Todo o dito para que possamos afirmar, agora com maior rigor, que uma alternativa satisfatória para os problemas acima levantados – mais especificamente a busca por respostas institucionais (jurídicas) alternativas aptas a combater de forma minimamente eficaz e legítima a criminalidade de *white-collar* – só será encontrada se partirmos de uma abordagem criminológica. À semelhança do que deve ocorrer com a política criminal, também a criminologia reivindica uma posição de autonomia e transcendência em relação ao horizonte jurídico-criminal. E é exatamente por meio do pensamento criminológico que pretendemos encontrar algumas respostas para a ineficácia do sistema jurídico-penal no controle dos *crimes of the powerfull*; respostas que deverão influenciar, nos moldes de uma autêntica relação de "unidade funcional", o sistema institucionalizado de controle de um modo geral, e, mais precisamente, a partir de mandamentos de política criminal, a ciência do direito penal em sentido estrito.[18]

2. DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS À VOLTA DA CRIMINOLOGIA DOS *WHITE-COLLARS*

2.1 A proposta de Sutherland e a seletividade dos instrumentos formais de controle

Antes da notável obra de Edwin Sutherland,[19] o problema da criminalidade dos poderosos era sempre deixado à margem, já que as correntes do pensamento criminológico que se sucediam sempre se voltavam para a tentativa de condicionar a explicação do fenômeno criminal a partir da pobreza.[20]

---

17. Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico penal. *RT* 848/417.

18. Sobre as relações a interceder entre o direito penal e criminologia, nos moldes de uma ciência conjunta do direito penal, mas chegando a diferentes conclusões: BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. *Revista e Direito Penal* 31/5 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 96 e ss.

19. SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime. The uncut version*. New Haven: Yale Univessity Press, 1983.

20. De fato, é praticamente consensual o fato de, com a doutrina de Sutherland, ter-se demonstrado as limitações das teorias estruturalistas, sempre vertidas à explicação

Abandonando a ideia de que o crime teria causas plurívocas, já na década de 30 o criminólogo inicia o seu empreendimento de buscar por uma teoria geral explicativa do crime. Para tanto, aproxima-se das explicações sociológicas do crime em detrimento da visão do criminoso como alguém com uma constituição biológica anormal. O crime, segundo o autor, pode ser (e geralmente é) cometido por indivíduos absolutamente normais, que somente o fazem por terem sido influenciados por padrões favoráveis ao desvio.[21]

O criminoso, para a *teoria da associação diferencial*,[22] adota um comportamento desviante à medida que se "associa" a determinados grupos. Ocorre sempre que há motivação para a sua prática e um aprendizado sobre o procedimento para o seu cometimento, provenientes ambos do interior de grupos sociais. Portanto, toda vez que os valores e interesses dominantes no seio de um determinado grupo social forem favoráveis à *deviance* "o indivíduo violará a lei, precisamente porque os estímulos favoráveis a tal comportamento excedem os desfavoráveis".[23] As chamadas *leis da imitação*, aventadas por Tarde,[24] sugerem que, assim como as classes sociais exercem influência umas sobre as outras, também os empregados tendem a imitar seus empregadores e os filhos a seus pais. Portanto, apesar de determinados indivíduos possuírem alguma maior propensão para o comportamento criminoso, a delinquência é manifestação de um processo de comunicação ocorrido durante a socialização do indivíduo.

---

da criminalidade partidas do estudo da *lower class*. Cf. YOUNG, Jock. *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardia*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 72; FERNÁNDEZ, José Núñes. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. *Cuadernos de Política Criminal* 71/523 e ss.

21. Conforme afirma Sutherland, "the social and personal pathologies are not the right explanation for the criminal behavior" (cf. SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime*... cit., p. 5).

22. Sobre a teoria da associação diferencial, entre tantos: MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. vol. II. p. 732 e ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In: ALFARO, Reyna; MIGUEL, Luis (coords.). *Nuovas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005. p. 31 e ss. No Brasil, merece destaque o trabalho de: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 187 e ss.

23. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 44.

24. TARDE, Gabriel. *The laws of imitation*. New York: Henry Holt and Co., 1903. p. 70 e ss.

Daí a importância que o autor atribui aos crimes de *white-collar* na sua teoria. Não há maior exemplo de não ser a diferença econômica ou social o fator determinante para a prática criminosa do que as infrações praticadas por agentes dotados de elevado *status* social, político ou econômico. É, pois, a criminalidade de colarinho branco que comprova a pertinência da teoria da associação diferencial, levando o célebre criminólogo a um estudo aprofundado das suas especificidades e causas.

Debruçado sobre esta espécie de crime e criminoso, desenvolve uma definição em que sobressai o entono subjetivo. Segundo Sutherland, "crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime praticado por uma pessoa, de respeitabilidade e elevado *status* social, no curso da sua ocupação".[25] De tal acepção podemos já descortinar alguns dos elementos mais marcantes da sua proposta.[26]

Em primeiro lugar, por mais evidente que possa parecer, a *deviance* de colarinho branco deve sempre constituir uma infração penal. A obviedade de uma tal afirmação perde sentido se nos ativermos a grande parte das críticas que sobrevieram a este aspecto da teoria de Sutherland. De fato, como logo veremos, entre as ulteriores análises que se deram à volta da criminalidade de colarinho branco, um dos aspectos mais marcantes, senão o mais importante, relaciona-se à seletividade operada pelas instâncias formais de controle. Seletividade que se daria já no momento da criminalização pelo legislador e que permitiria afirmar, com rigor, que parte das infrações cometidas por *agentes influentes* não se adéquam, formalmente, a um tipo legal de crime.[27]

Por outro lado, os crimes de colarinho branco são sempre praticados por um grupo específico de agentes: pessoas dotadas de grande respeitabilidade e

25. Cf. SUTHERLAND. *White-collar crime*... cit., p. 7.

26. No empenho de delimitar e problematizar os elementos da definição, tal como proposta por Sutherland. ALLER, German. White collar crime. Edwin H. Sutherland y "El delito de cuello blanco". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 6/16; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 21 e ss.; MANNHEIM, Hermann. Op. cit., p. 724 e ss.; RACITTI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulacione teoretiche. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia* 18/680 e ss.

27. Como a propósito, num momento posterior, questionou o próprio: SUTHERLAND, Edwin. Is "white-collar crime" crime? *American Sociological Review* 10/132-139. Assim, em ulteriores desenvolvimentos do seu conceito, Sutherland chama a atenção para o fato de o que o criminólogo chama de "crime", nem sempre o é formalmente, o que não inviabiliza a designação do ponto de vista criminológico e científico.

status social, no exercício de suas ocupações profissionais. E, por serem sempre cometidos no exercício da atividade profissional, são infrações que ocorrem, em regra, a partir de uma *violação de confiança*.[28]

Também, na quase totalidade dos seus escritos, Sutherland, de forma direta ou velada, pretende sempre chamar a atenção para o "esquecimento" que distingue as atividades criminosas praticadas pelos "inatingíveis". Esquecimento este que se deve, de uma perspectiva mais generalizante, a um tratamento distinto que ocorre tanto pela sociedade de um modo geral como pelo instrumentos institucionais de persecução e controle. E a realçar este último elemento definidor viria logo em seguida todo o um elenco de autores atrelados ao paradigma da reação social.[29]

Portanto, a famosa definição aventada pelo criminólogo restringia o crime de colarinho branco àquelas condutas praticadas por agentes dotados de respeitabilidade e *status* no exercício de sua atividade profissional. Com um tal significado era possível – e essa era uma intenção declarada do autor – chamar a atenção com alguma repulsa para a forma benévola com que os *white-collars* eram tratados pela sociedade e pelas instituições formais de persecução.

E não se contentou em declarar o tratamento favorecido que distinguia esta sorte de crimes da criminalidade comum, senão propôs descortinar as razões para um tal favorecimento. Ora, por serem os agentes pessoas veneradas, o *status* e a respeitabilidade geraria um misto de respeito, admiração e medo nos administradores da justiça. Acresce a isto o fato de serem os agentes favorecidos e os membros das instâncias de persecução (juízes, promotores, delegados) pertencentes a um mesmo universo cultural, o que prejudicaria a atribuição do estigma de "criminoso". Um outro elemento explicativo invocado para justificar a desigualdade na aplicação da justiça estaria – e a este ponto deveremos retornar repetidas vezes – no descrédito e na ineficiência do sistema legal. E por mais que existisse uma previsão legal, haveria uma dissintonia entre a legislação e os hábitos herdados de comportamentos passados, favoráveis à infração e ainda não sedimentados na consciência coletiva.[30]

---

28. Num estudo realizado por Sutherland, em que pesquisou crimes cometidos por 70 das mais prestigiadas sociedades e corporações norte-americanas, concluiu que as infrações se deram pela violação da confiança de sócios em relação aos demais acionistas ou de gerentes contra a confiança de seus superiores. Desenvolvidamente: ALLER, German. Op. cit., p. 19 e ss. e p. 26 e ss.

29. Referimo-nos aos autores da chamada criminologia crítica, cf. infra 3.1 e 3.2.

30. Cf. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco*... cit., p. 56 e ss.

Do brevemente exposto, será possível destacar o que talvez seja ponto essencial da doutrina de Sutherland e para o qual convergiam suas preocupações mais prementes: a brandura com que eram tratados os criminosos de colarinho branco e a consequente necessidade de um qualquer endurecimento por parte das instituições repressivas.[31]

2.2 "Colorindo" o crime e não o criminoso

Mas, a despeito de todo o mérito da teoria da associação diferencial e da noção proposta por Sutherland acerca dos *white-collars*, a sua concepção fora de seguida objeto de uma série de reapreciações. Todas com o intuito de redimensionar o conceito e imprimir-lhe contornos mais objetivos.[32] Os ulteriores significados propostos tentaram promover uma "democratização" do *white-collar crime* e, ao mesmo tempo, revolver os elementos determinantes daquela criminalidade dos aspectos subjetivos vinculados ao agente para as definições que assinalavam para o horizonte das características específicas da infração.[33]

A notável definição atrás demarcada foi combatida por dar excessiva relevância aos *criminosos* e, nesta mesma medida, desdenhar as peculiaridades que caracterizam o *crime*.[34] Dentre os autores que se atreveram a uma concepção mais atenta às especificidades do crime merece destaque o trabalho de Shapiro, para quem devemos "colorir" o crime e não o criminoso.[35] Centrando no comportamento criminal, a tentativa era de purificar o antigo conceito, criticado

31. Sutherland, assim, acaba por "plantear la existencia de uma gestion politica de los ilegalismos. La no criminalizacion de los delitos de cuello blanco es prescisamiente el resultado de dicha gestión, y ello opera a dos niveles: o bien porque no están caracterizados abstractamente como delitos, o porque estándolo, el aparato represivo del Estado no se ocupa de ellos" (MARTÍNEZ, Juan C. Vasco. Sutherland y la "criminalidad de cuellos blancos". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 12/2369).

32. Cf. FERNÁNDEZ, José Núñes. Op. cit., p. 525.

33. Sobre as novas compreensões do *white-collar crime*, sintetizando as mais significativas manifestações, ver: BOLLONE, Luisa Balma. White collar crimes: Sutherland è ancora attuale? *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. vol. 9. n. 1. Padova: Cedam, 1996. p. 196 e ss.

34. Assim, para autores da sorte de Braithwaite, uma definição apegada aos contornos iniciais delineados por Sutherland seria sempre fadada à infecundidade científica (cf. BRAITHWAITE, John. White-collar crime. *Annual Review of Sociology* 11/1 e ss.).

35. SHAPIRO, Susan. Collaring the crime, not the criminal. *American Sociological Review*. vol. 55. 1990. p. 346 e ss. apud CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco...* cit, p. 61 e ss.

por confundir as normas com os infratores e as formas de execução do crime com o executor. O que definiria o crime de colarinho branco seria principalmente a violação da confiança: os criminosos de colarinho branco desenvolvem sua atividade delituosa de forma muito distinta do criminoso comum, já que, para além de quase nunca recorrerem à violência, utilizam-se de artifícios peculiares relacionados ao aproveitamento dos vínculos de confiança, que se multiplicam ao passo em que as relações sociais e econômicas se tornam mais complexas, e à burla pelo emprego fraudulento de conhecimentos muito específicos e refinados. Assim, partidos de uma definição que se afirma no *modus operandi* do agente e não em características deste último, as formas de controle social aptas a surtir algum maior efeito preventivo deveriam centrar seus esforços na análise dos meios que levam àquela violação da confiança.[36]

Contudo, se, por um lado, o significado por último delimitado pretende purificar o conceito e conferir ao mesmo uma maior operatividade, fato é que, deste modo, amplia-se a noção de *white-collar crime* a todo um conjunto de condutas em que as características do agente são lançadas a um segundo plano, senão absolutamente subestimadas. Daí que, partindo desta nova conceituação, estende-se o *white-collar crime* também aos *blue-collar criminals*, o que acarreta inevitavelmente uma diversa resposta para o problema fulcral da seletividade das instâncias de controle como decorrência da especial posição econômica e social dos agentes. Diversa exatamente por não serem as características relacionadas aos agentes os fatores determinantes desta espécie de comportamento criminoso. Ora, se obviamente não podem ser negligenciadas as vantagens desta maneira de se conceituar os crimes de colarinho branco, nomeadamente pelo mérito irrenunciável de se atentar para as específicas formas de cometimento das infrações,[37] estas construções não podem, em contrapartida, ser tão operativas no momento de se demonstrar como a seletividade e o tratamento desigualitário das instância de controle se dão.

Portanto, cremos que, assumindo esta como a nossa preocupação essencial – de buscar respostas jurídico-criminais à notória seletividade institucional

36. Conforme explicita Bajo Fernández, "el nombre delinuencia profesional nace de aquellos que ponen el acento más en el vínculo entre la infracción y la actividad profesional que en la pertenencia del autor a uma clase social determinada" (op. cit., p. 22).

37. Problema fulcral para o direito penal é de fato a transposição das particularidades da conduta dos *white-collars* para os tipos legais de crime. Neste sentido: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*. *RBCCrim* 87/308 e ss.

que ocorre em relação a crimes praticados por agentes influentes –, as referências à categoria dos crimes de *white-collar* devem centralizar-se nos autores mais contemporâneos, que, seguindo mais proximamente a Sutherland, não abandonaram a conceituação dos crimes de colarinho branco partindo da posição privilegiada dos agentes – diversamente do que defendem Hirschi/Gottfredson ou Croall[38] – e que portanto apontam não para uma mudança de enfoque conceitual tão drástica apta a abarcar também os *blue-collar crimes* (crimes cometidos por uma classe social menos favorecida). Assim, socorreremo-nos naqueles autores que se mantêm na defesa de um conceito mais estreito dos *occupational e corporate crimes*,[39] entretanto, mais operativo para efeitos de constatações criminológicas.[40]

3. CRIMES DE COLARINHO BRANCO E CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Modernamente, o pensamento criminológico passou por uma grande reviravolta, ocorrida em vários níveis. Transformações que, de alguma forma, direta ou transversa, tem grandes imbricações na literatura especializada sobre os crimes de *white-collar* e que, por isso, merecem a nossa atenção. De resto, podemos afirmar que toda uma renovação metodológica e de sentido fica a dever à chamada criminologia crítica e às suas vertentes fundamentais: a interacionista e a radical. Assim, depois de discorrermos, em linhas gerais, sobre estas duas grandes manifestações da criminologia crítica – e sendo a nossa fulcral preocupação a tentativa de encontrar na doutrina dos *white-collar crimes* algumas proposições fundamentais a permitir uma análise crítica da nossa realidade jurídico-instituconal –, oportuno será buscar, tanto entre os teóricos

38. HIRSCHI, Travis; GOTTEFREDSON, Michael. Causes of white-collar crime. *Criminology*. vol. 25. n. 4. 1987; CROALL. *White-collar crime*. Buckingham: Open University Press, 1992, *passim*.

39. A criminologia moderna preocupada em estudar os *white-collar crimes*, distingue esta espécie de criminalidade em duas categorias: os *corporate crimes* e os *occupational crimes*. Os primeiros são aqueles crimes cometidos por funcionários de uma organização no interesse desta. Os segundos são crimes praticados por pessoas individuais no exercício de suas funções profissionais (advogados, médicos, políticos etc.). Classificação esta que foi originária dos estudos de Clinard e Quinney. *Dirty business – Exploring corporate missconduct*. London: Sage Publications, 1996. p. 54 e ss.

40. Assim, por exemplo: COLEMAN, James. *The criminal elite*. 4. ed. New York: St. Martins Press, 1998; KAISER, Jünter. La funcion de la criminología com respecto a la política legislativa penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 1. Madrid: Uned, 1991; BAJO FERNANDEZ, Miguel. Op. cit., p. 23 e ss.

do *labeling* quanto entre os *radicais*, alguns pontos de sintonia e contradição com a doutrina desenvolvida a partir do pensamento de Sutherland.

Partindo-se de renovada perspectiva, o criminoso, num primeiro momento, deixa de ser visto como alguém a quem se deve imprimir um qualquer predicado negativo, sendo "a adesão a valores, normas, definições e o uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento 'criminoso', um fenômeno não diferente do que se encontra no caso de comportamentos conforme à lei".[41] O que diferencia o comportamento desviado do "normal" depende muito menos da assunção de uma postura interior intrinsecamente positiva ou negativa do que da definição legal e social, que determina quais devem ser as condutas aceitáveis e quais as criminosas. Da mesma forma, o crime perde o seu trivial significado de conduta atentatória a valores consensuais e indispensáveis à manutenção da ordem social, ao passo que a doutrina criminológica vai progressivamente reconhecendo o caráter criminógeno desta mesma (des) ordem social.

Oportuna será, pois, uma breve referência à discussão à volta da problemática da criminologia do consenso *vs.* criminologia de conflito. Ora, enquanto a primeira aposta na existência de valores comuns e indispensáveis à manutenção da sociedade e no direito como forma de assegurar o livre exercício de tais valores; a segunda, de inspiração crítica,[42] desdobra-se para demonstrar que aqueles mesmos valores, reforçados pelos instrumentos institucionais, exprimem não mais do que a vontade das classes sociais dominantes. O modelo criminológico do conflito ficou a dever a uma pluralidade de matrizes teóricas, marxistas e não marxistas,[43] e a sua transposição mais detalhada para o pensamento criminológico encontrou eco principalmente nos setores da *nova*

---

41. Cf. BARATTA, *Criminologia crítica*... cit., p. 85. De fato, a partir do momento em que as construções de cunho mais marcadamente sociológico começam a questionar o determinismo das vetustas teorias etiológicas do crime, passa-se a considerar a *deviance* não como algo anormal ou inato ao agente, mas antes como o resultado de um peculiar processo de socialização.

42. Para uma síntese das doutrinas do conflito, em contraste ao pensamento do "delito natutal" ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 117 e ss.

