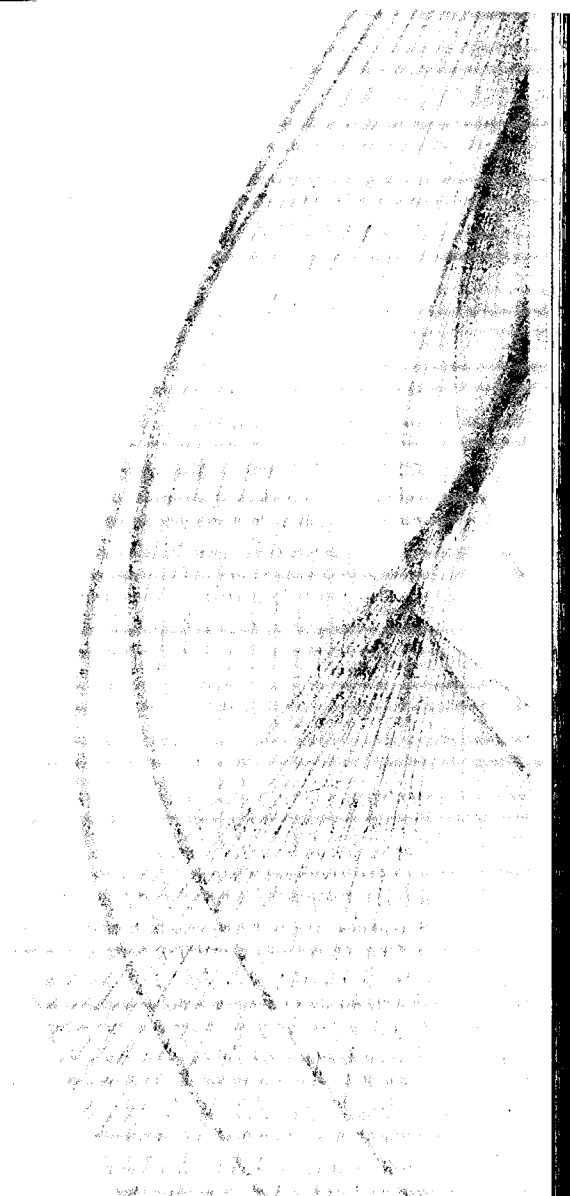
55167



REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 90 • maio-jun. / 2011

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidência Marta Saad
Coordenação Helena Regina Lobo da Costa

Ano 19 • vol. 90 • maio-jun. / 2011

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 Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique 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 19 • vol. 90 • maio-jun. / 2011

Coordenação

Helena Regina Lobo da Costa

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

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

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 90 • maio-jun. / 2011

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.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
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: [05-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [24.05.2011]



EDITORA AFILIADA



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

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael 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 Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Luciano Anderson de Souza

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

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

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

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

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

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

4.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

5.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Márcio Barandier

6.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

7.ª Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

8.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

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

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

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

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

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

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

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

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

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

Sumário

Teoria Geral

1. O normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?
   Bruno Moura 13
2. Creación judicial de Derecho Penal y analogía *in bonam partem*
   Juan Pablo Montiel 53
3. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito
   Wolfgang Wohlers 97

Direito Penal Econômico

1. Abolição da chamada *autodenúncia liberadora de pena* no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão
   Alaor Leite 111
2. O objeto de tutela penal no delito de *insider trading*: uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea
   Guilherme Brenner Lucchesi 137

Processo Penal

1. Sistema acusatório, sistema inquisitivo e execução nas penitenciárias de administração federal
   Alcides Marques Porto Pacheco 165
2. As bases do processo penal transnacional
   Bernd Schünemann 189
3. Da atuação do assistente técnico no processo penal brasileiro
   Denise Provasi Vaz e Danyelle da Silva Galvão 211
4. As decisões processuais penais: análise crítica do *sistema* atual e tendências da legislação projetada
   Éric Alexandre Lavoura Lima 245
5. A terceira globalização jurídica, as três faces da judicialização da política e o devido processo penal
   Gauthama Fornaciari de Paula 289

CRIME E SOCIEDADE

1. Estrutura social e anomia: aspectos da criminalidade contemporânea, analisados a partir de obras de Durkheim, Merton e Young
DOMINGOS BARROSO DA COSTA 315

2. Lenço no pescoço, fuzil no bolso: uma análise da criminalidade e do direito penal a partir de malandros cantados na música popular brasileira
JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS 339

HISTÓRIA

1. Uma análise histórica da imposição do medo do Direito Penal aos setores subalternos da população brasileira
MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH 373

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Anotações aos acórdãos: critérios de aplicação do princípio da insignificância no âmbito jurídico-penal brasileiro
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 403

1. Acórdãos

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Tentativa de furto de objeto usado e de pouco valor – Infrator contumaz, reincidente em delitos contra o patrimônio
Resenha por ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 405

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Porte ilegal de substância entorpecente – Posse de drogas para consumo próprio que se caracteriza como infração de mínimo potencial ofensivo
Resenha por ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 412

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Furto – Agente que subtrai utensílios de igreja – Conduta reprovável que afasta a alegação de pequena expressão econômica dos objetos • PRESCRIÇÃO – Furto simples, com pena máxima de quatro anos, que prescreve em oito anos
Resenha por ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 422

CRIME MILITAR – Furto – Princípio da insignificância – Subtração de armamento de propriedade da União e outros pertences, praticado a noite, em concurso de agentes, mediante arrombamento da residência de um cabo do Exército, dentro de base militar
Resenha por ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 430

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Furto – Agente que, por circunstâncias alheias a sua vontade, não consegue subtrair telefone celular
Resenha por ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 437

RESENHAS

1. *Investigação criminal defensiva*, de André Augusto Mendes Machado
Resenha por MARIÂNGELA TOMÉ LOPES 447

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 451

TEMAS 452

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 457

55169

1 O NORMATIVISMO JURÍDICO-PENAL: CONSEQUÊNCIA OU RESISTÊNCIA AO FUNCIONALISMO?

BRUNO MOURA

Mestrando em Direito Penal na Universidade de Coimbra. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa os diferentes significados do normativismo nos estratos principiológico e dogmático do sistema jurídico-penal, a partir das formulações de D'Avila e Keller, assim como sua relação com o funcionalismo e o ontologismo, de modo a identificar os pontos de correspondência e de desvio entre a grade metodológica geral de Castanheira Neves e os modelos classificatórios específicos presentes na polêmica Jakobs/Lüderssen e no esquema de Lampe. A tese aqui sustentada aponta para uma versão ontoantropológica do normativismo enquanto resistência ao funcionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal - Normativismo - Funcionalismo - Ontologismo Social.

ABSTRACT: The article analyzes the different meanings of normativism in the principiologic and dogmatic levels of the Criminal Law system from formulations of D'Avila and Keller, as well as its relationship with the functionalism and the ontologism, in order to identify the points of correspondence and deviation between the general methodological grid by Castanheira Neves and the specific classification models present in the Jakobs/Lüderssen's controversy and in the Lampe's scheme. The thesis here supported points to an onto-anthropological version of normativism as resistance to functionalism.

KEYWORDS: Criminal Law - Normativism - Functionalism - Social Ontologism.

SUMÁRIO: 1. O problema - 2. Normativismo e validade jurídico-penal - 3. Normativismo e dogmática jurídico-penal - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas.

1. O PROBLEMA

Castanheira Neves distingue três modos de compreender a juridicidade:[1] o normativismo parte da norma e concebe o Direito como sistema de normas a ser aplicado; o funcionalismo parte de fins heterônomos ou funções autônomas e concebe o Direito como meio ou forma de realização; o jurisprudencialismo parte do caso problemático e dos princípios axiológico-normativos e concebe o Direito como ordem de validade suscetível de mediação normativa e dogmática.[2]

Esta classificação causa certa estranheza aos penalistas. Primeiro porque apenas os termos *normativismo* e *funcionalismo* fazem parte de seu vocabulário. Segundo porque no âmbito da dogmática jurídico-penal o normativismo aparece geralmente como consequência do – como evidencia Keller[3] – e excepcionalmente como resistência ao – como recentemente sustentou D'Avila[4] – funcionalismo.

---

1. Trabalho apresentado na disciplina *Pensamento jurídico contemporâneo* do Curso de Mestrado em Ciências jurídico-criminais da Universidade de Coimbra, ministrada pelo Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares. Abreviaturas empregadas: *Digesta* = NEVES, António Castanheira. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Obra em três volumes. Coimbra: Coimbra Ed., 2005-2008; *GA* = *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag; *Grundfragen* = SCHÜNEMANN, Bernd et al (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: de Gruyter, 1984; *JA* = *Juristische Arbeitsblätter*. Köln: Luchterhand; *Jenseits* = PHILIPPS, Lothar; SCHOLLER, Heinrich (Hrsg.) *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: Decker & Müller, 1989; *JuS* = *Juristische Schulung*. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung; *JZ* = *Juristen Zeitung*. Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr; *RBCCrim* = *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT; *Evolución* = ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; *ZStW* = *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: de Gruyter.
2. NEVES, António Castanheira. *Medotologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, com resumo às p. 286-294.
3. KELLER, Rainer. Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus. Zum Einfluß von Wissenschaft, Tecknik und Zweckrationalität auf das Strafrecht. In: *ZStW* 107, 1995. p. 459, com referência aos funcionalistas Jakobs, Roxin e Frisch.
4. 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. 15 e ss., sob o título *funcionalismo* versus *normativismo no Direito Penal contemporâneo*.

Certamente Castanheira Neves, Keller e D'Avila não se referem ao mesmo "normativismo". O objetivo do presente estudo é compreender nos estratos principológico e dogmático[5] o sentido do normativismo no Direito Penal e sua relação com a grelha acima mencionada. Isto exige convocar duas grades esquemáticas próprias da ciência jurídico-penal, dedicadas à análise de questões diretamente relacionadas.

2. NORMATIVISMO E VALIDADE JURÍDICO-PENAL

A primeira delas constituiu o tema debatido por Jakobs e Lüderssen durante o Simpósio de Professores de Direito Penal realizado em Rostock no ano de 1995: "o Direito Penal entre o funcionalismo e o pensamento orientado pelos tradicionais princípios europeus".[6] A questão subjacente se situa no plano da legitimação material do Direito Penal e reside em saber se e como o funcionalismo pode mesmo ser considerado um método de fundamentação (*Begründungsmethode*).[7]

A tradição jurídico-penal europeia encontra seus contornos nas linhas político-filosóficas da Ilustração[8] – concentrada na ideia de que o contrato social

5. Sobre os estratos do sistema jurídico – *princípios jurídicos* (intencionalidade axiológica-normativa que define a validade fundamentante); *normas jurídicas* (positivação das prescrições legislativas político-estratégicas dotadas de *autoricta*s); *jurisprudência* (momento de objetivização e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do Direito); e *dogmática* ou *doutrina jurídica* (momento de racional e decisiva objetivização através da explicante e reconstrutiva determinação *secundum jus* dos princípios, das normas e da jurisprudência): NEVES, António Castanheira, op. cit., p. 155-157; BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 608 e ss., onde agrega dois estratos: a *realidade jurídica* e as *regras procedimentais*.

6. A discussão recorda a famosa polêmica entre Luhmann e Habermas. Assim: LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? In: *ZStW* 107, 1995. p. 877. Sobre o embate: MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 38-44.

7. LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts. In: WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg (Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. p. 83.

8. Escritas por Hobbes, Grotius, Locke, Pufendorf, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Kant e Hegel: FRISCH, Wolfgang. Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa. In: *GA* 154/5, 2007. p. 250-261.

celebrado através da renúncia parcial à liberdade natural conduz a um *status civilis* caracterizado pelo reconhecimento recíproco da pessoa numa ordem jurídica de liberdades – e constitui um forte parâmetro para a crítica do domínio (*Herrschaftskritik*). Neste espeque, o Direito Penal aparece como conjunto de princípios que assume o fim de assegurar a liberdade e a segurança do indivíduo através da "fundamentação, realização, conservação e limitação do monopólio estatal do poder".[9] Este acervo axiológico-normativo molda uma consciência jurídica (*Rechtsbewusstsein*) e uma representação de justiça (*Gerechtigkeitsvorstellungen*) profundamente enraizadas nos povos europeus e que se estendeu por todo o ocidente.[10] Em oposição ao Direito Penal, a Política Criminal aparece como o conjunto de princípios voltado para a luta eficaz contra a criminalidade.[11] Atualmente este principialismo encontra sua expressão mais radical no minimalismo da "Escola de Frankfurt",[12] capitaneada por Hassemer[13] e Lüderssen.[14]

O funcionalismo não parte destas exigências axiológicas de justificação e limitação inerentes ao Direito Penal, senão aposta na extensão da chamada "orientação pelas consequências (*Folgenorientierung*) – tradicionalmente limitada à legislação e à execução da pena – rumo à jurisdição: toda decisão jurídico-penal deve ser manejada em função dos efeitos fáticos de sua aplicação no mundo da vida, justificando-se na medida em que produza as consequências favoráveis, e evite as desfavoráveis, desde a perspectiva do fim de prevenção da criminalidade. A "Output-Orientierung" do sistema jurídico-penal significa

---

9. HASSEMER, Winfried. *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008. p. 209-211, onde agrega (p. 209) que esta tradição "não pode ser encontrada como as flores do campo, que apenas necessitam ser apanhadas; ela espera, como tudo no mundo das ideias, visões e conceitos, a criatividade do homem que com ela lida". Ainda: FRISCH, Wolfgang, op. cit, p. 252 e ss.

10. FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 250-252.

11. Por todos: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Zweiter Band. Berlin: Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905. p. 78-79, enfatizando a "Kampf gegen das Verbrechen".

12. Criticamente: SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: *GA* 142/5, 1995. p. 203 e ss.; MÜSSIG, Bernd, op. cit., p. 56 e ss.

13. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: *Jenseits*, p. 88 e ss.

14. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken... cit., p. 893 e ss.

que o saber empírico (*Empirische Wissen*), atinente aos resultados de sua intervenção no cotidiano, deve presidir o trabalho não apenas do legislador e da administração carcerária, mas também do juíz e da doutrina.[15] Em termos de construção dogmática: as consequências jurídicas do delito repercutem sobre a interpretação dos pressupostos da sanção.[16]

Isto fica bastante evidente no funcionalismo racional-final ou teleológico (*zweckrationales*) de Roxin, cujo ponto de partida reside num dignóstico sobre o modelo de Estado Social e Democrático de Direito: uma vez que a função estatal não mais se resume à garantia da coexistência pacífica de esferas de liberdade, senão alcança também a intervenção da Administração prestadora (*Leistungverwaltung*), a norma penal igualmente já não mais se restringe à clássica função liberal de proteção, pois se converte num "instrumento de configuração social altamente significativo", fixador de diretrizes de conduta (*Verhaltensrichtlinien*).[17] Neste contexto, o Direito Penal converte-se em meio de execução de um determinado programa de controle político-social da criminalidade e a Política Criminal passa a cuidar não apenas da prevenção eficaz do delito, mas também do conjunto dos pressupostos limitadores e justificadores da intervenção do *jus puniendi*: os tradicionais princípios de garantia são agora considerados "parte da política criminal do Estado de Direito", i.e., "princípios reitores da política criminal" que, uma vez consagrados pelo legislador, se tornam "pautas político-criminais da lei e da Constituição".[18]

---

15. HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., p. 22-26; LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (Hrsg). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 54, 56 e 59, onde propõe uma "*folgenorientierte Auslegung*" que permite ao juíz concretizar o marco político-jurídico contido na lei através da "terminação do programa da norma" (*Vollendung des Normprogramms*), consistente na adoção de decisões funcionais sobre a necessidade e o merecimento de pena. Levada ao extremo, esta orientação pelos fins da pena conduz à integração entre Direito material e processual. Por todos: SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, *passim*.

16. LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 48.

17. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechssystem*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970. p. 7-8.

18. Idem, p. 32, onde fixa o limite: "Porém, o desenvolvimento dos princípios político-criminais não podem se desprender dos critérios legislativos. Onde isto ocorre, se serve à *lege ferenda* e se abandona o terreno da interpretação da lei"; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4 Auflage. München: C. H. Beck, 2006. p. 205-211 e 227-234; ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. In: *Evolución*. p.

As coisas são menos claras no funcionalismo sistêmico de Jakobs. Tal modelo encontra suas bases no pensamento de Luhmann – especialmente as distinções entre expectativas cognitivas e normativas e entre sistemas psíquicos e sociais.[19] Delito e pena não são apenas eventos que produzem efeitos no mundo exterior, mas acontecimentos dotados de sentido (*Sinn*) ou significado (*Bedeutung*), entre os quais se estabelece uma singular relação comunicacional: o delito é uma afirmação que contradiz – defraudação da expectativa normativa – e a pena é a resposta que reafirma – estabilização da expectativa normativa defraudada – a vigência da norma (*Normgeltung*),[20] considerada o específico "bem jurídico-penal" (*Strafrechtsgut*).[21]

O funcionalismo trata sempre da solução de um "problema do sistema social".[22] Uma vez que esta resposta ocorre dentro da sociedade, o Direito Penal aparece como um sistema social parcial e seu sentido apenas pode ser apreendido a partir de sua função para o sistema social global (*externe Perspektive*):[23] "o funcionalismo jurídico-penal é concebido como a teoria de acordo com a qual o Direito Penal está orientado à garantia da identidade normativa, à garantia da constituição da sociedade" e por isto sua prestação reside em "contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade".[24] Dito de outro modo: a constituição da sociedade – e também da pessoa (como *Rolle* ou *Mask*) – ocorre através de normas e o Direito Penal se ocupa precisamente da proteção destas normas (*Normenschutz*).[25] Os proble-

---

63, 69, 70, 78. Assumem e desenvolvem o modelo: SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: *Grundfragen*. p. 45 e ss.; WOLTER, Jürgen: Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. In: *Grundfragen*. p. 103 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996. p. 8 e 29-31.

19. Com isto se pretende superar o paradigma da filosofia da consciência individual (*Psychologismus*).

20. JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1991. p. 9 e ss.

21. Idem, p. 35 e 37.

22. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? In: *ZStW* 107, 1995. p. 845.

23. Idem, p. 844: "Funções são prestações que (sozinhas ou com outras) conservam um sistema".

24. Idem, p. 843 e 844. O Direito Penal é o "Visitenkarte" da sociedade (p. 846).

25. Idem, p. 847 e ss.

mas começam quando se analisa o papel do fim (*Zweck*) da pena. Neste ponto cabe distinguir três fases de evolução no pensamento de Jakobs.[26]

Num primeiro momento o fim da pena é a prevenção geral positiva, entendida como influência no psiquismo dos destinatários: a "prática da confiança na norma", a "prática na fidelidade ao Direito" e a "prática na aceitação das consequências" são efeitos (*Effekte*) que podem ser condensados na "prática no reconhecimento da norma".[27] Esta orientação teleológico-consequencialista revela a Política Criminal como material de preenchimento da culpa enquanto mero "*Derivat der Generalprävention*".[28] Aqui o funcionalismo sistêmico assume traços do funcionalismo material-político.[29]

Posteriormente, ao aproximar-se cada vez mais da filosofia do Direito de Hegel, Jakobs descarta qualquer influência político-criminal[30] e abandona a concepção psicológico-social, formulando uma teoria retributivo-funcional carente de fim: o significado da pena – autocertificação (*Selbstvergewisserung*)

---

26. Sobre estas fases: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. p. 27 e ss. Assumem e desenvolvem a primeira fase: MÜSSIG, Bernd, op. cit., p. 33 e ss., p. 45 e ss.; ACHENBACH, Hans. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: *Grundfragen*. p. 135-152; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 301 e ss. Na perspectiva da segunda fase: LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1999. passim; PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschafstheorie. In: _____; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Carl Heymanns, 2007. p. 480-494.

27. JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* cit., p. 9, 10, 13 e 14. Antes e menos desenvolvido: JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976. p. 8-13.

28. JAKOBS, Günther. *La pena estatal...* cit., p. 32. Nas palavras do autor (p. 30): "a determinação da culpa está até certo ponto abertamente condicionada politico-criminalmente; a verificação do substrato real da culpa é precisamente uma atividade político-criminal".

29. Sobre esta modalidade: NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico. In: *Digesta III*. p. 199 e ss.

30. JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* cit., p. 855: "Se existe uma desnecessária sobrecriminalização ou uma necessária defesa do núcleo é uma questão puramente política, não da ciência jurídico-penal. A ciência do Direito Penal pode muito bem divulgar o que as novas regulações jurídicas exatamente trazem e o que pode ser considerado como benefício e como prejuízo segundo a valoração existente. Mas é impotente contra as alterações políticas de valores e não pode optar em favor de alterações políticas de valores".

– independe da eventual produção de consequências de psicologia social ou individual como a esperança de manutenção da fidelidade ao Direito, pois tais efeitos pertencem ao entorno (*Umfeld*): "a pena não é apenas um meio para a manutenção da identidade normativa da sociedade, senão já é esta manutenção mesma" e tal fenômeno "não é consequência do processo, mas seu significado", de modo que "as investigações empíricas sobre a prevenção geral positiva parecem estar sempre deslocadas".[31] Aqui se revela um funcionalismo sistêmico[32] depurado de qualquer elemento consequencialista típico dos funcionalimos materiais: como bem destaca Hassemer, a *Folgenorientierung* apenas encontra lugar no marco de uma formulação não retributiva de pena.[33]

Mas os últimos textos de Jakobs apontam surpreendentemente – a despeito da constante e incisiva remissão à jusfilosofia hegeliana – para uma "recognitivização"[34] da teoria da pena, retornando a uma *positive Generalprävention* referida a efeitos psicológico-sociais: o fim (*Zweck*) da pena é o "asseguramento cognitivo da vigência da norma", i.e., a "manutenção da fidelidade à norma", tendo como destinatários as "pessoas fiéis ao Direito" (*rechtstreue Personen*).[35]

---

31. Idem, p. 844 e 845; _____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosphie*. Zweite Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 106: "O difundido discurso sobre o fim de uma sanção é pelo menos inexato desde o conceito aqui delineado; a sanção não tem um fim, senão é ela mesma a consecução do fim, i.e., a comprovação da inalterada realidade da sociedade". Nesta fase Jakobs foi influenciado pela teoria retributivo-funcional elaborada por Lesch a partir de Hegel e Luhmann: LESCH, Heiko, op. cit., p. 75 e ss. Sustentando um neorretribucionismo hegeliano puro (não funcionalista): KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997. p. 37 e ss.

32. Sobre esta modalidade: NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico... cit., p. 199 e ss.

33. HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 22. Sobre este período de imunização da *Folgenorientierung* em Jakobs: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: _____ et al (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 16 e 17, onde destaca o abandono do método da "Mittel-Zweck-Reduktion aus ihrem Zweck"; LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 886.

34. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., p. 28, 53 e ss.

35. JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh, 2004. p. 26 e 29-33. Além de enfatizar a distinção entre significado e fim, Jakobs destaca que a confirmação da estrutura da sociedade não é nem um *punitur quia peccatum est*, nem um *punitur ne peccetur* (p. 26): "a mira se dirige para adiante, como no *ne peccetur*, mas não se trata da não repetição de outros delitos (um empreendimento que, levado a sério, se mostra totalitário em múltiplos aspectos), senão da

Sem embargo, a equivocidade semântica dos termos "Funktionalismus" e "alteuropäisch" suscita dificuldades que impedem uma exata classificação, o que torna a oposição alvo de críticas e relativizações. Os argumentos são vários. Primeiramente, se "europeu tradicional" se refere aos fins racionais (*vernünftige Zwecke*) invocados pelo Iluminismo para superar o *Prinzipiendenken* religioso, chega-se já neste instante à função,[36] uma vez que a fixação de certos fins apenas encontra sentido caso possam ser efetivamente alcançados.[37] Em segundo lugar e considerando a terminologia empregada pela sociologia, o conceito de função fica sem lugar na oposição: enquanto os sociólogos concebem as funções – manifestas e latentes – como algo independente ou consequência não querida de uma *Zweckrationalität*, os penalistas entendem que os princípios jurídico-penais são intencionalmente "funcionalizados pelas exigências de uma política criminal efetiva" – otimização da prevenção/persecução da criminalidade mediante a relativização das garantias do cidadão.[38] Em terceiro termo e como resultado do anterior, o eficientismo político-criminal parece incompatível com o Iluminismo em sua dimensão de melhoramento da posição jurídica do imputado – que de mero objeto de inquisição passa a sujeito de processo – mas não no sentido de uma ampla proteção de bens jurídicos das pessoas e da comunidade, como indica o constitucionalismo moderno.[39] Ademais, inclusive os princípios exaltados pela *Frankfurter Schule* são traba-

---

manutenção da vigência da norma". E reconhece expressamente (p. 31) sua mudança de posicionamento, ao apontar que algumas teorias da prevenção geral positiva descuidam do "kognitive Seite der Normgeltung", degradando os "sozialpsychische Wirkungen" à condição de meros "Sekundäreffekten": "a estreiteza de *minha* opinião deve ser aqui corrigida". Esta alteração foi recentemente confirmada em: JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*... cit., p. 111-116 e 134.

36. Sobre o conceito de função: NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico, p. 199 e ss.

37. SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 218, onde aponta que o Iluminismo nada mais fez do que substituir a orientação segundo princípios religiosos por um pensamento orientado por certos fins (*Zweckdenken*), concebendo o Direito Penal como meio de prevenção de danos sociais, assentado numa "funktionalistische Grundlage"; LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... p. 877; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. *Evolución*. p. 101, onde aponta o "elemento funcionalista" que segue na tradição: "o principialismo não exclui uma cofundamentação instrumental do Direito Penal (pois isto era o próprio do utilitarismo Ilustrado)".

38. Por todos: HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 85.

39. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 878.

lhados de modo funcionalista, pois a proteção do indivíduo deve ser garantida através dos meios jurídicos – definida como *Funktion des Rechts*[40] – e a tutela dos bens jurídicos transindividuais cabe apenas quando "funcionalizados desde a pessoa".[41]

Todos estes argumentos são corretos. O critério do "bem protegido" (*Schutzgutes*) permite dizer que a tutela da sociedade extravasa o marco do "tradição europeia", mas as coisas resultam duvidosas em relação ao indivíduo: se por um lado a preocupação humanista com a vítima – real e potencial – e o autor do delito faz parte do "europeu tradicional", a proteção do cidadão contra a criminalidade e a proteção do imputado contra o abuso estatal constitui a fissura da atual Política Criminal. O critério do "meio de proteção" (*Schutzmittel*), ao indicar o "qualquer meio é correto" e a "moderação" como os respectivos lemas do funcionalismo e do principialismo, também fracassa: nem o primeiro postula o recurso a qualquer meio, nem o segundo pretende uma completa autocontenção na persecução ou proteção do imputado.[42] Seja como for, a correção dos argumentos não lhes garante a força suficiente para relativizar ou negar a oposição em tela. Eles apenas indicam a necessidade de elucidar o critério da distinção através da reflexão sobre algumas tentativas de enquadramento.

Silva Sánchez reconhece a dificuldade de situar o funcionalismo político-criminal em algum dos polos.[43] Mas Roxin tratou de enquadrá-lo: "minha própria posição (...) se insere na tradição dos velhos princípios ideológicos europeus",[44] pois "a política criminal que defendo e que tornei fecunda no plano dogmático se baseia nos concretos conteúdos da velha Ilustração europeia, na medida em que encontraram acolhimento no sistema de valores da Constituição e de nossa legislação penal",[45] de modo que a teoria "orientada pelos princípios reitores de política criminal" se coloca "mais próxima dos princípios ideológicos que entroncam com o desenvolvimento posterior da posição da Ilustração do que de um funcionalismo sistêmico".[46] Evidentemente esta

40. SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 218.

41. HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 92; LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 899.

42. Sobre estes dois aspectos: LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 878, 879, 881 e 891.

43. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 106.

44. ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 74.

45. Idem, p. 69-70.

46. Idem, p. 78.

vinculação não procede. Nem mesmo o distanciamento entre as duas modalidades de funcionalismo é suficiente para justificá-la. Enquanto a Política Criminal da Ilustração tem um caráter empírico voltado para a prevenção eficaz da criminalidade, a Política Criminal proposta por Roxin tem um caráter também valorativo, pois abarca as garantias materiais e formais tradicionalmente pertencentes ao Direito Penal.[47] Não por acaso, Silva Sánchez acaba chegando à conclusão de que a concepção roxiniana não pode ser inserida no tradicional principialismo europeu.[48]

Jakobs também ensaia uma vinculação semelhante, ao afirmar que a "revisão funcional dos princípios e conceitos fundamentais do Direito Penal numa sociedade pessoalmente orientada" pressupõe, em razão de sua "insistência na pessoa" (*Insistiere auf der Person*), muito da tradição europeia.[49] Desta vez o enquadramento – também pretendido por *Zaczyk*[50] – soa ainda mais estranho. Embora o conceito de pessoa seja precisamente o eixo sobre o qual deve girar uma fundamentação não funcionalista do Direito Penal,[51] o principialismo tradicional impede uma definição exclusivamente normativa do ser-pessoa.[52] Como bem aponta Pawlik,[53] a única tradição que Jakobs conserva é o cultivo de uma dogmática jurídico-penal filosoficamente reflexiva.

Schünemann considera que a contraposição é mais uma "figura retórica" do que uma "construção lógica e semanticamente coerente" e que a praticamente incontestada determinação teleológica do Direito Penal através da *Rechtsgüterschutz* "compromete a ciência jurídico-penal em seu ponto de partida

47. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 106. Em sentido surpreendentemente diverso, igualando os modelos político-criminais de Liszt e Roxin: LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen... cit., p. 46.

48. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 111, onde destaca que a tese de Roxin não é minimalista.

49. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen... cit., p. 868. Também: LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 186, pretende expressamente inserir suas premissas no marco da "velha europa", na "tradição de Rousseau e Hegel".

50. ZACZYK, Rainer. Das subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs. In: _____; PAWLIK, Michael (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Carl Heymanns Verlag, 2007. p. 788: "Em conformidade com a tradição da modernidade, também em Jakobs o homem individual constitui o ponto de partida da reflexão".

51. HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 86.

52. Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 116.

53. PAWLIK, Michael, op. cit., p. 494-495.

com um pensamento funcional", de modo que o *monistisches Individualismus* frankfurtiano não passa de um "funcionalismo restringido individualmente".[54] Mas a identificação de uma função no seio do tradicional principialismo não conduz *eo ipso* ao funcionalismo. Uma coisa são os fins ou funções que o Direito Penal deve buscar ou realizar enquanto projeto humano-cultural historicamente situado,[55] outra bastante distinta é orientar o trabalho legislativo, jurisprudencial e dogmático no sentido de uma maior eficiência na procura ou desempenho daqueles fins ou funções. Não por acaso, Lüderssen enxerga na posição de Schünemann uma "percepção exagerada".[56]

Tudo isto revela que distinção entre principialismo e funcionalismo reside no modo de aproximação aos valores e de articulação entre sua realização e a obtenção de consequências empíricas.[57] Mas o significado atual desta delimitação exige incontornavelmente o repensar sobre os princípios jurídicos.

Desde a perspectiva jurisprudencialista formulada por Castanheira Neves, os princípios normativo-jurídicos são regulativos compromissos valorativos e práticos que carregam a específica intencionalidade histórico-social – presente na "consciência jurídica geral" – que oferece o sentido material ao Direito enquanto Direito, i.e., são os fundamentos axiológico-normativos da juridicidade enquanto ordem de validade: por isto transcendem a legalidade e permitem o desenvolvimento autônomo do Direito (juridicidade translegal).[58] Nesta trilha, os princípios jurídico-penais de garantia são os elementos normativos que condensam os valores fundantes da autonomia do Direito Penal. A produ-

54. SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 218.

55. Sobre a realização da justiça penal historicamente situada como *finalidade* e a proteção de bens jurídicos (decomposta em garantia individual, segurança e coesão normativa, pessoal e social) como *função* do Direito Penal desde uma *fundamentação* ontoantropológica: COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal – Introdução*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 20-26.

56. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 899.

57. Assim: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 100-101.

58. Tais princípios não se confundem com os chamados "princípios gerais de Direito", que são meras generalizações didático-dedutivas sobre o conteúdo básico de um conjunto de normas legais. Os *princípios normativos* são articulados com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das *normas* (critérios). Assim: NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juíz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Digesta* III. p.165-170; BRONZE, Fernando José, op. cit., p. 627-630.

ção de consequências políticas ou a reprodução das condições de estabilidade da sociedade dizem respeito apenas à eficiência/eficácia do Direito, de modo algum interferindo nas exigências de validade. Em suma: a *Zweckrationalität* aparece como/em função da *Wertrationalität*.[59] Diferentemente, a aproximação desde perspectivas funcionalistas encontra o referente axiológico nas "decisões valorativas político-criminais" (*kriminalpolitische Wertentscheidungen*)[60] – seja a garantia do cidadão, seja a prevenção da criminalidade – ou na "autoconservação" (*Selbsterhaltung*) do sistema.[61] Os valores residem na realização das exigências políticas ou sociais eventualmente repetidas pelo sistema jurídico-penal segundo contingências também políticas ou sociais. Em suma: a *Wertrationalität* aparece como/em função da *Zweckrationalität*.[62] Enquanto no principialismo jurisprudencialista aqui defendido os valores são fruto de uma lógica interna e intersubjetiva, no funcionalismo eles resultam de uma lógica externa e objetiva.[63]

O funcionalismo político-criminal equivocadamente inverte a ordem de enfrentamento crítico dos problemas, pois antes de indagar sobre a bondade dos interesses político-criminais e a adequação/utilidade das medidas adotadas, deve-se sondar as condições de possibilidade jurídica destas considerações. Esta desvalorização da dimensão normativa dos princípios jurídico-penais revela a colonização do Direito (penal) pela Política (criminal), em total menosprezo pelo problema da autonomia da juridicidade (penal).[64] Os princípios

59. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 99 e ss.

60. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik*... cit., p. 12 e 13, sobre "kriminalpolitisch-wertende Elemente".

61. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen... cit., p. 853: "desde uma perspectiva funcional, apenas a força de autoconservação importa".

62. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 102-103.

63. Idem, p. 104. No funcionalismo sistêmico de Jakobs o valor reside na identidade do sistema social global. A autorreferência do subsistema jurídico-penal é o meio pelo qual se realiza este valor.

64. Esta crítica pode ser decomposta: o modelo afirma precisamente aquilo que queria superar, esvaziando o conteúdo axiológico da normatividade e reduzindo-a a um conceitualismo teórico vazio e formalista que ignora o enriquecimento axiológico deixado pelo neokantismo; a excessiva abertura da Política Criminal erosiona o seu rigor enquanto critério de solução dos casos, restando convertida em mero recurso retórico; o conflito fundamental entre os interesses estatais de controle e os interesses de preservação de direitos e garantias fundamentais simplesmente se esfumaça. Tudo isto em: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*... cit., p. 24-33; D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do Direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. *RBCCrim* 64/92 e ss.

político-criminais são meras "regras de prudência" (*Klugheitsregeln*)[65] relativas às estratégias de controle da criminalidade,[66] reveladoras de uma pura racionalidade instrumental incapaz de tematizar as exigências axiológicas que portam o sentido autônomo da juridicidade penal enquanto ordem de validade. A racionalidade estratégica típica da Política torna os princípios de garantia disponíveis no caso concreto em função do *output*, o que flexibiliza as tradições normativas do Direito Penal e dilui o potencial crítico dos valores em processos político-estratégicos de ponderação. Dito de outro modo: uma vez que os valores passam a fazer parte do jogo político, o funcionalismo não tem condições de fixar os limites da Política Criminal.[67]

Isto revela a necessidade de repensar o *status* do Direito Penal e da Política Criminal no seio da "ciência conjunta do Direito Penal", de modo a abandonar o "conceito ponte" (*Brückenkonzept*) proposto pelo funcionalismo teleológico-racional e retornar ao "conceito-vala" (*Grabenkonzept*)[68] defendido por Liszt: enquanto conjunto de normas jurídicas que vinculam uma pena (consequência jurídica) a um crime (realização culpável de um tipo legal) e objeto de sistematização e desenvolvimento pela ciência jurídico-penal,[69] "o Direito Penal é a barreira instransponível da Política Criminal" e "o Código Penal é a magna carta do delinquente".[70] Enquanto o primeiro se dedica à proteção do indivíduo criminoso contra o perigo de abusiva resposta da vítima e da coletividade, a segunda se destina ao asseguramento da sociedade frente aos potenciais delinquentes. Quando está em jogo a utilização do Direito Penal pela Política Criminal, o espaço de legítima movimentação desta última se encontra previamente fixado pela juridicidade determinada segundo princípios normativos. Do contrário, muito pouco restaria à ciência normativa do Direito Penal, i.e., à dogmática jurídico-penal.[71] Uma vez que não existe nenhuma primazia ou domínio no seio das disciplinas da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, o Direito Penal não pode ocupar uma posição de sujeição à Política Criminal.[72]

---

65. LISZT, Franz von, op. cit., p. 78.
66. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais*... cit. p. 28-29, 76-77.
67. HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 85.
68. Sobre os dois conceitos: SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. *ADPCP* 44/703.
69. LISZT, Franz von, op. cit., p. 77-78.
70. Idem, p. 80.
71. D'Avila, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*... cit., p. 33 e ss.
72. Idem, p. 34 e ss.; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais*... cit., p. 28 e 30.

Por isto D'Avila acertadamente postula – em expressa referência à concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves – um "normativismo" que reside na "revalorização do Direito Penal normativo no seio da ciência conjunta do Direito Penal", enquanto reafirmação ou fortalecimento da irrenunciável autonomia da ciência normativa do Direito Penal como parâmetro crítico de legitimidade formal e material assentada em princípios normativos concebidos como fundamentos de validade, i.e., como centro de convergência dos direitos e garantias fundamentais inalienáveis dotado de competência exclusiva para definir os limites da punibilidade.[73]

Evidentemente, a revitalização dos "limites normativos da Política Criminal" proposta por D'Avila[74] se refere a um normativismo penal crítico que nitidamente se diferencia daquele normativismo que figura na grelha elaborada por Castanheira Neves, no qual a legitimação da juridicidade reside unicamente na estrutura racional – universal e abstrata – da norma.[75] Certamente aqueles étimos axiológicos da validade são exigências de dever-ser – por isso princípios "normativos". A despeito da identidade de nomes, a natureza axiologicamente fundamentante dos princípios revela uma grande aproximação entre este normativismo jurídico-penal "renovado" e o jurisprudencialismo.[76]

Também o funcionalismo de Jakobs se mostra insustentável, pois revela uma concepção formal assumidamente aberta e indiferente quando ao conteúdo do Direito Penal, deixando de lado a problemática de sua justificação material – quais normas definem a identidade da sociedade e devem ter sua vigência garantida através da pena? O alto grau de abstração do modelo permite ajustá-lo igualmente a sistemas sociais liberais, coletivistas e totalitários.[77] Trata-se de uma formulação positivista que desvincula a normatividade de qualquer

73. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...* cit., p. 15, 35, 36 e 39, onde se refere à uma "normatividade penal constitucionalmente orientada"; _____. O espaço do direito penal no século XXI... cit., p. 92 e ss.

74. Idem, p. 88 e ss.

75. Expressamente: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...* cit., p. 34 e 39; _____. O espaço do Direito penal no século XXI. p. 93, 95 e 97, onde fala numa "ciência normativa do Direito penal renovada".

76. Os nomes se identificam porque D'Avila segue a distinção entre "princípios" e "regras" formulada por por Alexy: idem, p. 35.

77. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht... cit., p. 853: "A perspectiva funcional não está amarrada a nenhum determinado modelo social. (...) Quem apenas sabe que uma sociedade é funcionalmente organizada nada sabe sobre sua concreta configuração, portanto nada sobre os conteúdos das comunicações aderidas".

referência valorativa.[78] Nesta "normatividade sem critérios" (*Normativität ohne Maßstab*)[79] a autorreferência não é de modo algum controlável[80] e a questão da legitimidade segundo critérios de justiça se resume a um problema de contingência e seletividade do Direito Positivo na busca de um nível de complexidade propício para o funcionamento do sistema.[81]

Os problemas de validade passam ao largo da teoria, que se ocupa apenas da relação indivíduo/sociedade, ignorando a relação sociedade/Estado, imprescindível para aferir quando as manifestações do poder punitivo não correspondem às exigências sociais – enquanto o superávit da autodinâmica estatal conduz a um Direito Penal simbólico, o déficit conduz a um Direito Penal anacrônico. O "asseguramento do existente" não passa de uma fórmula vazia pautada num decisionismo circular baseado em generalizações, abstrações e objetivizações de sentido que mostram a total arbitrariedade – em razão das vicissitudes das forças conjunturalmente dominantes – na valoração daquilo que deve ser assegurado, pretensamente justificado pela desqualificação das soluções tradicionais como "naturalistas".[82]

Ao sobrecarregar a ordem social com o ônus da própria configuração, a teoria conduz a um curioso esquema de distribuição de responsabilidade, segundo o qual "quando a complexidade do mundo é reduzida através da compreensão social a responsabilidade do indivíduo pela sua configuração também diminui".[83]

---

78. Assim: ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 67, 74 e 75; MÜSSIG, Bernd, op. cit., p. 44, 46 e 47, embora pretendendo encontrrar critérios de legitimação material na própria teoria dos sistemas; SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 219: "Uma vez que Jakobs quer deduzir o conteúdo dos conceitos exclusivamente a partir das funções do respectivo sistema social, sua concepção de Direito Penal se ajusta a toda e qualquer Política Criminal e por isto pode suportar sem desconforto toda e qualquer modernização do Direito Penal".

79. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 885.

80. KELLER, Rainer, op. cit., p. 497.

81. Sobre esta *Legitimationsfrage*: SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre. In: *ZStW* 118, 2006. p. 602-610, onde resume (p. 602): "O Direito vigente vige porque foi decidido de modo contingente-seletivo que ele deve viger". No mesmo sentido: ZACZYK, Rainer. op. cit., p. 798-799, onde identifica um "processo de autodeterminação puramente formal" que desconhece "a vivacidade e a realidade das instituições".

82. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 886-893; ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 76.

83. ZACZYK, Rainer, op. cit., p. 799.

As relativizações hegelianas das consequências mais duras da teoria dos sistemas são insuficientes para uma mínima aproximação à originalidade do sujeito, pois o quadro segue inalterado: não são os indivíduos enquanto pessoas que fundam a comunicação pessoal, mas sim a comunicação pessoal que funda os indivíduos como pessoas.[84] Ao substituir o indivíduo pela norma/dever, a tese desconhece que na origem da sociedade não está nenhum fenômeno sagrado, mas sim o "encontro com cada ser humano".[85]

Em síntese: ao prezar pela manutenção do *status quo* (sistema dominante) e se contentar com a mera descrição[86] das relações, o "mensageiro" da autocompreensão da sociedade, indiferente quanto ao conteúdo da notícia, não apenas esvazia o potencial crítico-reformador da dogmática, mas também se esquece de que o Direito Penal trata sempre da tensão entre violência estatal e liberdade individual.[87]

De qualquer modo, os normativismos principialista e sistêmico se definem pela autorreferencialidade (*Selbstreferentialität*) na determinação dos objetos e na garantia das condições de sua própria normatividade.[88] Mas enquanto no segundo o único valor é a autoconservação do sistema, no primeiro existe uma teia de valores em cuja tecedura discursivo-consensual participam os seres humanos enquanto sujeitos capazes de experimentar e argumentar no mundo da vida comunitaria.[89]

D'Avila acerta não apenas na aproximação ao jurisprudencialismo, mas também no apelo à compreensão ontoantropológica formulada por Faria Costa como o manancial dos valores tematizados pelo Direito Penal.[90] Com efeito, a primeva relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo – a *Sorge* comunitária enquanto sentido primário que inunda as relações sociais – encontra refrações naqueles dois pilares – condensados no princípio geral da justiça material – do Estado-de-Direito-Material que valem como fundamentos do es-

84. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 887.

85. ZACZYK, Rainer, op. cit., p. 799.

86. JAKOBS, Günther. Das strafrecht... cit., p. 857: "não se trata da afirmação de que deve ser assim, senão de que é assim. (...) É provável que esta descrição desinteressada, esta exclusão da utopia, seja na prática o mais escandaloso de toda teoria funcional".

87. ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 68.

88. Com expressa menção às posturas de Herzog e Jakobs: KELLER, Rainer, op. cit., p. 496.

89. Sobre esta participação: Idem, p. 497; LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 893-895.

90. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*... cit., p. 36.

pecífico desvalor jurídico-penal: o princípio da segurança de todos os cidadãos e o princípio da culpa.[91]

Não se trata de um ontologismo clássico (pré-moderno), de matriz platônico-aristotélica, em que o conhecer se limita à teorética contemplação do ser-objeto enquanto "ordem natural" de uma necessidade determinante revelada de modo categorial-conceitual, baseada num juízo de verdade empírica no qual a *eidos* (ideia) encontraria a coisa. Trata-se de uma compreensão do ser como *energeia* (força em ação), algo dinâmico e evolutivo, imerso na historicidade, indeterminadamente aberto para que o homem participe com sua força criadora ou intervenção transformadora, sem todavia se degradar naquela facticidade empírico-causal e axiologicamente neutra que marcou a modernidade e transformou os fins em pretensões subjetivas atinentes à técnica, à eficiência, à eficácia, à utilidade em relação aos efeitos. Uma ontologia que volta a conceber os fins como expressão teleológica de uma ordem de sentido ontoaxiológica.[92] Um sentido que se baseia não em necessidades estabilizadoras ou decisões político-criminais subordinantes da estrutura – que organiza e permite o funcionamento –, mas um sentido que genuinamente funda e constitutivamente sustenta.[93] Inclusive um funcionalista como Frisch se vê forçado a reconhecer que a construção do Direito Penal "não é uma mera questão de política e de executoriedade", mas algo vinculado à "essência do Direito, aos seus pressupostos de vigência, à sua aceitação e à sua lógica material".[94]

Um último refinamento se faz necessário. Uma vez as decisões político-criminais fundamentais invocadas pelo funcionalismo moderado devem estar explicitadas em normas jurídico-positivas, poder-se-ia vislumbrar nesta postura uma modalidade de normativismo. O mesmo valeria em relação ao funcionalismo sistêmico, no qual a proteção de normas serve diretamente à

---

91. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 248-252.

92. Sobre as ontologias clássica e moderna: NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade"... cit., p. 180-181, onde destaca que nesta última "as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da performance". No mesmo sentido: LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen... cit., p. 48, onde propõe um ponto de partida "*sozial- und personalethisch*" no qual os valores tem um *fundamentum in re* (pré-existem à determinação jurídica de um modo pessoal – e social – ontológico).

93. NEVES, António Castanheira. Esntre o "legislador", a "sociedade"... cit., p. 161 e 162.

94. FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 251.

autoconservação (*Selbsterhaltung*) do Direito.[95] Sem embargo, em ambos os casos a norma aparece apenas como ponto de referência da função, que segue como o elemento determinante no plano da juridicidade.

Tudo isto conduz a duas conclusões. Como bem sintetiza Castanheira Neves, no funcionalismo a fundamentação cede à instrumentalização e a validade à eficácia/eficiência; aos valores substituem-se os fins e aos fundamentos os efeitos.[96] Logo, *per definitionem*, o funcional não pode fundamentar o Direito Penal. Em segundo lugar, Lüderssen erra ao negar a existência de qualquer diferença qualitativa entre princípialismo e consequencialismo, afirmando tratar-se de uma pura questão quantitativa de "*mehr oder weniger Abstraktion*".[97]

3. NORMATIVISMO E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Segundo Lampe, a ordem jurídico-penal – como qualquer outro ramo do Direito – pode ser fundamentada desde duas perspectivas distintas. Enquanto uma fundamentação funcional parte da pena como consequência da regulação, uma fundamentação ontológica parte do injusto como objeto da regulação,[98] i.e., como pressuposto ou condição da sanção.[99] A questão dogmática aqui

95. Assim: KELLER, Rainer, op. cit., p. 479.

96. Idem, p. 182.

97. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 881. São diferentes perspectivas qualitativas que alimentam, v.g., a oposição entre os esforços de manutenção e concretização do conceito de bem jurídico como referencial crítico-material (em especial a teoria pessoal do bem jurídico) e a tendência de desmaterialização e abandono.

98. LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 83-84. Nos mesmos termos: COSTA, José de Faria. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou do retorno à limpidez do essencial)*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000. p. 6-7; D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal...* cit., p. 45-46. Um bom exemplo funcionalista pode ser encontrado em: FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. 2. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer, 2009. p. VII: "os pressupostos de um delito são funcionalmente determinados tendo em vista a questão das consequências jurídicas existentes". Em 1968 Schmidhäuser sustentou que os conceitos do delito deveriam ser explicados à luz da pena enquanto sua consequência jurídica. Mas este projeto não chegou a ser executado pelo autor, em razão da falta de referência à Política Criminal. Informativos: SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche... cit., p. 46; AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: *Grundfragen*. p. 86.

99. Enquanto argumentação "konditionale" ou "kausale", i.e., como análise dos elementos que condicionam ou causam a pena (injusto e culpa): LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen... cit., p. 45 e 47.

envolvida reside em saber se esta segunda grade consegue abraçar todo o desenvolvimento epistemológico do Direito Penal. Deixando momentaneamente de lado o funcionalismo, a resposta passa pela análise dos modos de realização do principialismo ao nível da construção do sistema de delito.

Ainda de acordo com Lampe, duas são as notas de uma fundamentação ontológica do Direito Penal. A primeira delas é assumir o tipo de injusto como base de surgimento (*Entstehungsgrund*) da necessidade de pena. A segunda é procurar na "essência" (*Wesen*) ou "natureza das coisas" (*Natur der Sache*) – no sentido de uma verdade eterna – aquilo que o injusto *é*, enquanto algo prévio a qualquer valoração, determinado segundo "circunstâncias lógico-objetivas pré-sociais" (*vorgesellschaftliche sachlogische Gegebenheiten*) encontradas na realidade pela fenomenologia e vinculadoras do Direito Penal, de modo a impedir a discricionária normativização (*Normierung*) segundo as exigências sistêmico-sociais ou político-criminais.[100] Ao primeiro critério atendem o positivismo naturalista, o neokantismo e o finalismo. Ao segundo, apenas o positivismo naturalista e o finalismo.

O saber primitivo baseava-se no tato. Através da mão (*Hand*) o homem se apoderava do mundo: o trabalho manual configurava a vida social.[101] A mão sempre exigiu uma "presença corpórea" (*körperliche Präsenz*): "conhecer", "comprender", "apreender", "perceber" nada mais era do que "apanhar", "agarrar", "pegar", "tocar" um objeto físico "sensorialmente percepetível" (*sinnlich wahrnehmbar*). Foi através de um contato corporal que "conheceu Adão a Eva, sua esposa" (Gênesis, 4-1). Aos poucos a difusão da ideia de que a mão também pode enganar ou forjar – "manipular" (*manipulieren*) – alterou seu significado social.[102]

O pensamento jurídico-penal nasce informado por este paradigma, concebendo o fato punível como mero *corpus delicti*, i.e., como o desenvolvimento causal de uma ação nas circunstâncias de seu resultado, suscetível de prova física (*evidentia facti* ou *body of evidence*). Os conflitos, os objetos e as sanções eram físico-corporais e a necessidade da "presença do fato num objeto corpóreo" concedeu ao resultado o significado dominante na constituição do delito.[103] Esta concepção foi progressivamente relativizada não apenas pela fi-

100. LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 84-85.

101. A mão representava a produção de riquezas e sua circulação via tradição; através da união de mãos casamentos e outros acordos eram celebrados etc.

102. KELLER, Rainer, op. cit., p. 461-466.

103. Idem, p. 463-465.

losofia da consciência, mas especificamente pela teoria da imputação de *Pufendorf* e pelo reconhecimento da dimensão institucional do Direito Penal pelo Iluminismo.[104] Mas o sensorial ou sensual (*sinnlich*) seguiu como fio condutor dos primeiros passos da moderna dogmática jurídico-penal, como atestam as teorias preventivas da pena formuladas por Beccaria[105] e Feuerbach,[106] bem como os estudos empíricos de Mittermaier sobre as bases médico-psicológicas da inimputabilidade e a prova no processo penal.[107]

As coisas pouco mudam com o advento da moderna sistemática do delito. A exclusão de qualquer especulação metafísica ou transcedental conduziu o positivismo naturalista de Liszt e Beling a reconhecer e reproduzir um sistema interessado apenas pelos objetos naturais do mundo real ("natürliche Gegenstände der realen Welt") a serem constatados pelo juíz independentemente de juízos valorativos, i.e., composto por uma série de conceitos deduzidos a partir de juízos existenciais empíricos sobre fatos perceptíveis pelos sentidos e formuláveis em termos físicos ou biológicos. Este *Naturalismus* oferece um modelo formalista e classificatório – assentado sobre o conceito de causalidade (*Kausalmonismus*), nos termos propostos pela teoria da equivalência das condições, do qual resultou uma série de teorias subjetivas corretivas de grande repercussão na jurisprudência – que considera isoladamente os elementos do delito, sem tomá-lo como unidade ou conjunto.[108] Não por acaso, os termos

104. Idem, p. 467-468.

105. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 63-64, onde concebe as penas como "argumentos sensíveis" emprestados pelo mundo físico ao mundo moral para dissuadir o espírito dos homens, i.e., "argumentos que ferem os sentidos e que a todo o passo vêm a mente para contrabalançar as fortes sensações das paixões individuais que se opõem ao bem universal: nem a eloquência, nem os discursos, nem mesmo as mais sublimes verdades bastaram para refrear por longo tempo as paixões excitadas pelas vivas solicitações dos objetos presentes".

106. FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Neunte Auflage. Giessen: Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1826. p. 18: "Todas transgressões têm sua origem psicológica na sensualidade, pois é a concupiscência do homem que o impulsiona, pelo prazer, a praticar a ação. Este impulso sensual será anulado desde que cada um saiba que ao seu fato seguirá inevitavelmente um mal maior que o desgosto decorrente da não satisfação do impulso para o fato".

107. Informativo: LÜDERSSEN, Klaus. Karl Joseph Anton Mittermaier und der Empirismus in der Strafrechtswissenschaft. In: *JuS* 7, 1967. p. 444-448.

108. Informativo: SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche... cit., p. 19-24. Sobre a ausência de um verdadeiro sistema: PAWLIK, Michael, op. cit., p. 490-491: o

"naturalismo" e "naturalísticos" passaram a ser empregados de modo pejorativo.[109]

Para superar a chamada "falácia naturalista", o *Neukantianismus* de Mezger e Mayer – impulsionado pela filosofia dos valores da escola de Baden ou sudocidental alemã (Rickert, Lask e Radbruch) e da escola de Marburgo (Cohen e Stammler) – parte da impossibidade de derivar o *dever-ser* a partir do *ser* – a análise empírica da realidade é incapaz de fornecer elementos normativos para sua valoração – e concebe o sistema de delito como uma decisão especificamente jurídica assentada nos critérios de valor inerentes ao Direito Penal. As categorias do sistema passam a ser preenchidas com uma "carga normativa" (*normative Aufladung*) que rechaça a linguagem de observação-descrição. Ao reivindicar o *Methodendualismus*[110] – entre ciências da natureza e ciências do espírito – e o *status* da ciência do Direito (penal) enquanto *Kulturwissenschaft*, o neokantismo retorna à metafísica para postular uma *teleologische Begriffsbildung* que incorpora ao trabalho dogmático os valores veiculados pela norma jurídico-penal, em ruptura com a jurisprudência dos conceitos positivista-naturalista. Sem esmbargo, o abandono da mera percepção sensorial de uma realidade física *vorkulturell* e *wertfrei* desaguou num *Normativismus* extremo e num *Wertrelativismus* no qual a desordem dos *topoi* axiológicos – a opção entre valores era cientificamente impossível – deixou sem rumo a construção do sistema nos casos de conflito.[111]

O *Finalismus* de Welzel, Armin Kauffman e Maurach retorna à "lógica da coisa", agora definida segundo "estruturas lógico-objetivas" (*sachlogische Strukturen*) compreendidas como constantes antropológicas atemporais encontradas no mundo da convivência humana, nas quais realidade e valor se mesclam para formar um sentido (*Sinn*).[112] Estas constantes constituem a ma-

---

modelo "diz que o delito consiste nos elementos 1, 2 e 3, sem nenhum enunciado sobre o conceito de delito em si mesmo, mas apenas sobre seus elementos"; LESCH, Heiko Hartmut. Unrecht und Schuld im Strafrecht. In: *JA* 34, 2002. p. 605-606.

109. PUPPE, Ingeborg. Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtdogmatik. In: *GA* 141, 1994. p. 298, onde aponta que os termos são considerados verdadeiros "palavrões" (*Schimpfwörter*).

110. Idem, p. 298: "nenhum princípio normativo pode ser deduzido de um princípio descritivo".

111. Informativos: SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche... cit. p. 24-32; GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *RBCCrim* 32/126, 127 e 132.

112. Por isto não cai numa nova *naturalistische Fehlschluß*, uma vez que não se reduz à mera observação físico-sensorial e avalorada da realidade. Assim: SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche... cit. p. 34.

téria prévia a toda regulação jurídica e inexoravelmente vinculam o legislador, o juíz e a doutrina. O ontologismo finalista encontra sua estrutura lógico-objetiva fundamental na finalidade (*Finalität*) presente em toda ação humana, i.e., na capacidade do ser humano de, com base em seu saber causal, prever as possíveis e prováveis consequências de seu agir, fixar diversas metas, escolher os meios mais adequados para a sua realização e dirigir sua atuação segundo o plano.[113] Este "desnormativizar" (*entnormativieren*) através do recurso às necessidades do objeto satisfez os anseios de paz emergentes logo após a segunda grande guerra.[114]

Esta evolução indica que a grelha proposta por Lampe resulta demasiado curta para apreender as variedades metodológicas da dogmática jurídico-penal. Também revela a necessidade de dizer algo mais sobre o novo personagem em cena – o normativismo – e sua relação com o funcionalismo.

Segundo Keller, o normativismo afirma que "os conceitos com os quais o Direito Penal compreende seu ambiente devem ser, sem exceção, normativos, i.e, determinados com base nos fins jurídico-penais".[115] Isto significa que os conceitos do sistema de delito devem ser construídos a partir de "valorações sociais" (*soziale Wertungen*) reveladas pelo sentido da regulação legal e não narrados ou descritos de acordo com uma orientação transcendental fornecida pela "Wesen der Dinge", pois o recurso às essências traz consigo o perigo de imunizar as opiniões contra a crítica. Eis o chamado "medo do ôntico" (*Angst vor dem Ontischen*).[116]

De acordo com Puppe, isto revela que a dogmática jurídico-penal deixa de ser uma *deskriptive Wissenschaft* para assumir um caráter criativo/constitutivo e relativo.[117] Para uma "normative orientierte Strafrechtswissenschaft" o decisivo não é a mera descrição (*Beschreibung*) dos fatos desligada de qualquer conhecimento teleológico ou axiológico, mas apenas sua valoração (*Bewertung*).[118]

Keller mostra que a racionalização – orientação por fins ou funções – científica, técnica e econômica do mundo da vida iniciada na modernidade evidenciou a contingência das possibilidades de experiência. A crescente desmate-

113. Informativos: idem, p. 34 e ss.; ROXIN, Claus. Strafrecht... cit. p. 202-204.

114. AMELUNG, Knut, op. cit., p. 86.

115. KELLER, Rainer, op. cit., p. 457.

116. Idem, p. 457, onde destaca a *normativistische Begriffsbildung*.

117. PUPPE, Ingeborg, op. cit., p. 297-299.

118. Idem, p. 307.

rialização da realidade por critérios axiológicos de abstração revelou um progressivo distanciamento entre corpo (*Körper*) e significado (*Bedeutung*), que culminou na definitiva separação entre sensualidade (*Sinnlichkeit*) e espírito (*Geist*): os objetos não são mais entidades físico-corpóreas "sensorialmente perceptíveis" (*sinnlich wahrnehmbar*), mas sim elementos portadores de sentido (*Sinn*) atribuído pelas valorações sociais. Curto: o conhecimento do mundo não mais se dá através da mão que toca, mas sim do juízo que valora. Por isto a identidade dos objetos torna-se cada vez mais insegura.[119]

Esta tendência obviamente alcançou o Direito Penal, que passou a encontrar sérias dificuldades para observar e apreender o sentido dos objetos sobre os quais incide. No início do século passado este fenômeno foi esquadrinhado pelo neokantismo, ao destacar a vinculação do Direito Penal à realização de uma teleologia de valores.[120] Hoje, estas dificuldades são exponencialmente maiores em virtude das onipresentes exigências de funcionalização[121] político-criminal e sistêmica que esvaziam o conteúdo ético-social do Direito Penal e o convertem em mero mecanismo de governo e/ou autoestabilização, i.e., em "instrumento de direção" e "sismógrafo" do "clima social" (*Gesellschaftsklimas*) – nas precisas palavras de Müller-Dietz.[122]

Certamente o funcionalismo é o mais importante, mas não é o único fator determinante deste processo de renúncia à "sinnliche Wahrnehmung eines Gegenstands".[123] Também contribui para este fenômeno as recentes teorias neoidealistas,[124] cujo grau de abstração chega ao ponto de encontrar o cerne do conceito de delito na ideia de relação jurídica (*Rechtsverhältnis*), abarcante

---

119. KELLER, Rainer, op. cit., p. 459-470. No mesmo sentido: PUPPE, Ingeborg, op. cit., p. 297, 313, 314 e 317, onde destaca a ambiguidade da linguagem cotidiana para descrever os fenômenos empíricos.

120. AMELUNG, Knut, op. cit., p. 85-86, onde aponta que durante o período entre-guerras faltou ao neokantismo a tranquilidade política necessária para concluir seu programa de sistema teleológico.

121. Afinal, o pensamento funcionalista casa muito bem com as exigências de mudanças sociais velozes e complexas. Assim: HASSEMER, Winfried. Grundlinien... cit., p. 86.

122. MÜLLER-DIETZ, Heinz. Instrumentelle vs. sozialethische Funktionen des Strafrechts – am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen. In: *Jenseits*. p. 95.

123. KELLER, Rainer, op. cit., p. 471.

124. Especialmente as de raiz hegeliana. Aliás, estas teorias estão muito mais próximas do funcionalismo jakobsiano do que o funcionalismo roxiniano. Assim: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik... cit., p. 14.

das noções sinalagmáticas de "direito subjetivo" e "dever", tal como proposto por Renzikowski.[125]

Os estreitos limites deste trabalho não permitem a análise destas concepções. Neste momento o interesse reside em evidenciar que, enquanto oposição ao ontologismo finalista, o funcionalismo assumiu o legado normativista deixado pelo neokantismo, substituindo as valorações difusas não hierarquizadas por valorações político-criminais ou sistêmico-sociais referidas à teoria dos fins das penas.[126]

Agora situado no estrato dogmático do sistema jurídico-penal, o funcionalismo se manifesta como *(neo)normativismo*. Assumir como ponto de partida a missão (*Aufgabe*) da ordem jurídico-penal e não os pressupostos ontológicos dos objetos conduz a uma "(Re)Normativierung" das categorias: os conceitos não fornecem modelos de regulação (*Regelungsmodelle*) ao Direito Penal, senão surgem precisamente no contexto das próprias regulações do Direito Penal.[127] Dito de outro modo: na compreensão *normativ-funktionale* os conteúdos das categorias sistemáticas do delito são atribuídos em função daquilo que *deve* (*soll-*) e não daquilo que *é* (*Ist-Funktion*).[128]

Trata-se do chamado princípio geral do "relaxamento da obrigatoriedade do objeto do Direito":[129] a determinação dos objetos do Direito Penal é sempre contingente, alternativa, artificial, regida por critérios científicos, técnicos e teleológicos presentes na valoração político-criminal ou social.[130] Os conceitos

125. RENZIKOWSKI, Joachim. Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung. In: *GA* 154, 2007. p. 561-578, onde destaca (p. 562) que na base desta mudança "vom Rechtsgut zum Rechtsverhältnis" está a compreensão dos "Rechte als Gründe für Pflichten".

126. ROXIN, Claus. Strafrecht... cit., p. 206, onde afirma que a teoria da pena constitui um "spezifisch strafrechtlicher Systematisierungsmaβstab"; GRECO, Luís, op. cit., p. 126, 127 e 132.

127. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*... cit., p. VII; ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 63, 65, 71 e 72, onde destaca (p. 65) que o "ponto de partida normativo" reside na "renúncia a qualquer pretensão de fundamentar o sistema penal em regulações de corte ontológico". Ainda sobre este neonormativismo: MOURA, Bruno; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MIRANDA, Wesley. A (re)normativização do Direito Penal frente aos direitos difusos. *RBCCrim* 70/71 e ss.

128. LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktional... cit., p. 53.

129. KELLER, Rainer. op. cit., p. 491: "Lockerung der Gegenstandsbindung des Rechts als allgemeines Prinzip".

130. Idem, p. 495 e 496, onde enfatiza: o normativismo significa que o "Direito Penal deve guardar sua independência na determinação de seus próprios objetos".

são uma "*normative Konstruktion*"[131] baseada nas decisões da ordem jurídico-penal enquanto "instância político-administrativa".[132]

A espiritualização (*Vergeistigung*)[133] dos conceitos postulada pelo normativismo revela que a objetividade sensorial-corporal sofre uma significativa perda em sua força de orientação no Direito Penal.[134] A diferença entre os dois funcionalismos jurídico-penais não reside na adesão aos elementos do principialismo tradicional, mas no reconhecimento de limites ontológicos externos à funcionalização/normativização, i.e., no significado dos dados empíricos – conhecimentos derivados das ciências naturais e sociais, formulados nos termos da linguagem cotidiana: enquanto o funcionalismo sistêmico postula um monismo normativista no qual os limites são encontrados na autocompreensão da constituição da sociedade, o funcionalismo teleológico-racional pretende um modelo dualista no qual o ontologismo complementa o normativismo.[135]

---

131. Idem, p. 485.

132. Idem, p. 475.

133. Enquanto renúncia à "Körperlichkeit" através da "Normativierung der Gegenstandsbestimmungen": Idem, p. 471, 478, 481 e ss.