43. Ficou a dever a Dahrendorf a mais conceituada construção contrária às de inspiração marxista. "O conflito em Marx é um conflito de *duas classes*, definindo-se estas pela posição quanto `propriedade pelos meios de produção. Dahrendorf, por seu turno, além de não reconhecer uma linha unitária de divisão e conflito, privilegia, quer como critério de definição de classe, que como fonte de conflito, a distribuição desigual da *autoridade*..." (DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 254).

criminologia (ou criminologia radical) que, como se verá, tiveram como fundamental o propósito de descortinar o caráter classista do direito criminal.[44]

De mais a mais, entre as matrizes da criminologia do conflito e a doutrina dos *white-collar crimes* podemos encontrar estreitas conexões. Isto porquanto ambas voltam suas preocupações para a seletividade que ocorre já no momento da criminalização e para o favorecimento e privilégio que as instâncias formais de controle concedem aos indivíduos pertencentes às classes superiores. Portanto, tanto para os criminólogos do conflito como para os do colarinho branco,[45] a legislação repressiva é, a um só tempo, extremamente dura para a punição da criminalidade comum e benévola para com a que tem como agentes indivíduos influentes. Este favorecimento ocorre já no plano da criminalização, dado o caráter extremamente fragmentário e lacunoso da legislação criminal, e, num momento posterior, pela desigualdade no sancionamento e a seletividade promovida pelas instâncias formais de controle.[46]

3.1 *Criminologia crítica,* labeling approach *e colarinho branco*

Adiante, com o advento das teorias da "reação social", ou *labeling approach*, é a própria definição dos objetivos e métodos de investigação criminológica que é posta cabeça abaixo. Partindo de uma notável inversão de sentido, os criminólogos do *labeling* deixam de lado a tradicional busca pelas razões do fenômeno criminal nos fatores (biológicos, psicológicos ou sociais) que interferem na pessoa do criminoso e se voltam para os mecanismos institucionais de definição, seleção e controle. Assim, as teorias do etiquetamento procuram uma resposta para o problema da criminalidade por meio de uma postura assumidamente crítica, que se ocupa em condenar as instâncias formais de controle, enquanto formas constitutivas e não preventivas da criminalidade. Portanto, a própria definição institucional de crime teria um efeito estigmatizante ao determinar previamente e de forma não consensual quais são os comportamentos atentatórios à ordem social.

---

44. Mais detalhadamente, sobre os pontos convergência e dissintonia entre a chamada criminologia radical e a criminologia do conflito. BERNARD. The distinction between conflict and radical criminology. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 72/362 e ss.

45. Fazendo um paralelo entre as teorias do conflito, nos moldes do proposto por Dahrendorf, e a teoria dos crimes de colarinho branco: ALLER, German. Op. cit., p. 31 e ss.

46. CULLEN, Francis T. *Rethinking crime and deviance theory – The emergence of a structuring tradition*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1954. p. 117 e ss.

A orientação metodológica dos teóricos do *labeling approach* se concentra em duas direções fundamentais, que, da perspectiva da doutrina da reação social, se podem condensar na distinção entre delinquência "primária" e delinquência "secundária".[47] Esta distinção desenvolvida por Lemert, é considerada o grande marco para o desenvolvimento da perspectiva interacionista. De fato, toda a investigação interacionista, radicada na busca por soluções à declarada estigmatização operada pelas estruturas sociais, procura por respostas a duas grandes indagações: "quais são os critérios em nome dos quais certas pessoas *e só elas* são estigmatizadas como delinquentes?" e "quais as consequências desta estigmatização?".[48]

A resposta à primeira delas se busca fundamentalmente a partir da análise geral dos mecanismos de seleção e controle, responsáveis pelo processo de *criminalização primária* e pela fragmentariedade do ordenamento jurídico-penal. Nesta linha, os autores do *labeling*, partidos de uma pretensa neutralidade política,[49] atacam grande parte dos mandamentos de criminalização por serem contrários ao pluralismo cultural e a valores legítimos pertencentes a parcelas segregadas da sociedade. Por outro lado, o próprio processo de criminalização e controle, assim como as instâncias informais, são considerados responsáveis, por meio da simbolização normativa que promovem, pela estigmatização de determinados indivíduos como delinquentes. Eis, em breves linhas, os motivos que determinam a estigmatização de determinadas pessoas no ambiente social antes mesmo de uma resposta desviante e que implicam num rearranjo da atitude do indivíduo consigo mesmo e do papel por ele desempenhado no seio social.

Quanto à segunda indagação, a resposta se encontra partindo da construção de uma plêiade de conceitos cunhados para a determinação do *impacto das respostas sociais ao desvio*, ou seja, para a aferição das consequências das respostas sociais na formação da identidade dos indivíduos e nas chamadas carreiras criminais.[50] Obtém-se, portanto, numa relação de diálogo com a primeira, a

47. Sobre a inversão metodológica operada pela teoria do etiquetamento ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 86 e ss.

48. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 342.

49. Pretensa neutralidade que é fortemente atacada por autores atrelados aos vetores da chamada *criminologia radical*. Assim, por exemplo, Baratta, para quem a teorias do etiquetamento são, pela sua despolitização e desvinculação a vetores econômicos, doutrinas de "médio alcance" (*Criminologia crítica*... cit., p. 99 e ss.).

50. Daí advém a preocupação em tecer uma série de conceitos demonstrativos de toda uma realidade estigmatizante. Tais como *self*, autoimagem, outros significantes, au-

resposta à segunda indagação. A então chamada delinquência secundária seria uma consequência da interiorização "bem sucedida" pelo indivíduo do "estigma" de delinquente. Assim, o *desvio* não é característica de uma ação praticada por um indivíduo, mas um rótulo social e institucional que se atribui a alguém, estigmatizado então como desviante ou *outsider*. Daí emerge todo um ambiente intelectual de repulsa à reação social promovida contra os indivíduos rotulados como desviantes.

Para um estudo crítico dos processos de *desviação secundária*, os teóricos do *labelling* procuram deslindar os mecanismos de etiquetamento da perspectiva dos que rotulam e da dos que são rotulados (*role-engulfment*). Ora, como se viu, a seleção que ocorre no plano das estruturas sociais, v.g. os processos de criminalização, é em si uma demonstração de uma definição antecipada e estereotipada que a sociedade promove. Além disso, da perspectiva do indivíduo etiquetado, o fato de se inserir nesta definição já é em si um fator estigmatizante. E o comportamento propenso ao *desvio secundário* se concretiza à medida que o indivíduo se percebe como um *outsider*. Daí o fervor com que a doutrina do etiquetamento condena todo o procedimento de seleção e persecução. Desde a criminalização, passando pelo contato com os órgãos de investigação e controle até o final julgamento, as chamadas *cerimônias degradantes*, furtam a identidade dos submetidos e lhes atribuem uma outra. A forma teatral e ritualizada como ocorrem as atuações estigmatizantes interferem de tal forma na autoimagem do indivíduo que os torna cada vez mais "donos" dos estigmas que lhes são atribuídos. Na formulação de Becker, "tratar uma pessoa como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente acaba por funcionar como um *profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre*. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder com a imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado em harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência".[51] Em outras palavras, "a estigmatização pública como desviado e criminoso implica na atribuição à pessoa de um *papel desviado*, que finalmente adota e conforme o qual se comporta".[52]

---

diência social, *moral cruzaders*, delinquência potencial, estereótipo, negociação, delinquência secundária, cerimônias degradantes, instituições totais, *role-engulfment* etc. Um panorama geral encontramos em: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., 347 e ss.

51. BECHER, Howard. *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1963. p. 34 apud Dias, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 352.

52. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 34, grifo nosso.

Como se evidenciou, o grande mérito da teoria do etiquetamento está numa profunda ruptura epistemológica que inverte o objeto de investigação criminológica do homem delinquente para o sistema de aplicação da justiça. Já da perspectiva da doutrina dos *white-collar crimes*, não sendo esta inversão metodológica um elemento distintivo,[53] fato é que aqui já sobrevém uma frequente preocupação em demonstrar reiteradamente a seletividade nos procedimentos de persecução dos crimes dos poderosos, e, portanto, um abrir de olhos para o caráter desigualitário do funcionamento da Justiça.

Há que se destacar ainda a influência que ambas as correntes sofreram do "interacionismo simbólico". Tanto as teorias do etiquetamento quanto as do colarinho branco desenvolvem uma concepção segundo a qual a formação do comportamento criminal se baseia no aprendizado.[54] Só que, enquanto para a doutrina do etiquetamento o comportamento delituoso, assimilado por meio da criminalização e da atribuição de rótulos, seria *neutro*, para a teoria da associação diferencial essas condutas, estimuladas por meio de um processo de comunicação no interior de grupos, eram tidas como *criminosas*, mesmo não havendo uma formal criminalização. Daí a frequente menção feita pelos autores do *labeling* aos crimes de colarinho branco para asseverar a ideia de etiquetamento. Assim, enquanto a criminalidade comum manifesta a predominância de valores não consensuais e a necessidade de uma reação social estigmatizante, a criminalidade de *white-collar* não possui nenhum efeito de rotulação em relação a seus agentes.[55] Portanto, "o comportamento dos *white-collars* – frequentemente não previsto pela lei, ou proibido mas desacompanhado de um efetivo sancionamento, como carece daquela reação social, é comunitariamente considerado inócuo e não acarreta qualquer estigmatização para seus agentes. Os poderosos preservam assim a sua reputação e bom nome independentemente das prática ilícitas que adoptem".[56]

Por ser a criminologia da reação social extremamente avessa aos instrumentos institucionais de controle, nomeadamente os processos de criminalização,

53. Sobre a divergências entre a doutrina interacionista e do colarinho branco, do ponto de vista metodológico e das conclusões que pretender atingir: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973. p. 167.

54. "Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem" (cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 87).

55. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 35 e ss.

56. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco*... cit., p. 140 e ss.

as vias institucionais de persecução[57] – as *cerimônias degradantes* de que falava Garfinkel[58] – e a pena privativa de liberdade (cunhadas como *instituições totais*), as propostas reformistas vão por caminhos "não institucionais". Em contrapartida, já para os teorizadores do *white-collar*, em resposta à premente impunidade que caracteriza os crimes dos inatingíveis, deveria haver por parte das instituições criminais não só um endurecimento das sanções em relação aos crimes já tipificados como uma crescente busca pela edição de novos tipos legais de crime.

3.2 White-collar crimes e *criminologia radical*

A seguir ao aparecimento da doutrina do etiquetamento, a criminologia crítica passa por uma crescente politização. A então *nova criminologia*[59] dos anos 70 viria a apontar para certas limitações das construções desenvolvidas pelos autores do *labeling*. Estes são criticados por apresentarem uma teoria de "médio alcance" à medida que não oferecem respostas satisfatórias aos problemas que os mesmos se propuseram a descortinar.[60] Estas teorias teriam reduzido o estudo da criminalidade à própria definição legal ocorrida no momento da criminalização, deixando consequentemente fora do seu horizonte de análise a discussão sobre a existência de uma série de outros interesses merecedores de tutela.[61] Por outro lado, são criticadas por negligenciarem a análise politica-

57. Sobre esta limitação da doutrina do etiquetamento, nomeadamente em relação à criminalidade de colarinho branco, ver: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 36 e ss.

58. Cf. GARFINKEL. Conditions of successful degradation ceremonies. *American Journal of Sociology*. n. 61. Chigago: Chicago University Press, 1956.

59. Expressão cunhada a partir da paradigmática obra de: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Op. cit.

60. Fato que, mesmo aprofundado pelas posteriores manifestações da criminologia radical, já é objeto de críticas pelos precursores da criminologia radical, que acusam os teóricos do *labeling* de um acentuado determinismo e, além, de um esquecimento da criminalidade primária (cf. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Op. cit., p. 176).

61. Nesta linha, Baratta critica a doutrina do etiquetamento por deixar de fora de suas preocupações aqueles "comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (criminalizados ou não) que aqui denominamos 'comportamentos socialmente negativos', em relação às mais relevantes necessidades individuais e coletivas. A qualidade de desvio efetivo que tais comportamentos problemáticos tem em face do funcionamento do sistema socioeconômico, ou a sua natureza expressiva de reais contradições daquele sistema, permanece inteiramente obscurecida, reduzindo-se o seu significado ao efeito das definições legais e dos me-

mente interessada, de fatores sociais e econômicos, que deveria oferecer uma enorme contribuição para o discurso criminológico.

A nova criminologia, também chamada de *criminologia radical*, busca, por sua vez, oferecer uma teoria criminológica globalizante. Para tanto parte para o questionamento das estruturas sociais, econômicas e políticas que avalizam a manutenção de uma sociedade desigual e fragmentada e que, assim, reproduz um modelo de controle da criminalidade também injusto e fragmentado.[62] Partindo da crítica dos postulados positivistas, avança para uma abordagem que contempla a definição legal de crime como uma tentativa institucional de adaptar os valores da classe trabalhadora aos da classe dominante. Por meio do caráter estigmatizante e coercitivo do sistema punitivo, o Estado pretende tornar consensual a necessidade de obediência a determinados padrões de comportamento que na verdade afirmam as vontades das classes mais favorecidas. Sendo assim, as reformas que foram propostas pelas correntes criminológicas logo anteriores são menosprezadas por perpetuarem o caráter classista do aparato punitivo estatal. E é exatamente por isso que este ramo da criminologia é chamado de radical. "Os pressupostos teóricos de que parte, bem como a intencionalidade política que a caracteriza, levam a criminologia radical a recusar todas as tentativas de conceptualização já ensaiadas: porque partem de perspectivas epistemológicas viciadas e, além disso, funcionam como racionalização de legitimação ou mesmo apologética da ordem vigente".[63] Daí surgem domínios do pensamento criminológico radical que aspiram, avessos às tendências reformistas impulsionadas pela tentativa de minimizar o caráter desigualitário do sistema jurídico-penal, à utilização do sistema como um instrumento revolucionário de transformação da sociedade.[64]

A este setor da criminologia crítica foram dirigidas uma série de objeções, a atestar o seu caráter utópico e a insuficiência das alternativas institucionais oferecidas. Isto porque estas doutrinas encontrariam extremas dificuldades em conciliar de forma coerente as vertentes interacionista e materialista, principalmente por privilegiarem a segunda em detrimento da primeira. De fato, ao minimizar a tradicional correlação entre crime e estratificação social, foi-se progressivamente abandonando o empenho reformista (que buscava modelos

---

canismos de estigmatização e controle social (...)" (cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... cit., p. 98).

62. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Op. cit., p. 176.

63. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 78.

64. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Op. cit., p. 160 e ss.

alternativos de integração social e socialização), visto este último como um paliativo a corroborar um sistema sempre desigualitário.

Cumpre, todavia, clarificar que esta corrente do pensamento criminológico nascida a partir da politização do *labeling approach* não assume uma forma unívoca, sendo possível divisar, ao longo do seu desenvolvimento, várias linhas de abordagem que vão atenuando progressivamente o seu caráter radical e apostando em propostas de reforma do aparato punitivo estatal.[65]

Pontos de comunhão também poderão ser encontrados entre setores da criminologia radical e a doutrina dos *white-collar crimes*. Como vimos, a chamada nova criminologia propõe-se a radicalizar o legado do *labeling* pela via de uma crescente politização, questionando o desigual funcionamento da justiça a partir de matrizes radicadas mormente na teoria marxista. Da mesma forma que ocorre com a criminologia do conflito, nas suas primeiras manifestações, a criminologia radical elege a criminalidade de colarinho branco como um elemento privilegiado do seu discurso subversivo. Por seu turno, a ausência de consenso como marco distintivo do sistema institucional de controle e a consequente afirmação do caráter conflituoso do mesmo sistema encontra-se manifesta entre os criminólogos do colarinho branco. Além disso, entre ambas as correntes há uma coincidente busca por um aprimoramento da intervenção penal,[66] a partir de mandamentos de neocriminalização e de renovados processos, institucionais ou não, de repressão e prevenção.

De resto, não são poucos os autores que atribuem à teoria dos *white-collars* o mérito de ter servido de base para que o interacionismo simbólico e as sucessivas correntes da reação social, radicais e críticas, descortinassem que o sistema penal estava imerso num modelo desigualitário e classista.[67] Portanto, em certa medida, Sutherland antecipa este transcendentalismo radical que

65. Assim, a título exemplificativo, todo o redimensionamento que intentou dar à criminologia radical a chamada *new left*, vertente do pensamento criminológico radical mais moderada e, assim, mais frutuosa em termos de propostas político-criminais. Entre os autores da chamada *nova teoria da deviance* desponta o nome de: YOUNG, Jock. *Incessant chatter: recent paradigms in criminology*. Oxford: The Oxford Handbook of Criminology/Clarendon Press, 1994. p. 89 e ss.; YOUNG, Jock. El fracasso de la criminologia. La necessidad de um realismo radical. *Criminologia Critica y Control Social* 1/5-40.

66. Principalmente entre os setores mais moderados da *nova criminologia*, que abandonam progressivamente aquele idealismo inicial para trilhar um caminho mais reformista.

67. Cf. YOUNG, Jock. *La sociedad "excluyente"*... cit., p. 72 e ss.

com os anos propiciaria o surgimento da nova esquerda e de uma criminologia crítica e revolucionária, sem obviamente chegar àquela extrema politização e radicalização do pensamento.[68]

4. CRIMES DE COLARINHO BRANCO E SISTEMA JURÍDICO-PENAL (CRIMINALIZAÇÃO, TÉCNICAS DE TUTELA E MODELO SANCIONATÓRIO)

Ora, se o propósito dos tópicos anteriores fora o de explicitar os traços mais característicos da doutrina dos *white-collar crimes* e encontrar pontos de convergência e dissintonia com as correntes mais atuais do pensamento criminológico, o que se pretende aqui é traçar, mesmo que à superfície, uma definição que seja compatível com uma integração das teorias criminológicas. Uma definição, por sua vez, que, nos moldes de uma autêntica *ciência conjunta do direito penal*, implique numa interação promissora com a política criminal e a ciência penal (em sentido estrito), apta a orientar propostas jurídico-dogmáticas.

A doutrina criminológica contemporânea vem, progressivamente, deixando de lado os modismos e a falaciosa opção por modelos generalizantes e buscando alternativas renovadas aos diversos desafios que o problema criminal suscita. Surge, pois, uma teoria criminológica empenhada em retomar as conquistas devidas a construções criminológicas anteriores e desenvolve-las segundo uma nova conjuntura.[69]

Assim, em relação por exemplo à criminologia crítica, é reconhecida a importância – ou, diríamos nós, a indispensabilidade – de se retomar o problema da seletividade e do funcionamento desigualitário das instâncias formais de controle: a seletividade que ocorre já no momento da criminalização e a fragmentariedade politicamente condicionada da legislação criminal; a seletividade operada ao nível da atuação policial, do ministério público, dos tribunais; a crítica à pena privativa de liberdade como "instituição total" e a busca por formas de sancionamento menos estigmatizantes e mais redutoras do conflito, como por exemplo as penas restritivas de direito, a suspensão provisória do processo; a composição entre autor e vítima etc.

---

68. Cf. MARTÍNEZ, Juan C. Vasco. Op. cit., p. 2371; ALLER, German. Op. cit., p. 32.

69. A proposta de convergir as correntes criminológicas numa teoria integrada encontramos no trabalho de: PEARSON; WEINER. Toward an integration of criminological theories. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 76/116 e ss. Sobre a busca de uma tal integração das teorias, entre os autores do colarinho branco, ver: RACITTI, Annamaria. Op. cit., p. 691 e ss.

4.1 A conveniência de uma criminologia integrada, os crimes de colarinho branco e as especificidades da infração

Entre este enorme legado ao qual não podemos voltar as costas e a doutrina dos *white-collar crimes* há, como vimos, múltiplos pontos de convergência. Por outro lado, também no seio das teorias do colarinho branco, cremos que os aparentes embates – mormente entre as construções que privilegiam fatores subjetivos vinculados ao sujeito e aquelas outras que dão prevalência ao específico *modus operandi* dos agentes e às especificidades da infração – podem ser superados por um modelo renovado.[70]

Já o dissemos, uma definição dos crimes de colarinho apta a surtir resultados concretos, a ponto de ofertar respostas contundentes à impunidade e às notórias dificuldades de imputação e atribuição de responsabilidade, no plano institucional e jurídico-dogmático, só se consegue se não nos desviarmos das teorizações de cunho subjetivo. E isto porquanto as propostas de substituição dos fatores vinculados ao agente por outros adstritos às especificidades da infração[71] redimensionam o conceito de tal forma que o mesmo perde a sua capacidade funcional.[72] Por outro lado, cremos que a definição cingida aos moldes mais "clássicos" é a única que tem condições de – demarcando os crimes de colarinho branco como aqueles perpetrados por uma "elite" e que, por conta disso, perpetuam um tratamento favorecido dos seus agentes pela justiça penal –, preservar ainda o interesse criminológico do conceito.[73]

---

70. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: FRANCO SILVA, Alberto. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 203.