134. Basta pensar na espiritualização dos bens jurídico-penais e da ofensa, como indicam os conceitos de vida humana e morte (cujo critério, em favor das possibilidades de transplante, passa a ser o funcionamento do cérebro e não mais do coração), saúde e doença no contexto da lesão corporal (que abarca não apenas o bem-estar físico-corporal, mas também o psíquico), honra (a honra "externa" tende a ocupar o lugar da honra "interna"), meio ambiente (onde o dano é tido desde a óptica da acumulação), propriedade (onde a ofensa passa a ser a diminuição da utilidade potencial da coisa e não mais um prejuízo corpóreo na substancia), segurança de dados informáticos (carente da mínima materialidade), etc. O mesmo se passa com os conceitos da sistemática do delito: a causalidade cintífico-natural encontra um filtro corretivo na posterior imputação objetiva do resultado; os delitos de perigo abstrato se multiplicam enquanto fuga diante dos problemas causais; a fungibilidade lógico-deôntica entre mandatos e proibições, os modos de divisão do trabalho e a mecanização dos processos produtivos culminam na dissolução da distinção entre ação e omissão; o dolo perde suas bases psicológicas volitivas e cognitivas, pois deixa de ser um puro "innere Tatsache" para se converter num conhecimento de probabilidades determinado com base no saber esperado de um destinatário-padrão da norma; o injusto como um todo revela a tendência de hiperdimensionamento do desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado; a culpa perde o conteúdo de censura ou reprovação e se confunde com exigências preventivas. Sobre tudo isto: Idem, p. 462 e 471-493. Com menor alcance: PAWLIK, Michael, op. cit., p. 478-481 e 485-493.

135. Assim: SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 13-14, onde cataloga o "zweckrationale Normativismus" (o "kriminalpolitisch-teleologischer" ou "zweckrationaler"

Segundo Roxin, ao consagrar as pautas político-criminais reitoras, o legislador deixa um espaço para a interpretação concretizadora da doutrina e da jurisprudência. Esta concretização das premissas normativas ou cânones valorativos legais superiores – necessariamente abstratos – revela a exigência de abertura do sistema jurídico-penal para a "*soziale Realität*" e coloca o Direito Penal e a Política criminal numa relação de síntese dialética que fornece uma nova metodologia para o trabalho dogmático: o conteúdo das categorias da teoria do delito deve ser configurado e sistematizado em "adequação aos fins político-criminais", i.e., desde a perspectiva de sua *kriminalpolitische Funktion*,[136] mais precisamente e em última instância a partir da moderna teoria dos fins da pena.[137] Mas este *modus operandi* encontra-se relativamente limitado por

---

Funktionalismus) de Roxin e o "empiriefreier Normativismus" de Jakobs como as duas modalidades de normativismo opostas ao ontologismo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 108; ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 78. Lampe (Zur funktionalen... cit., p. 58-61) entende que Roxin (ao manter o conceito de culpa livre de aspectos preventivos e assentar o injusto na ofensa a bens jurídicos) e Jakobs (ao definir o dano social juridico-penalmente relevante como quabrantamento das especiais normas sociais que definem a identidade da sociedade e considerar no momento do fato o déficit de fidelidade do sujeito competente para desautorizar a vigência da norma) reconhecem a impossibilidade de uma construção exclusivamente funcional e assumem considerações condicionais através da análise do injusto punível e do autor culpável fora da perspectiva da consequência jurídica, i.e., segundo valorações referidas aos pressupostos ou condições da pena. Evidentemente, considerações funcionais e condicionais coexistem, pois consequências e pressupostos se convocam logicamente. O decisivo é a assunção destas considerações como ponto de partida ou como ponto de chegada. E uma vez que estes pontos devem ser diferentes (do contrário seria uma argumentação circular), o "condicional" e o "funcional" não podem conviver: *tertium non datur*. O aspecto aparentemente condicional nada mais é do que resultado da tentativa de preencher ou concretizar as categorias derivadas do ponto de partida funcional assumido.

136. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik*... cit., p. 8-12, onde resume (p. 10): "o caminho correto apenas pode consistir em deixar entrar as decisões político-criminais valorativas no sistema do Direito Penal".

137. Inicialmente, apenas a culpa aparece politico-criminalmente moldada pela teoria da pena: enquanto a tipicidade se encarrega dos modos de realização do princípio *nullum crimen sine lege*, a antijuridicidade cuida da regulação socialmente justa de conflitos de interesses a partir da sistematização de princípios materiais: Idem, p. 15 e ss., 24 e ss., 33 e ss. Depois Roxin amarrou expresamente a teoria da imputação objetiva do resultado (definidora do conteúdo do injusto) à teoria da pena e alterou os termos da relação entre prevenção e culpa através da criação da categoria "responsabilidade": ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 60, 70-74; ROXIN, Claus. Strafrecht... cit., p.

perspectivas ontológicas, pois a concretização das categorias deve reconhecer o "contato com a realidade" (*Kontakt mit der Wirtlichkeit*) ou a "resistência das coisas" (*Widerstand der Sache*)[138] – topicamente invocada em grupos de casos – enquanto "critério de correção material". Este normativismo dualista ou moderado leva em conta os dados empíricos/fáticos que compõem o "material jurídico" (*Rechtsstoff*) enquanto soma da realidade vivencial das diferentes situações, embora sempre desde um ponto de vista normativo. Esta síntese entre o ontológico-empírico e o teleológico-valorativo se distancia do normativismo extremo cultivado pelo neokantismo e pelo funcionalismo sistêmico, evitando que a dogmática se dilua em ficção.[139]

Para o funcionalismo sistêmico, o recurso a qualquer substrato prejurídico configura um "mal-entendido (naturalista)".[140] Por isto a funcionalização das categorias dogmáticas segundo as necessidades de conservação da identidade social inicialmente não encontra nenhum limite ontológico externo. A compreensão do delito e da pena como fenômenos comunicacionais deixa pouco espaço para o empírico.

A análise deste ponto convoca novamente a evolução da teoria da pena de Jakobs. Na primeira fase, a pena está amarrada à produção de resultados psicológico-sociais. Na segunda, a pena aparece totalmente desvinculada de qualquer substrato empírico.[141] Na terceira, verifica-se uma "irrupção do fático"[142] através do recurso à dimensão empírica fornecida pelas expectativas cognitivas, inicialmente para justificar o chamado "Direito Penal do Inimigo" e depois para explicar a necessidade de impor uma "dor penal" (*Strafschmerz*)

222, 226 e ss., onde assevera (p. 229): "o dogmático (seja científico ou juíz) deve argumentar político-criminalmente como o legislador".

138. Idem, p. 219.

139. Sobre tudo isto: ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 63, 78, 79 e 84-89, onde enfatiza (p. 80): "aqui reside a diferença principal e irreconciliável com a concepção de Jakobs"; _____. *Strafrecht*... cit., p. 233-235. Na mesma trilha: SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische... cit., p. 203, onde postula um "dualistischen Deniken" formado pela "sachlogik" e pela "praktische Vernunft"; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 96, 97, 108 e 110-112.

140. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*... cit., p. VII.

141. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht... cit., p. 844 e 845: "acontecimentos empiricamente apreensíveis são apenas o delito, o processo e a relação entre ambos; não empiricamente apreensível é especialmente a confirmação da identidade; pois ela não é consequência do processo, mas sim seus significado".

142. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., p. 53 e ss.

enquanto símbolo da contradição – pois este significado poderia recair sobre outra coisa (v.g. a sentença condenatória, em tese suficiente para a reafirmação da vigência da norma) – e a determinação do *quantum* de pena.[143]

Jakobs passa a compreender que a "realidade do Direito" (*Wirklichkeit des Rechts*) não se determina de modo exclusivamente normativo. Direito real é aquele que vige, na medida em que "dirija a orientação comunicativa", constituindo o "modelo de orientação dominante".[144] Se uma norma pretende determinar a configuração da sociedade, a conduta deve ser faticamente esperável, i.e., o cálculo pessoal deve partir da confiança de que os outros se comportarão conforme o dever. Esta "cimentação do normativo pelo fático" (*Untermauerung des Normativen durch das Faktische*) quer dizer que a vigência da norma necessita de uma "suficiente segurança cognitiva" (*hinreichende kognitive Sicherheit*) para se converter em real. Em outros termos, a tal realidade exige não apenas uma "certeza normativa" (*normative Gewißheit*), pois a norma precisa sempre de um "alicerce cognitivo" (*kognitive Untermauerung*), no sentido de que a potencial vítima do delito possa esperar que o exercício de seus direitos muito provavelmente não a converterá numa vítima concreta.[145] Ao tratar o fato como delito, a pena demonstra a permanência da vigência da norma, i.e., que a "norma segue real". Nesta trilha, o fim da pena é assegurar cognitivamente a vigência da norma através da "imposição de uma dor" (*Schmerzzufügung*), pois a contradição não afasta por si só a dúvida sobre a imprescindível segurança cognitiva da vigência da norma, uma vez que o fato mostra que se deve contar com a possibilidade de infração. Curto: contradição (*Widerspruch*) e dor (*Schmerz*) se complementam.[146]

Sem embargo, este resgate do empírico mediante a reconciliação entre o *kognitive Thema* – "como conduzir um indivíduo?" – e o *normative Thema* – o "o que se deve a uma pessoa?"[147] – curiosamente não encontrou repercussões

143. JAKOBS, Günther. *Staatliche...* cit., p. 26-27.

144. Idem, p. 27-28.

145. Com exemplos: Idem, p. 28, 29, 40 e ss., onde aponta que a vigência da norma (e a personalidade) não pode ser mantida de modo completamente contrafático ("*nicht völlig kontrafaktisch*").

146. Este *kognitive Seite* da vigência da norma é que determinará o *quantum* da punição: a intensidade da dor penal deve ser a suficiente para que o fato seja considerado em geral um "empreendimento fracassado" (*mißglückte Unternehmen*), deixando claro que o suporte cognitivo da norma ao menos não será pior do que antes do fato. Assim: Idem, p. 26-20; _____. *Norm, Person, Gesellschaft...* cit., p. 111-116 e 134, onde destaca o "cimento cognitivo".

147. JAKOBS, Günther. *Staatliche...* cit., p. 7, 10, 15.

no conceito material de delito, que segue definido como colocação em perigo à vigência da norma[148] e densificado através das noções de "competência" (*Zuständigkeit*) e "instituição" (*Institution*). As expectativas normativas de conteúdo negativo vinculam todas as pessoas em seu *status* ou papel geral de "pessoa" ou "cidadão" e impõem o dever de "não lesar ao outro" (*neminem laedere*). Esta instituição negativa se funda no "sinalagma liberdade de organização/responsabilidade pelas consequências" e sua violação dá origem à "responsabilidade em virtude de uma competência por organização". As expectativas normativas de conteúdo positivo (relações paterno-filiais, prestações essenciais do Estado e certas relações de confiança especial como o casamento) vinculam apenas certas pessoas portadoras de um *status* ou papel especial e impõem o dever de "construir um mundo em comum com o beneficiário". Estas instituições positivas se fundam na solidariedade exigida em certos âmbitos sociais e sua violação dá origem à "responsabilidade em virtude de uma competência institucional". Ambas as classes de instituições estão regulados por ramos jurídicos extrapenais. Em todo caso, o fundamento último da responsabilidade penal é o mesmo: o delito é sempre a infração de um dever, i.e, a violação de uma instituição.[149] Uma vez que a tentativa já constitui um completo ataque à vigência da norma – considerado o resultado especificamente jurídico-penal –, o resultado naturalístico-empírico constitui apenas uma intensificação da objetivização do quebrantamento da norma no mundo exterior, a ser considerada na determinação da pena.[150] Curto: o eixo de imputação não reside mais na proteção de bens jurídicos, senão na *Rollentheorie*.[151]

---

148. Idem, p. 32-33.

149. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*... cit., p. VII, 7, 8 e 42, onde resume (p. 42): "Assim, não cabe considerar que o núcleo de todos os delitos é a lesão de um bem jurídico. Tal conclusão modificou-se no sentido de que o núcleo de todos os delitos se encontra apenas no não cumprimento de um dever"; _____. *Dogmática del derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Edición a cargo de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Thomsom-Civitas, 2004. p. 99-148; LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 172-174, 210 e ss. Recentemente: PAWLIK, Michael, op. cit., p. 478-481 e 493-494. Müssig fala numa "teoria institucional do Direito Penal": MÜSSIG, Bernd, op. cit., p. 14, 34, 44 e ss.

150. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*... cit., p. 712 e ss.; _____. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997. p. 117 e ss., 232 e ss., 326 e ss. Criticamente: ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. In: *ZStW* 116, 2004. p. 940-943.

151. SACHER, Mariana, op. cit., p. 578-589 e 617-619.

Por isto o sistema de delito formulado por Jakobs segue como uma "anti-empirische Lehre" ou um "empiriefreier Normativismus", no qual as categorias são depuradas de todo e qualquer conteúdo descritivo fixo referido à realidade e formulado nos termos da linguagem cotidiana, pois derivam de um *circulus vitiosus* que as define como etiquetas arbitrariamente preenchidas por um nebuloso *Dezisionismus* que culmina num conceito de ação equivalente ao próprio conceito de delito.[152] O resgate do modelo de delito como infração de dever escancara as portas para um "Direito Penal do autor" que atualmente se manifesta no famigerado "Direito Penal do Inimigo".

A tese de que o *Subjekt* assume relevância jurídica apenas como *Person* – portador de um *Rolle* ou *Maske* – não passa de uma tentativa de validação de certas generalizações de competências (*Zuständigkeiten*) carentes de qualquer qualidade específica suficientemente delimitável. Existe muito mais "Natur" – como "estrutura psíquica" – no "Sinn" do que supõe Jakobs, de modo que a diferenciação não percebe a existência de transições fluidas entre os polos. Esta normatividade sem critérios apenas pode ser superada quando se reconhece "o empírico no sujeito" (*das Empirische im Subjekt*), de modo a revelar a "ineludibilidade do indivíduo".[153] A identidade da sociedade – e da personalidade – não pode ser definida de modo exclusivamente normativo e nem o sujeito pode ser convertido em algo secundário e artificial: a "capacidade de experimentar" (*Erfahrbarkeit*) e a existência de "sujeitos que estabelecem conflitos uns com os outros" são os elementos que constituem a sociedade moderna.[154] Nas palavras de Hettinger: "apenas a vida proporciona o concreto".[155]

---

152. Idem, p. 589-602, onde destaca (p. 591) que esta "Tautologien" ou "Zirkularität" recorda o problema da *Grundnorm* kelseneana. Ainda: ZACZYK, Rainer, op. cit., p. 798-799, onde identifica uma "*zirkuläre Verantwortungszuschreibungen*" nos termos seguintes: "determina-se a pessoa através do dever; portanto, sua responsabilidade pelo não-devido já se verifica apenas porque sua conduta contrariou o dever". Com especial atenção aos conceitos de competência, culpa e ação: SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik... cit., p. 13 e ss.; _____. Kritische... cit., p. 218-221, onde salienta (p. 220): "o novo conceito de ação nada mais é do que um conceito puramente normativo de delito, assim como o conceito de competência também não se refere a nenhum âmbito de objeto como contornos reconhecíveis através do significado literal natural, mas trata-se de um resultado de uma imputação realizada exclusivamente a partir do Direito".

153. LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht... cit., p. 884-885, onde agrega que a primazia da autodinâmica do social desconsidera as vidas e as ambições dos seres humanos.

154. Idem, p. 883.

155. PUPPE, Ingeborg, op. cit., p. 300: "Nur das Leben liefert die Konkreta".

Segundo Puppe, para sair daquele "normativistische Zirkel" desenhado por puras "Wertungsformeln"[156] deve-se recorrer aos elementos descritivos dos conceitos valorativos sempre que isto correponder a um requerimento normativo, i.e., quando houver uma "justificativa normativa". Em todo caso, este recurso deve ser utilizado com muita cautela, para evitar que a exigência de definições empíricas completas conduza a um *infinite Regreß*.[157]

Neste contexto, a teoria de Jakobs fracassa perante o problema – fundamental para a filosofia do Direito – da relação entre os dois sujeitos que participam da atribuição de responsabilidade: o autor do comportamento considerado delituoso e o autor do juízo que considera criminosa a conduta. A separação entre norma/pessoa e indivíduo em dois mundos distintos indica que apenas o sujeito que realiza o juízo de imputação é competente para determinar a norma: o primeiro sujeito constitui uma derivação (*constructum*) do segundo.[158] Mas esta reducionismo ignora a impossibilidade de separar o *homo phaenomenon* e o *homo noumenon* em dois mundos distintos: natureza e sentido são elementos que se retroalimentam num mesmo mundo da vida, no qual seres humanos que se encontram experimentam a vivacidade e a realidade das instituições.[159] A resposta correta deve passar pela distinção entre regras de comportamento e regras de imputação.

Ao desdobrar no material jurídico os cânones normativos, o funcionalismo moderado apresenta uma grande vantagem em face do funcionalismo radical. Sem embargo, até agora o ontológico se limitou ao empírico-sensorial. O ser assume outro sentido com o ontologismo social heideggeriano, que passa a reconhecer as relações e valorações comunitárias como dimensão constitutiva da

156. Idem, p. 312-313, enquanto ausência de qualquer sentido descritivo de fatos materiais.

157. Idem, p. 316-317, onde aponta (p. 298-299, 307 e ss.) que, na teoria do delito, esta "normative Rechtfertigung der Beschreibungen" ocorre, v.g., na compreensão da causalidade como condição do resultado em sua concreta configuração segundo uma lei natural, na noção de perigo, na definição do risco permitido segundo o dinamismo dos conhecimentos empíricos sobre a perigosidade da conduta, na verificação da realização do risco no resultado etc. Também neste sentido: ROXIN, Claus. Política criminal... cit., p. 80 e ss. Especificamente no campo da teoria dos fins da pena: BOCK, Michael. Prävention und Empirie. Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen. In: *JuS* 34, 1994. p. 89-99.

158. Sobre o problema: ZACZYK, Rainer, op. cit., p. 785-786 e 798.

159. Neste sentido: Idem, p. 798-799.

essência das coisas.[160] Nesta trilha, a perspectiva ontoantropológica formulada por Faria Costa distingue duas formas de realidade.[161]

Enquanto o real-verdadeiro alcança o ser causal ou final solidificado no tempo e no espaço físicos, o real-construído convoca a valoração social para compor aquele primeiro e invariante momento da essência do nosso modo-de-ser comunitário.[162] O ser-pessoa é a categoria ético-axiológica fundante do sentido do Direito, densificada pelos pares autonomia-participação e solidariedade-responsabilidade.[163] O "eu" é originária e ontologicamente permeabilidade à diferença, i.e., abertura para e com o "outro". É ser-relacional, projeto irremediavelmente frágil e vulnerável que apela ao cuidado alheio. É ser-aí-diferente, simultaneamente ser-individual e ser-social comunitário, pensado e reconhecido por si mesmo e pelo outro como unidade responsável de sentido. É ser-aí-diferente-com-os-outros, i.e., ser-aí-diferente comunitariamente inserido, mergulhado em teias de recíprocas relações de cuidado-de-perigo.[164] Mas sem nunca deixar de ser um "homem de carne e osso", empírico-concreto, verdadeiro homem *dolens*.[165] Nestes termos, a ação humana emerge como re-

160. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito...* cit., p. 248; LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 85 e ss.

161. No mesmo sentido, Silva Sánchez distingue entre "realidade empírica" (baseada na verdade enquanto *adaequatio intellectus et rei*) e "realidade normativa" (enquanto "real-correto" assentado no consenso intersubjetivo veiculador da convicção de que um eventual dissenso futuro não possui a capacidade de alterar seu *status*): SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 113 e 116-120, onde aponta que o acesso ao ser nunca é objetivo, mas sempre subjetivo e parcial, não como realidade em si, mas como realidade representada, de modo que inexistem garantias de que tal representação esteja imune à interferência de nossa percepção ou consenso sobre as necessidades de imputação (juízo normativo sobre como a realidade *deveria ser*). Em sentido diverso, Lampe distingue entre o "realontologische" (determinado pelas leis naturais) e o "sozialontologische" (estabelecido pelos processos sociais): LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 86, 88-89.

162. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito...* cit., p. 391, 396-408, 411, 417-426, 440, 442, 454, 465 e 585.

163. Sobre este reconhecimento: NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: *Digesta* I. p. 414-416; _____. Pessoa, direito e responsabilidade. In: *Digesta* III. p. 129-158.

164. Sobre o cuidado (*Sorge*) como núcleo da matricial estrutura ontológico-social do ser-pessoa: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito...* cit., p. 391, 398-401, 418-427, 443, 451, 586 e 588.

165. COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 69 e ss.

formulação do ser-pessoa, i.e., também como elemento pré-jurídico e ontologicamente determinado, certamente não como categoria causal, final, psíquico ou espiritual, mas social. Curto: é *relatio* entre os homens.[166]

A relação ontoantropológica de cuidado de perigo constitui a dimensão matricial de todo Direito Penal, encarado como conjunto de refrações (especificações) daquela realidade ao nível dos diferentes ilícitos-típicos por ele fixados segundo seus próprios critérios de valor. Esta valoração jurídico-penal constitui uma realidade normativa com vida própria: trata-se de um real construído normativamente.[167] Deste real-normativo especificamente jurídico-penal participam, enquanto exigências de validade, o princípio da segurança de todos os cidadãos e o princípio da culpa – o que novamente aproxima a postura aqui defendida ao jurisprudencialismo.[168]

O primeiro entrega ao Estado o cuidado da constituição da sociedade, i.e., o cuidado para com as pessoas. Trata-se da tarefa de assegurar ao "ser-aí-diferente" as condições de abertura solidária com que "eu me seguro com e pelos outros". A negação destas condições constitui o ilícito penal enquanto ruptura da originária relação ontoantropológica de cuidado, dogmaticamente decodificada em termos de ofensa a bens jurídico-penais.[169] O segundo significa que a dignidade da pessoa humana apenas encontra seu pleno e verdadeiro sentido quando trespassada em seu reverso pela noção de responsabilidade, que por sua vez pressupõe um "poder agir de outra maneira" fundante do defeituoso uso da liberdade individu-

166. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito*... cit., p. 418 e ss.

167. Idem, p. 418 e ss. No mesmo sentido: LAMPE, Ernst-Joachim. Zur ontologischen... cit., p. 86: "das Soziale ist normativ durchsetzt". Cabe apontar que não se trata da vinculação pelo consenso sobre a representação das coisas, pois isto seria um ontologismo débil pouco distinto do normativismo relativista: existem "espaços indisponíveis". Assim: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 118-120.

168. Diferentemente, Lampe propõe um modelo sincrético no qual a construção dogmática parte de um ontologismo social-pessoal (*sozial- und personalontologisch orientierten*), que encontra um posterior complemento num funcionalismo orientado primariamente pela função da pena e secundariamente pelas decisões valorativas político-criminais: LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen... cit., p. 47 e ss., 67 e 68, onde se refere a uma (p. 66) "funktionales Strafrechtsverständnis sozialontologisch begründeten" e a uma (p. 67) "doppelte – sowohl funktionale als auch konditionale – Begründung des Strafrechtssystems".

169. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito*... cit., p. 248, 249, 367, 368, 410 e ss., 460 e 465. Um profundo estudo sobre o princípio da ofensividade como fundamento do injusto penal: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 39 e ss.

al. A responsabilidade convocada pelo cuidado é eticamente enraizada: aquele que cuida é necessariamente comprometido perante o cuidar de si mesmo, o cuidar dos outros e o cuidar-se para com os outros. Isto significa que a culpa não é limite, mas sim fundamento da pena.[170] Esta última encontra seu significado num neorretribucionismo ontoantropologicamente orientado: constitui a necessária reconstrução da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo.[171]

Tudo isto evidencia a inviabilidade de qualquer construção da teoria do delito a partir da teoria da pena. *Hruschka* enfatiza esta aspecto através de uma observação tão simples quanto certeira. Independentemente da teoria da pena adotada, existem quatro princípios fundamentais que condicionam e limitam a intervenção do *jus puniendi* estatal: "nenhuma pena sem fato", "nenhuma pena sem lei", "nenhuma pena sem fato antijurídico" e "nenhuma pena sem culpa".[172] Eles se referem aos quatro elementos do *definiens* do conceito de delito: conduta, tipo, ilícito e culpa. Se tais princípios são logicamente independentes em relação às teorias da pena, o mesmo ocorre com os elementos do crime. Isto significa que o conceito de delito não pode ser derivado daquelas teorias, pois elas cuidam da pena enquanto "consequência jurídica" (*Rechtsfolge*) ligada ao fato punível e não do conceito de crime enquanto "pressuposto da consequência jurídica" (*Rechtsfolgevoraussetzungen*).[173] Nestes termos, o caráter sistemático da dogmática jurídico-penal não reside na assunção da pena como *prius*, mas sim na formulação de uma teoria articulada e comprensiva que identifique os conceitos fundamentais a serem trabalhados e suas respectivas interconexões, determine com exatidão as relações de derivação entre os conceitos situados em níveis distintos e defina com clareza e diferenciação o conteúdo de todas as categorias.[174]

4. CONCLUSÃO

O exposto acima evidencia as inúmeras dificuldades de compreensão e enquadramento do sentido principiológico e dogmático do normativismo no Di-

170. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito*... cit., p. 251-253 e 373-387. Sobre a culpa e a responsabilidade: NEVES, António Castanheira. *Pessoa, direito e responsabilidade*... cit., p. 129 e ss.

171. COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal*... cit., p. 205 e ss.

172. Os três primeiros estão envolvidos pelo princípio da segurança dos cidadãos, entendido como elemento reitor do conteúdo material do ilícito-típico.

173. Tudo isto em: HRUSCHKA, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? In: *JZ* 40, 1985. p. 2-3.

174. Idem, p. 2.

reito Penal. A solução do problema passa pelo reconhecimento dos princípios normativos como exigências axiológicas fundantes do sentido da juridicidade.

No nível da validade jurídico-penal, o normativismo ontoantropológico – enquanto resistência ao funcionalismo – aproxima-se do jurisprudencialismo e por isto nada tem a ver com aquele normativismo mencionado na primeira grelha. As coisas são algo diversas no nível da dogmática jurídico-penal: tanto o normativismo funcionalista quanto o normativismo ontoantropológico em nada se confundem com aquele outro normativismo, mas enquanto o primeiro se afasta, o segundo se aproxima do jurisprudencialismo. Tudo isto significa que apenas a clivagem entre principialismo (fundamentalismo) e consequencialismo (funcionalismo) consegue tematizar as formas de compreensão da juridicidade penal na atualidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHENBACH, Hans. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. *Grundfragen*. p. 135-152.

AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. *Grundfragen*. p. 85-102.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

BOCK, Michael. Prävention und Empirie. Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen. *JuS 34*, 1994. p. 89-99.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

_____. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou do retorno à limpidez do essencial)*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

_____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito penal – Introdução*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do Direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 64. p. 78-98. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2007.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Ofensividade em direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Neunte Auflage. Giessen: Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1826.

FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. 2. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa. *GA* 154/5, 2007. p. 250-273.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 32. p. 120-163. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1990.

_____. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. *Jenseits*, p. 85-95.

_____. *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008.

HRUSCHKA, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? In: *JZ* 40, 1985. p. 1-10.

JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? *ZStW* 107, 1995. p. 843-876.

_____. *Dogmática del Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*. Edición a cargo de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Thomsom-Civitas, 2004.

_____. *Estudios de Derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosphie*. Zweite Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosphie*. Dritte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

_____. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976.

_____. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh, 2004.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

KELLER, Rainer. Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus. Zum Einfluβ von Wissenschaft, Tecknik und Zweckrationalität auf das Strafrecht. *ZStW 107*, 1995. p. 458-497.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997.

LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (Hrsg). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 45-68.

_____. Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts. In: WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg (Hrsg). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. p. 83-104.

LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1999.

_____. Unrecht und Schuld im Strafrecht. *JA 34*, 2002. p. 602-610.

LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Zweiter Band. Berlin: Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905.

LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? *ZStW 107*, 1995. p. 876-906.

_____. Karl Joseph Anton Mittermaier und der Empirismus in der Strafrechtswissenschaft. *JuS 7*, 1967. p. 444-448.

MOURA, Bruno; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MIRANDA, Wesley. A (re)normativização do direito penal frente aos direitos difusos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 70. p. 71-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2008.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. Instrumentelle *vs.* sozialethische Funktionen des Strafrechts – Am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen. *Jenseits*. p. 95-108.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

NEVES, António Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juíz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Digesta III*. p. 161-198.

_____ O funcionalismo jurídico. *Digesta III*. p. 19-318.

_____. *Medotologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

_____. Pessoa, Direito e responsabilidade. *Digesta III*. p. 129-158.

_____ O princípio da legalidade criminal. *Digesta I*. p. 349-473.

PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschafstheorie. In: _____; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Carl Heymanns Verlag, 2007. p. 469-495.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005.

PUPPE, Ingeborg. Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik. *GA 141*, 1994. p. 298-318.

RENZIKOWSKI, Joachim. Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung. *GA* 154, 2007. p. 561-578.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechssystem*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.

_____. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. *Evolución*. p. 57-94.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2006.

_____. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *ZStW 116*, 2004. p. 929-944.

SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre. *ZStW 118*, 2006. p. 574-619.

SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *GA* 142/5, 1995. p. 201-229.

_____. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. *Grundfragen*, p. 1-68.

_____. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: _____ et al (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 1-32.

_____. La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal. *ADPCP 44*, 1991. p. 693-713.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. *Evolución*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 95-120.

WOLTER, Jürgen. Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. *Grundfragen*, p. 103-134.

ZACZYK, Rainer. Das subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs. In: _____; PAWLIK, Michael (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Carl Heymanns Verlag, 2007. p. 785-799.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs, de Juliana Cardoso Benedetti – *RBCCrim* 73/9;
- Derecho Penal, Ética y Fidelidad al Derecho: estudio sobre las relaciones entre Derecho y Moral en el funcionalismo sistémico de Günther Jakobs, de Luis Miguel Reyna Alfaro – *RBCCrim* 45/96;
- La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 44/11; e
- Límites del normativismo en Derecho Penal, de Santiago Mir Puig – *RBCCrim* 64/197.

55170

2 CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO PENAL Y ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM*

JUAN PABLO MONTIEL

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes (Colombia).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Uma adequada interpretação do princípio da legalidade oferece boas razões para se admitir a analogia *in bonam partem* no Direito Penal, ainda que de modo limitado. Inclusive quando o juiz, por meio dela, exclui ou limita o exercício do *ius puniendi*, o aplicador do Direito Penal deve seguir apegado à lei. Deste modo, a analogia *in bonam partem* deve ser vista como um mecanismo excepcional de integração do Direito Penal frente a inconsistências axiológicas não previstas nem desejadas pelo legislador. Estas faculdades excepcionais de criação, reconhecidas ao juiz, têm lugar diante de instituições jurídico-penais concretas e dentro de um determinado marco argumentativo. Neste sentido, a analogia *in bonam partem* é um meio para criar, supralegalmente, causas de justificação, causas de exculpação e atenuantes, mas não para criar excusas absolutórias. Igualmente, o juiz pode criar Direito somente a partir da analogia *legis* ou da analogia *institutionis*, sem ser possível acudir à analogia *iuris*.

PALAVRAS-CHAVE: Lagunas axiológicas - Analogía *legis* - Analogía *institutionis* - Analogía *iuris* - Principio de legalidad - Integración del Derecho penal - Excepcionalidad de eximentes - Principio democrático.

ABSTRACT: An adequate interpretation of the legality principle offers sound reasons to accept analogy *in bonam partem* in Criminal Law, though only in a limited way. Even when the judge excludes or limits the *ius puniendi* through the use of analogy, she should still be strictly subjected to the norm. Therefore the analogy *in bonam partem* must be seen as an exceptional mechanism of Criminal Law's Integration in the presence of axiological inconsistencies that the Parliament didn't foresee and didn't want. These exceptional law-making powers awarded to the judge refer to specific Criminal law institutions and in a specific argumentative framework. In this sense, analogy *in bonam partem* is an instrument to supra-legally create justifications, excuses, and mitigating circumstances, but not other types of punishment excluding institutions. In the same manner, the judge can create new Criminal Law only through *legis* Analogy and *institutions* Analogy but not through *iuris* Analogy.

KEYWORDS: *Legis* Analogy - *Institutionis* Analogy - *Iuris* Analogy - Legality principle.

del StGB en el año 1975,[5] el cual en su § 34 dio soporte legal al estado de necesidad justificante.