71. Para um aprofundamento desta vertente da teoria dos *white-collar crimes*, por todos: RACITTI, Annamaria. Op. cit., p. 689 e ss.

72. Atido à delinquência econômica, que define como "las infracciones lesivas del orden econômico, cometidas por personas de alto nivel socio-económico en el desarollo de su actividad profesional", Bajo Fernández critica as concepções que suprimem do conceito criminológico "la referencia a la procedencia social del autor", porquanto com referidas conceituações "se olvida que la relevancia social de la delincuencia económica se deriva de la cuntía del dano y del recrutamiento del autor entre miembros de la alta sociedad. Son precisamente los delitos económicos cometidos por éstos quienes producen efectos más lesivos por la cuantia de sus efectos y por el numero de personas afectadas, y porque estas suelen pertenecer a clases modestas. Las pequeñas estafas, la delincuencia económica de los bajos fondos o la llamada delincuencia de 'cuello azul', tienen um interes criminológico distinto y no debe ser englogada con la delincuencia económica de la alta sociedad" (op. cit., p. 24).

73. Em termos mais contundentes: "permitirá a nova conceptualização um mais correcto entendimento desta temática? A resposta, segundo julgamos, terá de ser negativa,

Será possível, comparando a efetiva resposta institucional ante a "criminalidade comum" e aquela de colarinho branco, atestar uma qualquer desigualdade ou disparidade? Ora, se a essa pergunta alguns autores, críticos da concepção primitiva, fizeram questão de responder negativamente,[74] fato é que, mesmo ante a ausência de pesquisas empíricas confiáveis, quanto à nossa realidade, trata-se de algo incontestável. Basta atentarmos para a manifesta corrupção[75] que se dá em vários níveis do nosso sistema institucional de persecução, a ineficiência técnica que ocorre já no plano de elaboração da lei, o recurso a uma defesa técnica extremamente especializada que facilita a absolvição ou o trancamento do procedimento de persecução etc. Portanto, se a concepção que define os crimes de colarinho branco a partir do *status* do agente mostra-se a mais operativa, dela não devemos nos afastar também, ou sobretudo, porque, para além disso, é a que melhor explicita o caráter desigualitário da administração da nossa justiça.[76]

Por outro lado, mesmo não nos modelando aos novos contornos das teorias que pretendem estender os *white-collar crimes* também aos agentes de *blue-collar*,[77] nestas doutrinas há muito de útil e operativo, mormente a atenção dispensada às especificidades das infrações. Em termos mais claros, sendo o nosso interesse declarado é o de, da perspectiva de uma ciência conjunta do direito penal, encontrar modelos renovados de criminalização e controle de crimes desta sorte, o aprofundar nas características da infração é uma das vias mais promissoras.

Assumindo este objetivo essencial, mesmo diante das formas várias que se podem enquadrar na categoria dos *white-collar crimes*,[78] será possível identificar alguns elementos comuns que caracterizam esta espécie de criminalidade.

---

desde logo porque *a definição de* white-collar crime *que prescinde das qualidades do agente torna muito difícil a colocação do problema*" (cf. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade... cit., p. 71).

74. TAPPAN, Paul R. Who is the criminal? *American Sociological Review* 12/96 e ss.

75. Sobre o problema e a procura por soluções institucionais: NOSENZO, Alberto. *Cooruzione e sistemi instuticionali: uma ricerca comparata. Ressegna italiana di criminologia.* Milano: Giuffrè, 1999. p. 83 e ss.

76. Conforme bem demonstra o estudo de: MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal.* São Paulo: IBCCrim, 2010, passim.

77. Para uma análise crítica destas teorias: BOLLONE, Luisa Balma. Op. cit., p. 196 e ss. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco...* cit., p. 59 e ss.

78. Até porque a distinção entre *occupational e corporate crimes* nos parece, em conta a nossa realidade, extremamente redutora.

Deveremos desde já sublinhar como aspecto determinante a *complexidade*[79] e a *opacidade*, ou a "aparência externa de licitude",[80] das condutas criminosas resultantes. Ora, com o desenvolvimento científico que caracteriza o tempo presente, houve necessariamente uma repercussão no mundo das relações humanas e, consequentemente, das atividades criminosas, com "uma especialização laboral com decisivas consequências para o objecto do nosso estudo". Assim, com a exigência de conhecimentos muito específicos, várias atividades acabam por tornarem insindicáveis por todos aqueles que não dominam o *modus operandi* dos novos *experts*.[81] Por lógica decorrência, ocorre a falta de visibilidade social das condutas criminosas já que se dão, diferentemente do *crime comum*, longe dos olhos da sociedade e, pois, distantes de uma exposição frutuosa para efeitos de persecução penal.

Da referida complexidade das condutas deriva um outro problema, mais atrelado ao objeto que salta do presente estudo, respeitante à dificuldade dos órgãos formais de controle de selecionar e reagir às condutas criminosas. Além de ser indispensável um conhecimento muito especializado por parte dos órgãos institucionais para a descoberta da *deviance*, sobretudo, num primeiro momento, da polícia, o que se nota é que o próprio "*legislador* revela, muitas vezes, problemas na regulamentação de matérias mais complexas, e as autoridades judiciárias sentem, também, particulares dificuldades na apreciação das mesmas".[82] Especificamente no que respeita à *atividade legislativa*, o que nos parece notório é que o legislador pátrio não se atém aos problemas técnicos suscitados, atuando de forma casuísta e expansiva (nomeadamente quanto em

79. Em estudo recente, aponta Croall sua preocupação com o conceito de *white-collar*, nomeadamente com sua compatibilidade com o recente fenômeno das "transnational criminal activities" e a consequente maior complexidade das atividades ilícitas daí resultante (cf. CROALL, Hazel. Transnational white collar crime. In: SHEPTYCKI, James; WARDAK, Ali (eds.). *Transnational and Comparative Criminology*. London: Glasshouse Press, 2006. p. 227 e ss.).

80. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 44 e ss.

81. Cf. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco*... cit., p. 101. "E, se isso ocorre no campo das empresas, no que respeita a funcionários particularmente qualificados que lesam os interesses do empregador – a título de exemplo, veja-se o que se passa com os especialistas em informática –, o mesmo nao deixa de suceder relativamente a profissões liberais tão tradicionais como a medicina ou a advocacia. Também as infrações perpetradas pelas grandes sociedades e no seu próprio interesse, frequentemente de cariz financeiro ou fiscal, pressupõem o domínio de um fluxo informacional que, regra geral, não está ao alcance dos cidadãos".

82. Cf. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco*... cit., p. 101.

meta a tutela do meio ambiente, da economia popular, da ordem econômica, da propriedade industrial, do sistema financeiro etc.) o que implica em sérios problemas de legitimidade e eficácia.[83]

De outra perspectiva, característica desta espécie de criminalidade é o fato de, como regra, não ser necessário recorrer-se à violência para a sua prática. Daí deriva mais uma vez a *opacidade* das condutas delituosas, por ser menos perceptível a existência de um conflito, o que, conseguintemente, torna imperceptível a prática da infração e impede a intervenção penal.[84] O delinquente de *white-collar*, diferentemente do *delinquente comum*, não necessita, para a realização do ilícito, de expor-se, bastando abusar de sua posição privilegiada.

Além, outro fator que distingue os *crimes of the powerful* dos crimes comuns pode-se divisar da perspectiva da relação entre a conduta delinquente e a vítima. Ocorre aqui uma difusão das vítimas que, mais uma vez, implica na opacidade da conduta delinquente. De fato, nesta espécie de criminalidade as vítimas desconhecem sua condição: seja porque os crimes cometidos, notoriamente desvaliosos, atingem as vítimas somente de forma reflexa ou bagatelar em relação a cada uma delas, mesmo sendo o resultado inegavelmente ofensivo aos interesses coletivos,[85] seja porque muitos dos agentes justificam sua atitude por serem eles mesmos vítimas das mesmas – ou seja, acaba por haver uma maior tolerância social, à medida que a conduta passa a ser socialmente aceita com a justificativa de que *todos fazem o mesmo*. É o que se passa, por exemplo, nas infrações penais tributárias e ecológicas.[86] De mais a mais, como é notório, é de grande importância a posição da vítima na seleção da criminalidade:

---

83. Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Op. cit., p. 308 e ss.

84. Fala-nos Bajo Fernández da "ausência de afectividad del delito (crime appeal), a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación o el robo (...)" (op. cit., p. 45).

85. É o que aponta Croall, ao demonstrar que o caráter bagatelar que assume o crime de *white-collar* ser apenas aparente, quando se leva em conta a multiplicação dos resultados (CROALL, Hazel. *White-collar crime*. Buckinham: Open University Press, 1992. p. 25 e ss.).

86. Sobre a ausência de vitimização, nos crimes fiscais: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. vol. II, p. 482. Genericamente, veja-se: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 46 e ss.; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 52 e ss.

crimes com vítimas difusas ou *crimes sem vítima* importam em enormes *cifras negras*. Temos, pois, mais um fator que leva à impunidade dos "intocáveis".[87]

Por fim, há que se atentar para a *difusão da responsabilidade* como outro fator que leva à dificuldade de punição. Aqui, o que se descortina é uma característica peculiar a crimes que envolvem organizações.[88] "E as dificuldades de prova da responsabilidade inerentes à divisão das tarefas acrescem se tivermos em conta que, para além da responsabilidade moral nem sempre coincidir com a autoria material, são frequentes os casos em que se alega inexistir uma intenção criminosa, invocando-se antes o descuido, a falta de condições".[89]

4.2 (Des)criminalização, inflação legislativa e técnicas de tutela

Vertidos agora, mais diretamente, para o horizonte jurídico-penal, devemos fazer as conclusões advindas da criminologia tornarem em propostas político-criminais aptas a refletir num modelo jurídico-criminal renovado e capaz de responder satisfatoriamente ao problema da criminalidade de colarinho branco. E isso já no horizonte da criminalização e estruturação típica: ponto privilegiado de críticas, partidas não só dos criminólogos do colarinho branco, como de todo um setor da criminologia crítica.[90]

De mais a mais, já tivemos oportunidade de nos manifestar sobre a absoluta ilegitimidade do recurso a um direito penal expansionista,[91] como forma *simbólica* de responder aos clamores sociais por punição. Esta declarada *corrida para o direito penal* repercute numa crescente edição de microssistemas punitivos de forma casuísta e desapegada aos mandamentos político-criminais que restringem a intervenção penal (nomeadamente o merecimento e a necessidade de pena). Antes, pois, de se questionar sobre a técnica de tutela mais adequada à prevenção dos crimes de colarinho branco, devemos atestar a sua adequação aos princípios político-criminais que restringem a criminalização à proteção subsidiária de bens jurídico-penais. Problema que ganha enorme atualidade conforme se nota que a maior parte dos *crimes of the powerfull*, se

87. Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 44 e ss.

88. Sobre o problema da difusão da responsabilidade penal nos crimes corporativos, desenvolvidamente: ALLER, German. Op. cit., p. 21 e ss. Na literatura anglo-saxônica, ver: CROALL, *White-collar crime* cit., p. 70 e ss. Do mesmo autor, no contexto dos crimes transnacionais: *Transnational white collar crime* cit., p. 229 e ss.

89. Cf. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco...* cit., p. 106.

90. Cf. Idem, ponto 3.1 e ss.

91. Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Op. cit., p. 299 e ss.

confunde com o atual direito penal secundário[92] e, pois, que o debate sobre a sua criminalização imerge em toda a discussão em torno da legitimidade deste ramo do direito. Discussão que tem como pontos privilegiados a *desmaterialização* do conceito de bem jurídico, a criação de crimes de "mera desobediência" e o desrespeito ao princípio da ofensividade, a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, a responsabilidade penal de entes coletivos, o recurso excessivo à normação penal em branco etc.[93]

Devemos, portanto, desde já assumir a necessidade de *descriminalização* de grande parte dos crimes previstos na legislação vigente, nomeadamente aqueles crimes que implicam na "mera desobediência" a atos administrativos ou na simples exposição do bem jurídico a perigo abstrato, na forma de perigo presumido. Por aí, há que se constatar que grande parte dos tipos legais de crime positivados para o combate aos *white-collars* devem ser extirpados da órbita penal, sendo defensável a sua conversão em *ilícitos administrativos*.

Noutros casos, delimitados os bens jurídicos que legitimam a intervenção penal, deve o legislador optar pela técnica de tutela mais acertada ao princípio da ofensividade e ao princípio político-criminal da intervenção mínima.

Deve também o legislador, para além de tudo, ater-se às *especificidades da infração criminal*, de modo a concretizar no tipo elementos atentos às características que fazem, como vimos, dos crimes de colarinho branco crimes dotados de peculiaridades que revelam notórias dificuldades de punição. Trata-se de um ponto extremamente complexo e, entre nós, carecedor de contribuições academicamente comprometidas. De mais a mais, toda esta problemática, em certa medida, coincide com a discussão suscitada à volta da legitimidade da intervenção penal e das técnicas de tutela no âmbito de novos bens jurídicos

92. Contudo, no direito penal secundário, há crimes que não são próprios do criminoso de colarinho branco (assim os crimes de trânsito, contra a saúde pública, a incolumidade pública etc.). O problema aqui é de difícil deslinde, já que, mesmo entre os criminólogos que se dedicam aos crimes de colarinho branco, existe uma grande dificuldade de precisar criteriosamente os crimes "específicos" aptos a inseri-los na categoria do *white-collar*. Assim, a delimitação desta espécie de criminalidade prende-se menos aos crimes específicos e mais à forma de praticá-los, assim como características distintivas que ocorrem no momento da prática delitiva e da relação destes crimes com as instâncias formais de controle (cf. PUNCH, Maurice. *Dirty Business – Exploring Corporate Misconduct*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996. p. 54 e ss.).

93. Questões sobre as quais nos debruçamos em: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Op. cit., p. 308 e ss.

supraindividuais. Discussão que, pensamos, encontra no direito penal ambiental o seu exemplo mais emblemático.[94]

Por outro lado, não seria desarrazoado descortinar a equiparação que vem ocorrendo, nomeadamente em terreno germânico, entre a categoria criminológica dos crimes de colarinho branco e a delinquência econômica (*Wirtschaftkriminalität*). Apesar de discordamos da referida equivalência, por restringir o grupo de condutas praticadas pelos *white-collars* a uma única área de atuação (infrações ofensivas à ordem econômica), encontra-se aqui um exemplo frutuoso da busca por densificar a discussão sobre as técnicas de tutela e a eficácia do direito penal secundário partindo de considerações criminológicas.[95]

4.3 Que direito penal e que modelo sancionatório para os white-collars*?*

Contudo, mesmo que o legislador se ativesse aos rígidos padrões de legitimidade que delimitam a intervenção punitiva do Estado, optando por uma criminalização mais restrita e, a um só tempo, recorresse a técnicas de criminalização atentas ao peculiar *modus operandi* dos agentes, haveríamos de lidar com grandes *cifras negras* a apontar ainda para a *ineficácia do direito penal* e seu caráter *simbólico*.

Noutros termos, teríamos ainda de procurar por uma resposta para a inefetividade do direito penal, quando os agentes criminosos são pessoas de extremo *status* social e político e a seletiva relação dos mesmos com os aparatos formais (institucionais) de controle e punição.[96]

---

94. E se, de um lado, entre os criminólogos do *white-collar* há já um quase consenso sobre serem os crimes ecológicos um exemplo particularmente expressivo da impunidade que caracteriza estas infrações, de outro, entre os penalistas, existe uma bibliografia inabarcável entornada aos problemas de imputação e à procura por técnicas de tutela jurídico-penais legítimas e eficientes.

95. Conforme afirma Bajo Fernández, a expressão *delinquência econômica* vem sendo utilizada em sentido coincidente com a delinquência de colarinho branco: "esta identificación es explicable porque ya el proprio Sutherland dentro de las actividades econômicas, científicas o políticas que podrían dar lugar a la delincuencia de cuello blanco, se preocupo fundamentalmente de las infracciones económicas relegando el resto de las actividades profesionales" (op. cit., p. 23). Analogamente: RACITTI, Annamaria. Op. cit., p. 677 e ss.

96. Nesta linha despontam os estudos voltados para o especial tratamento benevolente por parte da polícia, do ministério público, dos tribunais, que leva à ineficácia preventiva os *crimes os the powerful*. Cf., entre tantos: ASHWORT, Andrew. *Sentencing and criminal justice*. London: Butterwords, 1995. p. 192 e ss.

Ora, para além das propostas, oriundas da criminologia, que objetivam prevenir os crimes de colarinho branco partindo de soluções não institucionais – como, por exemplo, a sugestão de técnicas da *prevenção situacional*[97] que apontam métodos preventivos alternativos, anteriores mesmo à intervenção criminal e, portanto, ao cometimento do crime – devemos ainda perscrutar se pode o direito penal ofertar um modelo de controle que redunde em algum efeito preventivo e que, portanto, ainda dignifique a intervenção jurídica.

Neste empenho, mesmo atentos às limitações do nosso estudo, não podemos abandonar aqui toda a discussão em torno do *papel sancionatório do direito penal* nesta área.

Sabe-se que, desde que os estudiosos atentaram para a criminalidade dos poderosos, houve consequentemente um apelo crescente por mandamentos de criminalização e por um endurecimento das sanções penais. Assim, por um lado, se minimizaria a seletividade que ocorre já no plano da criminalização e, por outro, haveria um maior efeito preventivo.[98] Contudo, se, já o dissemos, a criminalização, por si, não implica necessariamente num maior efeito preventivo, o mesmo pode-se dizer do apelo por um endurecimento das respostas punitivas. Além dos mais, a imposição de sanções criminais severas (nomeadamente penas privativas de liberdade de longa duração) em áreas onde esta

97. A ideia da prevenção situacional surge como um desdobramento da criminologia crítica contemporânea, mais realista tanto em relação aos crimes comuns quanto em relação aos de colarinho branco. Estes autores buscam fugir do determinismo oriundo de setores da criminologia crítica que condicionam a criminalidade à pobreza. Assim, mesmo a disparidade material sendo um irrenunciável fator criminógeno, a opção pelo crime sempre envolve, em maior ou menor medida, uma "escolha moral". Portanto, uma forma de prevenir a criminalidade, seja a comum seja a de colarinho branco, seria a diminuição das oportunidades para a ocorrência de uma "rational choice" voltada para o crime. A utilidade desta técnica de controle entre os *white collars* é indiscutível, porquanto são eles os agentes mais frios e racionais aquando da opção pela *deviance*. Seria, pois, a prevenção situacional a adoção de expedientes não institucionais que devolvam aos potencias infratores os receios morais associados ao crime e, assim, evite a sua prática: medidas preventivas adotadas no próprio seio das corporações; instrumentos tecnológicos repressivos; a chamada polícia privada, a autorregulamentação nos *occupational crimes*, etc. Uma perspectiva geral sobre esta variante do pensamento criminológico encontramos na coletânea "Rational Choice and Situational Crime Prevention – Theoretical Foundations", Dartmounth, 1997.

98. Aclarando os motivos e que levaram Sutherland a uma postura de endurecimento do sistema penal quanto aos "intocáveis", por todos: CROALL, Hazel. *White-collar crime* cit., p. 9 e ss. Veja-se também: REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prision*. Boston: Allyn and Bacon, 1998. p. 50 e ss.

mesma punição ocorre de forma fortemente seletiva, reitera o caráter *simbólico* da resposta Estatal – punindo com severidade os *bodes expiatótios* caídos aleatoriamente nas malhas aparato punitivo, o Estado satisfaz simbolicamente o clamor social por punição.[99]

Propondo-nos enfrentar o problema da ineficácia preventiva do direito penal no âmbito da criminalidade de colarinho branco, e a ante ao que ficou dito sobre o endurecimento das respostas punitivas, cremos que uma proposta coerente no âmbito sancionatório só será avistada pela perspectiva da sempre atual discussão sobre a função e legitimidade político-criminal das penas criminais.[100] Por sermos declaradamente contrários aos que se socorrem das teorias absolutas ou retributivas – segundo as quais ao direito penal só caberia a função retribuir o mal crime com o mal da pena e, consequentemente, à pena a função de expiação e castigo[101] – nossas preocupações se voltam às chamadas teorias da prevenção, nomeadamente as da prevenção geral positiva ou de integração e as da prevenção especial positiva.