La aparición de la analogía favorable al reo en aquel momento histórico no puede ser vista como fruto de la casualidad. Precisamente, el reconocimiento de causas de justificación como así también de causas de exclusión de la culpabilidad de origen extralegal coincide con el desarrollo de las concepciones materiales de la antijuridicidad y de la culpabilidad.[6] No debe olvidarse que la aparición judicial de estas nuevas eximentes ha tomado como escenario el debate en torno al fundamento de las causas de justificación (*teoría del fin*[7] vs. *teoría del interés preponderante*)[8] y al papel de la exigibilidad e inexigibilidad en la configuración del juicio de culpabilidad.[9] Por el ejemplo, el RG en su conocida sentencia de 1927 sobre la justificación extralegal de la interrupción del embarazo, tercia expresamente en el debate de la fundamentación de la justificación, tomando partido finalmente por el principio del bien jurídico preponderante ante la extrema amplitud de la teoría del fin.[10]

---

5. Cfr., entre otras sentencias, RGSt. T. 34, p. 447; RGSt. T. 59, p. 406; RGSt. T. 61, p. 244 y ss.; BGHSt. T. 2, p. 194 y ss.
6. Destacando la conexión entre la aparición ente las causas supralegales de justificación y la evolución de la doctrina de la antijuridicidad material, ROXIN, *AT*, I, § 14, n.m. 9, p. 603. Resaltando también esta idea aunque en relación a las causas supralegales de exculpación, MELENDO Pardos. *El concepto*, p. 172-174.
7. V. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*[2], p. 178.
8. Entre los principales sustentadores de esta teoría encontramos en aquella época, entre muchos otros, a JANSEN, *Pflichtenkollisionen*, p. 23 y ss.; MARX, *Grundprinzipien*, p. 6.
9. Cfr. FRANK, *Sobre la estructura*, p. 43 y ss.; FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 85 y ss.; GOLDSCHMIDT, *La concepción*, p. 123. Suele entenderse que el concepto de inexigibilidad aparece jurisprudencialmente por primera vez en la conocida sentencia del caso *Leinenfänger* (RGSt. T. 30, p. 25 y ss.). En una primera etapa del desarrollo de esta concepción, que llega hasta los años 30' del siglo pasado, puede reconocerse a FRANK, GOLDSCHMIDT y FREUNDENTHAL como los principales defensores de la inexigibilidad como causa de exculpación genérica. En los tiempos de Weimar las voces en contra del reconocimiento de la inexigibilidad como exculpación genérica proliferaron. Sin embargo, cuando la teoría de la diferenciación entre el estado de necesidad exculpante y el estado de necesidad justificante supralegal tomó carta de ciudadanía en la jurisprudencia y se presumía que sería el momento de expansión de la inexigibilidad en la exculpación, el RG en el año 1932 rechaza la extensión de las causas de exculpación reguladas legalmente a otros supuestos análogos. En la doctrina se sumaron a este movimiento crítico, MAURACH, *Kritik*, p. 130 y ss. y SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, p. 60 y ss., 78. Sobre la evolución histórica del principio de inexigibilidad, cfr. MOOS, en *ZStW*, 2004, (116), p. 891 y ss.
10. RGSt. T. 61, p. 253.

Como puede verse, desde hace ya largos años ha existido una clara proclividad a aceptar doctrinal y jurisprudencialmente la aparición de eximentes de origen judicial mediante la analogía *in bonam partem*. Ella representó un notable instrumento judicial que permitió perfeccionar el sistema legal vigente en aquel tiempo, cuya aplicación estricta generaba consecuencias indeseadas, desde un punto de vista axiológico y político-criminal. Empero, de ninguna manera ello significa que estemos ante una interesante pieza de museo que carece por completo de actualidad. Al contrario, incluso cuando los ordenamientos jurídico-penales han reconocido numerosas eximentes y atenuantes de responsabilidad penal, la realidad ha superado la capacidad de previsibilidad del legislador y ha generado la aparición de "vacíos" legales necesitados de integración.

En efecto, situaciones extremas como las torturas en supuestos de *ticking time-bombs*[11] o el derribo de aviones de línea que son empleados para causar atentados terroristas,[12] han abierto nuevos interrogantes en relación a la posibilidad de excluir la responsabilidad penal a partir de la analogía. En nuestros días tampoco faltan ejemplos de creación analógica de eximentes y atenuantes, especialmente en lo referente a la posibilidad de extender la excusas absolutorias de parentesco en los delitos patrimoniales no violentos o de crear supralegalmente la eximente del error de prohibición. Asimismo, todavía se encuentra abierta la discusión en torno a la admisión de situaciones análogas al estado de necesidad[13] o a la legítima defensa[14] y a la legitimidad de la analogía en el terreno de las causas de justificación, como consecuencia de la limitación correlativa (y supralegal) de las facultades de defensa.[15]

Frente a este panorama no deja de sorprender el escaso tratamiento que ha recibido el tema por parte de la doctrina, en la que predominan posicionamientos –ya favorables, ya contrarios– superficiales o bien carentes de una

11. Mostrando la discusión en este tema sobre la posibilidad de recurrir a una legítima defensa supralegal. WITTRECK, *Menschenwürde und Folterverbot*. DÖW, 2003, p. 876.

12. Cfr. PAWLIK, en *JZ* 21, 2004, p. 1055. Analizando también esta problemática, CÓRDOBA, en *RIGHI-HM (manuscrito inédito)*, p. 14.

13. Posiblemente uno de los desarrollos más interesante del tema se encuentra en GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 326 y ss.

14. Al respecto, ver SUPERT, *Studien*, p. 65 y ss.

15. Cfr. especialmente SUPERT, *Studien*, p. 294; HIRSCH, en el mismo, *Derecho penal*, p. 317-318; *LK*/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 35; ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 42, p. 42; *NK*²/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, nn.mm. 65-67; *Schönke/Schröder*²-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25.

perspectiva general del problema.[16] En este sentido, se echan en falta criterios que permitan delimitar el campo conceptual de la analogía, como así también los límites que dentro de un Estado de Derecho parecen ser exigibles a la actividad creadora del juez, incluso cuando beneficia al reo.

Por estas razones la presente contribución presenta algunas reflexiones sobre el papel general que le cabe a la analogía favorable al reo en el Derecho Penal y sobre el modo en que funciona en las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las atenuantes. Para ello se entiende necesario precisar el concepto de analogía *in bonam partem* desde la perspectiva del método jurídico y del principio de legalidad.

2. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* Y ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS IRRESUELTOS

En nuestra discusión actual la analogía favorable al reo encuentra una muy amplia acogida. Tanto en la doctrina nacional,[17] como también en la internacional,[18] se acepta que la prohibición de analogía debe ser exceptuada

16. Por ejemplo, entre las escasas contribuciones *específicas* al tema pueden citarse, DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale* 1936, p. 605 y ss.; DE QUEIROZ, en *Separado del n. VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores"*, p. 20 y ss., aunque sin una perspectiva general. A mi entender, una de las pocas contribuciones que, sin ser una obra específica sobre la analogía favorable al reo, representa un intento de estudio general del tópico –aunque centrado en las causas de exclusión del injusto–, es la de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, passim.

17. BACIGALUPO, La rigurosa. In: _____. *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 133-134; LASCANO (H.). In: AA.VV. *Derecho penal*, p. 151; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 112; CREUS, *PG*[3], § 64, p. 61-62; RIGHI, *PG*, p. 71-72.

18. En la literatura de lengua alemana, cfr. entre otros Roxin. In: _____. *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 106-107; _____, *AT*, I, § 5, n.m. 40-44, p. 157-159; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 136; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*[11], § 9, nn.mm. 99-100, p. 159; MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 10, n.m. 21, p. 126; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 24, p. 100; WESSELS/BEULKE, *AT*[3], § 2, n.m. 54, p. 14; KINDHÄUSER, *AT*, § 3, n.m. 6, p. 42; FUCHS, *AT*, 4. Cap. 4, n.m. 32, p. 36; *MüKo*-SCHMITZ, § 1, n.m. 55; KÖHLER, *AT*, p. 94; HASSEMER, en *Persona y derecho*, 1996. 35, p. 150; el mismo, *Tatbestand*, p. 165; JAKOBS, *AT*[2], Ap. 4, n.m. 44, p. 88-89; KUHLEN, *Die verfassungskonforme*, p. 102; ERB, en *ZStW (1996)* 108, p. 271; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 102; KREY, *AT*[2], § 3, n.m. 105, p. 40; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 298; en la literatura española, ver MIR PUIG, *PG*, p. 125; el mismo, *Introducción*, p. 320 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 93, 137; BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo derecho penal*, p. 382; FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 94; FALCÓN Y TELLA, *El argumento*, p. 192, 204; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y méto-*

en aquel terreno donde no se produce una extensión de la punibilidad. Precisamente el sentido liberal de nuestro Derecho Penal aboga por exceptuar el principio de legalidad en supuestos en los que la asunción de potestades creativas por parte del juez significa una ampliación de la libertad individual. Por esta razón, la creación judicial por analogía de tipos penales o agravantes (analogía *in malam partem*) se mantiene vedada por el principio de legalidad, mientras que la creación analógica de eximentes o de atenuantes (analogía *in bonam partem*) es de recibo en nuestros esquemas garantistas. De este modo puede observarse que la analogía favorable al reo y la retroactividad de la ley penal más favorable comparten en su esencia un idéntico fundamento de admisibilidad.[19]

Sin perjuicio de esta amplia aceptación, la doctrina no ha dejado de resaltar a lo largo de los años diferentes aspectos problemáticos. Así, dentro de las corrientes más clásicas del pensamiento jurídico-penal no han faltado cuestionamientos de índole política, poniendo en tela de juicio la legitimidad misma del juez para crear Derecho.[20] En efecto, cualquier arrogación de competencias legislativas por parte del juez suponía una vulneración del principio de división de poderes, el cual sirve de sustento al principio de estricta legalidad.[21]

También en tiempos de pleno recurso a la analogía *in bonam partem* en la modificación del sistema de causas de exclusión de la culpabilidad del RStGB,

---

do, p. 61; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 122-123; el mismo, *El nuevo*, p. 74; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 184; JAÉN VALLEJO, *Principios*, p. 31-32; ARROYO ZAPATERO, en *REDC* 8, 1983, p. 18; en la literatura de lengua italiana y portuguesa, DELITALA. *Rivista Italiana di Diritto penale* 1936), p. 605 y ss.; ANTOLISEI, *PG*[1], p. 307; DE QUEIROZ, en *Separado del n. VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores"*, p. 20; DE FIGUEIREDO DIAS, *PG*[2], I, p. 193.

19. MONTIEL, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología* 3, 2000, p. 210-211.

20. A mi entender, el mejor exponente de esta idea es BECCARIA, *De los delitos*, p. 31. Esta opinión encontró apoyo especialmente en dos premisas. Por un lado, que toda actividad judicial de comprensión o interpretación de la ley importaba la introducción inevitable de la propia subjetividad del juez. Por otro lado, que la legislación venía a cristalizar largos años de experiencia jurídica y, por ende, el legislador había previsto todos los casos relevantes jurídico-penalmente y sus consecuencias jurídicas (castigo, justificación, exculpación, etc.), de modo que no cabía aceptar otros casos por fuera de la ley. Esta misma postura fue la mantenida por el legislador español a la hora de analizar la inclusión de una cláusula que autorice la analogía y pronunciarse por la negativa en 1995.

21. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 525 y ss.

no pasaron desapercibidos los temores sobre una posible "*osteomalacia*" del Derecho Penal, como consecuencia de una generalización de los efectos eximentes del principio de inexigibilidad.[22] Asimismo, este mismo temor fue expresado por el RG ante la creación judicial del estado de necesidad justificante.[23] No obstante, este temor por un debilitamiento de los efectos preventivos del Derecho Penal sigue siendo en nuestros días un problema atendible, más aún cuando una incontenida admisión de la analogía *in bonam partem* puede enervar significativamente la eficiencia del Derecho Penal en el control de la sociedad posmoderna. Por ende, no deja de estar presente la necesidad de armonizar las demandas garantistas y preventivas.

Otra cuestión que se encuentra especialmente abierta en el ámbito de la discusión de la analogía favorable al reo es la referida a los efectos *in malam partem* que se derivan de la ampliación judicial del catálogo de causas de justificación. Se sostiene que toda creación analógica de causas de justificación lleva consigo la creación (también judicial) de deberes de tolerancia respecto a la acción justificada.[24] De este modo se impediría el ejercicio de una legítima defensa frente a quien actúa blandiendo una causa de justificación supralegal. Sin perjuicio de los significativos esfuerzos argumentativos hechos por explicar el motivo de la aceptación de la analogía en las causas de justificación,[25] lo cierto es que la discusión no descansa en aguas calmas ni tampoco resultan del todo convincentes las propuestas de solución.

Junto a los anteriores cuestionamientos que apuntan directamente a la *legitimidad* misma de la analogía favorable al reo en el Derecho Penal, existen otros (no menos relevantes) de naturaleza *conceptual*, sobre su función de cara al método jurídico-penal. No siempre el concepto de analogía es empleado en un mismo sentido, sino que, al contrario, es muy común asociarlo con diferentes

22. LIEPMANN, en *ZStW (1922)* 43, p. 710, 713.

23. RG, cfr. RGSt. T. 61, p. 253. En la doctrina esta opinión también hizo eco, cfr. SCHMIDT, en *ZStW (1929)* 49, p. 374; GRÜNHUT, en *ZStW (1931)* 51, p. 456; KÖHLER, *Der Notstand*, p. 49-50; MARX, *Grundprinzipien*, p. 3; WELZEL, en *MdR (1949)*, p. 371; WACHINGER, en FRANK-*FS*, I, p. 497 y ss., con especial referencia a la justificación de la interrupción del embarazo.

24. Justamente por esta razón entiende JÄHNKE, en *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, p. 406, que la analogía está prohibida en las causas de justificación.

25. Cfr. especialmente la propuesta de HIRSCH, en el mismo, *Derecho penal*, p. 318, seguida entre otros por HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, p. 103-104.

cuestiones: la creación libre del Derecho, la creación moderada de Derecho, la interpretación, los conceptos vagos, las cláusulas generales, la discrecionalidad judicial, etc. Lamentablemente, la copiosa literatura sobre el tópico en el ámbito jurídico-penal no ha arrojado mayor claridad sobre su concreto ámbito de operatoria.

Frente a todo este panorama, entiendo que un análisis teórico general de la analogía favorable al reo puede verse claramente beneficiado en la medida que se precise el concepto de analogía *in bonam partem* y se expliciten las razones de su legitimación dentro del Derecho Penal. En relación a esto último cobra notable importancia el análisis de los fundamentos del principio de legalidad en la explicación del permiso dado al juez para crear eximentes y atenuantes, como así también en la fijación de los límites de esta competencia.

3. EL SENTIDO DE LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* COMO MECANISMO DE CREACIÓN DE EXIMENTES Y ATENUANTES

3.1 Concepto de analogía favorable al reo e integración del Derecho Penal

Ya en su tiempo supo decir Walther RATHENAU que "*Denken ist Vergleichen*", esto es, que "*pensar es comparar*". Esta afirmación no podría sorprender a nadie, dado que refleja algo que desde hace tiempo filósofos y juristas están dispuestos a aceptar: que al razonar en nuestra vida cotidiana estamos permanentemente comparando y buscando analogías o similitudes entre fenómenos. Ello también explica que sea el razonamiento analógico un modo de argumentar inevitable y fundamental en el terreno jurídico.

Sin embargo, cuando hablamos de la analogía *in bonam partem* se está empleando el término en un sentido mucho más restringido. Nadie puede negar que el razonamiento analógico –o más precisamente, el razonamiento mediante ejemplos– tiene suma importancia en la argumentación jurídica, y así en la interpretación y en la aplicación del Derecho Penal.[26] No obstante ello, una cosa es hablar de analogía cuando se comparan casos en una etapa interpretativa y otra distinta cuando se crea judicialmente Derecho. Justamente la analogía *in bonam partem* es un método de esta última naturaleza que permite integrar al Derecho Penal.

---

26. Cfr. SUNSTEIN, en *Harvard Law Review*, 1992-1993, p. 741; SALGUERO, *Argumentación*, p. 11. Ver también la enumeración de razonamientos que cotidianamente emplean los tribunales al resolver los casos y que mantienen la estructura del razonamiento por analogía en BREWER, en *Harvard Law Review*, 1996, p. 934 y ss.

Para entender debidamente el papel de la analogía en la actividad judicial, es importante resaltar que dos de las principales competencias del juez son la interpretación y aplicación de la ley. Básicamente, la fase interpretativa consiste en desentrañar el sentido de la ley, a partir de indagar por el significado de los términos utilizados por el legislador. En este nivel se discute, por ejemplo, cómo deben entenderse los términos "matar", "apoderarse", "racionalidad de la defensa", "mal mayor", "cosa", etc. Existe la necesidad de que el intérprete se ciña a la literalidad de la ley para que así sea posible predicar que el fruto de su actividad es una decisión legítima y objetiva.[27] Así, el juez debe analizar exclusivamente el significado de los términos que aparecen en el texto legal –sin agregar o quitar término o expresión alguna–, a partir de las reglas del habla que rigen en la comunidad lingüística. Por ello, en este plano no pretende corregirse nada de lo dicho en la ley, como sí podría verse en la etapa de integración del Derecho.

Siguiendo lo anterior, no es difícil concluir que la interpretación de la ley se trata de un acto de comprensión del material jurídico que resulta ineludible en la implementación de la ley,[28] dado que permite precisar su ámbito de aplicación. Una de las principales tareas que se ven implicadas en el proceso de aplicación del Derecho es la determinación de que un caso individual se subsume en un determinado caso genérico y precisamente sólo una vez que hayamos delimitado el ámbito de aplicación de la ley penal será posible aplicarla a un caso judicial concreto.[29] Por esta razón resulta fundamental acudir a

27. Justamente, entiende KLATT, *Theorie*, p. 19, 21, 22-23; el mismo, en *Die Sprache des Rechts*, p. 346, que la importancia del tenor literal para la ciencia jurídica es que dota de legitimidad y objetividad a las decisiones del juez.

28. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 153; TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 2. ed., 1994, Cap. 2, n.m. 22, p. 23; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 6. ed., 2004, Cap., n.m. 1, p. 30; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre.* 7. ed. 2004, § 2, n.m. 38, p. 25-26; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale.* 14. ed. 1997, p. 84; BACIGALUPO, *Principios del derecho penal. Parte general.* 5. ed. 1998, p. 68; CUELLO CONTRERAS. *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito.* 3. ed. 2002, n.m. 73, p. 223; DE FIGUEIREDO DIAS, *PG*², I, p. 187. Sin embargo, contrarios a esta idea, NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, *Juez y ley penal*, 2001, p. 48-49.

29. ALONSO, *Interpretación*, p. 7. Por ejemplo, solamente cuando se haya identificado lo que debe entenderse por "agresión ilegítima", "temporalidad de la defensa", "necesidad racional del medio empleado" y por "falta de provocación suficiente", podrá aplicarse la justificación a la defensa de Juan frente a Pedro en la que están satisfechas estas condiciones.

la interpretación no sólo frente a los casos *fáciles o claros* sino también frente a aquellos que presentan problemas de indeterminación semántica.[30]

Una vez interpretado el Derecho Penal y llegado el momento en que un juez debe solucionar jurídico-penalmente un caso particular pueden presentarse varias situaciones, según el caso caiga o no dentro del ámbito de aplicación de un tipo o una eximente:

"1. El caso judicial se subsume exclusivamente en un tipo;

2. El caso judicial cae dentro del ámbito de aplicación de un tipo y de una eximente (causa de justificación, causa de exculpación o una excusa absolutoria, por ejemplo);

3. El caso judicial no reúne todos los elementos típicos;

4. El caso judicial se subsume en el tipo, pero no dentro del de la eximente al no satisfacer sus condiciones de aplicación."

En los supuestos *1* y *2* corresponderá, respectivamente, castigar al autor del delito con la pena prevista en el tipo concreto o bien declarar la impunidad, dada la concurrencia de la eximente; mientras que en *3* la solución dada por el Derecho Penal es la impunidad ante la atipicidad del hecho. Una consideración especial merece la variante *4*, dado que aquí el sistema de normas aplicables e interpretadas exige el castigo del hecho. No obstante, puede suceder que no parezca adecuado o necesario castigar el hecho, conforme a las finalidades del Derecho Penal. En esta última situación, el Derecho Penal *legislado* habría hecho una selección inadecuada de los casos que merecen el castigo y los que merecen la exclusión de responsabilidad penal, y dicha equivocación resulta contraria a los fines jurídico-penales.

Esta nueva situación plantea la necesidad de diferenciar una nueva etapa en el análisis de las competencias judiciales y que se corresponde con la *integración del Derecho Penal*. Se trata de una etapa necesariamente contingente en la implementación de la ley penal y que activa competencias judiciales *latentes*, vinculadas a la creación de Derecho. La integración del Derecho Penal debe ser entendida como una instancia de perfeccionamiento o corrección del Dere-

30. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 154; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*[11], § 9, nn.mm. 56-57, p. 149; MAURACH/ZIPF, *AT* , I, § 9, n.m. 2, p. 110; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 40, p. 110; WESSELS/BEULKE, *AT*[3], § 2, n.m. 56, p. 14; FUCHS, *AT*, 4. Cap., n.m. 1, p. 30; TRIFFTERER, *AT*[2], Cap. 2, n.m. 22, p. 23; *Schönke/Schröder*[2]-ESER, § 1, n.m. 36; SIMON, *Gesetzesauslegung*, p. 47 y ss.; RÖHL, *Allgemeine*[2], § 75, p. 592-593; RÜTHERS, *Rechtstheorie*[2], nn.mm. 731-732, p. 466-467; KLATT, *Theorie*, p. 236; NINO, *Introducción*, p. 246; ROSS, *Sobre el Derecho*, p. 130; FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 57.

cho *legal*. En este terreno los casos judiciales no son resueltos a partir de una norma prevista en el Código penal o en su legislación complementaria, sino de una norma general creada por el juez. Precisamente, la analogía *in bonam partem* opera en este terreno, puesto que se trata de un mecanismo de creación judicial de Derecho Penal. Frente al caso 4, gracias a esta clase de analogía se introduce supralegalmente una eximente, que armoniza la solución del caso con los fines del Derecho Penal. Esta norma supralegal se entenderá creada judicialmente en la medida en que el contenido de esta eximente analógica no es idéntico al de alguna otra perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica de otras normas.[31]

Situaciones de esta naturaleza en las que resulta necesario integrar o *corregir* el Derecho Penal legislado son excepcionales, aunque no por ello infrecuentes. De hecho, no han faltado ejemplos en la legislación comparada que muestran a las claras los problemas político-criminales que se derivan de una regulación exigua de eximentes o atenuantes. Sucede que el legislador muchas veces configura un sistema concreto de eximentes (v. gr. causas de justificación o causas de exclusión de la culpabilidad) con muy pocas causales,[32] o bien las diversas causales reconocidas abarcan grupos de casos muy reducidos.[33] Estos dos factores pueden generar que algunos hechos que no son materialmente antijurídicos o culpables o que directamente no están necesitados de pena, sean castigados igualmente al no caer dentro del ámbito de aplicación de alguna eximente del orden legal. Semejante situación lleva a que sea necesaria una modificación de la legislación por vía judicial.

La analogía favorable al reo constituye uno de los argumentos principales que han empleado los tribunales a lo largo de la historia para modificar o integrar el Derecho Penal.[34] Este razonamiento jurídico permitió salvar ciertas

31. Precisando en estos términos el concepto de "creación judicial de Derecho", BULYGIN, Sentencia judicial, en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 360.

32. Basta recordar que el sistema de causas de justificación del RStGB solamente aparecía conformado por la legítima defensa (§ 53) y la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193).

33. Por ejemplo: el § 35 StGB establece una reducción en relación a los bienes jurídicos que pueden ser afectados y a la cercanía del autor con el bien jurídico; el art. 185 CP argentino (art. 268 CP español) reduce su aplicación –en cuanto a las relaciones afectivas– a los cónyuges, sin considerar a las relaciones afectivas análogas al matrimonio.

34. Además, cabe agregar que otro método de integración del Derecho penal es la *aplicación de Derecho extrapenal*. Mediante este mecanismo es modificado el sistema de normas jurídico-penales a partir de la *importación* de normas ubicadas en otras parcelas

inconsistencias político-criminales mediante la creación de una norma jurídica general que tomaba como molde una regulación análoga o bien ciertos principios que inspiraban al conjunto de eximentes. De este modo se fueron admitiendo figuras análogas al estado de necesidad justificante[35] o exculpante,[36] o bien nuevas eximentes inspiradas en los principios que fundamentan la justificación o la exclusión de la culpabilidad.[37]

De este modo, la analogía *in bonam partem* debe ser vista como un argumento empleado para perfeccionar el Derecho Penal, que consiste en la creación judicial de una nueva causa de justificación, causa de exclusión de la culpabilidad o atenuante, a partir de analizar la similitud estructural y jurídica entre el caso regulado por la eximente legal y el afectado por la laguna. En efecto, no sólo bastará con analizar la similitud que los casos comparados presentan en cuanto a sus propiedades estructurales o fácticas,[38] sino que también será fundamental observar que ambos casos presenten una idéntica razón de regulación.[39] Comprobada esta similitud será posible que el juez cree la norma general, tomando como molde la regulación legal análoga o bien un principios institucional, según ya veremos más adelante.

3.2 *Presupuestos para la admisión de la analogía* in bonam partem

3.2.1 *La existencia de lagunas axiológicas*

1. En la discusión suele aceptarse de modo ampliamente mayoritario que la existencia de una laguna jurídica es presupuesto fundamental para el recurso

---

del ordenamiento jurídico. La aplicación de Derecho extrapenal tuvo una particular importancia en la integración del RStGB, cuando se recurría a las regulaciones del Derecho civil sobre el estado de necesidad para cubrir la ausencia de una normativa penal, frente a afectaciones patrimoniales típicas que se producían en situaciones de necesidad. Más en detalle sobre este mecanismo, ver MONTIEL, *Analogía*, p. 296 y ss.

35. Cfr. la figura de las situaciones análogas al estado de necesidad en la obra de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 326 y ss.

36. Así, por ejemplo, para no castigar a los médicos ejecutores de la Orden de Eutanasia de 1939, WELZEL, en *MdR*, 1949, p. 374 y ss.; SCHMIDT, en *SJZ (1949)*, p. 566 y ss.

37. Así sucedió, como analizaremos más en detalle infra, con la aparición del error de prohibición supralegal en Alemania, a partir del principio de culpabilidad, en tanto fundamento de la culpabilidad, cfr. BGHSt. T. 2, p. 194 y ss.

38. FALCON Y TELLA, *El argumento*, p. 91 y ss.

39. BREWER, en *Harvard Law Review* 1996, p. 965 y ss.

a la analogía.[40] Sin embargo, la amplitud de este acuerdo doctrinal no evita que exista una disparidad de criterios a la hora de identificar aquellas lagunas que son integrables mediante este mecanismo. Dicha dificultad se pone de manifiesto especialmente en el ámbito del Derecho Penal, dado que reina en la dogmática una gran confusión sobre el concepto de laguna, lo que ha llevado a afirmar, equivocadamente, que cuando el juez recurre a la analogía favorable al reo lo hace para colmar un "vacío legal", es decir, para colmar lagunas normativas.[41]

Normalmente la expresión "laguna jurídica" aparece asociada con supuestos muy diversos que van desde la ausencia de regulación jurídica o la existencia de una regulación deficiente (desde un punto de vista axiológico), hasta problemas semánticos en la interpretación de los enunciados jurídicos o vinculados con la falta de conocimientos empíricos de los casos judiciales. Ello explica la existencia de las más variopintas clasificaciones de lagunas.[42]

---

40. Entre otros, SUPERT, *Studien*, p. 75; JAHN, *Das Strafrecht*, p. 437. De otra opinión, RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 618, para quien primaría, en cambio, la semejanza y el tratamiento idéntico; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 182; el mismo, en *Doxa* 2, 1985, p. 226.

41. Considerando equivocadamente que en Derecho penal se integran mediante la analogía lagunas normativas, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 41, p. 110. Claramente se equivoca GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293, cuando manifiesta: "*La cuestión de la admisibilidad de un hallazgo del Derecho praeter legem surge cuando el Derecho positivo es* incompleto y lagunoso, *de modo que un problema jurídico ya no es cubierto por el marco regulativo del enunciado jurídico conformado (en el Derecho penal) por el sentido posible de los términos y la decisión político-criminal fundamental del legislador histórico...*". En un error similar incurre LÜCKE, en *JR)* 2, 1975, p. 56, en relación a las lagunas en el sistema de causas de exculpación.

42. Por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 135, distingue entre *lagunas primarias* y *lagunas secundarias*; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 63, 159, distinguen entre *lagunas de reconocimiento, lagunas de conocimiento, lagunas normativas* y *lagunas axiológicas*; RÖHL, *Allgemeine*², § 77, p. 615-616, habla de *lagunas normativas, lagunas de regulación, lagunas primarias* y *secundarias*, y *lagunas del Derecho*; excluye del concepto de lagunas los problemas semánticos; RÜTHERS, *Rechtstheorie*², nn.mm. 847-863, p. 538 y ss., distingue entre *lagunas normativas, lagunas legales (concientes e inconcientes), lagunas del Derecho, lagunas de un sector, lagunas primarias* y *lagunas secundarias*; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*¹¹, p. 178-179 hablan de *lagunas de la ley* y de *lagunas en el Derecho*, en donde las primeras coinciden con el concepto de lagunas normativas; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*², p. 311 y ss., reconoce las *lagunas de regulación o contenido, lagunas técnicas* intra legem y las *lagunas originarias* que coinciden con las lagunas normativas; las *lagunas por imperfección técnica, lagunas de regulación ocultas* y las *lagunas posteriores* coinciden con las lagunas axiológicas; LEGAZ Y LACAMBRA, en *Revista*

Sin embargo, tratándose la analogía *in bonam partem* –como se dijo anteriormente– de un mecanismo de integración o perfeccionamiento del Derecho Penal, parece comprensible que el tipo de laguna que corrige se trate de un déficit o defecto que se presenta en relación a cómo el sistema jurídico-penal regula un caso general. Por esta razón, la analogía para un sector importante de la teoría del Derecho consiste en un método argumentativo destinado a modificar el sistema legal a partir de colmar un vacío legal o modificar el tratamiento jurídico que un caso inadecuadamente recibía.

La idea de "*vacío legal*" se encuentra asociada a lo que Alchourrón y Bulygin entienden como *lagunas normativas*, es decir, cuando un caso genérico no se encuentra correlacionado con ninguna solución jurídica.[43] Aquí falta por completo en el sistema jurídico analizado un enunciado legal que regule el caso. En cambio, algunas de las inconsistencias axiológicas que pueden afectar al sistema normativo, pueden recibir el nombre de *lagunas axiológicas*, siguiendo también la nomenclatura de *Normative Systems*.[44] En este último caso, como consecuencia de una selección incorrecta de las propiedades relevantes acaba sucediendo que ésta abarca más casos de lo debido y por esa razón un supuesto que por sus características merecía recibir un tratamiento particular, resulta abarcado por dicha regulación general. Con otras palabras: en la selección de las propiedades relevantes el legislador ha distinguido menos de lo requerido.[45] De ahí que la esencia del concepto de laguna axiológica venga dado por una contraposición entre las propiedades que el legislador ha considerado relevantes (tesis de relevancia) y las propiedades que el intérprete cree que deberían haber sido consideradas como tales (hipótesis de relevancia).[46-47] De ahí que convenga enfatizar que, a diferencia de lo que sucede con las lagunas norma-

---

de la Universidad Complutense 69, 1983, p. 25, distinguiendo entre lagunas *intra legem* y lagunas *praeter legem*, no pudiéndose colmar mediante la analogía éstas últimas.

43. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 101.

44. Utiliza también expresiones similares para aludir a este tipo de inconsistencias axiológicas, NOLL, *Übergesetzliche*, p. 4-5, "*unechte Lücke*", "*Wertungslücke*" o "*Ausnahmelücke*".

45. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 159.

46. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 154; MORESO/VILAJOSANA, *Introducción*, p. 111; ALONSO, *Interpretación*, p. 139.

47. Aunque parezca obvio decirlo, debe quedar claro que, según la perspectiva del Derecho penal, quien determina las propiedades relevantes es el legislador y no las circunstancias del caso particular, como parece sugerir HASSEMER, *Tatbestand*, p. 102-103.

tivas, en las *lagunas axiológicas* el caso genérico se encuentra solucionado por el sistema.[48]

Frente a esta distinción no debe perderse de vista, sin embargo, que no resulta posible hablar en el Derecho Penal de la existencia de un "vacío legal" o, más precisamente, de una laguna normativa. El sistema de normas que conforma el Derecho Penal es un caso excepcional en el que el postulado de la plenitud del Derecho resulta verdadero.[49] En virtud del principio de legalidad, un caso genérico que no se subsume en un tipo penal de la Parte especial se encuentra –no obstante– correlacionado con una consecuencia jurídica (la atipicidad, la impunidad: *nadie puede estar obligado a hacer lo que la ley no mando ni privado de lo que ella no prohíbe*). Por su parte, una conducta que no cae dentro del ámbito de aplicación de una eximente o atenuante, resulta igualmente regulada por el Derecho Penal, toda vez que es típica, debiéndose castigar con la pena prevista en el tipo penal concreto.

A partir de esto último puede verse que, de conformidad con la clasificación de lagunas anteriormente reseñada, el sistema de normas del Derecho Penal solamente puede verse afectado por lagunas axiológicas. Por esta razón, cuando se dice que la analogía *in bonam partem* tiene como presupuesto la existencia de una laguna jurídica, se está diciendo que esta clase de analogía integra *lagunas axiológicas*. Por ejemplo, se piensa en una exculpación supralegal frente al supuesto del derribo de aviones capturados con fines terroristas, dado que el § 35 StGB solamente excluye la culpabilidad cuando el titular de los bienes jurídicos afectados por la situación de necesidad es el propio agente, un pariente u otras persona allegada.

Igualmente, el castigo de ciertas acciones defensivas que se realizan preventivamente en contextos familiares intimidatorios (los conocidos casos del *Haustyrann*)[50] puede ser el síntoma de una laguna axiológica. Imaginemos un caso en el que una mujer es víctima permanentemente de los ataques de ira de su marido, fruto de los cuáles ya ha sufrido varias fracturas e incluso los golpes propiciados durante el tiempo de embarazo han provocado ciertas malas formaciones en el niño. Un buen día, la mujer retorna del trabajo y escucha que su marido la busca más furioso que de costumbre, con la presumible intención de

48. Ello lleva a ATRIA, *Sobre las lagunas*, en AA.VV. *Las lagunas en el derecho*, p. 23, a señalar que *stricto sensu* no estaríamos frente a lagunas jurídicas.

49. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 239.

50. Respecto a este tipo de situaciones, cfr. OLMEDO CARDENETE. *Cuadernos de política criminal (2004)* 82, p. 205 y ss.

agredirla salvajemente. La mujer lo observa desde la segunda planta –sin que éste pueda notarlo– y desde allí le arroja un jarrón que al impactar le produce algunos cortes y la pérdida de conciencia, logrando así la mujer escapar. En este caso, las lesiones no pueden ser justificadas, toda vez que la agresión no había comenzado a ejecutarse y, por ende, no podía hablarse de una agresión *actual*. En consecuencia, al no caber este supuesto en la norma de excepción (la causa de justificación), corresponde aplicar la norma general que obliga al juez a castigar las lesiones. No obstante, un caso de esta naturaleza, pese a la ausencia de una causa de justificación legal aplicable, no es materialmente antijurídico. Puede verse así que al momento de establecerse las propiedades relevantes de los supuestos en los que falta la antijuridicidad de las lesiones (estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho, etc.) el legislador no previó las defensas preventivas en contextos familiares intimidatorios. Como consecuencia de este descuido del parlamento, un caso que carece de antijuridicidad material debe, sin embargo, ser castigado a partir del tipo de lesiones.

En definitiva, se presentan lagunas axiológicas integrables mediante la analogía favorable al reo cuando la ausencia de una eximente o atenuante lleva a que deba ser castigado con la pena prevista en el tipo penal un caso genérico que, sin embargo, merecería estar exento de responsabilidad penal o recibir un castigo menor. En estas situaciones se produce un enfrentamiento entre la tesis de relevancia del legislador (castigar, por ejemplo, defensas preventivas en contextos familiares intimidatorios) y la hipótesis de relevancia del juez (justificar defensas preventivas en contexto familiares intimidatorios).

2. Conviene destacar que la posibilidad con la que cuenta el juez de reconocer lagunas axiológicas en el Derecho Penal no debe llevarnos a pensar que cualquier discordancia entre la legislación y los criterios axiológicos del magistrado supone un defecto que debe corregirse a partir de la analogía *in bonam partem*. Dicho con otras palabras: no significa que cuando una ley no plasma el juicio personal del magistrado en cuanto a la selección de propiedades relevantes, éste se encuentra legitimado a considerar que estamos ante un desperfecto del ordenamiento legal que amerita su integración. Por ende, resulta fundamental distinguir los conceptos de lagunas axiológicas y meros desacuerdos valorativos, especialmente, los *desacuerdos valorativos por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.[51]

51. A mi modo de ver, resulta útil distinguir en el ámbito jurídico-penal también los *desacuerdos valorativos sobre la solución jurídica*. En estos desacuerdos, a diferencia de las lagunas axiológicas, no encontramos una confrontación entre la tesis y la hipótesis

En los desacuerdos valorativos por *rechazo de una tesis de relevancia excluyente*, al igual que en las lagunas axiológicas, existe una discordancia entre la tesis y la hipótesis de relevancia, sin embargo en este último caso existe claramente un descuido del legislador. Esto quiere decir que, a mi entender, un elemento central del concepto de laguna axiológica es que haya existido una equivocación por parte del creador de la ley; es decir, que el legislador haya errado o haya tenido un descuido al momento de seleccionar las propiedades relevantes. En las lagunas axiológicas sucede, en definitiva, que un descuido llevó al legislador a no distinguir más casos y asignarles diferentes consecuencias jurídicas. Volviendo al ejemplo del *Haustyrann*, el castigo de una defensa anticipada, pero materialmente conforme a Derecho, sólo puede ser entendido como un supuesto de laguna axiológica si se parte de un error o descuido de quien puso la norma en el sistema jurídico-penal. Ante esta laguna se supone que, en caso de haberse previsto la situación de violencia en un contexto familiar, se habría reconocido también una causa de justificación.

Al contrario, en los supuestos de desacuerdos valorativos por *rechazo de una tesis de relevancia excluyente*, el juez, más que pretender reconocer la existencia de un defecto del sistema normativo, se transforma en un activista que quiere subvertir la legislación.[52] Aquí no estamos frente a un caso de descuido del legislador, que lo haya llevado a no considerar como relevantes determinadas propiedades dignas de serlo.[53] Frente a estos supuestos debe partirse de que el legislador ha sido consciente de la existencia de otras propiedades, pese a lo cual rechaza su relevancia a los fines de una concreta regulación. La tesis de relevancia es *excluyente* en la medida en que las propiedades relevantes se escogieron con plena consciencia de que otras quedaban fuera, sin perjuicio de lo cual decidió *excluirse* la regulación respecto a casos que tuvieran propiedades distintas. Aquí una determinada consecuencia jurídica está pensada exclusivamente para los casos previstos en la regulación legal.

---

de relevancia, sino que, en realidad, el problema se presenta cuando el desacuerdo radica simplemente en la solución jurídica que se reconoce (cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción*, p. 159). A modo de ejemplo, podría estarse de acuerdo con las propiedades que se reconocen para la excusa absolutoria en los atentados contra la propiedad entre los parientes (v.g. los grados del vínculo familiar) y, no obstante, rechazarse la solución de excluirse la pena. Para más detalle, cfr. MONTIEL, *Analogía*, p. 250-252.

52. Hasta donde entiendo, la noción de "jurisprudencia *contra legem*" ofrecida por NOLL, *Übergesetzliche*, p. 9 y ss., guarda ciertas simetrías con el concepto de desacuerdos valorativos *por rechazo de una tesis de relevancia excluyente*.

53. Próximo a esta idea, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 293.

Desde luego que no resulta nada fácil precisar los supuestos en los que estamos ante un descuido del legislador y otros en los que existe una clara previsión de excluir de la regulación todo caso futuro, distinto del expresamente previsto. Según mi parecer, existen diversos criterios que permiten identificar esta voluntad y que pueden sustentar la argumentación del intérprete. Entre los principales criterios podemos encontrar, según entiendo, la previsión legal de considerar siempre irrelevante una determinada propiedad (v.g. el art. 5 CP italiano que declara irrelevante el error de prohibición) y los debates parlamentarios y la exposición de motivos de la ley. Tampoco conviene perder de vista que la interpretación sistemática del tipo y de la eximente concreta y la consideración de las finalidades jurídico-penales pueden ser de ayuda para identificar la voluntad del legislador.

3.2.2 *Ausencia de una prohibición de integrar lagunas axiológicas mediante la analogía* in bonam partem

Para saber si es posible recurrir a la analogía *in bonam partem* no basta con constatar la existencia de lagunas axiológicas, sino que es necesario considerar además si existe o no alguna prohibición de integrarla.[54] En efecto, el Derecho presenta muchas situaciones en las cuáles, pese a poderse constatar la existencia de una laguna, el remedio introducido por el juez puede ser mucho más perjudicial (desde perspectivas constitucionales o jurídico-penales) que mantener el defecto del ordenamiento. En estos casos, no sería posible integrar la laguna a partir de la analogía.

Al respecto, basta con atender a lo que sucede con la prohibición de analogía *in malam partem*, dado que existen muchos supuestos en los cuales podemos estar todos de acuerdo con que el legislador está dejando fuera del tipo hechos que merecen el castigo, sin perjuicio de lo cual no resulta posible castigar por analogía. Por ejemplo, la posible existencia de una laguna axiológica en relación con los casos de apoderamiento ilegítimo de fluido eléctrico, no habilita al juez a crear el delito correspondiente mediante la analogía desfavorable al reo. Asimismo el descuido del legislador de no considerar la vulneración del correo electrónico como una afectación de la intimidad típicamente relevante puede considerarse una laguna axiológica. Empero, bien es sabido que existe una prohibición derivada del principio de legalidad de integrar dichas lagunas, dado que aquí la analogía estaría perjudicando al reo.

---

54. En concreta referencia a este presupuesto en las causas de justificación, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294.

En mi opinión, algo similar sucede incluso con la analogía *in bonam partem*, puesto la facultad de crear judicialmente eximentes y atenuantes debe ser vista de modo excepcional y, por ello, debe reconocerse una serie de limitaciones. De ahí que además de existir defectos en el sistema jurídico-penal que no pueden ser integrados por la analogía favorable al reo por no tratarse de lagunas axiológicas (desacuerdos valorativos), existen supuestos de lagunas axiológicas cuya integración no queda en manos del juez. En estos últimos casos, el perfeccionamiento del Derecho solamente puede tener lugar mediante la intervención del legislador, dado que su excepcionalidad amerita una decisión legitimada democráticamente.

Existen raros supuestos en los que la prohibición de integrar lagunas axiológicas a partir de la analogía favorable al reo se encuentra estipulada legalmente.[55] Sin embargo, en la gran mayoría de los casos corresponde derivar del principio de legalidad los límites a la creación judicial *in bonam partem*. Al respecto resulta imprescindible indagar en los fundamentos del principio de legalidad para identificar el alcance de las competencias del juez penal. Más adelante volveremos sobre los casos en los que está prohibido el recurso a la analogía favorable al reo.

3.3 *Clases de analogía* in bonam partem

Una vez que el juez constata que el Derecho Penal legal se encuentra afectado por una laguna axiológica y que no existe ningún impedimento para que sea éste quien la integre, llega el momento de hacer uso de la analogía favorable al reo. Ciertamente, la integración judicial de las lagunas no puede tener lugar por cualquier medio o a partir de una norma que cristaliza la pura subjetividad del juez. En realidad, semejante tarea de perfeccionamiento del sistema de leyes penales no debe tener lugar sino a partir de los propios materiales derivados del sistema legal. De hecho, la analogía implica necesariamente razonar y argumentar (en diversas medidas y en diversos niveles) a partir de los

55. En mi opinión, ello cabe inferir del art. 4.3 CP español: "Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo". Entiendo que conforme a esta disposición legal, la laguna debería integrarse mediante el indulto.

mismos materiales puestos por el legislador, buscando semejanzas entre los casos afectados por lagunas axiológicas y los que no lo están. Precisamente ello muestra que, de ningún modo, puede ser vista como arbitraria la creación judicial de Derecho Penal que tiene lugar con la analogía *in bonam partem*.[56]

El modo en que son integradas las lagunas axiológicas en el Derecho Penal, gracias a la analogía favorable al reo, depende principalmente del grado de semejanza existente entre los casos genéricos afectados por las lagunas y aquellos regulados sin padecer de aquéllas. En efecto, la mayor o menor conexión entre ambos grupos de casos genéricos obliga al juez a fundamentar su creación mediante argumentos analógicos diversos. Bien conocido es por todos que resulta habitual distinguir en la discusión *iusfilosófica* y jurídico-penal la analogía *legis* o de la ley y la analogía *iuris* o del Derecho.[57] Aunque también conviene advertir la existencia de una tercera clase y que denomino analogía *institutionis*. En cada una de estas clases aparecen bien diferenciadas dos etapas: una en la que se comparan los casos y otra estrictamente creativa.

La analogía *legis in bonam partem* consiste en un método de integración del Derecho Penal, en virtud del cual la norma creada supone la extensión de la regulación jurídica de una eximente o atenuante del sistema jurídico-penal a un caso genérico afectado por una laguna axiológica. Esta modalidad es empleada

---

56. Insistiendo precisamente en la distinción entre analogía y arbitrariedad, HAFTER, en *SchwZStr*, 1947, 62, p. 139-140; DWORKIN, El modelo (I), en el mismo, *Los derechos en serio*, p. 85-86; CARRIÓ, *Notas*, p. 56-57; ORTEGO COSTALES, en *Revista de la Facultad de Derecho (1941)*, p. 65-66.

57. Reconociendo dicha distinción en el doctrina jurídico-penal, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*[11], § 9, n.m. 92/93, p. 158; MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 9, n.m. 8, p. 111; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, n.m. 41, p. 110; TRIFFTERER, *AT*[2], Cap. 2, n.m. 28, p. 25; *Schönke/Schröder*[2]-ESER, § 1, n.m. 24; GROSS, *Die strafrechtliche*, p. 73; WACHINGER, en *Frank-FS*, I, p. 508-509; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294-295; *LK*/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 34; MAYER, *AT*, p. 84-85; KÖHLER, *AT*, p. 94; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 481; el mismo, *La ley*, p. 123-124; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 18-19; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, p. 253-254; LASCANO (H), en AA.VV., *Derecho penal*, p. 150; DE QUEIROZ, en *Separado del n. VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores"*, p. 14; ANTOLISEI, *PG*[1], p. 96; MANTOVANI, *PG*, p. 76. Sin embargo, rechazaba la distinción, aunque no por cuestiones teóricas, BINDING, *Handbuch*, p. 216-217. Para este autor la analogía *iuris* o *general* era más insegura e incoherente que la analogía *legis* y sólo esta última era capaz de garantizar la seguridad de los resultados. Dan cuenta de esta clasificación en la Teoría del Derecho y el Derecho civil, entre otros, LARENZ, *Metodología*, p. 376; RÖHL, *Allgemeine*[2], § 77, p. 616; LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos*, p. 256; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*[11], p. 180-181; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*[2], p. 324-325.

especialmente cuando el grado de semejanza de los casos es muy intenso, a tal punto que el caso afectado por la laguna axiológica es prácticamente igual al regulado por la norma extendida por analogía, sólo que carece de alguna propiedad relevante. Por ejemplo, ciertos salvamentos dentro de comunidades de peligro no son exculpados por el § 35 StGB al no darse el círculo de pertenencia entre el autor y la titularidad de los bienes afectados, pero se postula una extensión supralegal de sus efectos en virtud de la analogía *legis*.[58]

El primer paso de este argumento analógico consiste en establecer el grado de semejanza *estructural* a partir de cotejar las propiedades constitutivas de cada caso comparado y luego atender a si existe una idéntica razón de regulación, es decir, si conforme al sentido del precepto legal abarca también el supuesto de laguna.[59] Por ello, la determinación de esta similitud puede entenderse, al menos, de dos modos diferentes. Puede decirse que dos casos son similares según sus propiedades constitutivas, pero también, debe interesarnos si esa semejanza o analogía "estructural", puede juzgarse en iguales términos según los "*ojos de la ley*".[60] En este caso, la *ratio legis* de la norma legal permite establecer la razón de identidad, a partir de mostrar que el caso afectado por la laguna es una especificación de ella. Finalmente, la *ratio* y la concreta eximente legal que fue comparada sirven de molde de la eximente o atenuante que finalmente crea el juez.

Por su parte, la integración de lagunas axiológicas del Derecho Penal que se logra con la analogía *institutionis in bonam partem* tiene lugar cuando se trabaja con principios que fundamentan instituciones jurídico-penales y no ya normas concretas.[61] Así, la justificación, la exculpación y la atenuación, por ejemplo, pueden ser vistas como instituciones jurídico-penales, en el sentido de que

58. En este sentido, JAKOBS, *AT*², Ap. 20, n.m. 40, p. 588; KÜHL, *AT*, § 12, n.m. 97, p. 334; *MüKo*-SCHLEHOFER, Vor §§ 32 ff., n.m. 219. Rechazando que la regulación del estado de necesidad exculpante pueda ser aplicada a casos análogos, DROST, en *GA (1933)* 77, p. 182.

59. BACIGALUPO, *Anuario de Derechos Humanos (1983)* 2, p. 24. Señalando, sin embargo, que la conclusión sobre la analogía de dos elementos es consecuencia de una pura estrategia argumentativa o discursiva, SALGUERO, *Argumentación*, p. 13.

60. Señalando, sin embargo, que la conclusión sobre la analogía de dos elementos es consecuencia de una pura estrategia argumentativa o discursiva, SALGUERO, *Argumentación*, p. 13.

61. A esta tercera clase de analogía que opera con principios de abstracción intermedia han aludido sólo tímidamente BARATTA, en *WOLF-FS*, p. 140; ATIENZA, *Sobre la analogía*, p. 185; el mismo, en *Doxa (1985)* 2, p. 228; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p.

constituyen grupos de normas que tienen unidad de sentido y descansan sobre principios comunes.[62] Éstas aparecen respaldadas por una serie de principios comunes que dotan de unidad a la institución y a partir de los cuáles es posible derivar una serie de reglas concretas. Así, por ejemplo, el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio legítimo de un derecho, constituyen una derivación del principio que fundamenta a la justificación.

En este caso los principios institucionales son utilizados como los criterios dirimentes en el establecimiento de la razón de identidad entre el conjunto de casos regulados por una institución jurídico-penal y el caso afectado por la laguna axiológica. Puede decirse, entonces, que estamos ante casos *lagunosos* que no guardan una relación de semejanza tan intensa con los expresamente regulados en la ley y, por esa razón, la similitud se establece recurriendo a principios institucionales y no a las *rationes legis* de una concreta eximente o atenuante. Además estos principios institucionales son los que sirven de molde a la norma que finalmente construye el juez a partir de la analogía.

Pese a lo novedosa que puede resultar la expresión "analogía *institutionis in bonam partem*" debe destacarse que a lo largo de la historia del Derecho Penal dicha argumentación cumplió una labor trascendental en la configuración del sistema de eximentes. El estado de necesidad justificante supralegal, creado inicialmente por el RG el 27.03.1927, es fruto precisamente de esta clase de analogía. Aquí, el tribunal acudió al *principio de la ponderación de bienes jurídicos* para excluir la antijuridicidad de la interrupción del embarazo, reconociendo que este principio fundamenta todas las causas de justificación.[63]

Finalmente, en la analogía *iuris* es extraído un principio de la pluralidad de prescripciones del ordenamiento jurídico o de un sector específico del mismo, el cual luego se extiende a los casos afectados por una laguna jurídica.[64] A diferencia de lo que sucede con la analogía *institutionis*, con motivo de este argumento se utilizan principios de una mayor abstracción, en cuanto se trabaja

---

294-295, aunque empleando denominaciones ciertamente confusas (*analogía iuris impropia o imperfecta; analogía iuris*).

62. Respecto al sentido que se asigna aquí a "institución jurídica", cfr. RUITER, *Legal Institutions*, p. 96.

63. RGSt. T. 61, p. 254.

64. De modo similar, RÖHL, *Allgemeine*[2], § 77, p. 616; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*[11], § 9, n.m. 92/93, p. 158. No obstante, manteniendo un concepto de analogía *iuris* algo divergente, RUIZ MANERO, *Algunas concepciones*, en AA.VV. *Las lagunas en el Derecho*, p. 122; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 294-295.

con principios generales del Derecho Penal o con los principios generales del Derecho. Justamente, estos principios permiten en este proceso argumentativo establecer la semejanza entre los casos genéricos de las eximentes y atenuantes reguladas y los afectados por la laguna. Frente a esta tercera clase de analogía *in bonam partem*, los casos abarcados por las eximentes legales y los *lagunosos* pierden una notable semejanza, de tal modo que su relación de semejanza o el hallazgo de una razón de identidad sólo se evidencia gracias principios jurídicos de notable abstracción. Por ejemplo, en la doctrina se ha empleado este método para excluir la culpabilidad a partir de un principio general del Derecho como el de buena fe[65] o el de inexigibilidad.[66]

4. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA FUNDAMENTACIÓN Y LIMITACIÓN DEL RECURSO A LA ANALOGÍA *IN BONAM PARTEM* EN EL DERECHO PENAL

4.1 Fundamentación de la analogía favorable al reo desde las raíces jurídico-política y jurídico-penal del principio de legalidad

Lo analizado hasta aquí ha servido para comprender qué es la analogía y cuáles son sus manifestaciones, como así también para precisar qué es lo que hace el juez cuando acude a este método. En concreto, se ha observado que cuando el juez penal echa mano a la analogía favorable al reo, lo hace para modificar el Derecho Penal legislado, a partir de la creación de eximentes y atenuantes. Ahora es importante analizar de qué modo el principio de legalidad legitima esta actividad.

La cuestión relativa a la legitimidad de los órganos estatales frente a la creación, interpretación y aplicación del Derecho Penal se encuentra claramente

65. LÜCKE, en *JR (1975)* 2, p. 57, aceptó la posibilidad de reconocer causas supralegales de exclusión de la culpabilidad a partir del principio de buena fe, recogido en el § 242 BGB. En su opinión, se trataría de un principio que rige no sólo en el Derecho civil, sino que también proyecta su vigencia en el Derecho público y, muy especialmente, en el Derecho penal.

66. Si bien no resulta nada sencilla la tarea de identificar el carácter reconocido al principio de inexigibilidad (como *ratio legis*, principio institucional, principio general del Derecho penal, principio general del Derecho), la asociación entre el carácter de exculpación supralegal general de la inexigibilidad y la analogía *iuris* aparece en aquellos autores que consideran a este principio como general del Derecho. Opinando en este último sentido, AGUADO CORREA, *Inexigibilidad*, p. 39.

vinculada con el principio de legalidad. Ya tradicionalmente se han derivado de éste cuatro mandatos (*lex certa, lex praevia, lex scripta y lex stricta*), que tienen la vocación de establecer y delimitar las competencias de los poderes públicos constituidos. Así, el principio de legalidad fija que solamente puede ser fuente del Derecho Penal la ley, mientras que no así la costumbre; al igual que el juez debe evitar interpretaciones que vayan más allá del tenor literal, etc. Todo ello demuestra que el axioma *nulla poena sine lege* está más atenta a regir la actividad de los tribunales, el parlamento y el gobierno, que de garantizar de modo exclusivo o principal la previsibilidad de los actos estatales.[67]

Visto el principio de legalidad desde esta perspectiva, no resulta complicado entender la razón por la que se afirma que representa la cristalización de una serie de postulados republicanos y liberales, como la división de poderes, la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el principio democrático etc.[68] De aquí también puede inferirse que los fundamentos mismos de la legalidad aparecen fuertemente vinculados a la esencia del Estado de Derecho, por lo que cabe afirmar que semejante principio es común a todo el Derecho y no de exclusiva vigencia en el Derecho Penal.[69] No obstante, que la legalidad sea un principio axial de todo el Derecho no debe derivarse que rija siempre de un modo uniforme, sino que sus exigencias y los niveles de éstas deben adecuarse a las finalidades perseguidas por cada rama jurídica. Así, para saber la magnitud con la que rige el principio de legalidad en el Derecho Penal resulta necesario atender a sus finalidades. De ahí, que se quepa sostener que esta garantía político-criminal se apoya en dos raíces que lo fundamentan: la raíz jurídico-política o relativa al Estado de Derecho y la raíz jurídico-penal.[70]

En este esquema, la admisión de la analogía *in bonam partem* encuentra su explicación. Los fundamentos del principio de legalidad no sólo no se ven conmovidos con la creación analógica de Derecho Penal favorable al reo, sino

---

67. Sin embargo, como se sabe, la "previsibilidad de las reacciones estatales" tiene un rol fundamental en la concepción preventivo-general del principio de legalidad en la obra de FEUERBACH, *Lehrbuch*[12], § 20.

68. Entre otros, ROXIN, en el mismo, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, p. 102-105; EL MISMO, *AT*, I, § 5, n.m. 18-25, p. 145 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 2 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, § 5, nn.mm. 8 y ss.; el mismo, *Studienbuch*, § 3, nn.mm. 15 y ss.; ORTEGO COSTALES, en *Revista de la Facultad de Derecho (1941)*, p. 63 y ss.

69. Cfr. STC núm. 34/1996, Sala Segunda, de 11 marzo.

70. Los representantes más conocidos de esta teoría de la doble fundamentación del principio de legalidad son SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, passim; el mismo, *Obras*, I, p. 136 y ss.; ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 20-21, p. 146-147.

que incluso abogan en favor de ella. En este sentido, tanto si atendemos al fundamento jurídico-político de la legalidad, a partir de las lecturas ofrecidas por las corrientes neoconstitucionalistas moderadas, como también a las finalidades preventivas y garantistas del Derecho Penal, tendremos que concluir que no existen cortapisas para el uso de la analogía favorable al reo. No obstante y como tendremos oportunidad de ver, estas mismas pautas que sirven para avalar esta clase de analogía, también ofrecen razones para limitar su recurso en ciertos casos.

Posiblemente, la perspectiva desde la cual resulta más problemático *prima facie* aceptar la analogía *in bonam partem* es la jurídico-política. Desde siempre el fundamento jurídico-político o relativo al Estado de Derecho fue asociado a los axiomas fundamentales defendidos por el constitucionalismo clásico,[71] destacándose entre ellos la división estricta de poderes. Más allá de lo descontextualizadas que resultaron las interpretaciones de la doctrina de la división de poderes (especialmente la "*montesquieuiana*"),[72] lo cierto es que el juez era considerado un autómata aplicador de la ley que no podía interpretarla, ni menos aún crear una nueva.

No obstante, desde la segunda posguerra las corrientes neoconstitucionalistas han ofrecido una nueva forma de entender la función de la Constitución y las relaciones entre los poderes del Estado.[73] En especial, las versiones más moderadas del neoconstitucionalismo han dejado de ver al juez como una fi-

71. Cfr. SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 1, 9-11; ROXIN, *AT*, I, § 5, n.m. 20-21, p. 146-147.

72. Es erróneo atribuirle a Montesquieu la defensa de un modelo de juez absolutamente servil a la letra de ley. Así lo entienden, OGOREK, en *Lüderssen-Fs*, p. 129; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa*, p. 42-43. Ello es fruto de una interpretación groseramente descontextualizada de la conocida frase, según las cuál los jueces "no son (...) más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes", Montesquieu, *Del espíritu*, p. 112. Por un lado, esta afirmación aparece cuando el autor analiza el funcionamiento de la monarquía parlamentaria inglesa y no supone la visión defendida por Montesquieu. Así, VILE, *Constitutionalism*², p. 86-87 y 93, opinando incluso que Montesquieu va aun más lejos, al describir la monarquía inglesa no tal cual era a finales del S. XVIII, sino que lo hace a partir de un modelo ideal de la misma. Cfr. asimismo, Ogorek, en *Lüderssen-Fs*, p. 130 y 139. Por otro lado, la lectura de otros pasajes de la obra de MONTESQUIEU evidencia que el autor se mostraba favorable a aceptar interpretaciones que vayan más allá de la letra de la ley, pero que estén abarcadas por su espíritu. Al respecto, cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu*, p. 394 y ss.

73. Cfr. COMANDUCCI, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 56, 83 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 167; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 170-172, 358.

gura totalmente subordinada a la voluntad de legislador.[74] De hecho, admiten que los sistemas legales pueden adolecer de diversos defectos que deben ser reparados por los mismos jueces en situaciones excepcionales.[75] Desde luego que el reconocimiento de semejante atribución al Poder judicial puede verse como una enervación del principio democrático y del de certeza jurídica, pero dentro del neoconstitucionalismo moderado ambos principios deben ser ponderados también con otros valores como la Justicia y el principio *pro libertate*, y así ceder terreno en casos muy puntuales.

Al fundamentarse la raíz jurídico-política del principio de legalidad a partir del neoconstitucionalismo moderado resulta posible aceptar no sólo lagunas, sino también la posibilidad de integrarlas a partir de una creación judicial. Es juez estaría habilitado a crear eximentes y atenuantes de responsabilidad penal en circunstancias excepcionales, sin infringir la raíz jurídico-política del principio de legalidad. La razón de ello radica en que cada Poder del Estado no cuenta con una única atribución asignada con exclusividad, sino que es dable distinguir entre funciones *nucleares* y *marginales*.[76] Conforme a esta distinción, la función nuclear del Poder judicial es la jurisdiccional, mientras que la creación de Derecho (la tarea legislativa) sería una competencia marginal, limitada a casos excepcionales en los que existe una laguna axiológica que afecta al Derecho Penal. Lo que resulta importante recalcar aquí es que las competencias marginales son excepcionales y, como tales, sólo de un modo muy extraordinario pueden ejercitarse. Desde luego que ello es consecuencia de que los principios democráticos y de certeza jurídica no se ven completamente desplazados, sino que entran en un ponderación junto con el valor Justicia y la libertad individual. De lo contrario, se produciría una desvaloración excesiva

74. Cfr. POZZOLO, en *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 191; ZAGREBELSKY, *El derecho*, p. 132; DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, p. 79-81; GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El derecho, la ley y el juez*, p. 55; PRIETO SANCHÍS, Del mito, en el mismo, *Ley, principios, derechos*, p. 3.

75. Esta circunstancia era impensable para el constitucionalismo clásico, toda vez que se partía del postulado racionalista de que el legislador creaba sistemas jurídicos necesariamente plenos, consistentes axiológicamente y coherente, BULYGIN, en *Isonomía (2003)* 24, p. 8; el mismo, *Creación*. In: AA.VV. *Las lagunas en el Derecho*, p. 29-30.

76. Cfr. GÁMEZ MEJÍAS, *El significado jurídico*, p. 325; EHLERS, en AA.VV., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 1, nm. 8, p. 6; CZYBULKA, *Die Legitimation*, p. 105 y ss. Además, según v. MÜNCH, en AA.VV., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 3-5, la división de poderes habría de verse como un medio de combatir la concentración de poder y asegurar, ante todo, la libertad individual, y no como una ordenación rígida de las funciones del Estado, lo cual –por cierto– resulta imposible.

de la ley a costa de una hipertrofia de la jurisdicción,[77] en la que el juez acaba siendo el oráculo del Derecho.[78]

Ahora bien, *¿de qué modo aparece justificado el empleo de la analogía favorable al reo conforme al fundamento jurídico-penal del principio de legalidad?* Si partimos de que el Derecho Penal tiene como fines *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos, ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* y *reducir el ius puniendi*,[79] parece claro que la analogía *in bonam partem* redunda en favor de esta último finalidad. La reducción del *ius puniendi* es lograda en el Derecho Penal especialmente gracias al establecimiento de garantías y de circunstancias que excluyen o atenúan la responsabilidad penal. La función de la analogía *in bonam partem* es ampliar el catálogo de eximentes y atenuantes, con la consecuencia de ampliar el ámbito del ejercicio de la libertad individual y, en últimas, de reducir el núcleo de conductas que efectivamente merecen o necesitan de castigo. A *contrario sensu*, uno de los principales motivos por los que rige la prohibición de la analogía *in malam partem* radica en que se estaría sacrificando de un modo intolerable el fin de reducir el *ius puniendi*.

Con todo, esta raíz del principio de legalidad obliga a atender no sólo al fin de reducir el *ius puniendi*, sino también a otros fines jurídico-penales con importancia semejante. Esto quiere decir que también las finalidades de carácter preventivo como *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer el alcance de las potestades creativas de los jueces penales. La principal consecuencia que ello trae, de cara a la analogía favorable al reo, es que su recurso debe verse limitado como consecuencia de atender a los fines preventivos. Una creación judicial de eximentes y atenuantes absolutamente libre, traería consecuencias indeseables también frente a las pretensiones disuasorias del Derecho Penal, en tanto y en cuanto la amenaza de pena perdería seriedad frente al control social. Por esta razón, y pese a que suelen rechazarse las limitaciones a la *favorabilidad*,[80]

77. Precisamente, entiende LAPORTA, en *Doxa (1999)* 22, p. 322, que en la actualidad "la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospecha permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución".