Para a teoria da prevenção geral positiva, a intervenção do Estado por meio da imposição de penas criminais só é legítima quando visa à proteção *necessária* de bens jurídico-penais. Assim, cumpre à pena criminal a "manutenção da vigência da norma violada; sendo por isso uma razoável forma de expressão afirmar como finalidade primária da pena o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime".[102] Por ser esta a função *primordial* da pena criminal, sempre que se constatar que com a sanção penal não se atinge nenhum efeito preventivo, ou seja, não promove a "estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada",[103] deve-se optar por

99. Cf. HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano em um derecho pena eficaz. *Estudios Penales e Criminologicos*. vol. XV. p. 183 e ss. Santiago da Compostela: USC, 1992. Do mesmo autor: Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona, 1991. passim. Também: ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit.

100. Sobre o assunto, com profundidade e acuidade, o trabalho de: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

101. Para um apanhado geral sobre o problema dos fins das penas nas suas vertentes mais tradicionais, reafirmando a falência do ideário retribucionista veja-se: ROXIN, Claus. Lisboa: Veja, 1998. p. 53 e ss.

102. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 76.

103. Contudo, a expressão, furtada de *Jakobs*, não corresponde à compreensão do autor sobre a função preventiva da pena, já que este se aproxima, guardadas as devidas

outros instrumentos menos atentatórios à liberdade e mais eficientes que os jurídico-penais. Por sua vez, sendo a prevenção geral positiva ou de integração a função *primordial* e a tarefa essencial atribuída à pena criminal, é legítimo e louvável que a esta função primária acresça uma outra, voltada não para a comunidade mas para a *pessoa do delinquente*. Portanto, sempre dentro da *moldura de prevenção* oferecida pela prevenção geral positiva, deve-se recorrer a instrumentos sancionatórios aptos a surtir efeitos socializadores naquele a quem se impõe a pena.[104] Significa, pois, a prevenção especial positiva, a missão atribuída à pena de afastar o máximo possível, o apenado, de um novo comportamento criminal. E uma tal missão só não é determinante nos casos em que o indivíduo se revelar *carente de socialização*.[105]

Ocorre que, no âmbito da criminalidade de colarinho branco, a referida *carência de socialização* é um dos vetores de convergência para a descrença acerca dos modelos tradicionais de controle[106] e a opção por um retorno às teorias absolutas. Com efeito, fora o cepticismo quanto ao ideal ressocializador que levou grande parte dos autores à retomada do modelo retribucionista, nos moldes do *just deserts* norte americano. A partir da crise do *ideal ressocializador* que ocorreu em relação à criminalidade comum e, posteriormente, à de *white-collar*, são retomadas aquelas posturas conservadoras que vislumbravam como única função da pena criminal a imposição de um castigo pela culpa manifesta, garantidos ao apenado somente os seus direitos fundamentais. Não só a determinação da sanção efetiva, mas, sobretudo, a sua fixação concreta ficavam alheias às diretrizes da socialização e, além, da prevenção geral positiva.

---

particularidades, das teorias retributivas (cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 43 e ss.).

104. "Dentro, pois, da moldura ou dos limites consentidos pela prela prevenção geral positiva ou de integração – entre o ponto ótimo e o ponto ainda comunitariamente suportável de medida da tutela dos bens jurídicos (ou da 'defesa do ordenamento jurídico') – devem atuar, em toda e medida possível, pontos de vista de *prevenção especial*, sendo de resto eles que vão assim *determinar, em última instância, a medida da pena*. Isto significa que releva neste contexto qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realiza: seja a afirmação positiva de socialização, seja qualquer uma das funções *negativas* subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização" (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*... cit., p. 133).

105. Sobre o argumento de que há delinquentes socializados ou absolutamente dessocializados e que, portanto, à pena criminal não dever ser acrescidas quaisquer medidas de prevenção especial, veja-se: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 144 e ss.

106. Em sentido contrário: DIAS, Jorge de Figueiredo *Questões fundamentais*... cit., p. 133 e ss.

Mas a retomada do modelo retribucionista, como já adiantamos, não deve ser vista como a alternativa mais coerente para o sancionamento dos criminosos de colarinho branco. Este modelo, por um lado, mantém absolutamente intacta toda a seletividade que é característica marcante dos crimes desta sorte. A ideia de que a "justa punição" seria a única opção ante a falência do ideário ressocializador e da prevenção geral é falaciosa exatamente porque mantém intacto todo o aparato desigualitário que culmina numa crescente impunidade. Assim, a afirmação dos *just deserts* como modelo de controle não passa de um retorno a um direito penal seletivo e simbólico. Por outro lado, parece-nos obvio que, como acertadamente esclarece Cruz Santos, "a adopção de um modelo de cooperação por parte das instâncias formais de controlo é mais útil que um modelo adversarial. Este, diz-se, leva à criação de uma 'cultura da resistência', com os potenciais *white-collars* a partilharem entre si as estratégias de burla dos aplicadores da lei".[107] Para além do mais, a manutenção de um sistema de controle que obedece todo um procedimento persecutório rico em garantias, dada a sua morosidade e o acesso dos acusados a defensores conhecedores de todas os expedientes dilatórios, dificulta ainda mais a prevenção efetiva. Some-se a tudo isso os fatores atrelados às especificidades dos crimes praticados já descortinadas que levam a manifestas dificuldade de prova[108] e, consequentemente, à inefetividade da punição.

Mas qual seria então, do ponto de vista sancionatório, o modelo preventivo mais eficiente e, ao mesmo tempo, congruente com os postulados político-criminais de um direito penal mínimo? Reiteramos que a resposta será bem avistada se lograrmos dimensionar o problema com a moderna doutrina dos fins da pena criminal. Na condição de assumidos defensores das teorias da prevenção geral e especial positivas, devemos, pois, compatibilizá-las com as específicas exigências advindas da criminalidade de colarinho branco.

Neste empenho, pensamos que depois de definidas as violações que de fato devem ser criminalizadas – atentando-se assim para a necessária legitimidade da criminalização e a acertada técnica de tutela por conta das especificidades da infração de *white-collar* –, ou seja, as infrações de fato *merecedoras de pena*, deve-se levar em consideração, dentro do elenco de sanções que dispõe o direito penal, quais seriam as espécies de pena que mais surtiriam efeito preventivo e qual a sua determinação.

---

107. CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. O crime do colarinho branco, a (des)igualdade... cit., p. 208.

108. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 48 e ss.

E por esta via há que se discordar, desde já, de um certo setor da literatura especializada que demonstra serem os autores desta espécie de crime *carecedores de socialização*, à medida que, por serem pessoas de elevado *status* social e econômico, estão extremamente vinculadas ao núcleo de valores fundamentais que o direito penal busca tutelar.[109] Devem, pois, ser contrariados os que afirmam ser inócua *in casu* qualquer tentativa de prevenção especial, nomeadamente na sua vertente *negativa*. As sanções criminais podem e devem, depois de impostas, refletir em efeitos preventivos especiais quanto aclaradas as particularidades dos autores, a ponto de, uma vez impostas, inviabilizarem uma eventual reincidência.

Devemos, por outro lado, negar sentido às afirmações de que a criminalização e o efetivo sancionamento dos *white-collar crimes* é ineficaz do ponto de vista preventivo geral positivo, seja porque a grande maioria destes crimes é eticamente neutro, ou mesmo, para além disso, por ser a criminalização vista como algo negativo entre os seus destinatários. Característica da criminalidade de colarinho branco é, "com efeito, a de que os destinatários das normas tendem a não se sentir como *beneficiários* da incriminação (mas antes como *perseguidos* por ela) e, consequentemente, também não como *vítimas*. Tendem, portanto, a desinteressar-se da *punição* e da sua *eficácia*. Ou, por outras palavras, não reclamam punição".[110] Mesmo sendo assim, sempre que entender o legislador dever incriminar violações aceitas socialmente, deve assim proceder desde que a criminalização seja legítima. Noutros termos, cabe ao direito penal não somente a criminalização de condutas já consagradas na consciência coletiva como violadoras de interesses fundamentais, mas também uma *função propulsora* ou promocional[111] de outros interesses tão ou mais valiosos, mas ainda não sedimentados socialmente. E, entre tais interesses, tutelados contempora-

---

109. Para o mesmo sentido convergem as reflexões de: DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*. Coimbra: CEJ, 1985, *in fine*.

110. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso...* cit., p. 482. No mesmo sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 44 e ss.

111. Função esta que não deve ser confundida com a criticada instrumentalização do direito penal, que o tornaria num instrumento já não mais de *ultima* porém de *prima ratio*, e, enquanto tal, influenciável política e ideológicamente. Para este perigo de desvirtuamento da função do direito penal atentam, entre outros: CATENACCI, Mauro. *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatória"*. Milano: Cedam, 1996. p. 95 e ss.; e BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal* 29/11.

neamente muitas vezes de forma ilegítima e casuísta por uma série de micros-sistemas punitivos, estão os violados pelos *white-collars*. Nestes casos, legítima a incriminação porque atenta aos mandamentos político-criminais restritivos da atuação punitiva do Estado, a função de prevenção geral positiva mantêm-se da mesma forma, somente distinguindo-se porque aqui o direito penal não confirma uma expectativa social preexistente. "As normas em questão – as *novas* normas penais – e a sua respectiva punição terão, neste caso, uma função particular de tornar visível para os seus destinatários (o conhecimento d) as vantagens que a observância da norma conleva e, ao mesmo tempo, os *reais quocientes de vitimização* produzidos pelos comportamentos proibidos".[112]

Ademais, esta tarefa de promoção de novos valores a serem respeitados será tão mais frutuosa quanto mais eficiente for a atuação do direito penal, minimizando a seletividade institucional e as consequentes *cifras negras*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, e finalmente, é tarefa do direito penal no combate aos *white-collar crimes* a tutela de determinados bens jurídicos de forma fragmentária e subsidiária. Do ponto de vista sancionatório, não se desacredita ainda no recurso à pena de prisão de média duração como sanção principal, nomeadamente naqueles crimes graves, onde a vida ou a integridade física das pessoas ao menos são expostas a perigo. O mesmo se podendo dizer para a privação de liberdade de curta duração nos crimes de médio potencial ofensivo.[113]

Contudo, são as sanções alternativas à privação de liberdade o recurso mais eficiente. Em determinados casos, como nos *corporate crimes*, as penas de prestação de serviços, somadas às pecuniárias, são as que podem surtir um maior efeito preventivo: assim, nos crimes contra as relações de consumo, a oferta de mercadorias aos potenciais consumidores prejudicados; nos crimes ecológicos, o efetivo desenvolvimento de programas de recuperação ambiental; a distribuição de remédios gratuitos pela indústria farmacêutica, nos crimes de fraude etc.[114] Com isso, se tornam públicos os efeitos ofensivos dos crimes organizacionais, minimizando por decorrência a *difusão da vitimização*. Por

112. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso...* cit., p. 482.

113. Sobre a ofensividade dos crimes de colarinho branco, nomeadamente no âmbito do direito penal econômico, descortinando a gravidade dos crimes a partir dos bens jurídicos ofendidos: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 25 e ss.

114. CROALL, Hazel. *White-collar crime...* cit., p. 159-160.

outro lado, as próprias organizações imersas em sanções desta ordem ganham a oportunidade de ter a imagem retomada aos olhos da opinião pública.

Mas são as penas pecuniárias a espécie sancionatória mais eficiente para crimes desta espécie, mormente os *occupacional crimes*. Na literatura criminológica especializada, há uma plêiade de estudos a demonstrar que a opção pela conduta desviante é tomada de forma extremamente racional,[115] ponderando o agente sobre a vantagem do crime a partir do *quantum* de punição, nos moldes de um juízo de custo/benefício.[116] Ora, se sempre, ou quase sempre, é o enriquecimento ilícito que motiva o criminoso de *white-collar*, a imposição de limites máximos (e elevados) para as sanções pecuniárias funciona como um notável elemento dissuasor.

Em suma, tal como ocorre em relação à criminalidade comum, a pena de prisão, mesmo sendo legítima para grande parte da criminalidade de colarinho branco, só será aplicada quando indispensável à luz de considerações preventivas gerais. Em contrapartida, não contrariando a reafirmação (ou, *in casu*, a promoção) das expectativas comunitárias, será sempre oportuna a sua substituição por sanções não detentivas, sobretudo as sanções pecuniárias e as prestações de serviços, enquanto formas específicas de reafirmar o ideal preventivo especial, mesmo que numa vertente mais *negativa* do que positiva. Inoportuna a substituição, sempre será defensável a aplicação cumulativa.

Ao que foi dito devemos acrescer que em variados setores do direito penal secundário em que se exige um flexibilização das regras tradicionais de imputação, *locus* privilegiado de atuação dos *white-collars* (v.g. o direito penal ambiental ou o econômico), tem-se defendido que um redimensionamento dogmático só seria legítimo a partir de uma "configuração dualista"[117] que cominasse para estes crimes penas não privativas de liberdade. Só assim se legitimaria um atenuar das cerradas regras de imputação do direito penal clássico, indispensável à tutela efetiva de crimes desta sorte.

De resto, mesmo diante de todo o nosso esforço por redimensionar o papel do direito penal na prevenção dos crimes de colarinho branco, minimizando

---

115. Cf., entre outros, OPP et al. Limited rationality and crime. *Racional Choice and Situational Crime Prevention*. Dartmounth: Theoretical Foundations, 1997. p. 48 e ss.

116. "In tale ottica, analizzando le modalità di attuazzione dei *white collar crimes* è típico rintranciare nei comportamenti criminali la realizzazione di um complesso di azioni antecipatamente programmate e finalisticamente orientate al raggiungimento dello scopo criminale in termine stretamente economici". RACITTI, Annamaria. Op. cit., p. 693 e ss.

117. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 125 e ss.

a sua intervenção e conferindo à mesma um maior relevo preventivo, deverá o legislador atentar sempre para o aprisionamento que reflete a norma penal diante de contextos mutáveis e procedimentos complexos que notabilizam os crimes de *white-collar*.[118] Aprisionamento que é manifestação do caráter seletivo do direito penal já no horizonte da criminalização e que aponta para um novo modelo institucional de controle – para além dos modelos não institucionais que vem progressivamente sendo adotados[119] –, mais flexível, mais célere, mais eficiente: o direito administrativo sancionador ou direito de mera ordenação social.[120]

Como bem esclarece Baratta, é preciso instaurar uma política de intervenção mínima coerente, a partir de programas alternativos de controle social, nos quais a intervenção penal não se dê somente para a punição daqueles menos favorecidos socialmente.[121] Assim, por óbvio, um direito penal mínimo deve ocupar-se também do sancionamento da criminalidade praticada por agentes influentes e acobertados por um favorecimento que, em última medida, se explica por um contexto de desigualdade e conflito. Contudo, não é tarefa do direito penal servir como instrumento revolucionário, *prima ratio* de um programa político de supressão de desigualdades. Cumpre ao direito penal a tutela subsidiária de bens jurídico-penais, devendo o legislador reservar o recurso às sanções jurídico-criminais somente para aqueles comportamentos insuportáveis socialmente, relegando para outros ramos do direito, menos ofensivos e mais eficazes, a resolução dos demais conflitos.[122]

---

118. Aprisionamento para o qual, em relação à criminalidade organizada, nos alerta: SILVA FRANCO, Alberto. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*. vol. 21. São Paulo: IBCCrim, 1994.

119. Pensemos nas alternativas que tem sido apresentadas, como a "criminal compliance" e a *prevenção situacional* cf. supra, nota 97.

120. O direito administrativo sancionador, nas palavras de Cruz Santos, "para além de ser um direito sancionatório, logo repressivo, desempenha também uma importante tarefa preventiva (...): as suas especificidades processuais, a inversão do conteúdo de alguns princípios fundamentais e as características muito próprias do critério de determinação da coima e do conjunto de sanções acessórias confirmam-no. A não criminalização ou a descriminalização não significarão, pois, necessariamente permissividade" (CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade... cit., p. 216-217).

121. Cf. BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale mínimo. *Il diritto penale mínimo*. Napoli: ESI, 1985. p. 447.

122. Sintetizando, entre os autores anglo-saxônicos, as várias propostas político-criminais por modelos de prevenção da criminalidade de colarinho branco: FERNÁNDEZ, José Núñes. Op. cit., p. 321 e ss.

De mais a mais, se, como se demonstrou, o papel do direito penal em relação à tutela dos *white-collar crimes* é (deve ser) modesto, devemos avançar na busca por modelos distintos de prevenção (institucionais ou não).[123] E neste empenho temos a firme convicção de que respostas frutuosas só serão avistadas se entre os universos jurídico, criminológico e político-criminal houver uma autêntica relação dialógica e de interferência recíproca.

6. BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista. La insustenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ALLER, German. White collar crime. Edwin H. Sutherland y "El delito de cuello blanco". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 6. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, fev. 2005.

ASHWORT, Andrew. *Sentencing and criminal justice*. London: Butterwords, 1995.

AYRES; BRAITHWAIT. *Responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In: ALFARO, Reyna; MIGUEL, Luis (coords.). *Nuovas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal (introdução à sociologia do direito penal)*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. *Revista de Direito Penal*. vol. 31. Rio de Janeiro: Borsoi, 1981.

_____. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*. n. 29. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1985.

_____. Principi del diritto penale mínimo. *Il diritto penale minimo*. Napoli: ESI, 1985.

BERNARD. The distinction between conflict and radical criminology. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 72. Northwestern: Northwestern University Press, 1981.

123. Nesse caminho, parece-nos de extrema pertinência a ideia da "responsive regulation" avançada por Ayres e Braithwaite. De acordo com esta construção teórica, a solução para o problema da criminalidade de *white-collar* deve partir do chamamento de uma pluralidade de regimes normativos que mesclam a mera advertência com a sanção criminal. Exemplificativamente, ou autores usam a figura de uma pirâmide: na base estariam medidas preventivas de caráter persuasivo e, conforme se ascende, as reprimendas são progressivamente mais severas, até que se chegue ao topo, com o direito criminal e as penas privativas de liberdade (AYRES; BRAITHWAIT. *Responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 5 e ss.).

BOLLONE, Luisa Balma. White collar crimes: sutherland è ancora attuale? *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. vol. 9. n. 1. Padova: Cedam, 1996.

BRAITHWAITE, John. White-collar crime. *Annual Review of Sociology*. n. 11. New York: Annual Reviews, 1985.

CATENACCI, Mauro. *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatória"*. Milano: Cedam, 1996.

CLINARD; Quinney. *Dirty business – Exploring Corporate Missconduct*. London/ Thousand Oaks: Sage Publications, 1996.

COLEMAN, James. *The criminal elite*. 4. ed. New York: St. Martins Press, 1998.

COSTA ANDRADE, Manuel. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

CROALL, Hazel. Transnational white collar crime. In: SHEPTYCKI; James; WARDAK, Ali (eds.). *Transnational and comparative criminology*. London: Glasshouse Press, 2006.

_____. *White-collar crime*. Buckinham: Open University Press, 1992.

CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. In: SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

CULLEN, Francis T. *Rethinking crime and deviance theory – The emergence of a structuring tradition*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1954.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal (escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*. Coimbra: CEJ, 1985.

_____. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I.

_____. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados,1983.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FERNÁNDEZ, José Núñes. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. *Cuadernos de Política Criminal*. n. 71. Madrid: Comunidad de Madrid, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. p. 298. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FILHO, Oscar Mellim. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. São Paulo: IBCCrim, 2010.