78. ZAGREBELSKY, *El derecho*, p. 60.

79. MONTIEL, *Analogía*, p. 85 y ss.

80. En este sentido, entre otros, *Schönke/Schröder*[29]-ESER, § 1, n.m. 7; ARROYO ZAPATERO, en *REDC (1983)* 8, p. 18 y ss.

entiendo que también el fundamento jurídico-penal exige un tratamiento prudente y limitado de la analogía *in bonam partem*.

4.2 Límites a la analogía in bonam partem

4.2.1 Límites derivados de la raíz jurídico-política del principio de legalidad

Anteriormente veíamos que la asunción de potestades legislativas por parte del juez, solamente podía tener cabida en los esquemas constitucionales actuales, siempre y cuando se tratara de una función *marginal* o *periférica*. El carácter marginal de dicha función tiene que ver también con su excepcionalidad y por ello la creación judicial de Derecho sólo en casos extraordinarios puede tener lugar. Ello obedece no sólo a que el principio democrático conserva gran importancia en nuestros Estados actuales, sino también a que en la práctica son muy raros los casos en los que existe un descuido del legislador que debe ser salvado de un modo urgente por otras instancias de poder.

Pero cabe agregar que la *excepcionalidad* y *marginalidad* de la tarea legislativa del Poder judicial se traduce tanto en lo infrecuente de esta situación, como también en que, cuando surge la necesidad de corregir el Derecho legislado, dicha corrección judicial debe tener lugar a partir de argumentos lo más apegados posibles al material legal. Incluso cuando la analogía supone un mecanismo de creación judicial Derecho, lo cierto es que se trata de un argumento respaldado en mayor o menor medida por materiales puestos por el legislador. De ahí que no existe un apartamiento absoluto de la voluntad del legislador. Ello especialmente se observa en la analogía *legis*, toda vez que existe un estrecho grado de semejanza entre el caso afectado por la laguna y el que no lo está y además la norma legislada por el juez toma como molde una concreta regulación legal y su *ratio legis*. Esta cercanía con la ley se da también (aunque posiblemente no con la misma intensidad) en la analogía *institutionis*, dado que la relación de identidad y la norma judicial final se establece sobre la base de los principios institucionales, que se derivan claramente de concretas normas puestas por el legislador. Sin embargo, la situación es diferente respecto a la analogía *iuris* ya que aquí existe un claro desapego del material legislativo y, en consecuencia, cabría dudar de si se está ante el ejercicio de una competencia marginal del juez. A partir de aquí, cabe derivar que la analogía *iuris in bonam partem* no puede aceptarse en Derecho Penal.

Uno de los principales problemas que presenta esta tercera forma de analogía es la gran abstracción y amplitud de los principios (principios generales del Derecho y principios generales del Derecho Penal) que conforman su estruc-

tura argumental y que llevan a cuestionar no sólo su legitimidad sino también su propio estatuto científico.

Por un lado, la semejanza de casos quedaría prácticamente evaporada, toda vez que los más disímiles casos podrían llegar a ser similares a los ojos de estos principios tan abstractos y generales. Bajo el lente de principios tales como los de buena fe, culpabilidad, bien común, etc., podrían ser vistos como semejantes casos que estructuralmente no tienen casi nada en común e incluso la norma judicial tendría una relación excesivamente mediatizada con la ley. En este punto se haría difícil distinguir cuándo estamos ante una decisión judicial basada en un parámetro jurídico objetivo y cuándo sólo en el propio subjetivismo del juez. De este modo, no sería errado pensar que la gran pérdida de sujeción a la ley que se presenta ante esta clase de analogía importa claudicar a toda pretensión por resguardar la certeza jurídica.[81]

Por otra parte, en la teoría del Derecho se duda con fuertes razones de si efectivamente podemos hablar en estos casos de analogía. Según la opinión de Sunstein, el razonamiento analógico, por definición, se caracteriza por trabajar con juicios incompletamente teorizados y por operar con principios de un nivel de abstracción bajo o intermedio.[82] Una teorización general de este tipo sería algo más propio de teorías como las del equilibrio reflexivo, pero no del razonamiento por analogía.[83]

4.2.2 Límites derivados de la raíz jurídico-penal del principio de legalidad

Contrariamente a la tesis que se asume en este trabajo, es común entender, desde una perspectiva garantista, que el principio de legalidad solamente rige en la fundamentación y agravación del castigo[84] y, por ende, no deberían imponerse

81. En contra de la analogía *iuris in bonam partem*, BINDING, *Handbuch*, p. 216-217; MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 9, n.m. 9, p. 111-112. Próximo a ello, CHRISTENSEN, en *Die Sprache des Rechts*, p. 47. En cambio, se muestran favorables, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*[11], § 9, n.m. 99, p. 159; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, p. 157.

82. SUNSTEIN, en *Harvard Law Review (1992-1993)*, p. 746.

83. SUNSTEIN, en *Harvard Law Review (1992-1993)*, p. 753.

84. En la doctrina, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 47; RUNTE, *Die Veränderung*, p. 29; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 158 y ss., para quien la ley sólo connota las características esenciales o los elementos constitutivos que hacen a la connotación del tipo penal constitutivo del delito. Por ello, sería una cuestión de legalidad solamente la determinación de las características fundamentales del hecho punible y, por ende, de la extensión de la clase de casos individuales que deben ser incluidos en

límites a la analogía favorable al reo. Esta opinión encuentra sustento en el principio *pro libertate*, según el cual únicamente aquellas disposiciones que limitan la libertad –como es el caso de los tipos y las circunstancias agravantes– tienen un carácter excepcional. Dicho en otros términos, el Derecho Penal protege y garantiza esencialmente la libertad y, en consecuencia, cualquier limitación de ella debe constituir una excepción. A partir de aquí, cabría derivar que todas aquellas disposiciones legales que excluyen o atenúan la responsabilidad penal no suponen de ningún modo una excepción, dado que amplían la libertad de quienes se hallan condicionados por la amenaza de pena. En ninguno de estos casos se estaría en un terreno excepcional, al procederse conforme al principio *pro libertate*.

Con todo, no puede pasar inadvertido que todos los elementos del Derecho Penal deben interpretarse conforme a sus finalidades. Éstas, además de cristalizar el principio *pro libertate*, concretizan la aspiración de garantizar la intangibilidad de los derechos de la ciudadanía (garantizar la protección de la sociedad), disuadiendo y castigando la realización de conductas de elevada disvaliosidad ético-social. En este sentido, ninguna interpretación de los elementos del Derecho Penal puede escapar a la constante tensión existente entre prevención del delito y neutralización del poder punitivo.

En concreto, la orientación del principio de legalidad hacia los fines del Derecho Penal también parece exigir ciertos recortes al permiso de acudir a la analogía favorable al reo. Si bien la admisión de esta creación judicial de Derecho Penal guarda armonía con el fin de reducir el *ius puniendi*, su uso ligero y abusivo puede reducir fuertemente los efectos disuasorios, y de este modo frustrar las finalidades de naturaleza preventiva. En este sentido, la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* estará garantizada en la medida en que se logre la máxima reducción del poder punitivo con el mínimo coste preventivo posible.[85] Los fines de ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra

---

la norma por el juez. En cambio, le corresponde al juez connotar las características meramente accidentales y las circunstancias específicas que no son connotadas por la ley y que no son miembros de la clase connotada en el delito. Como resulta obvio, entre tales circunstancias accidentales se encontrarían las causas de justificación y de exculpación. Precisamente incluye, además, entre estas características accidentales cuya connotación le cabe al juez, supuestos de robo en estado de necesidad (hurto famélico, en concreto) y de lesiones realizadas con la culpabilidad sensiblemente afectada. Rechaza abiertamente esta tesis en relación a la taxatividad, ERB, en *ZStW (1996)* 108, p. 287 y ss. Según entiende ASHWORTH, *Principles*, p. 139, ésta sería también la doctrina mantenida por la jurisprudencia inglesa.

85. Entendiendo en estos términos el equilibrio de finalidades jurídico-penales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 258 y 298.

bienes jurídicos, de ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales y de reducir el *ius puniendi* deberán ser entonces ponderados constantemente para saber con qué extensión se admite la analogía favorable al reo.

Desde esta perspectiva puede verse que no sólo la criminalización de una conducta representa una excepción para el Derecho Penal, sino también el reconocimiento de circunstancias que, ora excluyen directamente el castigo, ora lo atenúan, ora constituyen impedimentos procesales.[86] En estos últimos casos, se excepciona el *principio de protección de la sociedad*; se excepciona la protección de bienes jurídicos, con el coste de reducir de los efectos preventivos. Justamente, no debe perderse de vista que cuando el legislador ha tomado la decisión de criminalizar un comportamiento, lo ha hecho ante la perentoria necesidad de garantizar la intangibilidad de ciertos bienes jurídicos, ante la inexistencia de medios idóneos y menos lesivos que la pena. Tanto la necesidad de proteger a la sociedad ante la comisión del delito, como el fracaso de otros medios preventivos más inofensivos, legitiman y fortalecen las razones de la intervención del Derecho Penal.[87] Así las cosas, cuando con el reconocimiento de eximentes y atenuantes se limita una injerencia estatal que parece necesaria, dichas limitaciones deben verse necesariamente como *excepcionales*.

Siendo, por tanto, excepcionales las eximentes y atenuantes también lo será cualquier método judicial que suponga su ampliación. Pero es dable destacar que la amplitud con que se acepta la analogía favorable al reo depende directamente del diverso carácter excepcional de que tienen las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y las atenuantes. Ello quiere decir que las eximentes y atenuantes no tienen el mismo nivel de excepcionalidad en el Derecho Penal y, por ello, los límites a la analogía también dependen de la naturaleza de ellas. Ahora bien, ¿cómo se explica ello?

No es fruto de la casualidad que la dogmática jurídico-penal haya ordenado los elementos de la teoría del delito de una determinada manera. Que la acción

86. Hasta donde entiendo, esta visión no es muy distante de la defendida en su tiempo por WELZEL, *Das Deutsche*, p. 80 y ss., para quien las eximentes y, en concreto, las causas de justificación gozaban de un carácter excepcional. No obstante –y como se tendrá oportunidad de ver más adelante–, considero que el nivel de excepcionalidad de las causas de exculpación es mayor que el de las causas de exclusión de la antijuridicidad, mientras que para Welzel la situación sería a la inversa.

87. MIR PUIG, *PG*, Lección 4, nn.mm. 44, 47, p. 116-117.

sea el elemento de enlace con los restantes[88] y que primero deba analizarse su tipicidad, luego su antijuridicidad, más tarde la culpabilidad del autor y por último la concurrencia de causas de exclusión de la punibilidad, obedece a una serie de postulados teóricos, desarrollados y perfeccionados durante años. Precisamente, a partir de los diferentes dogmas, principios y axiomas que configuran la teoría del delito, entiendo que es posible inferir que la verificación de nuevos elementos que se adicionan a la acción, van *perfeccionando* el concepto de delito. De este modo, un "delito potencial" en el que, junto a la acción, concurre la tipicidad y la antijuridicidad, se encuentra más *perfeccionada* que aquel en dónde solamente concurre la tipicidad. Igualmente, el "delito potencial" está más *perfeccionado* cuando estemos ante un hecho típico, antijurídico y culpable que cuando sólo se está ante un hecho antijurídico.

La principal consecuencia de este proceso de perfeccionamiento es que mientras más elemento se han adicionado a la acción –esto es, mientras un "delito potencial" está más cerca de convertirse en un delito real o perfecto– mayores serán las razones para castigar al hecho. Dicho ello con un ejemplo: las razones para castigar un injusto culpable son mayores que las que concurren para castigar una conducta que simplemente realiza los requisitos típicos. Por esta razón, cuando falta la culpabilidad ante la concurrencia de una causa de exculpación decimos que no se aplica la pena porque el injusto, pese a *merecer castigo*, éste no resulta *necesario*; mientras que cuando concurre una causa de justificación decimos directamente que la pena ni es *merecida* ni *necesaria*.

De lo anterior se deriva una consecuencia fundamental para el sistema de eximentes y atenuantes: si las razones para castigar una acción aumentan en la medida en que se adicionan nuevos elementos al concepto de acción, el número de eximentes (legales y extralegales) disminuirá al aumentar el grado de perfeccionamiento del "delito potencial". De ahí que existan eximentes más excepcionales que otras según el elemento del delito que excluyan. Por ejemplo, una causa de exclusión de la culpabilidad tendrá un carácter más excepcional que una causa de justificación Igualmente, una excusa absolutoria, al excluir el castigo de un injusto culpable, es más excepcional que una causa de justificación o una causa de exclusión de la culpabilidad. En conclusión, las causas de justificación, las causas de exclusión de culpabilidad y las excusas absolutorias tendrán un carácter excepcional creciente.

La excepcionalidad de las eximentes tiene un impacto directo en el funcionamiento del principio de legalidad. Sirva de ejemplo pensar en lo que sucede

88. KÜHL, *AT*, Ap. 1, n.m. 2, p. 10; ROXIN, *AT*, I, § 8, n.m. 2, p. 238.

respecto a los tipos penales: si se acepta que aquí las exigencias de taxatividad son altas y que además se prohíbe completamente la analogía, ello obedece a que estamos ante una norma que tiene el máximo grado de excepcionalidad en relación con el principio *pro libertate*.[89] Si bien podrían alcanzarse los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales* rebajando en este ámbito los niveles de taxatividad o admitiendo la analogía *in malam partem*, ello se haría a costa de sacrificar por completo el fin de reducir el *ius puniendi*. Tratándose la tipificación de la máxima excepción al principio *pro libertate*, la finalidad de reducir el *ius puniendi* debe garantizar en este nivel que no se produzca una sobreinclusión de casos por una regulación amplia, ni una extensión judicial del castigo por fuera de los casos legales.

Salvo las excusas absolutorias, las eximentes no alcanzan a tener un nivel de excepcionalidad idéntico al de los tipos. En mi opinión, las exigencias del principio de legalidad solamente alcanzarán en las eximentes ese mismo nivel de rigurosidad, cuando estemos ante eximentes que alcancen el máximo nivel de excepcionalidad al principio de protección de la sociedad, al cual justamente limitan las eximentes y atenuantes. Ello condiciona evidentemente la ponderación de los fines jurídico-penales, en tanto y en cuanto se haya alcanzado el máximo nivel de excepcionalidad del principio de protección de la sociedad, prevaleciendo decididamente las finalidades preventivas del Derecho Penal. Al contrario, en las eximentes menos excepcionales estas últimas finalidades ceden terreno en la ponderación a las necesidades de reducir el poder punitivo. En concreto, dado que con las causas de justificación y las causas de exclusión de culpabilidad no se alcanza el nivel máximo de afectación del principio de seguridad jurídica, no existe en la ponderación de fines uno que se imponga decisivamente por encima de los otros y de ahí que quepa admitir circunstancias supralegales.

De estas ideas se desprende que el uso de la analogía favorable al reo en las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad no resiente la raíz jurídico-penal del principio de legalidad, mientras que no así cuando se reconocen excusas absolutorias supralegales. Por su parte, también la escasa excepcionalidad de las atenuantes permite su ampliación analógica. En este

89. Se entiende que se alcanza aquí el máximo nivel de excepcionalidad del principio *pro libertate* en el sentido que ya había sido limitado por otras instancias formales de control social (Derecho de daños, Derecho administrativo sancionador, etc.) y el Derecho penal interviene como *ultima ratio* y, por la aguda injerencia en los derechos de la ciudadanía que supone, es la intervención más drástica del Estado.

sentido, la prohibición de analogía solamente mantiene su vigencia respecto a las excusas absolutorias. A mi entender, esta lógica de reducir el ámbito de aplicación de la analogía favorable al reo a medida que se adicionan elementos al delito, subyace a las antiguas sentencias del RG y a la discusión doctrinal. Por ejemplo, en el marco de la discusión sobre la aparición de causas de justificación y de exculpación supralegales, el temor por una pérdida de efectos preventivos del Derecho Penal se hacía más patente en el terreno de la exclusión de la culpabilidad.[90]

El reducido nivel de excepcionalidad de las causas de justificación amerita no sólo un relajamiento del mandato de taxatividad –sin que resulte problemática una eventual suprainclusión de casos[91] –, sino también una fuerte flexibilización de la prohibición de la analogía. No sólo resulta posible sino también necesario que en casos excepcionales de lagunas axiológicas se puedan crear judicialmente causas de justificación, análogas a las expresamente contenidas en la ley y a los principios que fundamentan la justificación. El papel de la analogía favorable al reo es amplio en este terreno, no obstante plantearse en este estrato analítico el conocido problema de la restricción supralegal de las posibilidades defensa *in malam partem*.[92] Siguiendo las enseñanzas de Hans Kudli-

90. Por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 504; ROXIN, *AT*, I, § 22, n.m. 145, p. 1024; MAURACH/ZIPF, *AT*, I, § 33, n.m. 15, p. 449; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, p. 131; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, § 10, n.m. 102, p. 221; MAURACH, *Kritik*, p. 132 y ss., no presentan grandes objeciones a la extensión analógica amplia de causas de justificación pero sí rechazan abiertamente la existencia de una causa general de exculpación por inexigibilidad. Modernamente, defiende MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, p. 462 y ss. una restricción de la analogía mucho mayor en la exclusión de la culpabilidad que en la justificación.

91. Así, MORESO, en *Doxa* 24, 2001, p. 525 y ss.; FERRERES COMELLA, *El principio*, p. 34 y ss.

92. Existen diferentes posicionamientos en la doctrina en cuanto a cómo conciliar la admisión de causas supralegales de justificación con el principio de legalidad, ante la restricción supralegal de las facultades de defensa. La doctrina dominante, siguiendo de cerca a Hirsch, sostiene que el principio de legalidad solamente veda aquellas ampliaciones directas de punibilidad, esto es, que judicialmente se construya un tipo y una agravante. Sin embargo, la limitación de las facultades de defensa que se produce a partir de la analogía *in bonam partem* se trata simplemente de una ampliación indirecta de la punibilidad, inofensiva para el principio de legalidad. Respecto a esta doctrina, cfr. *Schönke/Schröder*[2]-CRAMER/HEINE-LENCKNER, Vor § 32 ff., n.m. 25; HIRSCH, en el mismo, *Derecho penal*, p. 317-318; *LK*/HIRSCH, Vor § 32, n.m. 36; *NK*[2]/PAEFFGEN, Vor §§ 32 bis 35, n.m. 65. Frente a esta doctrina, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 281 y ss., considera que las causas de justificación análogas no generan deberes de tolerancia, toda vez se tratarían de causas auténticas de exclusión del injusto penal.

ch, dicho problema encuentra solución con un segundo recurso a la analogía *in bonam partem*.[93] Sin embargo, la amplitud de la permisión de la analogía favorable al reo no debe entenderse como sinónimo de una total libertad creativa del juez, sino que todavía rige la prohibición de utilizar la analogía *iuris in bonam partem*. De hecho, si bien la prohibición de esta clase de analogía se debe principalmente a motivos jurídico-políticos generales, no obstante su admisión lesiona gravemente los fines de ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos y de ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales.

Respecto a las causas de exclusión de la culpabilidad el terreno de la permisión de la analogía favorable al reo debería recortarse en mayor medida, toda vez que la naturaleza excepcional de estas eximentes es mayor que la de las causas de justificación. Las causas de exclusión de la culpabilidad excluyen la pena de un injusto ya perfeccionado –es decir, de una acción ya merecedora de pena–, de modo que las razones para castigar el hecho son significativas. A partir de aquí, la analogía *in bonam partem* únicamente será aceptable cuando la integración de ciertas lagunas axiológicas no ponga en serios aprietos los fines preventivos del Derecho Penal. Por ejemplo, no cualquier situación análoga al estado de necesidad exculpante da lugar a la extensión de su regulación legal, sino únicamente aquellos salvamentos antijurídicos que se dan en el marco de comunidades de peligro.[94]

En cambio, las excusas absolutorias sí gozan de un grado de excepcionalidad comparable con el de los tipos penales y las agravantes, dado que representan la máxima afectación tolerable del principio de protección de

---

Finalmente, una tercera posición doctrinal puede encontrarse en el escrito de habilitación de KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396, quien admite la posibilidad de crear una nueva causa de justificación supralegal para justificar la infracción del deber de solidaridad.

93. KUDLICH, *Die Unterstützung*, p. 266, nota 396.

94. En mi opinión, los salvamentos producidos en el marco de comunidades de peligro solamente pueden quedar sin castigo, gracias a una causa supralegal de excupación, cuando se den los siguientes requisitos: a) *carácter excepcional de la situación, en la que el único medio de salvamento lo constituye el sacrificio de otros bienes jurídicos*;
b) *los bienes jurídicos salvados y sacrificados se perderán con seguridad*;
c) *el autor no debe crear con su comportamiento un nuevo riesgo no permitido;*
d) *deben salvarse con el comportamiento antijurídico los bienes más preciados del ordenamiento jurídico, en especial la vida de las personas*; y
e) *los bienes sacrificados deben importar el mal menor*. Más en detalle, MONTIEL, *Analogía*, p. 469 y ss.

la sociedad. Las excusas absolutorias deben ser interpretadas de tal modo que sólo quepa aceptar aquellas circunstancias previstas taxativamente por el legislador. De por sí por su máxima excepcionalidad el catálogo legal de las causas de exclusión de la punibilidad, de modo que una extensión analógica por fuera de las excusas legales debe rechazarse. Mientras que en los tipos la finalidad de reducir el *ius puniendi* prevalecía frente a los fines de *ofrecer incentivos para conductas que no atenten contra bienes jurídicos* y de *ofrecer incentivos para la reducción de las reacciones violentas informales*, en las excusas absolutorias sucede justamente lo contrario, siendo estas últimas dos finalidades las que prevalecen.

Si el legislador ha decidido amenazar con pena un determinado comportamiento para proteger a la sociedad y a las víctimas y además ha aceptado excepcionalmente algunas circunstancias que excluyen esta amenaza, parecería un exceso admitir también la exclusión del castigo de un injusto culpable mediante una creación judicial.[95] En el cuadro general de eximentes de responsabilidad penal las excusas absolutorias tienen el máximo grado de excepcionalidad, en la medida en que se han satisfecho prácticamente todas las razones por las que corresponde castigar. Esto significa que el delito se encuentra prácticamente perfeccionado, de ahí que las razones para excluir el castigo deben ser reducidas y limitadas a las reconocidas por la ley. Por regla, debe entenderse la ausencia de una excusa no cómo un descuido del legislador que origine una laguna axiológica, sino más bien como un desacuerdo valorativo por rechazo de la tesis de relevancia excluyente. Sin embargo, en aquellos casos excepcionales en los que existan buenas razones para entender que se produjo una laguna axiológica, considero que la máxima excepcionalidad de esta eximente impide integrar esa laguna a partir de la analogía *in bonam patem*. En este último caso, solamente cabrá al legislador enmendar ese desperfecto del sistema. Pese a que la creación analógica de causas de exclusión de la punibilidad realizaría el fin de reducir el *ius puniendi*, se sacrificarían de un modo inaceptable los otros dos fines, que vendrían a prevalecer en este ámbito. En definitiva, el principio de legalidad deberá regir con la misma amplitud que en relación a los tipos y agravantes.

Finalmente, en lo que respecta a las atenuantes la cuestión es parcialmente distinta. Dado que una atenuante no deshace completamente el jui-

95. En este sentido, la jurisprudencia (SCCos 1/1956) y doctrina italiana (VASSALLI, *Limiti*, p. 136 y ss.; MANTOVANI, *PG*, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; DELITALA, en *Rivista Italiana di Diritto penale (1936)*, p. 610-611), rechazan también la analogía en las excusas absolutorias a partir de su nivel de excepcionalidad.

cio criminalizador formulado por el legislador, su grado de excepcionalidad será bajo. Por esta razón entiendo que sería conveniente que las exigencias del principio de legalidad en las atenuantes sean similares a las demandadas en las causas de justificación y por ende aceptar la analogía *legis* e *institutionis*.[96-97]

5. CONCLUSIONES

1. Sin perjuicio de que el razonamiento analógico está presente en diferentes etapas de la argumentación jurídica, cuando se dice en el Derecho Penal que la analogía implica ir más allá del tenor literal e incorporar al sistema legal nuevos tipos penales y nuevas eximentes o atenuantes, se está ciñendo el significado del término al ámbito de la integración o perfeccionamiento del Derecho Penal. Ello implica que la analogía es un mecanismo de creación judicial de Derecho.

2. Dos son los requisitos que deben concurrir para que el juez pueda modificar el Derecho Penal legislado a partir de la analogía *in bonam partem*: la existencia de una laguna axiológica y la ausencia de una prohibición de integrar dicha laguna.

3. Las dos raíces que fundamentan el principio de legalidad hablan en favor de la admisión de la analogía favorable al reo. La creación judicial de eximentes y atenuantes se halla en armonía con la raíz jurídico-política o relativa al Estado de Derecho en tanto supone una función marginal (esto es, excepcional) del PJ y que, en esta medida, no supone una devaluación notable de la ley y del principio democrático. Por su parte, la ampliación del ámbito de libertad que supone la creación analógica de eximentes y atenuantes redunda en favor de la finalidad jurídico-penal de reducir el *ius puniendi* y, en este sentido, resulta avalada por la raíz jurídico-penal del principio de legalidad.

---

96. En la doctrina aceptan el uso de la analogía favorable al reo en las atenuantes, NOLL, en *ZStW*, 68, 1956, p. 186; ORTS BERENGUER, *Atenuante*, p. 4; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes*, p. 13 y ss. Hasta donde entiendo, entre los escasos autores que se oponen a la admisión de atenuantes supralegales por analogía, cabe destacar a MANTOVANI, *PG*, p. 77; EL MISMO, *Principi*², p. 26; VASSALLI, *Limiti*, p. 91.

97. Igualmente, el TS español se ha mostrado favorable a la admisión de la analogía en las atenuantes, especialmente respecto a las dilaciones indebidas, cfr. STS n. 1363/2004, Sala de lo Penal, de 29 noviembre; STS n. 742/2003, Sala de lo Penal, de 22 mayo; STS n. 655/2003, Sala de lo Penal, de 8 mayo; STS n. 622/2001, Sala de lo Penal, de 26 noviembre.

4. Finalmente, dado que la analogía *in bonam partem* sólo es aceptable en la medida que se trata de un mecanismo excepcional, es necesario entender que del principio de legalidad se derivan diferentes limitaciones. Desde la perspectiva jurídico-política, una clase analogía en la que se argumenta y construye la norma a partir de principios de gran abstracción y distanciados del material legislativo no puede ser aceptada. Por esta razón (y sin perjuicio de lo inadecuado que puede resultar para la prevención de delitos), la analogía *iuris in bonam partem* no debe aceptarse en el Derecho Penal. Igualmente, siguiendo la raíz jurídico-penal se excluye la extensión analógica de aquellas eximentes que gozan del máximo grado de excepcionalidad. De ahí que la analogía favorable al reo se encuentre vedada en el terreno de las excusas absolutorias.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal. *Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada, 2004.

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires, 2006.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 14. ed. Milano, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, 1986.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*. *REDC* 8, 1983.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. 4. ed. Oxford, 2003.

ATRIA, Fernando. Sobre las lagunas. AA.VV. *Las lagunas en el derecho*. Madrid, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal. *Anuario de derechos humanos* 2. Madrid, mar. 1983.

_____. La "rigurosa aplicación de la ley penal". In: _____. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires, 1999.

BARATTA, Alessandro. Analogie und Natur der Sache. *Wolf-Fs*. Frankfurt am M., 1972.

BAUMANN; WEBER; MITSCH. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 11. ed. Bielefeld, 2003.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Trad. de las Casas y notas Delval. Madrid, 1993.

BERGENROTH, Alfred. *Der übergesetzliche Putativnotstand*. Breslau-Neukirch, 1933.

BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts I*. Leipzig, 1885.

BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*, 1996.

BOCKELMANN; VOLK. Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. 4. ed. München, 1987.

BULYGIN, Eugenio. Sentencia judicial y creación de Derecho. *Alchourrón/Bulygin, Análisis lógico y derecho*. Madrid, 1991.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires, 1998.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateorético. Trad. Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003.

CÓRDOBA, Fernando. Estado de necesidad y exclusión de la personalidad. *La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas (§ 14, III, de la Ley de Seguridad Aérea alemana [LuftSiG]) (manuscrito inédito). Libro Homenaje a Esteban Righi*.

CRAMER; HEINE-LENCKNER. In: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff., 27. Auflage, München, 2006.

CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Buenos Aires, 1992.

CZYBULKA, Detfler. *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung: unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz*. Heidelberg, 1989.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo. Atenuantes por analogía. *Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*. Valencia, 1995.

DELITALA, Giacomo. Analogía *in bonam partem*. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1936.

DÍEZ-PICAZO; GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid, 2003. vol. 1.

DE QUEIROZ, Narcelio. Analogia em *bonam partem* e a lei de introdução ao Código civil. *Separado del n. VII de "Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores"*. Río de Janeiro, 1944.

DWORKIN, Ronald. El modelo de las normas (I). In: _____. *Los derechos en serio*. Trad. Guastavino. Barcelona, 2002.

EHLERS, Dirk. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. In: AA.VV. *Allgemeines Verwaltungsrecht (dir. Erichsen)*. 10. ed. Berlin/New York, 1995.

FALCON TELLA, María José. *El argumento analógico en derecho*. Madrid, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, *Cantanero Bandrés*. Madrid, 1995.

FERRERES COMELLAS, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid, 2002.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Trad. Abaso, Löw. Buenos Aires, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal.* Trad. Guzmán Dalbora. Buenos Aires, 2003.

FUCHS, Helmut. Österreichisches Strafrecht. *Allgemeiner Teil.* 6. ed. Wien, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La democracia y el lugar de la ley. In: _____; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios.* Madrid, 1997.

GÁMEZ MEJÍAS, Manuel. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las Constituciones parlamentarias.* Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal.* Madrid, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad.* Trad. de Goldschmidt, Núñez. Buenos Aires, 2002.

GROSS, Bernd. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften.* Berlin, 2007.

GRÜNHUT, Max. Grenzen des übergesetztlichen Notstands. *ZStW* 51, 1931.

GÜNTHER, Hans-Lüdwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht.* Köln/Berlin/München, 1983.

HAFTER, Ernst. Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung. *SchwZStr* 62, 1947.

HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un Derecho justo?. Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal (trad. Zafra), en *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos* 35, 1996.

_____.Tatbestand und Typus. *Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik.* Köln/Berlin/Bonn/München, 1968.

HIRSCH, Hans J. *Causas de justificación y prohibición de la analogía.* Trad. Sola Reche. In: _____. *Derecho penal. Obras completas.* Buenos Aires, 1991. t. II.

HIRSCH, Hans J. *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. Jähnke; Laufhütte; Odersky). 11. ed. Vorbemerkung zu den §§ 32 ff. Berlin, 2003. t. 2.

JANSEN, Max. *Pflichtenkollisionen im Strafrecht.* Breslau, 1930.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional.* Buenos Aires, 1999.

JÄHNKE, Burkhard. Zur Frage der Geltung des "nullum-crimen-Satzes" in Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches. In: GEISS; NEHM; BRANDNER; HAGEN (dir.). *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof.* Köln/Berlin/Bonn/München, 2000.

JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin, 1996.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. *Concepto del derecho penal y de la criminología. Historia y legislación penal comparada*. Buenos Aires, 1964. t. 1. (4. ed. actual.), 2 (5. ed. actual).

KLATT, Matthias. Theorie der Wortlautgrenze. *Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*. Baden-Baden, 2004.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. Baden-Baden, 2005.

KUDLICH, Hans. *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*. Berlin, 2004.

LAPORTA, Francisco. Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley. *Doxa* 22, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Trad. Rodríguez Molinero. Barcelona, 1980.

LACRUZ BERDEJO Y OTROS. *Elementos de derecho civil. Introducción*. 2. ed. Madrid, 2000. vol. 1.

_____. *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid, 1999. vol. 1.

LASCANO (H.), Carlos J. La ley penal. In: AA.VV. *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*. Córdoba, 2002.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales. *Revista de la Universidad Complutense* 69. Madrid, 1983.

LIEPMANN, Moritz. Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Literaturbericht). *ZStW* 43, 1922.

LISZT; SCHMIDT. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 25. ed. Berlin/Leipzig, 1927.

LÜCKE, Jörg. Der allgemeine Schuldausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem. *JR* 2, 1975.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. 5. ed. Padova, 2007.

_____. *Principi di diritto penale*. 2. ed. Padova, 2007.

MAURACH, Reinhart. *Kritik der Notstandslehre*. Berlin, 1935.

MAURACH; ZIPF, Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Teilband I. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*. 8. ed. Heidelberg, 1987.

MARX, Hermann. *Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand*. Augsburg, 1933.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. *Concepto y método*. Barcelona, 1982.

MOMSEN, Carsten. *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*. Baden-Baden, 2006.

MONTESQUIEU, Charles. *Del espíritu de las leyes*. 2. ed. Trad. Bláquez, de Vega. Madrid, 1993.

MONTIEL, Juan Pablo. Analogía favorable al reo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*. Madrid, 2009.

_____. La problemática de la analogía en el derecho penal. *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología 3*. Córdoba, 2000.

MOOS, Reinhard. Die allgemeine übergestezliche Entschuldigung der Unzumutbarkeit. Deutschland und Österreich. *ZStW* 116, 2004.

MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona/Madrid, 2004.

NOLL, Peter. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*. Basel, 1955.

OGOREK, Regina. Die erstaunliche Karriere des "Subsumtionsmodells" oder wozu braucht der Jurist Geschichte. In: LÜDERSSEN-FS. Baden-Baden, 2002.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado "Haustyrann". *Cuadernos de política criminal 82*, 2004.

ORTEGO COSTALES, José. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* exigencia jurídica y no exigencia política. *Revista de la Facultad de Derecho*. Madrid, 1941.

ORTS BERENGUER, Enrique. Atenuante de análoga significación. *Estudio del art. 9. 10.º del Código Penal*. Valencia, 1978.

PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (dir. KINDHÄUSER; NEUMANN; PAEFFGEN). 2. ed. Vorbemerkungen zu den §§ 32 bis 35. Baden-Baden, 2005, t. 1.

PAWLIK, Michael. § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tatubruch. *JZ* 21, 2004.

POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. Trad. Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Del mito de la decadencia de la ley. La Ley en el Estado Constitucional. In:_____. *Ley, principios, derechos*.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*. 2. ed. Barcelona, 1989. Tomo preliminar.

RIGHI, Estéban. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 2008.

RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal. Parte general*. 17. ed. Madrid, 1994.

RÖHL, Klaus F. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 2. ed. Köln/Berlin/Bonn/München, 2001.

ROXIN, Claus. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. auflage. München, 2006.

_____.Nullum crimen, nulla poena sine lege. Trad. Muñoz Conde; Luzón Peña. In: _____. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla, 1981.

RUITER, Dick W. P. Legal institutions. *Law and Philosophy Library*. Dordrecht, 2001. vol. 55.

RUNTE, Rainer. Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. *Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*. Frankfurt am Main, 1991.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. 2. ed. München, 2005.

SALGUERO, Manuel. *Argumentación jurídica por analogía*. Madrid, 2002.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*. Leipzig, 1933.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 20. ed. Tübingen, 1975.

SCHMIDT, Eberhard. Das Reichgericht und der "übergesetzliche Notstand". *ZStW* 49, 1929.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin/New York, 1978.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.

STRATENWERTH/KUHLEN. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 5. ed. Köln/Berlin/München, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 1992-1993.

SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lag"*. Bonn, 1973.

TRIFFTERER, Otto. Österreichisches Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. 2. ed. Wien, 1994.

VASSALLI, Guiliano. *Limiti del divieto d'analogia in materia penale (Norme ordinarie e norme eccezionali)*. Milano, 1942.

WACHINGER, Michael. Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichgericht. *Frank-Fs*, I. Tübingen, 1930.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin, 1969.

WESSELS; BEULKE. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 34. ed. Heidelberg, 2004.

WITTRECK, Menschenwürde und Folterverbot. *DÖW*, 2003.

ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Argumento analógico em matéria penal, de Luiz Regis Prado – *RT* 734/541;
- Direito intertemporal penal. Possibilidade de "combinação" de leis: o equívoco da *Lex Tertia*, de Arnaldo Malheiros Filho – *RBCCrim* 66/373;
- Função garantista do princípio da legalidade, de Nereu José Giacomolli – *RT* 778/476;
- Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal, de Roberto Delmanto Junior – *RBCCrim* 67/212; e
- Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito, de Rodrigo Sánchez Rios – *RT* 847/406.

55171

TEORIA DO BEM JURÍDICO E ESTRUTURA DO DELITO

3

WOLFGANG WOHLERS

Professor Catedrático.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O autor defende a ideia segundo a qual a pergunta genérica pelo bem jurídico tutelado pela norma não conduz à resolução do problema da legitimidade de tipos penais que antecipam a intervenção penal para momentos anteriores à lesão, e propõe, ao fim, uma análise diferenciada a ser realizada noutro plano, a saber: no plano da estrutura de delito.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação do direito penal – Delitos de perigo – Teoria do bem jurídico – Estrutura do delito.

ABSTRACT: The author defend the opinion that the problem of the anticipation of the criminal law may be better and clearly resolved with the help from a theory of the structure of the crime than with a theory of harm.

KEYWORDS: Anticipation of the criminal law – Theory of harm – Structure of the crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico – 3. O tipo de delito como padrão de legitimidade de tipos penais – 4. Resumo – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Na[1] ciência[2] alemã do direito penal a problemática da legitimação de normas penais é equiparada à procura por um bem jurídico "legítimo".[3] Muito em razão da ampla fixação pela teoria do bem jurídico, outro relevante aspecto do desenvolvimento do direito penal "moderno" acaba sendo tratado de forma ainda bastante insuficiente: trata-se da tendência do legislador de substituir os delitos de resultado, que ainda podem ser considerados como o protótipo de tipo penal, por delitos de perigo, em especial por aqueles tipos penais que sequer pressupõem um perigo concreto, a saber: os chamados delitos de perigo abstrato, para usar a terminologia mais tradicional.[4]

A tendência de tratar os efeitos causados pela criminalização de atividades em estágio prévio à lesão na estrutura de imputação de determinados tipos penais como um problema secundário de natureza meramente técnica e, portanto, apenas acessório à problemática do bem jurídico,[5] é fruto de um erro de avaliação: de um lado, a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico é exageradamente superestimada e, de outro, o significado da estrutura típica

1. Tradução de Alaor Leite.
2. As considerações que se seguem são um resumo de alguns resultados de meu escrito de habilitação, terminado no verão de 1998 e aceito e aprovado no começo de 1999 pela Faculdade de Direito da Universidade de Basel, a respeito da problemática do direito penal "moderno". As notas de rodapé serão reduzidas na presente sede, em razão das limitações de espaço, ao estritamente necessário.
3. A respeito da proteção de bens jurídicos como tarefa do direito penal, compare: ROXIN. *Strafrecht. AT.* 3 ed. München, 1997. t. 1. § 2, nm. 1; RUDOLPHI. *SK-StGB.* 6. ed. 1997. t. 1, § 1, nm. 2. Segundo: HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens.* Frankfurt am Main, 1973. p. 16, a teoria do bem jurídico deve representar o "substrato material" da teoria do delito.
4. Compare nesse sentido a exposição crítica pontual de: HASSEMER. *ZRP.* 1992, p. 378, p. 380 e ss.; a respeito da discussão sobre a crise do direito penal "moderno" ver detalhadamente: WOHLERS. *Delikstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungselikte.* Berlin, 2000, p. 29 e ss.
5. Segundo vejo Hassemer (nota de rodapé n. 1, p. 204 e ss., p. 215 e ss.) foi o primeiro a apontar o significado autônomo do *como* da proteção penal. Suas considerações a respeito da "técnica de proteção" permanecem no entanto adstritas a posicionamentos relativamente gerais e abstratos e acabam não tocando na pergunta pela estrutura de delito. Compare no entanto atualmente SCHULZ, in: LÜDERSSEN (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Baden-Baden, 1998, t. 1, p. 279; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat.* Berlin, 1998, p. 55; STÄCHELIN, in: LÜDERSSEN (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Baden-Baden, 1998, t. 1, p. 246 e ss., p. 255 e ss.

como um critério autônomo de avaliação da legitimidade do direito penal é subestimado.

2. A CAPACIDADE DE RENDIMENTO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Pode-se considerar que, no que diz respeito ao seu objetivo autoatribuído, qual seja, ferecer um critério plausível e aplicável capaz de orientar as decisões do legislador e igualmente desenvolver padrões de avaliação para a justiça dessas mesmas decisões,[6] a chamada concepção crítica ao sistema da teoria do bem jurídico fracassou. Os problemas surgem logo de cara, já que faltam critérios e padrões incontroversos a respeito de um contorno conceitual.[7] O potencial crítico ao sistema da teoria do bem jurídico é dependente, nesse sentido, de duas perguntas claramente formuláveis. Em primeiro lugar: pode o círculo de bens jurídicos legítimos ficar circunscrito apenas a uma espécie de classe de bens jurídicos dotados de determinadas características? Em segundo lugar: em que medida podem bens jurídicos que não apresentem uma corporificação objetiva, substancial, serem inseridos no círculo dos bens jurídicos legítimos?

Nesse sentido é que a limitação fundamental à proteção de bens jurídicos individuais clássicos,[8] propagada por alguns autores, não pode convencer, já que a necessária delimitação entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos coletivos em última análise não pode sequer ser mantida. Na realidade, trata-se de perceber que a esfera pessoal de liberdade dos indivíduos deve englobar, além da garantia de determinados bens existentes, também a garantia de pressupostos fundamentais para o desenvolvimento daquela liberdade pessoal. Ocorre que a partir do momento em que se admite que os membros da sociedade possuam um interesse conjunto na garantia dos pressupostos fundamentais necessários para o desenvolvimento de sua liberdade individual, parece ser

6. HASSEMER. *Nomos Kommentar zum StGB*. 3 ed., § 1, nm. 261; ver também RUDOLPHI. *FS für Honig*. Göttingen, 1970. p. 154.

7. Confira as exposições de: JAKOBS. *Strafrecht. AT*. 2. ed. Berlin, 1993, § 2, nm. 15; STRATENWERTH. *FS für Lenckner*. München, 1998, p. 379 (Nota do Tradutor: há tradução para o português de lavra de Luís Greco, In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda. *Bem jurídico como limite ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

8. Ver: HASSEMER. *ZRP* cit., § 1, nm. 274 e ss; HOHMANN. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*. Frankfurt am Main, 1991, p. 179 e ss.; para uma crítica da teoria pessoal do bem jurídico ver: WOHLERS. Op. cit., p. 91 e ss.

equivocado tentar escandalosamente negar a proteção penal desse interesse atribuindo-lhe a pecha de bem jurídico universal.[9]

Tampouco é possível construir uma limitação do círculo de bens jurídicos legítimos por meio do chamado critério da substancialidade.[10] Mesmo a suposição de que bens jurídicos individuais clássicos protegeriam bens jurídicos palpáveis mostra-se, após um olhar mais próximo, não passar de uma ilusão. Em se tratando desses tipos penais, palpável é apenas o objeto da ação – e isso não necessariamente, como provam os tipos penais que protegem a honra ou a liberdade de vontade. Uma diferença em relação à proteção de bens jurídicos supraindividuais (coletivos) reside no fato de que a lesão de grandezas supraindividuais não pode mesmo ser mensurada, em regra, pela lesão de um objeto da ação concretamente apreensível, já que sua expressão encontra guarida apenas na desorganização de determinado subssistema social e, por isso mesmo, possui naturalmente maior dificuldade de mensuração. Ocorre que essa diferença é de natureza meramente quantitativa, e não qualitativa. De fato pode-se dizer que a qualidade "real" da lesão nos casos de bens jurídicos que possuem objeto da ação concretos torna mais fácil sua avaliação do que nos casos de bens jurídicos que – como o caso das subvenções ou da economia de crédito – se baseiam em redes de ações interconectadas entre si, ou ainda os casos – como os sentimentos ou representações de valor – de fenômenos completamente vazios e sem substância. De outro lado, pode-se também dizer que apesar de a prova da lesão nesses casos enfrentar sérias dificuldades, não é ela impossível, de forma que a legitimidade desses tipos não pode ser por esse caminho *en bloc* negada.

Se ainda se quiser emprestar à teoria do bem jurídico o caráter de pedra de toque na avaliação da legislação penal, seria necessário despedir-se do caráter meramente conceitual a ela ligado e substituí-la por uma nova concepção pensada a partir de um fundamento teórico-social.[11] De qualquer forma, também os resultados dessa concepção não representam um grande avanço:[12] uma teoria do bem jurídico baseada em critérios teóricos sociais iluministas está de fato em condições de apontar quais condições da convivência humana devem

9. Idem, p. 22 com ulteriores referências.

10. Idem, p. 223 e ss.

11. Ver nesse sentido, especialmente: AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, 1972; HASSEMER. *Theorie und...* cit.

12. WOHLERS. Op. cit., p. 229 e ss.

ser protegidas para que se garanta a continuidade de um concreto corpo social. O valor desse conhecimento é, todavia, puramente descritivo: exclusivamente a partir de uma base teórico-social não é possível nem estabelecer que a manutenção e não a mudança de uma forma concreta de sociedade é algo a ser considerado desejável, nem decidir se é mais adequado lançar mão especificamente de meios jurídico-penais para enfrentar a ameaça de uma temida mudança social. No plano da teoria do bem jurídico, pode-se apenas esperar uma decisão definitiva sobre a legitimação de um tipo penal nos raros casos nos quais a norma penal sob análise parte de um objeto de proteção que ou mostra-se completamente inexistente após um olhar mais acurado – como seria hoje o caso dos delitos de magia e de bruxaria –, ou quando se tratar de um objeto de proteção que não é passível de ser protegido da forma pretendida.

Algo está claro: o potencial crítico ao sistema da teoria do bem jurídico não advém de um conceito de bem jurídico preexistente, mas é, na verdade, inteiramente dependente dos padrões e exigências externas ou sociais a ele dirigidos.[13] Mesmo uma teoria do bem jurídico enriquecida por conhecimentos teórico-sociais possui, apesar de tudo, uma função exclusivamente negativa, ou seja, esta teoria apenas deslegitima tipos penais que – de acordo com os padrões de racionalidade da respectiva sociedade – exigem algo faticamente impossível, ou que querem proteger interesses que – de acordo com a estrutura normativa fundamental da respectiva sociedade – não são dignos de proteção jurídica.[14]

3. O TIPO DE DELITO COMO PADRÃO DE LEGITIMIDADE DE TIPOS PENAIS

É em princípio amplamente reconhecido que determinar em qual extensão e em relação a quais modos de agressão – ou seja *como* – deve ocorrer a proteção penal é algo bastante relevante. Essa ideia manifesta-se no entanto apenas na distinção sistemática entre delitos de resultado e delitos de perigo, distinguindo-se ainda dentro dos últimos entre delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato.[15] Precisamente a categoria dos delitos de perigo

13. Sobre a problemática da dedução de padrões/critérios normativos para a determinação de um âmbito legítimo de aplicação de normas jurídico-penais, ver: WOHLERS. Op. cit., p. 241 e ss.

14. WOHLERS. Op. cit., p. 279 e ss.

15. Por todos: LENCKNER. *Schönke/Schröder. StGB*. 26. ed. München, 2001. § 13 e ss, nm. 129.

abstrato não é mais do que um depósito no qual são estocados todos os tipos penais que não podem ser considerados nem delitos de resultado, nem delitos de perigo concreto. O desinteresse a respeito de uma análise diferenciada dos delitos de perigo abstrato corresponde igualmente ao difundido desinteresse em achar uma fundamentação material convincente para essa classe de delitos. É verdade que o recurso a delitos de perigo abstrato é sempre considerado como algo "especialmente carecedor de legitimação", mas, ao final, acaba por considerar-se o recurso a delitos de perigo abstrato justificado quando se busca proteger um "objeto especialmente valioso".[16] Na medida em que a teoria do bem jurídico não está em condições de oferecer padrões prontos e preestabelecidos de conduta, soa no mínimo arriscado partir do valor dos bens jurídicos. Acrescente-se a isso que os delitos de perigo são precisamente caracterizados por prescindirem do momento da lesão, e dentro dos delitos de perigo abstrato apresentam-se possivelmente até casos nos quais essa lesão é de pronto de se afastar. Em razão disso é que os delitos de perigo demandam uma legitimação autônoma para além do dogma do bem jurídico: aqui trata-se de provar que já a mera ação contrária à norma – mesmo quando no caso concreto uma lesão ou um perigo estejam excluídos – é passível de legitimação.[17]

Na realidade, entre os tipos penais conjuntamente elencados sob a rubrica de delitos de perigo abstrato não há uma unidade de tipo de delito, mas sim um agrupamento heterogêneo de tipos penais com potenciais de risco evidentemente diversos. Em razão disso é que é preciso, antes de mais nada, que se formule uma nova categorização de grupos de delito. Entre os tipos penais vigentes é possível distinguir fundamentalmente três tipos de delito:[18]

1. *Delitos de conduta concretamente perigosa*:[19] Tratam-se de modalidades de comportamentos cuja perigosidade reside no fato de que elas conduzem a

16. Ver: HASSEME. *Theorie und...* cit., p. 207 e s.; LAGODNY. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen, 1996, p. 520; A. H. MEYER, Die Gefährlichkeitsdelikte, Münster, 1992, p. 206.

17. KINDHÄUSER. *Gefährdungs als Straftat*. Frankfurt am Main, 1989, p. 227; WOHLERS. Op. cit., p. 291 e ss.

18. Para a sequência ver detalhadamente: WOHLERS. Op. cit., p. 305 e ss.; materialmente no mesmo sentido: VON HIRSCH, in: SIMESTER; SMITH (orgs.). *Harm and Culpability*. Oxford, 1996, p. 262 e ss; uma distinção divergente pode-se encontrar em: ZIESCHANG. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin, 1998, S. 347.

19. Em apoio à terminologia de: HIRSCH. *FS für Arthur Kaufmann*. Heidelberg, 1993, p. 559; assim também: ZIESCHANG. Op. cit.

situações que não podem mais ser controladas pelo autor e que – quando apenas um objeto da ação estiver no raio de alcance do autor – por si só podem ter como consequência um perigo concreto e mesmo uma lesão. Exemplos do direito positivo alemão são a embriaguez na direção sem consequências posteriores (§ 316 StGB) e o incêndio qualificado (§ 306a, I StGB).

2. *Delitos de cumulação*:[20] Tratam-se de modalidades de comportamento que em si consideradas, de fato, não são capazes de conduzir à lesão ou ao menos à lesão em quantidade relevante de nenhum interesse jurídico protegido, mas que em conjunto com outras modalidades de comportamento dirigidas no mesmo sentido podem, sim, conduzir a uma lesão. O âmbito especial de aplicação desse tipo de delito é a proteção de interesses supraindividuais (coletivos); nesse âmbito trata-se mesmo da forma típica fundamental dos tipos penais. Exemplos são, ao lado dos tipos penais que protegem o meio-ambiente (§ 324 e ss. StGB), aqueles tipos penais que visam a proteção de determinadas instituições estatais ou complexos funcionais ou sociais, como por exemplo os §§ 264,[21] 264,[22] 265b[23] StGB.

1. *Delitos de preparação*: Tratam-se de modalidades de comportamento cujo potencial de risco reside no fato de, ou o próprio autor, ou outra pessoa, poderem praticar uma conduta conectada ao resultado do comportamento prévio em questão. O âmbito de aplicação desse tipo de delito estende-se tanto à proteção de interesses individuais quanto à proteção de interesses coletivos. Em tipos penais nos quais são previstas penas para determinadas modalidades de comportamento em estágio prévio à lesão de interesses coletivos, surge em regra uma combinação entre delitos de preparação e delitos de cumulação. Por exemplo, poder-se-ia fazer referência aos delitos de moeda falsa (§ 146 e ss. StGB). Decisivo aqui é que nesses delitos de preparação-cumulação, as modalidades de comportamento em questão podem apenas conduzir a uma lesão real de um interesse coletivo quando ocorrerem um grande número de casos

20. Fundamental a respeito desses tipos de delito é a análise de: KUHLEN. *GA*. 1986, p. 389, p. 399 e ss.; KUHLEN. *ZStW 105*. 1993, p. 697, p. 716; discordante em relação à concepção dos delitos de cumulação: ZIESCHANG. Op. cit., p. 241 e ss.

21. Nota doTradutor: Trata-se do estelionato de subvenções (*Subventionsbetrug*).

22. Nota do Tradutor: Trata-se do delito de estelionato no investimento de capitais (*Kapitalanlagebetrug*).

23. Nota do Tradutor: Trata-se do estelionato de crédito (*Kreditbetrug*).

concretos que correspondam aos fatos previstos na preparação e nas ações a ela conectadas.

Para afastar qualquer mal-entendido é preciso primeiramente esclarecer que a sistemática aqui apresentada possui em si caráter puramente descritivo, não passando de uma tentativa de conduzir inicialmente a categoria dos delitos de perigo abstrato de *lege lata* existentes, que reúne os excedentes dos delitos de resultado e perigo concreto, a uma categorização diferenciada baseada em pontos de vista materiais. Em segundo lugar é preciso afirmar que a classificação de tipos penais concretos é naturalmente dependente da escolha do bem jurídico cuja análise é necessária para a legitimação do tipo penal. Por exemplo: ao se partir da proteção da integridade física do consumidor da droga para a fundamentação da legitimidade dos tipos penais do direito penal das drogas – ressalvada aqui a problemática da autocolocação em perigo consciente –, os tipos penais que abarcam a conduta daquele que oferece a droga podem ser compreendidos como delitos de preparação para a proteção de interesses pessoais. Ao se partir, ao contrário, das consequências e dos custos sociais do consumo de drogas, tratam-se de delitos de cumulação no que diz respeito ao comportamento do consumidor e de delitos combinados de preparação-cumulação no que se refere ao comportamento daquele que oferece a droga.[24]

Por fim é preciso ainda esclarecer que a sistematização em si mesma – evidentemente – não pode oferecer um ganho epistêmico no que toca a questão da legitimidade desses tipos de delito. O sentido e a finalidade da sistematização residem apenas em permitir que se formulem as perguntas a respeito da legitimidade da cominação penal de forma mais clara: nos delitos de perigosidade concreta é preciso perguntar diante de quais pressupostos está o legislador autorizado a prever cominação penal para modalidades de comportamentos em si – ou seja, em avaliações de perigo autonomizadas – apenas potencialmente perigosas.[25] Nos delitos de cumulação é preciso perguntar se modalidades de comportamentos que apenas em cumulação com outras modalidades são capazes de conduzir a lesões podem de fato ser consideradas como um injusto digno de pena.[26] E nos delitos de preparação é preciso apenas perguntar se é permitido cominar pena para modalidades de comportamentos – e se sim, diante de quais comportamentos –, cujo potencial de risco reside no fato de

24. WOHLERS. Op. cit., p. 310.

25. A esse repeito: WOHLERS. Op. cit., p. 311 e ss.

26. Idem, p. 318 e ss.

ou o próprio autor, ou outra pessoa, poderem praticar uma conduta conectada ao resultado do comportamento prévio em questão e daqui poderem resultar possivelmente lesões a bens dignos de proteção penal.[27]

Mesmo sobre o terreno de um sistema diferenciado de tipos de delito não é possível estabelecer de uma forma geral e abstrata as fronteiras e limites de um direito penal do perigo legítimo. Partindo-se do ponto de vista de que nem os delitos de perigosidade concreta, nem os delitos de cumulação e nem os delitos de preparação são tipos de delito por si só ilegítimos, não se perde ainda a possibilidade de avaliar cada tipo penal a partir dos critérios de legitimidade próprios. Entretanto, a orientação a partir de tipos de delito concretos acaba possibilitando o encontro de decisões que transcendem à vaga indicação de um especial valor de determinado bem jurídico.

4. RESUMO

O bem jurídico protegido pela norma continua a ser o ponto de partida para a determinação da legitimidade de tipos penais. A teoria do bem jurídico sozinha pode apenas, no entanto, filtrar os objetos de proteção ilegítimos a partir dos fundamentos no interior de determinada estrutura normativo-social. A partir do momento em que se determine que um bem jurídico seja em princípio digno de proteção, a legitimidade da norma depende decisivamente da estrutura de delito, que resulta da relação das modalidades de comportamentos compreendidas com o *algo* considerado como bem jurídico. Ao final, deve-se medir a legitimidade das normas concretas individualmente consideradas de acordo com os critérios específicos formulados para o respectivo tipo de delito.

5. BIBLIOGRAFIA

AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, 1972.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda. *Bem jurídico como limite ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER. *Nomos Kommentar zum StGB*. 3 ed. § 1.

_____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main, 1973.

_____. *ZRP*. 1992.

27. Idem, nota de rodapé 2.

HIRSCH. *FS für Arthur Kaufmann*. Heidelberg, 1993.

HOHMANN. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*. Frankfurt am Main, 1991.

JAKOBS. *Strafrecht. AT*. 2. ed. Berlin, 1993. § 2.

KINDHÄUSER. *Gefährdungs als Straftat*. Frankfurt am Main, 1989.

KUHLEN. *GA*. 1986.

_____. *ZStW 105*. 1993.

LAGODNY. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen, 1996.

LENCKNER. *Schönke/Schröder. StGB*. 26. ed. München, 2001. § 13 e ss, nm. 129.

ROXIN. *Strafrecht. AT*. 3. ed. München, 1997. t. 1.

RUDOLPHI. *FS für Honig*. Göttingen, 1970.

_____. *SK-StGB*. 6. ed. 1997. § 1, t. 1.

SCHULZ. In: LÜDERSSEN (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Baden-Baden, 1998. t. 1.

STÄCHELIN, In: LÜDERSSEN (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Baden-Baden, 1998. t. 1.

_____. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin, 1998.

STRATENWERTH. *FS für Lenckner*. München, 1998.

VON HIRSCH. In: SIMESTER; SMITH (orgs.). *Harm and Culpability*. Oxford, 1996.

WOHLERS. *Delikstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungselikte*. Berlin, 2000.

ZIESCHANG. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido), de Luiz Flávio Gomes – *RBCCrim* 8/69;
- Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato – Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34, de André Luís Callegari – *RT* 748/504; 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.

Veja também Jurisprudência

- Delito de perigo abstrato contra a Administração Pública: *RT* 830/534;
- Infração de perigo abstrato tipificada como contravenção penal: *RT* 732/636;
- Tipificação de delito de perigo concreto: *RT* 861/654; e
- Tipificação de delito de perigo abstrato contra o meio ambiente: *RDA* 59/352.

55172

1 Abolição da chamada *autodenúncia liberadora de pena* no direito penal tributário alemão?

Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão

Alaor Leite

Mestre e Doutorando em Direito pela Ludwig Maximilians Universität – Munique.

Área do Direito: Tributário; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como ponto de apoio uma recente e polêmica decisão a respeito da autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários proferida pelo Bundesgerichtshof (BGH), Tribunal alemão correspondente ao STJ brasileiro. O autor expõe a situação doutrinária e jurisprudencial anterior à decisão, segundo a qual a chamada teoria fiscal representava o fundamento da autodenúncia liberadora de pena e, num segundo momento, expõe os principais argumentos utilizados pelo novo julgado, que, aparentemente, sustenta o instituto em considerações de merecimento do autor, exigindo o que chamou de "retorno completo à honestidade fiscal". Após, avança algumas observações críticas tanto a respeito da decisão como de conteúdo mais geral, que interessam para a discussão nacional.

Palavras-chave: Crimes tributários no direito penal alemão – Autodenúncia liberadora de pena – Extinção da punibilidade pelo pagamento e parcelamento – Teoria fiscal – Teoria jurídico-penal.

Abstract: The present essay discuss the very new decision of the Federal German Court (Bundesgerichtshof – BGH) about the selfdenunciation in the tax criminal law. The author describes the old jurisprudencial and doctrinal situation and also the new arguments and foundations of the new decision. In the end he takes account of the new arguments of the german Court.

Keywords: Tax criminal law in Germany – Selfdenunciation – Sanction exemption – Tax theory – Criminaltheory.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Precisões conceituais e posição anteriormente dominante – 3. A decisão – 4. Observações: desistência voluntária de crime consumado ou abolição fática de um instituto?: 4.1 A tese do *continuísmo* da teoria fiscal: radicalização ao invés de ruptura; 4.2 Problemas dogmáticos e empíricos da decisão alemã; 4.3 O *topos* da *honestidade fiscal* e seu caráter moralista; 4.4 Poderia o tribunal alemão ter *esvaziado completamente* um instituto criado pelo legislador? – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Ao[1] autor de crimes tributários, tanto na Alemanha como entre nós, oferece-se a extinção da punibilidade em razão da autodenúncia e do pagamento dos tributos sonegados. À norma proibitiva da sonegação fiscal (arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990 entre nós e § 370 do Código Tributário alemão) é acrescida espécie de condição resolutiva: *ex ante* e de forma geral, limita-se o âmbito duro da proibição àquelas sonegações fiscais não seguidas de autodenúncia e pagamento dos tributos devidos.[2] A norma primária ou de comportamento[3] direcionada aos cidadãos estaria formulada não em um sentido *forte* ("não sonegue tributos"), mas em um sentido *fraco* ("não deixe de se autodenunciar e pagar os tributos eventualmente sonegados"). Essa formulação excepcional, pois inexistente em relação a outros crimes patrimoniais cometidos sem violência,[4] carece, naturalmente, de especial legitimação e fundamentação.

---

1. Agradeço a Heloisa Estellita pelas relevantes sugestões e considerações realizadas.
2. Assim SCHÜNEMANN. Förderung der Steuerehrlichkeit durch Amnestierung der Steuerhinterziehung?, *ZRP*, 2003, p. 434.
3. Sobre a distinção – especialmente relevante para o direito penal – entre normas primárias ou de comportamento dirigidas aos cidadãos e normas secundárias ou de sanção dirigidas ao juiz ver LEITE, Alaor. *Die Normentheorie Bindings und die Strafrechtsdogmatik*. Dissertação de Mestrado, München: 2010. p. 2 e ss.; RENZIKOWSKI. Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie. *FS-Gössel*, 2002, p. 3 e ss.; SCHROEDER. Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot. *FS-Otto*, 2007, p. 165 e ss.; na teoria geral do direito ver RÖHL; RÖHL. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. ed. Köln: Carl Heymass, 2008. p. 223 e ss.; ZIPPELIUS. *Juristische Methodenlehre*. 10. ed. München: Beck, 2006, p. 7-8. A distinção aqui utilizada não corresponde à célebre divisão entre *primary rules* e *secondary rules* que aparece em HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Claredon Press, 1994. p. 94 e ss., e nem tampouco à distinção que Kelsen propôs já no apagar das luzes em seu escrito aparecido postumamente, e que significa exatamente o inverso do que aqui se quer dizer. Ver KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1979. p. 43 e ss.
4. Por ocasião do julgamento do RHC 21.489, 6.ª T., rel. Min. Nilson Naves, *DJe* de 24.03.2008, o STJ aplicou analogicamente o dispositivo previsto para os crimes tri-

A discussão alemã em torno desse tormentoso problema deve, a partir de agora, ganhar novos contornos. É que em 20.05.2010, o Bundesgerichtshof proferiu decisão polêmica (BGH 1 StR 577/09) sobre a configuração do instituto da autodenúncia liberadora de pena (*Selbstanzeige*) nos crimes tributários previsto no Código Tributário alemão (§ 371 e ss. *Abgabenordnung* – AO).[5] A decisão transcendeu a tarefa de resolver o caso concreto e enunciou de forma inesperada, em *obter dictum*, uma série de novos critérios dogmáticos, que lhe deram contornos científicos. Esse fato, somado à constatação de que nossa configuração da causa de extinção da punibilidade nos crimes tributários é uma "cópia mal sucedida da legislação alemã",[6] torna algumas reflexões em torno da decisão um empreendimento necessário e de grande utilidade para a discussão nacional. Além disso, o presente estudo, apesar de ter inicialmente como ponto de apoio a legislação alemã, quer avançar algumas observações de conteúdo dogmático mais geral e contribuir, desta maneira, para a construção do que se convencionou designar por "ciência universal do direito penal".[7]

---

butários em caso de ressarcimento integral do prejuízo no crime de estelionato (art. 171, CP), o que, apesar de ser uma interessante notícia, ainda não afasta o caráter excepcional da previsão *legal* existente apenas nos crimes tributários. Para os outros crimes patrimoniais vigem os arts. 16 e 65, III, *b*, do CP. A esse respeito ver SCANDELARI. *O crime tributário de descaminho: fundamentos e efeitos jurídicos* (no prelo – 2011, p. 7 e 170); ZENKNER SCHMIDT, Andrei. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 123 e ss.

5. No direito positivo brasileiro, as figuras que mais se assemelham em seus pressupostos (especialmente em razão da exigência do elemento voluntariedade) à autodenúncia liberadora de pena consagrada no § 371 AO são aquelas previstas no § 2.º do art. 168-A, § 1.º do art. 337-A do CP, além da denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN. Ver a esse respeito em detalhes SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 135. Sobre a denúncia espontânea e seus efeitos penais ver o estudo clássico de ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão da responsabilidade penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 125, p. 241 e ss.

6. SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Op. cit., p. 155.

7. Sobre esse conceito ver GRECO. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker Humblot, 2009. p. 30 e ss.; GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais, In: _____; ROXIN, Claus; LEITE, Alaor. Doping e direito penal. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52. ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006. p. VII. Segundo Roxin, a chamada ciência universal do direito penal não se assemelha ao estudo de direito comparado à moda antiga, mas quer dar um passo além e construir argumentos que possuem pretensão

O objetivo central do presente escrito é investigar com especial atenção se os novos critérios trazidos pela nova decisão do tribunal alemão representariam verdadeira ruptura com a chamada *teoria fiscal*[8] ou se, ao contrário, não significariam mais do que um esgotamento consequente das premissas desta teoria, devendo os "novos" critérios então ser mencionados entre aspas. A decisão será também em parte utilizada como um ensejo para destacar determinados pontos e realizar determinadas distinções, que a nosso ver devem ser levados em consideração, de forma geral, na discussão dogmática sobre o controvertido problema da autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários.