GARFINKEL. Conditions of successful degradation ceremonies. *American Journal of Sociology*. n. 61. Chicago: Chicago University Press, 1956.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona: Bosch, 1991.

_____. El destino de los derechos del ciudadano em um derecho pena eficaz. *Estudios Penales e Criminologicos*. vol. XV. Santiago da Compostela: USC, 1992.

HIRSCHI, Travis; GOTTEFREDSON, Michael. Causes of white-collar crime. *Criminology*. vol. 25. n. 4. 1987.

HUNGRIA, Nélson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

KAISER, Jünter. La funcion de la criminología com respecto a la política legislativa penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 1. Madrid: Uned, 1991

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. vol. II.

MARTÍNEZ, Juan C. Vasco. Sutherland y la "criminalidad de cuellos blancos". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 12. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

NOSENZO, Alberto. *Cooruzione e sistemi instuticionali: uma ricerca comparata. Ressegna italiana di criminologia*. Milano: Giuffrè, 1999.

OPP et al. Limited rationality and crime. *Racional Choice and Situational Crime Prevention*. Dartmounth: Theoretical Foundations, 1997.

PEARSON; WEINER. Toward an integration of criminological theories. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 76. Chicago: Northwestern University Press.

PUNCH, Maurice. *Dirty Business – Exploring Corporate Missconduct*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996.

RACITTI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di sutherland alle più recenti formulacione teoretiche. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. vol. 18. n. 3. Padova: Dell'Economia, 2005.

REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prision*. Boston: Allyn and Bacon, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. vol. II.

_____. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

_____. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e Miguel Diaz. Madrid: Civitas, 2000. t. I.

_____. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1972.

_____. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Veja, 1998.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 848. p. 416. São Paulo: Ed. RT, jun. 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*. vol. 21. São Paulo: IBCCrim, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime. The uncut version*. New Haven: Yale Univessity Press, 1983.

_____. Is "white-collar crime" crime? *American Sociological Review*. vol. 10. p. 132-139. Thousand Oaks: Sage Publications, 1945.

TAPPAN, Paul R. Who is the criminal? *American Sociological Review*. n. 12. Thousand Oaks: Sage, 1947.

TARDE, Gabriel. *The laws of imitation*. New York: Henry Holt and Co., 1903.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

YOUNG, Jock. El fracasso de la criminologia. La necessidad de um realismo radical. *Criminologia Critica y Control Social*. n. 1. Barcelona: Juris.

_____. *Incessant chatter: recent paradigms in criminology*. Oxford: The Oxford Handbook of Criminology/Clarendon Press, 1994.

_____. *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardia*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Nova hermenêutica para os crimes de colarinho-branco – Crimes contra ordem tributária, econômica e financeira, de Artur César de Souza – *RTrib* 96/319;
- O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade, de Luciana Rodrigues Krempel – *RBCCrim* 54/93;
- O crime do colarinho branco, numa perspectiva criminológica, de Leonardo Massud – *RT* 833/437; e
- Questões práticas sobre os crimes do colarinho branco, de Diógenes Cervo – *RT* 807/501.

57727

O DELITO DE *INSIDER TRADING*: ASPECTOS GERAIS E ESTUDO COMPARATIVO DAS LEGISLAÇÕES ESPANHOLA E BRASILEIRA

3

MILENA GORDON BAKER

Mestre em Direito Internacional pela University of Miami. Mestranda em Direito Penal na PUC-SP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Comercial/Empresarial

RESUMO: O crime de *insider trading*, previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, que foi introduzido pela Lei 10.303/2001, insere-se em crimes que integram o denominado direito penal econômico. Exemplos de criações especificas do direito penal econômico que geram controvérsia na doutrina nacional e estrangeira são: o conceito de bem jurídico e o emprego excessivo de tipos de crime de perigo abstrato. Existem, na atualidade, posições liberais em relação ao *insider trading*, que defendem a sua descriminalização, pois outros ramos do direito podem atuar de forma mais efetiva em sua inibição. O artigo analisa e compara a estrutura do tipo de *insider trading* no Brasil e na Espanha.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Crime de perigo abstrato - Crime de perigo concreto - *Insider trading*.

ABSTRACT: Insider trading is a crime under art. 27-D, Law 6.385/1976, introduced by Law 10.303/2001, which is classified under economic criminal law. Some examples of specific aspects of economic criminal law which generate controversy in the domestic and international doctrine scenario are: the concept of legal interest and the excessive use of crime types of abstract danger. Currently, there are liberal views regarding insider trading which defend its decriminalization because other areas of law could be more effective on its prevention. This article brings an analysis and comparison between the structures of insider trading in Brazil and Spain.

KEYWORDS: Criminal law - Abstract danger crime - Concrete danger crime - Insider trading.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bem jurídico tutelado por norma incriminadora de *insider trading* – 3. Notas sobre crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto relevantes para o delito de *insider trading* – 4. A regulamentação do *insider trading* no direito espanhol – 5. A regulamentação do *insider trading* no direito brasileiro – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O *insider trading*, também conhecido como uso indevido de informação privilegiada, consiste em utilização de informações relevantes sobre valores mobiliários, antes que tais informações sejam de conhecimento público.

Há discussão sobre a criminalização do *insider*. Alguns estudiosos do direito e da economia opinam pela sua descriminalização, mostrando seu caráter positivo. Porém, a maioria dos países na atualidade insere-o como delito.

A legislação brasileira prevê o crime, no art. 27-D da Lei 10.303/2001, que acrescentou o Capítulo VII à Lei 6.385/1976 (Lei do Mercado de Valores Mobiliários).

Referido delito integra o denominado direito penal econômico, que vem recebendo cada vez mais atenção nos últimos anos, especialmente em face de propalados escândalos financeiros.

Os crimes contra a ordem econômica são, em sua essência, de difícil investigação. Possuem uma extrema complexidade devido ao desenvolvimento mundial que ocorre em todos os setores, principalmente, os da tecnologia e da economia.

Em consequência do fracasso estatal na proteção e mantença da ordem econômica, o direito penal econômico criou suas próprias regras para a intervenção estatal, distanciando-se do direito penal clássico.

A criação de novos paradigmas na estrutura do direito penal para a criação do direito penal econômico tornou-se alvo de críticas por parte de vários juristas, tanto nacionais, quanto internacionais.

Muitos doutrinadores questionam a possibilidade de uma intervenção penal na área econômica.

A mudança na estrutura do delito e a ampliação do conceito de bem jurídico são exemplos de dificuldades encontradas pelos juristas para a legitimação do direito penal econômico.

Em relação à estrutura do delito, encontra-se a incidência, cada vez maior, do delito de perigo abstrato nos crimes financeiros. Já no campo da ampliação do bem jurídico, nota-se a ênfase na tutela do bem jurídico supraindividual.

Tanto a proteção de bem jurídico supraindividual, quanto os delitos de perigo abstrato são questionados pela doutrina, no que se refere a sua legitimação, pois os dois seriam, em sua análise, elementos de mera política criminal. Para as Escolas de doutrinadores contrárias à aplicação desses institutos, estes ferem princípios basilares do direito penal. Alega-se que não são observados princípios basilares de direito penal como da ofensividade e da intervenção mínima.

O crime de *insider* como delito contra o mercado financeiro, mais especificamente contra o mercado de capitais, encontra partidários da sua descriminalização.

Muitos juristas argumentam que no caso de *insider* haveria bem jurídico a ser protegido. Outras questões se colocam: se o delito deve ser de perigo abstrato ou de perigo concreto; e qual é o sujeito ativo do delito.

2. BEM JURÍDICO TUTELADO POR NORMA INCRIMINADORA DE *INSIDER TRADING*

O direito penal econômico, conforme exposição de Klaus Tiedemann, caracteriza-se pela ampliação de novos bens jurídicos, e adota como paradigma em seu desenvolvimento a proteção de bens jurídicos supraindividuais.[1] Embora a palavra supraindividual não conste de vocabulário oficial, é utilizada em doutrina.

A ideia da proteção aos bens jurídicos supraindividuais baseia-se no fato de que o direito penal não pode tutelar apenas ataques a bens jurídicos individuais.[2] É necessária, também, a proteção de bens de toda a coletividade.

Na leitura de Martínez-Buján Perez, no âmbito econômico, existem bens jurídicos de natureza coletiva, os quais refletem interesses de todos, e devem ser tutelados pelo direito penal. Porém, o autor acrescenta que este ramo do Direito deveria intervir apenas nas lesões mais intoleráveis.[3]

---

1. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal econômico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009. p. 45.
2. Cf. PEREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 89.
3. Sugere, também, a solução de inserir a lesão mais grave no direito penal, em legislação extravagante, que deve ser interpretada sob os mesmos princípios do direito penal clássico, com as mesmas garantias e regras de imputação que o informam do direito penal clássico (cf. PEREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. cit., p. 88).

A construção do bem jurídico supraindividual traz em seu bojo um conceito espiritualizado. Sua lesividade encontra destaque em um plano ideal de vigência dos valores e das normas, das quais se extrai a aceitação da lesão ao bem jurídico, não como realização fática, mas como um valor abstrato ou ideal espiritualizado, conforme sua denominação.[4]

A noção de bem jurídico espiritualizado é criticada devido à difícil percepção com relação ao potencial dano ao bem jurídico, o que resultaria em um impasse para aplicação da lei penal.

A Escola de Frankfurt[5] se insurge contra a inclusão de proteção penal a ataques a bens jurídicos supraindividuais, pois, desta forma, o direito penal estaria se convertendo exclusivamente em um direito penal funcionalista, orientado com vistas à defesa de uma sociedade mais eficaz, frente aos riscos derivados das disfunções de um moderno sistema social.

E o problema recai, novamente, na questão de sacrifício das garantias essenciais do direito penal. Para essa escola, o bem jurídico é individualista: os bens supraindividuais são apenas instrumentais a serviço do indivíduo, segundo os seus seguidores.

Há hoje estudos e trabalhos que apontam para a supressão do conceito de bem jurídico, seja por sua inutilidade, seja por sua incompatibilidade com um contexto de riscos em que a norma penal não deve ser limitada à tutela de valores humanos específicos, mas deve se livrar destas amarras para proteger instituições sociais ou unidades funcionais de valor.[6]

Ademais, lembra Luis Greco que bens jurídicos individuais e coletivos são legítimos e admissíveis pela teoria da concepção dualista dos bens jurídicos. Já na concepção da teoria monista-pessoal do bem jurídico, conforme por ele

---

4. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 151.

5. Cf. Carlos Martínez-Buján: "En este contexto cobra especial relieve La contribución doctrinal vinculada en su nacimiento a lo que se conoce ya como la 'Escuela de Frankfurt', que ha criticado severamente la decisión de que el Derecho penal extienda su objeto más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos y que acabe convirtiéndose en um Derecho penal puramente funcionalista, orientado exclusivamente a la finalidad de lograr uma defensa de la sociedad lo más eficaz posible frente a los riesgos derivados de las difunciones del moderno sistema social" (PEREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. cit., p. 74-75).

6. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 97.

exposto, os bens da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que relacionados a indivíduos concretos.[7]

A conceituação do bem jurídico gera problemas e questões. Alguns autores encontram em sua estruturação a ausência de conteúdo "liberalizante" e o enxergam como instrumento de incentivo à expansão do Direito penal. Esses mesmos autores questionam se o bem jurídico coletivo não seria uma mera retificação de um *bem jurídico individual*.[8]

Ainda segundo a valiosa lição de Luís Greco, os bens jurídicos devem ser sempre analisados sob a ótica da política criminal.[9]

Das lições expostas, pode-se afirmar a possibilidade de tutela penal de bens jurídicos supraindividuais. Porém, a fundamentação de um bem jurídico no tipo penal permanece um desafio para a política criminal. Exemplo de proteção de bens jurídicos supraindividuais é a tutela penal do *insider trading*.

Estabilidade, eficiência, confiança do mercado de capitais e, por fim, igualdade dos investidores são os bens jurídicos protegidos no tipo penal do *insider trading*. Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques ensinam que o mercado somente se torna eficiente se os preços das ações refletirem todas as informações sobre as companhias e seus títulos negociados.[10]

Em outras palavras, como informa Áureo Natal de Paula, o bem jurídico seria o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, que não pode ser confrontado na fé pública que merece.[11]

A repressão ao *insider trading*, para a maioria da doutrina, faz-se necessária, porque garante um mínimo de confiabilidade ao mercado acionário, possibilitando, dessa forma, o seu desenvolvimento. Ademais, assegura a atração de investidores que dele se afastariam, caso soubessem dos riscos de prejuízo.[12]

---

7. A coletividade por si só não é objeto do direito penal. Principio da ofensividade (GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/103).

8. Cf. GRECO, Luís. Op. cit., p. 96-97 e 105.

9. Cf. Idem, p. 93.

10. Cf. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 539.

11. Cf. PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais. Comentários à Lei 7.492/86 e aos artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

12. Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider trading: *regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 45. A propósito do prejuízo causado pelo *insider trading*, Michael Manove observa que: "insider traders

A verdade é que o fundamento material da incriminação da informação privilegiada caracteriza-se por seu caráter controverso. Existem hoje, na Europa e nos Estados Unidos, bem como no Brasil, posições desfavoráveis à sua incriminação.[13]

---

and other speculation with private information are able to appropriate some part of the returns to corporate investments made at the expense of other shareholders. As a result, insider trading tends to discourage corporate investment and reduce efficiency of corporate behavior". Tradução livre do autor: "os que praticam *insider trading* e outras especulações sobre informações privadas estão aptos a se apropriar de parte dos retornos de investimento corporativos que seriam direcionados aos acionistas de determinada empresa. Um resultado é que o *insider trading* tende a desencorajar investimentos corporativos e reduzir a eficiência do comportamento corporativo" (The harm from insider trading and informed speculation. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 104. n. 4. p. 823-845. Oxford: Oxford University Press, nov. 1989. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2937869?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 28.10.2011. p. 823. Também a respeito de prejuízo gerado por *insider trading*, Joeg Hartmann ressalta que: "regulators also argue that insider trading leads to a conflict of interests between a firm and its management. They believe that *insider trading* may harm the firm since it motivates insider managers differently than profit-maximizing managers. An inside manager may not work in the firm's best interest". Tradução livre do autor: "os que acreditam na regulamentação e criminalização do *insider trading* argumentam na existência de um conflito de interesses entre firma e administração. Os mesmos acreditam que o *insider trading* pode prejudicar a firma já que motiva o administrador de forma diferente, sem pensar no lucro da companhia. Um administrador que pratica o ilícito, pode não atuar de acordo com o melhor interesse da firma" (*Insider trading: an economic and legal problem: how would o'hagan come out under the New German securities trading act?* p. 6. Disponível em: [www.gonzagajil.org/pdf/volume1/Hartmann/Hartmann.pdf.] Acesso em: 06.11.2011.

13. Jacobo López Barja de Quiroga salienta que: "En contra de la prohibición del *insider trading* se aduce básicamente:
– Por uma parte, que el *insider trading* funciona como medio de revelación de información de interés para el mercado, de manera que si se permite el uso de la información los precios deberán ajustarse rápidamente a su valor real en función de la información que se posee.
– Por otra parte, se añade que la existencia del *insider trading* operando en el mercado puede incrementar los beneficios de los accionistas al conseguir que los precios de mercado sean los reales.
– También se arguye que las ganancias obtenidas por el *insider* proceden de su trabajo y de su agudeza en la interpretación del mercado.
– Y, por último, suele indicarse que no debe prohibirse, pues, su conducta no produce la existencia de perjudiciados: nadie resulta perjucidicado porque en el mercado operen los insider tradings" (El insider trading. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. t. XLVI, fasc. I, p. 1033. Madrid: Centro de Publicaciones, ene.-abr. 1994).

A propósito, no ordenamento brasileiro, normas societárias específicas, aplicáveis a sociedades anônimas, consagram o *dever de informar* (art. 157 da Lei 6.404/1976 ou Lei das Sociedades por Ações), e vedam a utilização de informação relevante, ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha acesso, com a finalidade de auferir lucro (art. 155 da Lei 6.404/1976).

Além da legislação societária, existem normas da CVM e instruções normativas que proíbem o *insider trading*.[14]

É oportuno se referir, pela repercussão com o bem jurídico em tela, ao princípio da transparência vigente no direito norte-americano, conhecido por *full disclosure* e implementado pela legislação societária pátria, que pretende assegurar a *simetria das informações* entre todos os investidores.

Também avaliando a necessidade de criminalização do *insider trading*, Jose Luis Gonzales Cussac enfatiza que: "no obstante, antes de finalizar este apartado, han de tenerse presentes las consideraciones efectuadas por varios autores como Hopt y Will, Forstmoser o Bartulli, en el sentido de que no hay que olvidar que el mundo de la Bolsa es oscuro de por sí y una intervención irreflexiva del Derecho penal podría suponer una moralización innecesaria y defortunada. Esta ha de limitarse en todo caso a proteger al inversor perjudicado y al buen funcionamiento del mercado de capitales como interés colectivo. Por ello no és del todo extraño que autores como Manne o Dooley hayan tachado toda prohibición del *insider* como una posición ética, defendiendo su utilidad para el sistema económico con toda suerte de argumentos, como la inexistencia de perjudicados reales, o porque ayuda a la adecuación de un título a su valor efectivo, o porque supone un incentivo legítimo para los consejeros y administradores de las sociedades. Pero, como hemos visto, semejantes razonamientos son descartados por la doctrina dominante y criticados por favorecer un capitalismo ya desfasado" (El abuso de información privilegiada. *Cuadernos de política criminal* 37/123). No mesmo sentido, o economista Henry G. Manne defende o *insider* como algo positivo e que torna o mercado até mais eficiente, pois neste caso o mercado reflete um maior e mais completo grupo de informações. A tese defendida se baseia no fato de que a desigualdade de informação contribui, de forma positiva, para o mercado (MANNE, Henry G. *Insider trading and the stock market*. New York: The Free Press, 1996 apud GREEN, Stuart P. *Lying, cheating, and stealing: a moral theory of white-collar crime*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 236).

14. Segundo o art. 13 da Instrução 358 da CVM, de 03.01.2002: "Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante".

Além disso, a tutela penal do bem jurídico ora tratado também se relaciona com o princípio da igualdade. A ligação se origina de uma questão puramente ética, na qual as informações devem ser disponíveis a todos ao mesmo tempo, ou seja, os *insiders* não devem possuí-las anteriormente.[15]

Na doutrina europeia, vale a referência à ideia de infração pluriofensiva, que tem por pressuposto a lesão a um grupo de bens jurídicos tutelados pelo legislador. Para a maioria dos juristas seguidores dessa corrente, as práticas de *insider trading* se caracterizam nocivas ao mercado, justificando-se nelas sua repressão por criminalização.[16]

Para além dos debates acerca da incriminação da conduta de *insider trading* e do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, discute-se sobre a ca-

15. A este respeito, Allen M. Parkman, Barbara C. George e Maria Boss salientam que: "one of the inducements for individuals to invest in companies is the expectation that they will be treated fairly. While investors with a variety of levels of information about their investment opportunities, many would hesitate to invest if they anticipate that employees and their associates would be the only ones to benefit from profitable opportunities that companies encounter. Therefore fairness and efficiency will be increased if insiders are required to conform to their fiduciary duties to their employers". Tradução livre do autor: "um dos incentivos para que indivíduos invistam em empresas é a expectativa de que serão todos tratados de forma justa. Embora os investidores tenham uma variedade de níveis de informação sobre oportunidades de investimento, muitos hesitariam em investir se antecipassem que funcionários e seus associados seriam os únicos a serem beneficiados por oportunidades lucrativas. Portanto, imparcialidade e eficiência crescem se os praticantes de *insider trading* forem obrigados a obedecer aos seus deveres fiduciários para seus empregadores" (Owners or traders: who are the real victims of insider trading? *Journal of Business Ethics*. vol. 7. n. 12. New York: Springer, dec. 1988. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25071860?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011. p. 967). Robert T. Masson e Ananth Madhavan acrescentam que: "there is a strong public policy presumption that insider trading should be discouraged, that it lowers firm value and is 'unfair' to traders who do not have this information." Tradução livre do autor: "existe uma presunção forte entre os que armam políticas públicas de que o *insider trading* deve ser desencorajado já que reduz o valor da empresa e é injusto para os investidores da bolsa que não têm conhecimento de informação por ele conhecida" (Insider trading and the value of the firm. *The Journal of Industrial Economics*. vol. 39. n. 4. p. 334. New México: Blackwell Publishing, jun. 1991. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2098435?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011).

16. Cf. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Estudos sobre o mercado de valores mobiliários: novo regime dos crimes e contra-ordenações no código dos valores mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 67.

racterização do delito como crime de perigo, abstrato ou concreto, em face dos termos previstos em tipificações penais.

Sendo assim, ressaltamos, por primeiro, a discussão relativa à caracterização do delito de *insider trading* como crime de perigo, abstrato ou concreto, para depois examinarmos aspectos relevantes da tutela penal desta figura delitiva em dois ordenamentos jurídicos: o direito brasileiro e o direito espanhol.

3. NOTAS SOBRE CRIME DE PERIGO ABSTRATO E CRIME DE PERIGO CONCRETO RELEVANTES PARA O DELITO DE *INSIDER TRADING*

A sociedade de riscos, termo cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, para definição da sociedade do início dos anos 80, origina-se dos fenômenos de intensa e veloz globalização, geração de riqueza e desenvolvimento da modernidade.[17]

Os riscos e perigos decorrentes da sociedade moderna pós-industrial atual se diferenciam dos da Idade Média, por serem um produto global da máquina do progresso incessante.[18]

O progresso desenfreado gera situações preocupantes em órbitas variadas, tais como: a alimentação, o meio ambiente, a segurança pública e a saúde. A sociedade moderna se depara com problemas que até então eram totalmente desconhecidos.[19]

A quantidade significativa de riscos gera problemas sem solução em relação ao nexo causal, que se estabelece entre os riscos e os efeitos lesivos desse sistema de produção industrial, o qual fabrica uma pluralidade infinita de interpretações individuais sobre seus conflitos.

Como expressa Ulrich Beck, existe um paradoxo na busca incessante de melhoria das condições humanas e o avanço incontido tecnológico, sendo que o elemento risco se relaciona com o desenvolvimento social.[20]

Diante da frustração da impossibilidade de resolução dos obstáculos, que estão fora do âmbito de controle humano, a coletividade se converte em uma sociedade de riscos extremamente conflituosa, autocrítica e insegura.[21]

---

17. Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2002. p. 17.
18. Cf. Idem, p. 28.
19. Cf. Idem, p. 31.
20. Cf. Idem, p. 37-39.
21. Cf. Idem, p. 31.

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação de um discurso pela participação do direito penal. Devido a uma nova criminalidade, causada pelo avanço tecnológico mundial, adota-se uma nova forma de tipos penais, que deixam de incluir em sua redação o elemento lesão, e o substituem pelo conceito de perigo.[22]

Conforme relata Gerardo Landrove Diaz,[23] na atualidade observamos uma perversa utilização do direito penal por parte da classe política. Este fenômeno, que é um verdadeiro *populismo punitivo*, implica um uso permanente do direito penal para enfrentar determinados problemas sociais, transmitidos pela mídia.[24]

A lei penal, desse modo, torna-se a protagonista do discurso político.[25]

---

22. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 86.

23. Cf. DÍAZ, Geraldo Landrove. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 57-72.

24. Cf. Geraldo Díaz, neste sentido, ensina que: "En efecto, los medios de comunicación social, y case nunca de forma inocente, 'orientan' a la opinión pública al respecto, reelaborando la realidad. En ocasiones, dramatizando morbosamente la información sobre crímenes tan abominables como infrecuentes (...) Como resultado de todo ello, cundre entre la ciudadanía el miedo y el victimismo; em suma, la sensación de inseguridad que abona, exige y justifica el recurso a indurecimientos represivos arbitrados desde el poder y genera un especial rechazo de las políticas penales liberales. (...) Como consecuencia de todo ello, la nueva Política criminal está significamente condicionada por los medios de comunicación y no pocas reformas legislativas se acometen para coger las soluciones propuestas, precisamente, por dichos medios. Nos encontramos ante lo que gráficamente suele denominarse una legislación 'a golpe de telediario', fruto de la incorporación del *marketing* a la vida social, a través de unos canales de comunicación –dependientes, en no escasa medida, de la publicidad institucional– que terminam convirtiéndose en parte del problema" (op. cit., p. 64-66).

25. Geraldo Díaz, a este respeito, salienta: "Poco importa el alarmante –y constatable– empobrecimiento de unas decisiones que marginan a los expertos y prescinden de los debates que implican una cierta complejidad argumental o, simplemente, se distancian de la actualidad más inmediata. Se obvia así la previsible defensa por parte de los especialistas del conjunto de garantías, procesales y sustantivas, irrenunciables en nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, los partidos políticos –en el poder o en la oposición– se empeñam en una irresponsable pugna por satisfacer las poco matizadas demandas populares y demonstrar quienes son menos transigentes ante la delincuencia, si los decididamente reaccionarios o los pretendidamente progresistas. Han descubierto que el endurecimiento del Derecho penal se traduce en un semillero de votos y que, por el contrario,

Hassemer critica essa atual expansão do Direito penal. Em sua visão, o direito penal, como ciência liberal, não pode se deslocar do seu conceito de direito nuclear e tradicional. Não deve ser modificado e manipulado como um simples adorno para a resolução de todos os problemas enfrentados pela sociedade.[26]

A preocupação quanto à expansão não deixa de ser válida e meritória, pois, no direito penal *de riscos*, não são encontrados os mesmos elementos liberais garantistas que no direito penal tradicional.[27]

No ambiente da criminalidade complexa, que se caracteriza por um contexto geral da incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado e lesão encontram-se ineficazes para o sucesso dos problemas.[28]

Em consequência, é nesse contexto que aparecem os delitos de perigo como resposta para o medo e os riscos da sociedade.

A doutrina distingue os crimes de dano e os de perigo, no tocante a modalidade de ataque ao bem jurídico. Os primeiros são aqueles que diminuem ou lesionam o bem jurídico protegido no tipo. Os segundos são aqueles em que a consumação do tipo exige a criação de uma situação de perigo efetivo, concreto e próximo ao bem jurídico.[29]

Os delitos de perigo são, de uma maneira geral, distintos em categorias: delitos de perigo concreto e de perigo abstrato. Importante destacar que a grande diferença do delito de perigo abstrato é que este pressupõe um grau prévio de prejuízo em relação ao de perigo concreto.[30]

---

cualquier signo de benevolencia en dicho ámbito les puede pasar una elevada factura electoral. Es el populismo punitivo.
Lejos de la polarización de otros tiempos en materia de Política criminal, en los últimos veinticinco años se ha producido un notable empobrecimiento del debate, una llamativa convergencia entre los principales partidos políticos y un generalizado consenso en torno de decisiones punitivas que, por su dureza, son bien acogidas por la opinión pública" (op. cit., p. 68).

26. Cf. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björ. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 51.
27. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 62.
28. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 11, p. 31. Série As Ciências Criminais no Século XXI.
29. Cf. TORRE, Ignacion Berdugo Gómez de la; ZAPATERO, Luis Arroyo; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; RIVAS, Nicolás Garcia; PIEDECASAS, José Ramón Serrano; BASOCO, Juan Terradillos. *Curso de derecho penal: parte general*. Barcelona: Experiencia, 2004. p. 209.
30. Cf. Idem, ibidem.

Os crimes de perigo abstrato são uma técnica legislativa adotada para o enfrentamento dos novos contextos de riscos. Portanto, como forma de enfrentamento da infinidade de contextos tecnológicos inovadores da sociedade de riscos, as classes políticas decidem pela proteção de bens jurídicos coletivos, por meio de tipificação de situações de perigo.[31-32]

O emprego dos tipos penais de delito abstrato advém também da ocorrência dos chamados atos perigosos por acumulação. Nada mais são do que ações, que isoladamente não significariam uma ameaça ao bem jurídico tutelado, mas a sua reiteração ou multiplicação resulta na consolidação de um ambiente de riscos efetivos para esses interesses protegidos.[33-34] A intervenção penal nos delitos de acumulação é fortemente criticada pela doutrina.

Não há como negar que as sociedades pós-industriais reivindicam a atuação do direito penal, principalmente diante de condutas, até então, desconhecidas.

Na atualidade, para a proteção da ordem econômica, o direito penal cumpre a função de restabelecer a vigência das expectativas sociais derivadas da identidade da normativa essencial da sociedade na economia. Dessa forma, o direito penal converte-se no direito penal *econômico*.[35]

---

31. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 142-143.
32. Cf. Pierpaolo Cruz Bottini salienta que: "A tradicional compreensão do delito pela ótica autor-vítima, devido a dificuldade de limitação e caracterização dos sujeitos passivos da conduta criminosa em face da sociedade de riscos, manifesta-se inviável" (op. cit., p. 121).
33. Cf. Pierpaolo Cruz Bottini ressalta que: "O mesmo ocorre nos delitos contra a ordem financeira. O indivíduo que remete ao exterior uma pequena quantidade de recursos não defrauda o bem jurídico protegido pela norma, pois aquela conduta isolada não oferece riscos para a organização financeira nacional, embora o comportamento seja descrito como típico pelo parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986" (op. cit., p. 242).
34. Cf. Silva Sánchez observa que: "As objeções fundamentais dirigidas contra essa proposta são certamente conhecidas: por um lado, que se viola o princípio de *culpabilidade*, ao fundamentar-se a sanção *ex iniura tertii*; por outro lado, que se trata nesses casos de 'grandes riscos', os quais não podem contemplar-se como problemas de um atuar individual, senão somente como problemas sistêmicos, que não cabe reconduzir equitativamente a ações de pessoas. Em definitivo, que não há uma lesão (ou perigo) para o bemjurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto, com o que a sanção penal violaria o princípio de proporcionalidade" (op. cit., p. 122).
35. Cf. CAVERO, Percy García. *Derecho penal econômico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. p. 46.

O crime de perigo, na seara econômica, também possui a peculiaridade de tratar de ofensivas à ordem financeira, nas quais se tem certo grau de controle administrativo sobre as atividades do mercado.[36]

Silva Sánchez alerta que o controle das normas do mercado, na área administrativa, feito agora pelo direito penal, transmudá-lo-ia em um direito administrativo. E o citado autor chama esse fenômeno de "administrativização" do direito penal.[37]

O elemento crucial da crítica de Silva Sánchez se sustenta na ideia de que a infração de uma norma administrativa não estaria regulada pelo direito penal, pois suas garantias são flexibilizadas, e, como é sabido, para sua análise e imputação, inexiste critério de lesividade no caso concreto.[38]

Ainda, conforme o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, os tipos de perigo acarretam sérios problemas interpretativos. A crítica do autor se refere à determinação do perigo, pois ele conclui que a valoração do perigo somente pode ocorrer *ex ante,* isto é, do ponto de vista de um observador situado no momento da realização da conduta, e não *ex post,* isto é, no momento do julgamento.[39]

A propósito, como bem salienta Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: "o perigo concreto foi entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade". E o ilustre autor e magistrado argentino combate, ainda, o delito de perigo abstrato com o seguinte fundamento: o chamado "perigo abstrato seria um 'perigo de perigo', o que, em caso de tentativa, acarretaria a consequência de requerer um 'perigo de perigo de perigo'".[40]

Desta forma, é criticável o dito perigo no tipo do delito de perigo abstrato, visto que neste não se menciona o perigo como elemento. Ocorre, como consequência do exposto, que, diante da presunção *juris et de jure* do perigo, obriga-se o aplicador da lei a não considerar o caso fático, aplicando a lei *in genere.*[41]

Por fim, é de se considerar que um dos pontos mais criticados do crime de perigo abstrato é que nele o elemento do injusto está presente apenas no desvalor da ação e não do resultado.[42]

---

36. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 142.
37. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 114.
38. Cf. Idem, p. 117.
39. Cf. *Manual de direito penal brasileiro.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1, p. 484.
40. Cf. Idem, ibidem.
41. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 118.
42. Cf. Idem, p. 90.

O delito de *insider trading* é tipificado de forma distinta em ordenamentos jurídicos, nacional e estrangeiros. Um exemplo desta diversidade é a regulamentação da figura delitiva no direito brasileiro e no direito espanhol. Os termos normativos empregados nestes ordenamentos suscitam relevante discussão a respeito da caracterização do *insider trading* como crime de perigo. É o que doravante se expõe.

4. A REGULAMENTAÇÃO DO *INSIDER TRADING* NO DIREITO ESPANHOL

A preocupação com o abuso de informação privilegiada originou-se nos Estados Unidos após a crise da Bolsa de NY. Isto se evidencia na implementação do *Securities Act* de 1933 e do *Securities Exchange Act* de 1934, principalmente nas seções 10-b e 17 do último ato legislativo. A regra 10b-5 é uma das principais no direito norte-americano.

A regra 10b-5, baixada pela SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*) em 1942, cuida da responsabilidade do insider para com qualquer particular lesado pela utilização abusiva de informações privilegiadas.[43]

A análise da conduta de *insider* no direito norte-americano não é objeto do presente trabalho, devido aos limites da análise do tema proposto.

No entanto, importante ressaltar que a experiência americana mostra que a maioria dos casos é negociada entre a Defesa e o Ministério Público.[44]

Na Europa, a importância da informação privilegiada foi enfatizada alguns anos mais tarde.[45]

Em 1989, a Comissão das Comunidades Europeias editou a Diretiva CE 592, de 1989, que regulava o *insider trading* para os países dos Estados membros de Comissão. A maioria dos países membros da União Europeia adota as regras da diretiva, adaptando seu direito interno tanto no aspecto penal, como no aspecto administrativo.[46]

---

43. Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p. 222.

44. Cf. CUSSAC, Jose Luis Gonzales. Op. cit., p. 128.

45. É o que se pode extrair das observações de Jose Luis Gonzales Cussac, em análise dos ordenamentos jurídicos norte-americano e de países europeus (op. cit., p. 128-138).

46. Cf. CIPRIÁN, Daniel Ferrandis; GARAY, Lucía Martínez. Tratamiento penal del abuso de información privilegiada en el mercado financiero. *Estudios Penales y Criminológicos*. n. XXIII. p. 109. Santiago de Compostela: USC, 2001-2002.

A diretiva descreve a definição de informação privilegiada, indica sujeitos ativos e cria linhas regras gerais. Além disso, reforça a tendência mundial favorável de repressão ao *insider*.[47]

A *Ley del Mercado de Valores*, n. 24, de 28.07.1988, institui a criação do órgão da *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV), o qual estabelece normas de conduta e imposição de deveres daqueles que possuem informação privilegiada e uma lista de infrações que variam de muito graves, graves e leves.[48]

Em seu art. 81.1, a *Ley del Mercados* estabelece normas quanto às pessoas obrigadas e entidades, em relação a seus deveres e obrigações.

As sanções correspondentes às infrações encontram-se nos dispositivos, arts. 102, 103, 105 e 106 da *Ley del Mercado de Valores*.

Como consequência de uma política repressora ao *insider*, a Espanha introduziu, em 1995, o art. 285 em seu Código Penal.[49]

Variadas foram as posições da doutrina espanhola frente à introdução do delito de informação privilegiada no ordenamento penal.[50]

Para uma parte da doutrina, essa proteção seria não só desnecessária, como inconveniente.[51]

---

47. Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p. 243.

48. Cf. QUIROGA, Jacobo López Barja de. Op. cit., p. 1048.

49. Confiram-se os termos do dispositivo: "Artículo 285. 1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.
2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurra alguna de las siguientes circunstancias:
1.ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
2.ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
3.ª Que se cause grave daño a los intereses generales."

50. Cf. MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Estudios de derecho penal económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009. p. 196.

51. Cf. Idem, ibidem.

Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo qualificam o art. 285 de preceito lamentável e de *norma injusta* e, ainda, de "corpo estranho" no direito penal econômico.[52]

Os autores espanhóis rechaçam a criminalização da informação privilegiada, pois a *obscuridade* do mercado financeiro, em especial na Bolsa de Valores, é incompatível com princípio da intervenção mínima, basilar no direito penal. Essa intervenção pode ser interpretada como "uma moralização desnecessária e desafortunada".[53]

E, ainda para os mesmos juristas, a informação privilegiada contribui para a correta formação de preços e transparência do mercado.[54]

Para os referidos autores, que são contrários a criminalização da conduta, o delito relativo a funcionários públicos (art. 442) e as sanções de cunho administrativo seriam suficientes.[55]

---

52. É o que enfatiza Gonzalo Rodríguez Mourullo, citando o entendimento de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo (op. cit., p. 197). A propósito, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo salientam: "en contra de sancionar el hecho argumenta que no se produce perjuicio ni al investidor ni al mercado, que se corrige el precio del valor acercándolo a sua estimación real, que sirve de incentivo legitimo y de elemento remunerador de los consejeros o directivos de las compañías sin costo para éstas y que, incluso, podría favorecer la competencia al conocer el concurrente el dato, pudiendo operar en consecuencia. Efectivamente *no hay reales prejudicados*. En términos jurídico penales diríamos, que es un delito sin víctima. Como es sabido, se mantiene que el uso de información privilegiada perjudica a los inversores. Esto no es ni siquiera mínimamente cierto. Lo que perjudica a los inversores es no conocer la información que se le oculta. (...) Incluso se ha llegado a decir que la información privilegiada pertence a la *esencia del sistema*. La eficiencia del mercado 'se subordina en gran medida a la actividad de quienes, con gran esfuerzo por su parte, consiguen informaciones y conocimientos no divulgados, procediendo a su disfrute y garantizando de este modo un continuo flujo de nuevas informaciones'" (*Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 520-521).

53. Cf. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 522.

54. Nesta esteira, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo afirmam: "téngase en cuenta que en la medida en que la operación en el mercado es realizada por un *insider*, por um *initiés*, el mercado recibe indiciariamente la información que se le está ocultando. El valor sube o baja en la cotización, no ya sólo por el significado económico de la operación y su cuantía, sino también por el hecho de ser realizada por un profesional (consejero, directivo etc.) que se supone enterado de las condiciones en que se encuentra la entidad emisora. En definitiva, el uso de la información privilegiada contribuye a la correcta formación de los precios y a la *transparencia del mercado*" (op. cit., p. 522).

55. Cf. MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Op. cit., p. 197.

Ainda, apontam os mesmos autores que a Diretiva Europeia 592, de 13.11.1989, não obriga a imposição de sanções penais.[56]

A posição liberal frente ao *insider trading* refere-se à impossibilidade de proteção de um bem jurídico que seja de aparente estabilidade, isto é, tão instável quanto o mercado financeiro. Portanto, tal proteção seria inviável. Além disso, não se tem por possível a proteção de bem jurídico meramente funcional.[57]

Alguns juristas defendem que se trataria de um delito em que o bem jurídico estaria intimamente ligado à fidelidade, devido aos deveres legais e da confiança depositada no sujeito ativo. Tal enquadramento não pode ser adotado em uma sistemática de perfil garantista e liberal que está relacionada com os princípios de ofensividade e lesividade.[58]

O direito penal econômico com suas características marcantes como a presença de proteção a bem jurídicos supraindividuais e crimes de perigo abstrato conduzem ao problema de um processo penal sem as garantias mínimas, identificando-se com o direito penal do inimigo.[59]

De acordo com Luis Ramón Ruiz Rodrigues, a questão de posicionar o bem jurídico não pode ser ligada apenas à ética de determinada conduta, pois haveria ocorrência de uma indesejável subjetivização do direito penal.[60]

---

56. Cf. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 197.

57. Cf. D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proteção penal dos mercados financeiros: a tipificação do *insider trading*. In: COSTA, Jose de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 799. A ideia nuclear da posição liberal frente à informação privilegiada funda-se na concepção do norte-americano Henry G. Manne: "the main thrust of his argument is that we should not view insider trading from the perspective of ethics. He takes the position that insider trading is good because it increases economic efficiency. It causes prices to move in the correct direction quicker than would be the cause in the absence of insider trading. Another Manne argument is that insider trading can be viewed as a form of executive compensation. If corporate officers are permitted to trade on inside information, there will be less pressure to pay them big salaries. Paying smaller salaries is good for the corporation because it reduces its compensation costs. What is good for the corporation is good for shareholders" (*Insider trading and the stock market*. New York: Free Press, 1966 apud ALI, Paul U.; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analysis*. Boca Raton: CRC Press, 2009. p. 36.

58. Cf. QUINTANAR DIEZ, Manuel. Análisis de la naturaleza jurídica y del objeto material del tipo de injusto del artículo 285 del Código Penal delito de abuso de información privilegiada. *Cuadernos de política criminal*. Madrid: Cesej, 2006. p. 162.

59. Cf. CAVERO, Percy García. Op. cit., p. 103.

60. Cf. RODRIGUEZ, Luis Ramón Ruiz. *El abuso de información privilegiada en derecho español, con referencias a la normativa bursátil argentina. Derecho penal económico*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2003. p. 196.

O autor explica que os conceitos de lealdade e fidelidade podem inclusive levar a uma situação perigosa de exigência de fidelidade estatal. Abandonar-se-iam os critérios de seleção de bens, em função das necessidades individuais ou coletivas, e se justificaria apenas um funcionalismo radical que atenderia sobretudo às necessidades do sistema.[61]

Dessa linha de raciocínio, extrai-se que a lealdade deve ser parte de um critério aglutinador do tipo delitivo, de violação de deveres específicos, e que seria imprescindível a definição de infidelidade para cada tipo, bem como o seu bem jurídico com fundamento material distinto.

De acordo com Jose Luis Gonzales Gonzalez Cussac, existem alguns critérios apresentados para a solução do bem jurídico, protegido pelo *insider*: o primeiro seria o bom funcionamento do mercado como interesse econômico geral; o segundo seria a lesão sofrida pelos investidores, pois haveria uma quebra de sua confiança na Bolsa de Valores e também um atentado à igualdade do mercado mobiliário; o terceiro, adotado pela jurisprudência americana, seria baseado na teoria da apropriação indevida, segundo a qual o bem jurídico protegido se confunde com interesses empresariais, vulnerados pelo abuso da informação privilegiada.[62]

Porém, na mesma linha de pensamento de Luis Ramon Ruiz Rodriguez, nenhum desses critérios acima expostos seriam, por si só, suficientes para a elevação da categoria de bem jurídico a ser protegido.[63]

Quanto ao primeiro, o funcionamento do mercado não seria possível, pois ao ordenamento punitivo não corresponde intervir na área econômica. Desta maneira, o prejuízo na economia livre do mercado não se justificaria.[64]

O segundo critério, o da proteção aos investidores, também não se justificaria, pois, da mesma forma, não é função do direito penal tutelar todas as desigualdades que o próprio sistema econômico permite. Por exemplo, existem monopólios permitidos em determinadas áreas.[65]

Para finalizar, quanto ao terceiro critério, o dos interesses empresariais, não caberia proteção, pois existem legislações específicas que cuidam de segredo empresarial.

---

61. Cf. Idem, p. 197.
62. Cf. Op. cit., p. 141.
63. Cf. RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz. Op. cit., p. 201.
64. Cf. CUSSAC, Jose Luis Gonzales. Op. cit., p. 125-126.
65. Cf. Idem, p. 140-141.

A solução de Jose Luis Gonzales Cussac é a de que o bem jurídico protegido deve ser uma combinação de um interesse supraindividual com interesses dos particulares ofendidos.[66] Dessa forma, a construção do delito propiciaria um excesso de intervenção punitiva.[67]

Sustentam J. Terradillos Basoco[68] e J. Queralt Jiménez[69] que o tipo do mercado de valores está destinado a proteção de interesses patrimoniais individuais, quando rompidas determinadas regras de transparência do mercado.

Daniel Ferrandis Ciprián e Lucía Martínez Garay discordam da afirmação de proteção a bens patrimoniais individuais, pois, devido à teoria da indeterminação do mercado, não poderia existir, como existe em outros delitos clássicos patrimoniais, uma relação causal da conduta do *insider* com o prejuízo patrimonial. Pode ser apenas uma oportunidade perdida, mas não um prejuízo.[70]

O crime apenas se configurará no exato momento em que se produza o benefício ou cause um prejuízo que seja superior a 600.000 euros. A consumação tem lugar não quando o *insider* obtém a informação privilegiada, mas quando se materializa a vantagem que causa o prejuízo superior. O resultado é um elemento do tipo.[71]

Outra discussão existente na doutrina espanhola surge na questão da qualificação jurídica do uso indevido de informação privilegiada.

---

66. Cf. Idem, p. 141.

67. "En primer lugar, es necesario analizar si el abuso de información privilegiada es, en algun caso, merecedor de pena. La existencia de una corriente internacional, mayoritariamente partidaria de sanciones penales no justifica, por sí mesma, la necesidad de intervención penal. Tampoco la defensa del buen funcionamiento del mercado de capitales requiere la imposición de una pena (ya que este fin podría igualmente alcanzarse con una regulación administrativa); ni la igualdad de oportunidades es, por sí sola, suficiente para exigir la tipificación del *insider trading*, ya que, por ejemplo, tampoco está garantizada la igualdad real entre inversores grandes y pequeños" (PEREGRIN, Maria Carmen Lopez. *El* insider trading – *O abuso de información privilegiada bursatil. Actualidad penal.* Madrid: Actualidad, 1993. p. 439).

68. La protección penal del mercadofinaceiro. *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico.* A Coruña, 1998, p. 159-182 apud CIPRIÁN, Daniel Ferrandis; GARAY, Lucía Martínez. Op. cit., p. 127.

69. *Derecho penal español: parte especial.* 3. ed. Barcelona: Bosch, 1996 apud CIPRIÁN, Daniel Ferrandis; GARAY, Lucía Martínez. Op. cit., p. 127.

70. Cf. Op. cit., p. 128.

71. Cf. Idem, p. 145.

Atualmente, permanece discussão entre os penalistas espanhóis na classificação do crime, como crime de perigo abstrato ou de perigo concreto, e até mesmo de dano.

A posição majoritária da doutrina é no sentido de adoção de crime de perigo abstrato.[72]

Na leitura de Gonzalo Rodriguez Mourullo, o tipo penal do art. 285 apresenta um equívoco em sua estrutura. Na opinião do autor, o bem jurídico protegido no tipo deveria ser um bem jurídico supraindividual e coletivo. E, portanto, o delito deveria ser, nesse caso, de perigo abstrato. Mas o legislador espanhol cometeu deslize quando estruturou o tipo como delito de resultado. Em consequência, deslocou-se totalmente de sua intenção de política criminal para proteção de bens coletivos. O tipo não deveria constituir-se em um delito de resultado lesivo, que requer um prejuízo patrimonial efetivo, superior a 600.000 euros.[73]

Gonzalo Rodriguez Mourullo explana que, na doutrina espanhola, existem três interpretações distintas: a primeira, segundo a qual a obtenção do benefício econômico superior a 600.000 euros é uma condição objetiva da punibilidade; a segunda, por meio da qual se defende a obtenção de benefício ou prejuízo superior a 600.000 euros como resultado; e a terceira, que oferece uma solução mista, isto é, a obtenção de um benefício ou de uma causação é resultado, mas, se for superior a 600.000 euros, converte-se em uma condição objetiva de punibilidade.[74]

Os penalistas defensores da tese de condição objetiva da punibilidade argumentam com a interpretação da redação do art. 285. Esclarecem que se o delito fosse de resultado, o legislador teria utilizado o verbo no infinitivo *usare para obtener* ou diretamente a palavra *obtuviere*.[75]

Jose Luis Gonzales Cussac acredita ser um crime de lesão e não de perigo, pois a conduta pressupõe um prejuízo concreto.[76]

---

72. Cf. QUINTANAR DÍEZ, Manuel. Op. cit., p. 170.

73. Cf. Op. cit., p. 202.

74. Idem, p. 203. O autor considera que: "son muchos y autorizados comentaristas los que defienden la tesis del resultado (Bajo, Silvina Bacigalupo, Martínez Buján, Faraldo, Valle, G. Cussac, Terradillos, Suárez, Jericó, Ferrandiz-Garay, entre otros)" (p. 204).

75. Cf. MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Op. cit., p. 206.

76. Cf. Op. cit., p. 143.

A tendência da legislação comparada abriga um conceito amplo de *insider*, mas sempre partindo da premissa de uma relação funcional ou profissional que se obtém desta relação.

O direito norte-americano ampliou demasiadamente este conceito[77] e se caracteriza por um conceito amplo de sujeito ativo, mas sempre partindo do pressuposto de que deve existir uma relação funcional ou profissional em relação à obtenção da informação.[78]

Conforme expõe Jacobo López Barja de Quiroga, é evidente que o *insider* é a pessoa que possui a informação privilegiada e se aproveita dela. Isto não seria suficiente na ótica do doutrinador, pois o conceito torna-se amplo. Deve-se questionar como a pessoa conseguiu a informação. Portanto, em relação ao conceito de *insider*, o melhor posicionamento seria o de sua manutenção como um conceito fechado.[79]

Por último, de acordo com Jose Luis Gonzalez Cussac, pela interpretação dos arts. 78 e 79 da *Ley de Mercados*, nota-se que tais dispositivos descrevem a relação profissional com as entidades. Para ele, o delito configura-se como delito especial estrito, obrigando a que o agente tenha uma das qualidades pessoais determinadas na lei.[80]

Para Daniel Ferrandis e Lucía Martínez Garay, o *insider* se caracteriza como delito especial. O penalista espanhol se baseia na redação do art. 285 do tipo de *insider* que define o sujeito ativo como aquele que utilizou a informação em virtude de um acesso reservado a informação em função de sua atividade profissional ou empresarial (acesso seria para apenas a um determinado grupo).[81]

---

77. "Pero la jurisprudencia fue ampliando este concepto durante los años 1950, hasta llegar al *insider institucional* (funcionarios y administradores sin posesión de acciones). En el decenio siguiente este concepto se extiende todavia más hasta llegar a los *tippees*. Estos son los que han recebido um *tip* (confidencia), por parte de un dos *tippeers* (soplón, en el argot norteamericano). Por tanto, con el paso del tiempo, la propia jurisprudencia es la que extiende o amplía el concepto de *insiders*, al de *insider* institucional y luego al que simplemente se aprovecha de una confidencia, sin importar su relación con la empresa o sociedad. Debe insistirse en que originalmente la noción de *insiders* se circunscribía tan sólo a los miembros de una determinada sociedad y en relación a las acciones de la misma" (Cf. CUSSAC, Jose Luis Gonzales. Op. cit., p. 128).

78. Cf. PEREGRIN, Maria Carmen Lopez. Op. cit., p. 1038.

79. Cf. Op. cit., p. 1038.

80. Cf. Op. cit., p. 144.

81. Cf. Op. cit., p. 137-140.

O grupo dos sujeitos ativos seria o que o penalista ibérico chama de "insiders societários" (presidentes, membros do conselho de administração das empresas numa hierarquia mais alta da empresa) e também aqueles que possuem relacionamento profissional em relação à empresa como agentes de câmbio, consultores financeiros, advogados e contadores e auditores.[82]

A locução "acesso reservado" funcionaria como delimitadora para que os sujeitos que obtenham informação não decorrente de suas atividades profissionais ou empresariais, como por exemplo, um taxista ou um mensageiro que escute determinada informação não entrem para a categoria de sujeito ativo. Esses sujeitos se apoderam da informação de maneira "acidental".[83]

Desta forma, o artigo espanhol que tipifica o *insider* limita o círculo de sujeitos ativos do delito de *insider*; porém, essas pessoas poderão incorrer em sanções administrativas.[84]

A maioria dos casos de abuso de informação privilegiada, conforme relata Ana Maria Prieto del Pino, é cometida por pessoas que tem um acesso direto e habitual a este tipo de informações. Em decorrência deste fato, a penalista espanhola defende a ideia de que os esforços preventivos devem ser direcionados a estes sujeitos.[85]

5. A REGULAMENTAÇÃO DO *INSIDER TRADING* NO DIREITO BRASILEIRO

O *insider trading* encontra-se tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976, que dispõe sobre mercado de valores mobiliários. O dispositivo foi introduzido pela Lei 10.303/2001,[86] que acrescentou o Capítulo VII-B, dispondo sobre o mercado de valores mobiliários e a criação da Comissão de Valores Mobiliários.

---

82. Cf. Idem, ibidem.

83. Cf. Idem, ibidem.

84. Cf. Idem, ibidem.

85. Cf. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004. p. 98.

86. O delito é intitulado "Uso Indevido de Informação Privilegiada": "Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime".

A doutrina adepta à repressão do *insider trading* encontra seus fundamentos nucleares na proteção da ordem econômica prevista na Constituição.[87]

Uma atuação mais intensa de intervenção estatal mostra, em conformidade com o já exposto, a relevância de maior proteção aos bens jurídicos supraindividuais. O direito penal econômico assume papel de extremo peso para a supervisão da ordem econômica.[88]

Desta forma, a relevância da ordem econômica materializa-se em forma de uma proteção social geral. Isto quer dizer que o Estado deve permitir condições básicas para a população em realização de empréstimos e de poupança.[89]

Baseando-se no exposto anteriormente, no item sobre o bem jurídico, grande parte da doutrina brasileira entende que o bem jurídico protegido no *insider* são: a estabilidade, a eficiência do mercado de capitais, a proteção da confiança e o patrimônio dos investidores que aplicam seus recursos no mercado de capitais.

De acordo com o penalista português Frederico de Lacerda da Costa Pinto, o que está em questão é, na verdade, a igualdade perante um bem econômico, que é a informação, a qual deve ser igual para todos.[90]

Segundo Fausto de Sanctis, a intenção do legislador foi tutelar a manutenção da igualdade dos investidores.[91]

Existem no Brasil posições contrárias à utilização do direito penal para crimes de ordem financeira. A sustentação desfavorável à tutela penal encontra-se fundada em vários fundamentos, os quais passamos a expor.

O primeiro deles é ligado ao bem jurídico. Há muito controvérsia sobre o que seria, realmente, o bem jurídico do *insider trading*.

---

87. Cf. LEITE FILHO, José. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76). *RBCCrim* 60/84.

88. Cf. Idem, p. 87-88.

89. Cf. Idem, p. 89-90.

90. Cf. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Op. cit., p. 67.

91. A intenção do legislador em preservar a posição de igualdade dos investidores, tutelando o risco normal do mercado, isto é, a regularidade do mercado de valores mobiliários e, por consequência, a ordem econômica, não possibilita a interpretação restritiva do sujeito ativo, até porque, como se observou, não foi esse o seu intuito que, sabiamente, incluiu qualquer pessoa como responsável pela utilização da informação relevante (art. 155, § 4.°, Lei 6.404/1976). SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003. p. 111.

João Carlos Castellar sustenta que existe, na verdade, confusão entre o bem jurídico e a função.[92] O referido autor sustenta sua posição nos ensinamentos de Juarez Távora, quem explicou que o bem jurídico somente pode ser reconhecido se puder ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, e não a uma "entidade abstrata", que não possui sequer uma estrutura física organizacional, como é o chamado mercado de valores mobiliários.[93] O autor defende apenas a confiança no mercado como bem jurídico a ser protegido.

Concluindo o raciocínio do autor nacional, inexiste possibilidade de afirmação de invocar o mero funcionamento de um mercado, mesmo o mobiliário, como categoria de bem jurídico.

Com o advento da Lei 10.303/2001, que também inseriu mudanças na Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), houve o acréscimo do art. 157 na Lei 6.404/1976. A nova Lei 10.303/2001, incumbiu-se na prevenção do *insider trading*. O referido artigo descreve expressamente o dever de informar dos administradores da companhia aberta sobre qualquer fator relevante, ocorrido nos negócios da companhia.

Já o art. 155 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) trata do dever de lealdade do administrador e o dever de sigilo sobre qualquer informação, ainda não divulgada no mercado, que seja capaz de influenciá-lo.

Nas palavras de Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques, o direito societário segue o modelo norte-americano e emplacou o padrão normativo do "*disclosure* ou *refrain from trading*", que significa o dever de fidúcia do administrador de divulgar fato relevante ou abster-se de utilização de informe para seu proveito ou de terceiro.[94]

Com o advento da Lei 6.835/1976, o legislador optou pela criação de uma instituição conhecida como CVM (Comissão de Valores Mobiliários), que pos-

92. Cf. Insider trading *e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 105.

93. Daí nos filiarmos ao entendimento esposado por Gómez Iniesta, citado por Antonio J. Monroy Antón (entre outros), para quem a *confiança* deve ser o bem jurídico protegido, chegando este autor a afirmar que se deve contar com uma normativa que eleve a *confiança* no mercado em sua razão de ser. Em conformidade com Gómez Iniesta, o rompimento do princípio da igualdade de oportunidades em virtude do uso vantajoso de informação privilegiada por parte de alguém que a detenha levará à perda de confiança dos demais membros do mercado e se verão afetadas, deste modo, as funções básicas que devem cumprir or órgãos estatais que regulam e fiscalizam o mercado de valores mobiliários, notadamente a Bolsa de Valores e a CVM (cf. op. cit., p. 106-107).

94. Cf. op. cit., p. 539.

sui competência normativa e fiscalizadora a ser exercida sobre os mercados de valores mobiliários.[95]

O *insider* já se encontra regulamentado nas novas regras da Lei das Sociedades por Ações e em regras da CVM, com pesadas e duras penalidades. Esta repressão é de caráter evidentemente administrativo.

Portanto, o legislador brasileiro, ao tipificar o *insider*, fê-lo baseando-se no direito penal (apesar da função reguladora e sancionadora da CVM), apenas como mera função, desligando-se do direito penal clássico. Tem-se aqui a ideia de que o direito penal não tutela vítimas, mas apenas funções.[96]

Conforme ensinamento de Percy García Cavero, existe uma dificuldade no limite de perigosidade entre uma infração administrativa e um ilícito penal.[97]

Na verdade, a diferença entre elas é apenas quantitativa. O limite entre as duas estaria na subsidiariedade. Nesse caso, deve ficar claro que o direito penal

95. De acordo com o art. 11 da Lei 6.385/1976, com a redação dada pela Lei 9.457/1997, podem ser aplicadas pela CVM em processo sancionador as seguintes penalidades:
a) advertência;
b) multa;
c) suspensão do exercício do cargo;
d) inabilitação para o exercício do cargo;
e) suspensão de autorização ou registro para o exercício de atividades;
f) cassação de autorização ou registro, para o exercício de atividades de que trata esta lei;
g) proibição temporária para a prática de determinadas atividades ou operações;
h) proibição temporária de atuar em modalidades de operações no mercado.

96. "De fato, essa orientação à proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de 'intensidade baixa'. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado'. Vejamos o que se quer indicar com tal expressão. Como é sabido, as teses clássicas (ou do *aliud*) distinguiam entre ilícito e penal ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 114-115).

97. Cf. op. cit., p. 123.

econômico não deve restabelecer todas as "fraudes" às expectativas derivadas da estrutura de um sistema econômico. A solução no caso de uma infração relacionada ao mercado de capitais, que está relacionada a um funcionamento de sistema econômico global, estaria em suficientes mecanismos de restabelecimento do próprio sistema econômico ou de dispositivos jurídicos extrapenais do direito administrativo sancionador.[98] E, por fim, a infração administrativa constitui simplesmente um indício de uma organização objetivamente insegura, com base na perigosidade estatística da conduta.[99]

Para Terradillos Basocco, "nem os direitos subjetivos, nem os interesses, nem os valores, nem a funcionalidade com relação ao sistema podem ser um referente válido".[100]

Ainda na seara da discussão da legitimidade sobre o bem jurídico, em relação à proteção do caráter funcional do mercado e à intervenção penal, relatamos dizeres de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo: "pero, la Ley no está pensando en ninguna lesión sustancial del mercado a consecuencia del uso de la información, sino más bien en la desobediencia, en la perturbación de la disciplina en la regulación del Mercado. De ahí que piense en sanciones administrativas. Las sanciones penales son excesivas, carecen de sentido, distorsionan toda la construcción penal del ben jurídico y superan con creces el límite del principio de intervención mínima".[101]

Para além da questão sobre o bem jurídico protegido com a tipificação da conduta de *insider trading*, a natureza jurídica do delito é campo de controvér-

98. Cf. Idem, p. 125.

99. Cf. Idem, p. 123.

100. Em sentido semelhante, afirma-se que: "de qualquer maneira, não basta afirmar que as relações sociais definem o bem jurídico, porque, como enfatiza Bustos Ramirez, é necessário ir em busca de uma maior precisão do que é específico do ser social dentro de uma sociedade democrática. E o específico e o que o ser social (a pessoa humana) nela se expressa mediante uma relação social concreta e determinada. A relação social é, pois, o que há de especifico no ser social, em uma sociedade democrática, por isso que o bem jurídico só pode ser um conceito típico de uma sociedade democrática e não de outro tipo de organização social em que o comportamento social do sujeito esta determinado desde o Estado, desde a religião, desde a moral, etc., é dizer desde o exterior da relação social e não desde a atividade dos homens. (...) O conceito de *bem*, portanto, não pode girar em torno de valores não conectados com a realidade, é dizer, em função da norma (Ranier)" (BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1, p. 274).

101. Cf. op. cit., p. 519.

sia na doutrina brasileira. Parte dela entende que se trata de delito material, por vezes, referindo-se a crime de perigo concreto. Em outra corrente, acredita-se ser delito formal e, também, de perigo abstrato.

Para Fausto Martin de Sanctis, o crime de *insider* constitui-se em delito de perigo abstrato. Assim entendido, o autor conclui que a tarefa do Ministério Público se restringirá na demonstração de conduta realizada (utilização, com negociação, da informação relevante), sendo ela capaz de beneficiar o próprio agente ou terceiro.[102]

Em sentido semelhante, Helena Regina Lobo da Costa, Leonardo Alonso e Marina Pinhão Coelho, chegam à conclusão de que, em decorrência da utilização pelo legislador do termo "capaz de propiciar" vantagem indevida, trata-se de crime formal, "não sendo necessária a ocorrência de um resultado, consubstanciado no ganho econômico".[103]

José Leite Filho é partidário do entendimento de Fausto Martin De Sanctis, definindo a qualificação jurídica de crime de mera atividade: "o tipo faz referência a vantagem indevida, mas não exige sua ocorrência para a consumação. Cuida-se, portanto, de crime de mera atividade, em que a realização do tipo coincide com o último ato de execução, inexistindo produção de resultado separado espacial e temporalmente da conduta".[104]

---

102. Cf. op. cit., p. 113.

103. Dos crimes contra o mercado de capitais: a afirmação é compartilhada por significativa doutrina. *Revista Literária de Direito* 53/33.

104. Ainda segundo o autor citado: "Com efeito. O ato ou ação de negociar valores mobiliários, tendo prévio conhecimento de informação relevante não divulgada anteriormente ao mercado, esgota a factualidade típica. A consideração acerca da vantagem indevida está redigida em sentido potencial: utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, *capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida,* mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. O uso que se faz da informação relevante, mediante negociação, deve ser *capaz* potencialmente de gerar vantagem indevida, mas sua ocorrência, para a configuração típica, não é exigível. Uma tal compreensão das coisas tem a vantagem de seguir a racionalidade do mercado, de vez que, neste setor, as vantagens nem sempre são alcançáveis de forma instantânea (sequer a curto prazo), demandando evolução da conjuntura econômica para se aferir a viabilidade do negócio. Nesse contexto, condicionar a consumação do crime à obtenção de vantagem exigiria protrair no tempo – em completa situação de insegurança – a verificação do tipo" (cf. LEITE FILHO, José. Op. cit., p. 111-112).

José Leite Filho explica a qualificação do *insider trading* como crime de perigo abstrato e de mera atividade, utilizando-se de um comparativo com o crime de estelionato, definido no art. 171 do CP.[105-106]

De outro lado, Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques fazem parte do grupo que confere ao crime de *insider* a qualidade de delito material. Desta forma, o seu momento consumativo é o da realização do resultado, a vantagem indevida obtida com a utilização de informação privilegiada. Os juristas acreditam que a norma penal possui caráter expresso no sentido da exigência de que a informação seja capaz de propiciar vantagem indevida mediante a negociação com valores mobiliários.[107]

O delito é entendido como material, de forma que o momento consumativo é o da realização do resultado: a vantagem indevida obtida com a utilização da informação privilegiada. A norma penal, desse modo estaria expressa no sentido de exigir que a informação seja capaz de propiciar vantagem indevida mediante negociação com valores mobiliários, não há como se caracterizar a "vantagem indevida" sem a realização do resultado.[108]

Da mesma opinião, João Carlos Castellar afirma: "trata-se de delito material, pois o resultado dependerá de vantagem que o agente venha a perceber com a negociação da informação relevante no mercado".[109]

---

105. Art. 171 do CP brasileiro: "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: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa".

106. "Por interpretação sistemática também se chega a tal conclusão. O crime de estelionato, definido no art. 171 do CP – adequado exemplo de ilícito patrimonial de resultado – serve de contraste. A pretensão do legislador de estabelecer crime material, no qual, sem a obtenção de vantagem, não se consuma o ilícito, vem estampada logo no início da referida infração: obter, para si ou pra outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio (...) mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Nesta perspectiva, o uso indevido de informação privilegiada traduz crime de perigo abstrato. Não contempla o tipo objetivo qualquer consideração acerca de eventual lesão ou perigo de lesão ao funcionamento do mercado de capitais" (Cf. LEITE FILHO, José. Op. cit., p. 112).

107. Cf. op. cit., p. 547.

108. Cf. idem, ibidem.

109. Cf. op. cit., p. 119. No mesmo sentido: "o delito á material, de forma que o momento consumativo é o da realização do resultado, a vantagem indevida obtida com a utilização da informação privilegiada. A norma penal, a propósito, é expressa no sentido de exigir que a informação seja capaz de propiciar vantagem indevida mediante negociação com valores mobiliários; não há como se caracterizar a "vantagem indevida"

E os citados juristas concluem que não há como existir "vantagem indevida" sem a realização do resultado.[110]

A nosso ver, a ideia de que se cuida de delito de perigo abstrato – cuja inserção no ordenamento jurídico-penal se deve evitar, considerada a insegurança jurídica que proporciona – pressupõe a compreensão de que o bem jurídico tutelado é o simples funcionamento do mercado.

No entanto, a redação do art. 27-D da Lei 6.385/1976, de fato, parece-nos levar à conclusão de que se trata de delito de perigo abstrato e de delito formal. Tal conclusão liga-se à ideia de que o legislador nacional visa à proteção do mercado de capitais, à estabilidade e ao bom funcionamento do mercado, como já dito anteriormente. Pouco importa, para o legislador, a existência de um resultado material.

É diferente do tipo penal espanhol, que prevê um resultado concreto, fixando um valor cuja ocorrência é necessária para a caracterização do delito.[111]

A nosso ver, há necessidade de existir uma lesão concreta ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, para que se tenha caracterizado o delito. Por isso, sugerimos, de *lege ferenda*, a alteração do tipo penal, passando-se a exigir um resultado concreto, um prejuízo ao mercado financeiro.

Outra questão polêmica e que não pode deixar de surgir no cenário brasileiro reside no sujeito ativo da informação privilegiada.

No Brasil, a maioria da doutrina defende que se trata de delito próprio, quanto ao uso indevido de informação.[112]

---

sem a realização do resultado" (EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Op. cit., p. 547).

110. Cf. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Op. cit., p. 547. No mesmo sentido, Castellar afirma que se trata de delito material, pois o resultado dependera da vantagem que o agente venha a perceber com a negociação da informação relevante no mercado (op. cit., p. 119).

111. Relembrem-se os termos da legislação espanhola, na nota 49.

112. "O uso indevido de informação privilegiada é crime próprio ou especial. Reclama especial condição do agente para ocorrer. O tipo objetivo de ilícito exige, como consideração relativa ao agente, que deva manter sigilo em relação à informação privilegiada. A expressão é designativa de dever jurídico pré-existente, próprio a quem, na estrutura das empresas, tenha acesso a tais informações. A propósito de ilícitos dessa natureza, Roxin leciona que 'en lós *delitos especiales* solo puede ser autor quien reúna uma determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste em uma posición de deber extrapenal, por lo que em estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber"'. Precisamente a hipótese do

Fausto Martin de Sanctis se opõe à consideração de delito especial ou próprio: "interessante observar que, apesar de exigir do sujeito ativo obrigação ao sigilo, *não se cuida de delito próprio* e, portanto, não se requer o nexo de causalidade entre o conhecimento do sigilo e o cargo ocupado pelo agente. É que, diferentemente do que revelaram os artigos citados sobre a quebra, aqui o legislador simplesmente coíbe a utilização, mediante negociação, de informação relevante de que tenha conhecimento. Ora, qualquer pessoa que tenha acesso a essa informação, seja em razão do cargo, ou não, poderá ser enquadrada no dispositivo, bastando que negocie com valores mobiliários. Se, por exemplo, alguém toma ciência da informação porque possui contato facilitado com pessoas que devam guardar sigilo, violará o tipo, juntamente com estas, que também deverão responder pelo delito de violação, frise-se havendo, em havendo desvio de função ou atividade".[113]

---

insider trading tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976, antes transcrito, em que se exige, como condição especial referida ao agente – vale repetir – que esteja investido do dever de manter sigilo acerca da informação relevante. A caracterização do ilícito como próprio (ou especial), entre nós, aliás, segue – se não de forma intencional, pelo menos como referência à correta opção legislativa –, a tradição portuguesa e espanhola" (cf. LEITE FILHO, José. Op. cit., p. 99-100). Em sentido semelhante, João Carlos Catellar afirma: "Trata-se de crime próprio, só podendo cometê-lo aqueles a quem a lei atribui o dever de lealdade, quais sejam: a) os administradores (art. 155); b) os conselheiros e diretores (art. 145); c) os integrantes de órgão técnicos e consultivos (art. 160); d) os subordinados ou terceiros de confiança dos administradores, apelidados *tipees* (pessoas que recebem e usam ou passam adiante tais informações, inclusive jornalistas – art. 155, § 2.º); e) os membros do conselho fiscal; f) os acionistas controladores e minoritários (art. 22, V, da Lei 6.385/1976), g) as pessoas que prestam serviços jurídicos ou contábeis à companhia, que também estão investidas por lei, do dever de sigilo; h) os agentes privados que atuam no âmbito do mercado de valores mobiliários (profissionais de distribuidoras e corretoras de valores mobiliários e demais instituições que tenham por finalidade social concessão de crédito, investimento e financiamento, além das administradoras de mercado de balcão organizado e bolsas de valores e de mercadorias e futuros); i) os agentes públicos encarregados da fiscalização do setor (integrantes da CVM, Bacen e CMN) e também aquelas referidas na Instrução CVM 358 (art. 13, §§ 1.º e 2.º). É claro que sempre haverá a possibilidade de que a informação relevante tenha sido obtida por um *extraneus* e por outros meios que não indiquem relação de casualidade com aquelas pessoas obrigadas ao dever de lealdade. Esses meios podem ser lícitos (captar por acaso uma conversa num restaurante) ou ilícitos ('grampo' telefônico). Isto, porém, não classificaria o delito como comum, eis que o tipo ostenta a expressão *da qual deva manter sigilo*, não sendo prevista punição na esfera penal para os casos previstos no § 4.º do art. 155 da Lei 6.404/1976, por conta do princípio da legalidade" (op. cit., p. 120-121).

113. Cf. SANCTIS, Fausto Martin. Op. cit., p. 110.

Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques defendem posição contrária e com argumento mais contundente. Os autores explicam que existem os *insiders* primários ou *institucionais*, chamados desta forma, pois possuem uma relação especial de trabalho com a empresa, como acionistas controladores, profissionais que ocupam um cargo ou função no conselho, ainda que de forma temporária.[114]

As pessoas elencadas como *insiders* primários teriam um acesso direto à informação, com condições para avaliar se a informação é relevante.[115] Já os *insiders* secundários, famosos *tippees* do direito norte-americano, são aqueles que recebem as "dicas", direta ou indiretamente dos *insiders* primários.[116] Os *insiders* secundários não estariam obrigados ao dever de sigilo e também não teriam condições para avaliação de uma informação relevante.[117]

Portanto, apenas os *insiders* primários podem ser tidos como sujeitos ativos do delito. Os *insiders* secundários não podem praticar o delito de *insider trading* por inexistência de sua obrigação de "guardar sigilo", mas poderão ser responsabilizados na esfera administrativa pela CVM.[118]

6. CONCLUSÃO

Apesar de o *insider trading* constituir-se como crime no direito espanhol e no direito brasileiro, existem discórdias sobre várias questões, especialmente referentes a sua legitimação e a sua complexa qualificação jurídica.

O direito comparado possibilita um maior estudo e aprofundamento do tema. Cada país busca a melhor solução para enfrentamento de problemas que surgem com as suas experiências no decorrer do tempo.

A repressão ao *insider* está intimamente ligada a questões de política criminal. Quanto a sua legitimidade, há escolas doutrinárias cujos seguidores sustentam que o *insider*, como delito econômico, deveria permanecer fora do sistema penal.

Sob uma perspectiva garantista, o direito penal não pode flexibilizar suas regras, pois ele deve permanecer como *ultima ratio*. O direito penal formaliza

114. Cf. Op. cit., p. 545.

115. Cf. Idem, ibidem.

116. Cf. Idem, ibidem.

117. Cf. Idem, ibidem.

118. Cf. Idem, p. 545-546.

a forma mais drástica de solução de problemas na sociedade. Somente deve ser utilizado quando inexistir outra forma de tutela. Em delitos financeiros, como no caso de *insider*, existem melhores instrumentos para a sua repressão no âmbito administrativo.

Entre os adeptos da criminalização da figura, há divergências sobre a sua tipificação como crime.

No Brasil, o delito de *insider trading*, no direito brasileiro, é tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976.

Alguns sustentam que se trata de *crime formal*, enquanto outros falam em *crime material*. A nosso ver, cuida-se de delito formal. Mas, de *lege ferenda*, sugerimos a alteração do tipo penal, com vistas a se instituir a necessidade de um resultado concreto, um prejuízo ao mercado de capitais, para que se tenha por caracterizada lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALI, Paul U.; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analysis*. Boca Raton: CRC Press, 2009.

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

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1.

BOSS, Maria; PARKMAN, Allen M.; GEORGE, Barbara C. Owners or traders: who are the real victims of insider trading? *Journal of Business Ethics*. vol. 7. n. 12. p. 965-971. New York: Springer, dec. 1988. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25071860?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAVERO, Percy García. *Derecho penal econômico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

CASTELLAR, João Carlos. Insider trading *e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIPRIÁN, Daniel Ferrandis; GARAY, Lucía Martínez. Tratamiento penal del abuso de información privilegiada en el mercado financiero. *Estudios Penales y Criminológicos*. n. XXIII. p. 99-174. Santiago de Compostela: USC, 2001-2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ALONSO, Leonardo; COELHO, Marina Pinhão. Dos crimes contra o mercado de capitais: a afirmação é compartilhada por signi-

ficativa doutrina. *Revista Literária de Direito*. X. vol. 53. São Paulo: Del Rey, ago.-set. 2004.

CUSSAC, Jose Luis Gonzales. El abuso de informacion privilegiada. *Cuadernos de política criminal*. n. 37. p. 119-153. Madrid: Edersa, 1989.

DÍAZ, Geraldo Landrove. *El nuevo derecho penal*. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proteção penal dos mercados financeiros: a tipificação do *insider trading*. In: Costa, Jose de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björ. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GEORGE, Barbara C.; PARKMAN, Allen M.; BOSS, Maria. Owners or traders: who are the real victims of insider trading? *Journal of Business Ethics*. vol. 7. n. 12. p. 965-971. New York: Springer, dec. 1988. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25071860?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011.

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

GREEN, Stuart P. *Lying, cheating, and stealing: a moral theory of white-collar crime*. New York: Oxford University Press, 2006.

HARTMANN, Joerg. Insider trading: an economic and legal problem: how would o'hagan come out under the New German securities trading act? Disponível em: [www.law.gonzaga.edu/Academic-program/Files/Law-Reviews/GJIL/Volume1/Vol1-InsiderTrading.pdf]. Acesso em: 06.11.2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Organização e Revisão de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

LEITE FILHO, José. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 60. p. 78-117. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2006.

MADHAVAN, Ananth; MASSON, Robert T. Insider trading and the value of the firm. *The Journal of Industrial Economics*. vol. 39. n. 4. p. 333-353. Pensilvânia: Blackwell Publishing, jun. 1991. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2098435?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011.

MANOVE, Michael. The harm from insider trading and informed speculation. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 104. n. 4. p. 823-845. Oxford: Oxford University Press, nov. 1989. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2937869?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 28.10.2011.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Estudios de derecho penal económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

PARKMAN, Allen M.; GEORGE, Barbara C.; BOSS, Maria. Owners or traders: who are the real victims of insider trading? *Journal of Business Ethics*. vol. 7. n. 12. p. 965-971. New York: Springer, dec. 1988. Disponível em: [www.jstor.org/stable/25071860?origin=JSTOR-pdf]. Acesso em: 31.10.2011.

PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais. Comentários à Lei 7.492/86 e aos artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PEREGRIN, Maria Carmen Lopez. *El* insider trading – *O abuso de información privilegiada bursatil. Actualidad penal*. Madrid: Actualidad, 1993.

PINO, Ana María Prieto del. El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores. Cizur Menor: Aranzadi, 2004.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários: estudos sobre o mercado de valores mobiliários*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. Análisis de la naturaleza jurídica y del objeto material del tipo de injusto del artículo 285 del Código Penal delito de abuso de información privilegiada. *Cuadernos de política criminal*. Madrid: Edita Cesej, 2006.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El *insider trading*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. XLVI. fasc. I. p. 1031-1060. Madrid: Centro de Publicaciones, ene.-abr. 1994.

RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz. *El abuso de información privilegiada en derecho español, con referencias a la normativa bursátil argentina. Derecho penal económico*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 11. Série As Ciências Criminais no Século XXI.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal econômico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

TORRE, Ignacion Berdugo Gómez de la; ZAPATERO, Luis Arroyo; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; RIVAS, Nicolás Garcia; PIEDECASAS, José Ramón Serrano; BASOCO,

Juan Terradillos. *Curso de derecho penal: parte general*. Barcelona: Experiencia, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo - Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, de Ariella Toyama Shiraki - *RBCCrim* 83/7;
- Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico, de Claudia Cristina Barrilari - *RT* 903/411;
- Exceções à regra de divulgação de informações relevantes por companhias abertas no direito brasileiro, de Vitor dos Santos Henriques - *RDB* 50/357;
- O objeto de tutela penal no delito de *insider trading* uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea, de Guilherme Brenner Lucchesi - RBCCrim 90/137; e
- Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, de Luís Greco - *RBCCrim* 49/89.