2. PRECISÕES CONCEITUAIS E POSIÇÃO ANTERIORMENTE DOMINANTE

A discussão sobre a autodenúncia liberadora de pena no direito penal tributário alemão, apesar dos sempre existentes intensos debates doutrinários,[9] possuía linhas gerais bem traçadas pelos tribunais alemães até a decisão mencionada.[10] Também a doutrina dominante, representada pelos manuais e pelos comentários mais preocupados com a prática judiciária, gozava da mesma tranquilidade. Para que se entenda melhor a pretensa ruptura com os critérios anteriores causada pela mais recente decisão, é preciso rapidamente referir-se à

---

de validade independentemente do local de seu surgimento. ROXIN. *Observações sobre a decisão da Suprema Corte peruana no caso Fujimori*. Trad. Alaor Leite (no prelo).

8. Sobre o conceito de teoria fiscal, logo abaixo ponto 2.

9. Para uma completa documentação do debate existente ver SAMSON. Steuerhinterziehung, nemo tenetur und Selbstanzeige – eine Dokumentation. *Wistra*. 1988, p. 130 e ss. – especialmente p. 133.

10. No Brasil, mesmo a situação legislativa é um tanto instável, fruto de uma série de mudanças no regime jurídico dos efeitos do parcelamento e pagamento em relação aos crimes tributários. A respeito dessa instável situação legislativa e, por consequência, doutrinária, remeto o leitor a: ESTELLITA, Heloísa. A extinção da punibilidade nos crimes tributários contra a ordem tributária e nos "crimes previdenciários". *Boletim IBCCrim*, n. 101, p. 15; ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. *Boletim IBCCrim*, n. 130, p. 2-3; ESTELLITA, Heloísa. Sanções penais tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Sanções penais tributárias*. Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2005. p. 327 e ss. e p. 379 e ss.; ESTELLITA, Heloísa. Crimes tributários nos Tribunais Superiores. *RBCCrim* 58/85 e ss.; ESTELLITA, Heloísa. O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários. *Boletim IBCCrim*. n. 165; SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Op. cit., p. 135 e ss.

situação anterior e também mencionar alguns conceitos próprios da legislação e da doutrina alemãs nessa matéria.

O pano de fundo teórico de toda a discussão é a disputa travada num plano mais geral entre a chamada *teoria fiscal* e a *teoria propriamente jurídico-penal*. Ambas teorias buscam justificar a existência e oferecer padrões interpretativos para a autodenúncia liberadora de pena existente excepcionalmente para os crimes tributários. A *teoria fiscal*[11] busca justificar a existência e também delinear os contornos da autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários com base em critérios exclusivamente atinentes à necessidade de arrecadação fiscal, prescindindo de critérios referentes ao merecimento do autor como, por exemplo, a voluntariedade da autodenúncia. A ela se contrapõe a *teoria propriamente jurídico-penal* baseada especialmente em critérios análogos aos da desistência voluntária e que não conseguiu se impor na prática judiciária, mas que vem ganhando adeptos nos últimos tempos.[12] Esta teoria parece ter como premissa fundamental a consideração de que, se de um lado o direito penal tributário é um "direito de superposição" em relação ao direito tributário como dizia Ataliba,[13] de outro é inegavelmente ramo do direito penal e deve, então, estar submetido aos princípios que informam a construção das categorias jurídico-penais.[14] Esta controvertida disputa teórica, embora travada inicialmente em plano bastante abstrato, é de fundamental importância prática na conformação do instituto da autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários,[15] como se verá. O fundamental é perceber que, pelo menos em um primeiro olhar,[16] a adoção da teoria fiscal acaba resultando em uma conformação concreta bastante ampliativa dos requisitos da autodenúncia, desde que,

11. Ver a exposição de CAVERO. *Derecho penal económico – Parte especial*. Lima: Grijley, 2007. p. 692 e ss.

12. A esse respeito ver a sequência do texto. Para um panorama ver SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Op. cit., p. 140 e ss.

13. No sentido que depende das categorias cunhadas pelo direito tributário: ATALIBA, Geraldo. Op. cit., p. 242 e ss.

14. Assim claramente SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 434 e ss.; PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. *RT* 617/259 e ss.; ver também a introdução do livro de ZENKNER SCHMIDT, Andrei. Op. cit., p. XIII e ss.

15. Nenhum estudo demonstrou tão bem as consequências bastante concretas da adoção de uma ou de outra teoria como o de BRAUNS. Die Auslegung des § 371 AO im Spannungsfeld strafrechtlicher und steuerpolitischer Zielsetzungen. *Wistra*. 1985, p. 171 e ss.

16. Ver a sequência do texto, especialmente o ponto 4.1.

é claro, o objetivo final do instituto, segundo a referida teoria a arrecadação fiscal, seja atingido. Avaliar a correção desse primeiro olhar é, também, um objetivo deste escrito.

Estava bastante claro para a doutrina e jurisprudência alemãs, a despeito naturalmente de algumas vozes críticas na doutrina, que a autodenúncia[17] era uma causa pessoal de extinção da punibilidade[18] de natureza especial,[19]

17. Se o contribuinte já tiver se eximido total ou parcialmente do pagamento do tributo ou se vantagens tributárias já tiverem sido obtidas em razão do crime tributário (ou seja, se não se tratar de crime tentado), a extinção da punibilidade ocorre apenas quando o beneficiário efetua em prazo razoável o pagamento do valor correspondente do tributo (§ 371, II AO). A exigência do efetivo pagamento para a confirmação da extinção da punibilidade é expressão clara do intuito arrecadatório do instituto, como afirma BILSDORFER. Aktuelle Probleme der Selbstanzeige. *Wistra*. 1984, p. 134. A doutrina aparentemente dominante entende, com base em decisões que costumam apenas se repetir, que os acessórios não precisam ser pagos, pois não são passíveis de "supressão": ROLLETSCHKE. *Steuerstrafrecht*. 3. ed. Köln: Carl Heymanns, 2009. p. 222-223 e 227; Estellita defende esta posição no Brasil, com argumentos próprios: ESTELLITA, Heloísa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 195 e ss. e p. 221 e ss.

18. Para a doutrina dominante ver ROLLETSCHKE. Op. cit., p. XX; QUEDENFELD; FÜLLSACK. *Verteidigung im Steuerstrafsachen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 83.

19. Esse caráter especial trouxe consigo a discussão se haveria espaço dentro do direito penal tributário para as regras gerais da desistência voluntária previstas de forma geral para outros delitos. Essa questão foi solucionada da seguinte forma: admite-se, sim, a desistência voluntária nos crimes tributários, já que além de requisitos diversos, o foco da autodenúncia permaneceria, apesar de tudo, na arrecadação fiscal e não na voluntariedade do agente e na evitação da consumação do fato, como é o caso da desistência voluntária. Ambos institutos estariam em relação de concorrência, podendo a desistência voluntária apenas ser analisada após a negação da autodenúncia liberadora de pena, em razão de esta última representar lei especial (assim decidiu o BGH em BGHSt 37, p. 340 e ss.; por todos ver ROLLETSCHKE. Op. cit., p. 197 e ss.). Enfatiza o caráter excepcional da medida KUMER. Steuerstrafrecht. In: WABNITZ; JANOWSKI. *Handbuch des Wirtschaft-und Steuerstrafrechts*. München: Beck, 2007. p. 1119; LENCKNER; SCHUMANN; WINKELBAUER. Grund und Grenzen der strafrechtlichen Selbstanzeige im Steuerrecht und das Wiederaufleben der Berichtigungsmöglichkeit im Fall der Außenprufüng. *Wistra*. 1983, p. 124-125. Questionando em parte o caráter propriamente inovador e excepcional e buscando interpretar a autodenúncia nos delitos tributários como um misto de vários dispositivos já existentes, HUNSMANN. *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370a S. 3 AO*. Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 47 e ss.; da mesma forma HOFFMANN. *Die Ausschlußtatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung*. Berlin: Berlin, 1998. p. 54 e ss. Esse suposto caráter excepcional, com inegáveis ares de privilégio para os autores de delitos tributários, conduziu a que se questionasse

fundada em razões eminentemente fiscais.[20] Predominava declaradamente a chamada *teoria fiscal*.[21] Em razão deste posicionamento dominante, não havia problema em aceitar a chamada autodenúncia parcial, vale dizer, a apresentação espontânea de apenas algumas das fontes tributáveis ainda desconhecidas do fisco.[22] A autodenúncia parcial era também aceita com base nas palavras usadas pela lei. Ao prever a extinção da punibilidade, o legislador alemão dispôs no § 371 AO que o autor "ficará *nessa medida (insoweit)* livre de pena". O elemento "nessa medida" era interpretado como uma autorização para a autodenúncia parcial, já que a extinção da punibilidade ocorreria apenas nos limites do que foi anteriormente autodenunciado e, em regra, pago. Ora, a existência do "nessa medida" implicaria, pois, em uma aceitação implícita de uma autodenúncia incompleta, já que o "nessa medida" cumpriria apenas a função de excluir que autodenúncias parciais produzissem efeitos para além do que foi autodenunciado. Como a função da causa pessoal de extinção da

---

a constitucionalidade do dispositivo por violar o princípio da igualdade, inconstitucionalidade essa afastada pelo Tribunal Constitucional Alemão: BverfG. *Wistra*. 1983, p. 251. Decididamente em favor da inconstitucionalidade ABRAMOWSKI. *Die strafbefreiende Selbstanzeige – eine verfassungswidrige Privilegierung*. Frankfurt am Main: 1991. p. 240 e 245. No Brasil há questionamento similar acerca da constitucionalidade dos dispositivos pertinentes à matéria da Lei 11.941/2009, ver ADIn 4.273 (até o fechamento desta edição, o autor não teve notícia de nova ADIn eventualmente proposta em razão da recente alteração legislativa). Sobre esse questionamento ver: ESTELLITA, Heloísa. Crimes tributários nos... cit., p. 97-99; pela inconstituticionalidade: FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 190 e ss.

20. Que razões fiscais possuem importante papel é evidente, e prova cabal disso é o § 371, parágrafo 4 AO, que afirma que quando a denúncia das fontes tributáveis é realizada por outro responsável tributário, falta uma condição de procedibilidade em relação aos outros responsáveis tributários. Não parece haver como interpretar esse dispositivo, conhecido como heterodenúncia (*Fremdanzeige*), sem recorrer à necessidade de arrecadação fiscal. A discussão central é se esse intuito arrecadatório deve ser limitado por outras considerações relativas, por exemplo, ao merecimento do autor.

21. Assim o posicionamento dominante na jurisprudência e na doutrina: BGHSt 3, 315; BGHSt 37, 346; BGH JR 1975, p. 385; ROLLETSCHKE. Op. cit., p. 197; KUMER. Op. cit., p. 1120; JESSER. *Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Steuerstrafrecht*. Hamburg: Dr. Kovac, 2004; Von BRIEL; EHLSCHEID. *Steuerstrafrecht*. 2. ed. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2001. p. 196-197; QUEDENFELD; FÜLLSACK. Op. cit., p. 80; BILSDORFER. Op. cit., p. 93; SCHWARTZ. Tatentdeckung durch die Abgabe einer (unwirksamen) Teilselbstanzeige. *Wistra*. vol. 3, p. 84.

22. ROLLETSCHKE. Op. cit., p. 201.

punibilidade era eminentemente o acesso a fontes tributáveis até então escondidas, pouco importavam os motivos do sujeito (medo de fiscalização ou da pena, arrependimento moral etc.), e mesmo a chamada autodenúncia parcial dolosa, em que o sujeito conscientemente esconde outras fontes tributáveis e promove a autodenúncia, por exemplo, apenas referente à quantia que ele possa posteriormente pagar, era aceita sem maiores problemas.[23] Também questões relativas à forma (se oral, se escrita) eram bastante relativizadas.[24] Afinal, o importante era ter acesso a novas fontes tributáveis. Aspectos propriamente penais, em especial a voluntariedade da autodenúncia, eram, quando muito, postos em segundo plano.[25]

A própria lei tributária alemã, no entanto, prevê, no § 371 II, hipóteses que impedem a aplicação da causa pessoal de extinção da punibilidade (designadas por *Sperrgründe*, expressão que pode ser traduzida como causas de bloqueio),[26] especialmente nos casos em que a autodenúncia ocorre após o início de procedimento fiscal (§ 371 II 1a)[27] ou após o conhecimento da notícia do início do procedimento fiscal por parte do acusado (§ 371 II 1b), ou, ainda, no caso em que se deva considerar que o autor, no momento da autodenúncia, já conhecia ou no mínimo possuía o dever de ter conhecimento de que o fato fora desco-

---

23. Idem, p. 204-205. Crítico especialmente contra o mal-intencionado uso da autodenúncia nesses casos de autodenúncia parcial dolosa: KUMER. Op. cit., p. 1126.

24. Referências em QUEDENFELD; FÜLLSACK. Op. cit., p. 85 e ss.: os autores enfatizam que até mesmo autodenúncias tácitas eram aceitas. Ver também BILSDORFER. Op. cit., p. 94 e ss.

25. Assim a doutrina dominante desde há muito: ZWICK. *Tätige Reue im Steuerstrafrecht*. Berlin: 1938, p. 6 e 14: não se exige comprovação de um arrependimento de natureza ética ou moral. O interessante é que o referido autor, apesar de deixar claro que aqui não se exigem os requisitos da voluntariedade típicos da teoria geral da desistência e do arrependimento, chamava, em 1938, embora advirta para a imprecisão do termo, o instituto hoje regulado no § 371 AO de "arrependimento ativo"; da mesma forma FUCHS. *Handbuch des Steuerstrafrechts und Steuerstrafverfahrensrecht*. Nürnberg: Stoytscheff, 1949. p. 61; ver também BARSKE; GAPP. *Steuerstrafrecht und Steuerstrafverfahrensrecht*. Stuttgart: Fachverlagfür Wirtschaft – und Steverstrafrecht, 1959. p. 83: o posicionamento interno do agente não importa para a autodenúncia; QUEDENFELD; FÜLLSACK. Op. cit., p. 327; BLUMERS. Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel "Tatentdeckung". *Wistra*. 1985, p. 85 e ss.; bastante convincente BRAUNS. Op. cit., p. 176.

26. Joecks entende essas causas como "pressupostos negativos de eficácia da autodenúncia liberadora de pena", JOECKS, § 371. In: _____; FRANZEN; GAST. *Steuerstrafrecht*. 7. ed. München: Beck, 2009. p. 329 e ss.

27. Este dispositivo se assemelha ao nosso parágrafo único do art. 138 do CTN.

berto pela fiscalização (chamada *Tatentdeckung*, § 371 II 2).[28] Nessas hipóteses pode-se interpretar que a lei exigiu, de alguma forma, certo elemento de voluntariedade na autodenúncia, elemento integrante, por exemplo, das regras gerais da desistência voluntária,[29] mas este elemento teria, ainda assim, sua importância diminuída diante do sentido eminentemente fiscal do instituto.[30] Essa é, naturalmente, uma interpretação possível, mas não exclui uma explicação puramente fiscal. Afinal, basta entender que nos casos previstos no § 371, II, o fisco terá, cedo ou tarde, acesso às fontes fiscais, não necessitando mais da participação do sujeito. Essas causas de bloqueio, por afastarem a possibilidade de extinção da punibilidade e, portanto, confirmarem e fundamentarem indiretamente a punibilidade do sujeito, sempre foram interpretadas restritivamente. O elemento "descoberta do fato", por exemplo, sempre foi considerado como mais do que mera suspeita suficiente para indiciar e menos do que convicção suficiente para a condenação.[31] Dizia-se que, para confirmar a presença do elemento "descoberta do fato", os órgãos de fiscalização precisariam possuir antes da autodenúncia conhecimento suficiente – tanto no aspecto objetivo quanto subjetivo – para lançar corretamente os tributos devidos.[32] A necessidade de conhecimento ou do dever de conhecimento desse "descobrimento do fato" (pela fiscalização) por parte do sujeito sempre foi interpretada, igualmente,

28. Este dispositivo, inexistente em nosso direito positivo, dispõe que, caso o fato possa ser considerado como descoberto pela autoridade fiscal e o sujeito tenha ou deva ter o conhecimento desse descobrimento, então a autodenúncia não conduz à extinção da punibilidade. O conceito de "descobrimento do fato" é bastante discutido e a nova decisão, como se verá, deu a ele nova extensão.

29. Buscando interpretar as causam que impedem a aplicação da causa extintiva da punibilidade como voluntariedade presumida e legislada de forma taxativa, von BRIEL; EHLSCHEID. Op. cit., p. 237 e JOECKS. Op. cit., p. 374, este último defende sua posição deixando claro que não há que se falar de voluntariedade como cláusula geral e não escrita da autodenúncia (precisamente em JOECKS. Op. cit., p. 329; seguindo Joecks, BLUMERS. Op. cit., p. 86). Alguns autores, como KUMER. Op. cit., p. 1126, defendem que, com base na finalidade fiscal do instituto, empiricamente comprovou-se um fracasso: o sujeito autodenunciava-se apenas quando temia uma descoberta do fato, e o fisco acabava tendo acesso apenas a fontes fiscais às quais teria ciência cedo ou tarde.

30. BGHSt 37, 345, onde se lê com clareza: "Sentido precípuo do§ 371 AO é, independentemente do grau de merecimento de pena ou de perigosidade do autor, ampliar, por razões político-fiscais, a possibilidade de evitar delitos fiscais para além das regras gerais vigentes de desistência previstas na parte geral do Código Penal".

31. ROLLETSCHKE. Op. cit. p. 219.

32. Idem, p. 220.

com parcimônia,[33] tudo para ampliar o acesso à extinção a punibilidade e, com isso e fundamentalmente, a arrecadação tributária. As coisas estavam claras: às razões fiscais, convite *vip*; às razões propriamente penais, a lista de espera. Esta era a situação anterior, que parece confirmar aquela primeira impressão acima exposta, segundo a qual a adoção da teoria fiscal resulta em uma interpretação mais ampliativa dos requisitos positivos e mais restritiva dos requisitos negativos da autodenúncia liberadora de pena.

Esse quadro de linhas bastante claras, no entanto, já começa a ser transportado para o museu do direito penal tributário alemão e, em seu lugar, optaram os curadores da exposição por uma tela de linhas turvas, borradas, com tendências impressionistas. Uma decisão do BGH, na Alemanha, já costuma ter muita autoridade por si, mas a decisão em questão parece ser especialmente impactante, uma vez que ela não deixa, pelo menos em um primeiro olhar, nada como era antes: a interpretação de outrora parece já não viger mais, e o cerco em torno do problema político e jurídico da sonegação fiscal parece ter-se fechado de vez.[34] Resta saber se a mudança ocorreu por motivos teóricos ou apenas por alterações circunstanciais, de política econômica ou fiscal. É dessa suposta mudança brusca no plano jurisprudencial que falarei no próximo tópico.

3. A DECISÃO

A decisão mantém a afirmação dominante de que a autodenúncia liberadora de pena é uma causa pessoal de extinção da punibilidade (nm. 7),[35] e isso é tudo o que expressamente se mantém. De saída, lê-se a afirmação categórica de que meras razões fiscais não são suficientes para fundamentar tamanho privilégio concedido aos crimes tributários (nm. 8 e 9). A causa especial de extinção da punibilidade deve ser, sim, fundamentada em critérios fiscais, mas deve também ser compreendida com base em outros critérios relacionados ao merecimento do autor: "apenas interesses fiscais no recebimento de tributos sonegados não são capazes de justificar este privilégio" (nm. 9). O referido privilégio necessita de uma "dupla justificação" (nm. 8). Assim, a decisão exige o retorno *completo* do autor à honestidade fiscal (*Steuerehrlichkeit*) (nm. 9). Com

33. Idem, p. 221.

34. Esse foi o tom da repercussão da decisão na mídia alemã. Por exemplo: [www.sueddeutsche.de/geld/bundesgerichtshof-urteil-zur-selbstanzeige-nur-die-totale-umkehr-zaehlt-1.951374]. Acesso em: 25.03.2011.

35. A referência entre parênteses é do número de margem constante da decisão no qual aparece o argumento.

base nesse fundamento, o tribunal afirmou que a chamada "autodenúncia parcial" está completamente excluída, pois representaria apenas retorno parcial à honestidade e essa é a grande novidade e também o ponto mais relevante da decisão. O tribunal superou sem maiores delongas o argumento das palavras da lei relacionado à utilização do termo "nessa medida" (*insoweit*), e deu interpretação claramente restritiva ao elemento, entendendo que daqui não se pode extrair uma aceitação legislativa da autodenúncia parcial (nm. 11). Para o autor fazer jus à liberação de pena, deve autodenunciar-se em relação a toda e qualquer fonte tributável ainda inacessível ao fisco: ou tudo, ou nada. Deve, como diz a decisão em recurso à expressão cotidiana, "limpar a mesa" (nm. 10). Só assim haveria o retorno à completa honestidade fiscal (nm. 13). Por isso, e com mais razão, fica também excluída a até então aceita "autodenúncia parcial dolosa", na qual o sujeito apenas autodenuncia o que possui condições de pagar posteriormente. O fato de o autor apenas autodenunciar-se em relação ao que pode pagar é, para o tribunal, irrelevante (nm. 15). A jurisprudência anterior do BGH é, pois, expressamente alterada e essa ruptura é expressamente comunicada: *a autodenúncia parcial não é mais passível de garantir ao autor a extinção da punibilidade prevista no § 371 AO* (nm. 13).

O tribunal afastou o argumento de que não se poderia interpretar restritivamente uma causa de extinção da punibilidade em razão do princípio da legalidade e deu, ao contrário, interpretação ampliativa às causas que impedem a aplicação da causa extintiva da punibilidade (nm. 19). *A principal razão seria a de que os meios atualmente existentes para investigação e a crescente cooperação internacional tornaram o fim político fiscal da autodenúncia menos relevante do que o fim de retorno à honestidade fiscal* (nm. 12 e nm. 36). Deve-se, em razão dos novos mecanismos investigativos, conceder ao requisito do retorno à honestidade fiscal um "peso adicional" (nm. 12). Desta consideração extraiu o Tribunal algumas consequências mais concretas, como a necessidade de ampliação do conceito de "descoberta do fato" e também dos deveres de conhecimento do sujeito com relação a essa descoberta (nm. 24 e ss.). Em suma: o Tribunal se pretende revolucionário (ver especialmente nm. 13), como a argumentação acima exposta o comprova. Resta saber se esta não é mais uma daquelas revoluções que, como tantas, ao anunciarem mudar tudo, deixam tudo como está.

4. Observações: desistência voluntária de crime consumado ou abolição fática de um instituto?

Embora fuja do objetivo central deste breve escrito tratar da em si discutível legitimidade do instituto da autodenúncia nos crimes tributários, fato é que há

muito tempo não só a fundamentação dogmática como também a legitimidade da autodenúncia liberadora de pena vêm sendo questionadas. Tiedemann afirmava categoricamente, já em 1975, ainda diante da antiga redação do Código Tributário alemão, que a autodenúncia como causa extintiva da punibilidade especial seria ilegítima e precisava ser revogada de *lege ferenda*, ou, no mínimo, restringida consideravelmente em seus pressupostos *de lege lata*.[36] Mal sabia Tiedemann que seu apelo tinha ares de vaticínio.

Para ganhar precisão, deve-se distinguir claramente entre dois planos de crítica ao instituto da autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários: o da *legitimidade ou existência* em si do instituto e o de sua *fundamentação* dogmática. O plano da legitimidade em si pode ser equacionado definitivamente apenas por dois modos, a saber: intervenção do legislador e declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema. Aos magistrados e especialmente aos tribunais cabe fundamentalmente a importante tarefa de dar contornos dogmáticos ao instituto. A crítica científica pode, naturalmente, dirigir-se aos dois planos, mas na presente sede trata-se especialmente de questionar o delineamento dogmático do instituto sob análise previsto tanto pelo legislador alemão como pelo brasileiro, ou seja, permaneceremos no plano da fundamentação dogmática. Embora a crítica possa, sim, se concentrar apenas na legitimidade do instituto, parece ser um erro estratégico prescindir de uma discussão sobre a fundamentação dogmática de um instituto que de fato existe e é aplicado diuturnamente. O que se quer evitar com a distinção é, sobretudo, que o anúncio de uma "nova" fundamentação dogmática ao instituto, acabe resultando em sua verdadeira abolição de fato, e, assim, acaba-se por responder à pergunta da legitimidade em sentido negativo de forma indireta e pouco clara: pergunta-se pela fundamentação mais ou menos restritiva do instituto e a resposta é sua ilegitimidade.

A fundamentação mais restritiva e quase abolicionista do instituto pode, por exemplo, representar nada mais do que um mal-estar e um repúdio em relação à própria previsão do instituto por parte do legislador. Ocorre que ao intérprete não é dado esquivar-se ardilosamente da existência de instituto criado pelo legislador. Esta distinção é direcionada especialmente – mas não só

36. TIEDEMANN. Anmerkung zur BGH, 4 StR 369/74. *JR*. 1975, p. 387. Diante do caráter excepcional da autodenúncia, também Lenckner et alii afirmaram que seria de se esperar um manejo bem restritivo do instituto, o que ainda não tinha acontecido na época em que escreveram o artigo, LENCKNER; SCHUMANN; WINKELBAUER. Op. cit., p. 124.

aos tribunais e magistrados. Ao leitor não deverá surpreender se chegarmos à conclusão de que o tribunal alemão cometeu, no nosso caso, o erro acima apontado.

Quanto à fundamentação dogmática da autodenúncia liberadora de pena, vinha e ainda vem ganhando força uma tentativa de interpretação de acordo com as regras gerais da desistência voluntária e do arrependimento ativo:[37] Poder-se-ia dizer que a autodenúncia seria uma espécie de *desistência voluntária de crime consumado*. Só assim, atribuindo ao instituto verdadeiro caráter jurídico-penal – isto é, adotando a chamada teoria propriamente jurídico-penal –, é que o problema de legitimidade poderia ser ao menos em parte resolvido já *de lege lata*.[38] Parte da doutrina exigia que se introduzisse na autodenúncia a voluntariedade como cláusula geral, buscando demonstrar que o instituto, baseado na voluntariedade e reparação e vinculado à teoria da pena, teria inclusive caráter e traços bastante "modernos".[39] Alguns buscaram semelhanças

37. JOECKS. Op. cit., p. 374; SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 434 e ss.; HOFFMANN. Op. cit., p. 54; HUNSMANN. Op. cit., p. 91 e ss. LÖFFLER. *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Selbstanzeige*. Baden-Baden: 1992, p. 208 e 271 e ss.; TIPKE; LANG. *Steuerrecht*. 20. ed. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1164; já em 1956 reclamava Hartung que a autodenúncia tinha se afastado muito da configuração geral do arrependimento ativo (*tätige Reue*) no Direito Penal, HARTUNG. *Das Steuerstrafrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Fran Vahlen, 1956. p. 191 e 202; BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 574; no Brasil, SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Op. cit., passim – especialmente p. 155.

38. Joecks chega a afirmar que esse apelo da doutrina pela exigência da voluntariedade como cláusula geral expressa um alto nível de mal-estar com a existência da autodenúncia liberadora de pena. JOECKS. Op. cit., p. 331. Essa afirmação de Joecks revela, a meu ver, claramente os perigos que a distinção que proponho quer minimizar.

39. Idem, ibidem. Já que o instituto que abandonaria qualquer teoria absoluta da pena e buscaria realizar os fins preventivos da pena por meio da reparação, segundo concepção modernamente aceita. A introdução da ideia de reparação no Direito Penal é moderna também porque a dogmática penal alemã, especialmente fundamentada no estudo detalhado de Binding (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 4. ed. Leipzig: Engelmann, 1922 [1872]. t. I, p. 284 e ss.; a respeito disso detalhadamente LEITE, Alaor. Op. cit., p. 19 e ss.), vinha trabalhando com uma separação estrita entre pena e reparação do dano. Hoje se defende que a reparação do dano não é uma questão adstrita apenas ao Direito Civil e deve cada vez mais ser utilizada como meio para realizar os fins preventivos da pena, como uma espécie de "terceira via": ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*... cit., p. 103 e ss.; ROXIN. Strafe und Wiedergutmachung. *FS-Lorenz*. 2001, p. 51 e ss.; ver também, com ulteriores referências, CAVERO, P. G. *Derecho penal económico – Parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. p. 1007 e ss.

entre a autodenúncia e outros dispositivos do Código Penal alemão que preveem a possibilidade de extinção da punibilidade pela reparação do dano mesmo após a consumação do delito,[40] para negar, dessa forma, que se tratasse de um verdadeiro privilégio concedido aos autores de crimes tributários. Apenas essa nova interpretação de acordo com as regras gerais de desistência, com tendência clara para a restrição da utilização do § 371 AO, poderia explicar uma espécie de compensação do desvalor da ação pela autodenúncia voluntária, e a compensação do desvalor de resultado pela reparação e pagamento do tributo devido.[41] Em suma, de todos os lados havia apelos à necessidade de conferir uma configuração jurídico-penal ao instituto da autodenúncia liberadora de pena, antes interpretado de forma bastante ampliativa eminentemente do ponto de vista meramente fiscal.

Como já se disse, a nova decisão do BGH enfatiza a necessidade de se exigir, além das razões puramente fiscais, um requisito de natureza pretensamente penal: o retorno completo à honestidade fiscal (nm. 9). Mais do que isso, esse segundo critério deveria possuir "peso adicional", em razão dos novos meca-

40. Como HUNSMANN. Op. cit., p. 46 e ss. São os chamados casos de arrependimento ativo em crimes consumados (a respeito RENGIER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* München: Beck, 2009. p. 368-369). Um exemplo é o apagamento do incêndio mesmo após já consumado o delito de perigo abstrato contra as pessoas possivelmente presentes no imóvel incendiado previsto no § 306a do StGB. Frise-se que aqui o dispositivo exige expressamente que o comportamento pós-delitivo ativo deve ser "voluntário" (§ 306e StGB). A doutrina que aponta essas semelhanças parece não levar conta é que há uma particularidade bastante relevante na forma mais comum do crime de sonegação fiscal: ele é um crime de lesão. Ao menos no ordenamento jurídico-penal alemão, nos dispositivos que oferecem a possibilidade do arrependimento ativo em crimes consumados, esta possibilidade é assegurada de forma ampla como espécie de compensação apenas para os delitos de perigo ou para os chamados delitos de empreendimento, nos quais a consumação é claramente antecipada (atenta para esse fato BRAUNS. Op. cit., p. 171). O caso mencionado do § 306 a StGB demonstra bem o intuito do legislador, já que a previsão do arrependimento ativo quer evitar o exaurimento do delito, vale dizer, evitar os graves danos casos pelo incêndio em curso. Ou seja: ainda não é possível negar certo caráter excepcional à autodenúncia liberadora de pena nos crimes tributários, já que a extinção da punibilidade é garantida para um delito de *lesão* já *consumado*.

41. JOECKS. Op. cit., p. 332; LÖFFLER. Op, cit., p. 229. A compensação dos desvalores de ação e de resultado deve, nesse contexto, ser naturalmente entendida de forma mais fraca do que aquela que ocorre no plano do injusto, por exemplo quando estão presentes os elementos objetivos e subjetivos de uma causa de justificação: neste último caso pode-se mesmo falar em cancelamento de desvalores de ação e de resultado.

nismos de investigação existentes (nm. 12). O mero acesso às fontes tributáveis desconhecidas parece não representar mais um fim em si mesmo, como defende a teoria fiscal, constituindo apenas a documentação de um traço de personalidade valioso e de se levar em conta para a ordem jurídica: a completa honestidade fiscal. Engana-se, no entanto, quem pretender daí extrair a apressada consequência de que, desta forma, o BGH teria atendido os justificados apelos da doutrina e conferido caráter jurídico-penal ao instituto e, assim, destronado a teoria fiscal de seu reinado absoluto.

4.1 A tese do continuísmo da teoria fiscal: radicalização ao invés de ruptura

Até esta decisão, como vimos, a existência da autodenúncia fundamentava-se em razões puramente fiscais e isso era dito de forma bastante clara. Prescindia o Estado das exigências propriamente jurídico-penais para a desistência em troca de um acesso mais fácil às fontes tributáveis. A justificativa do dispositivo de exceção estava no caráter invisível e meticuloso da sonegação fiscal: ao contrário de outros delitos patrimoniais, a sonegação fiscal apresenta, em razão da complexidade que a envolve, dificuldades de acesso e é, por isso, mais difícil de investigar:[42] o Estado encontrar-se-ia, nestes casos, em uma situação assemelhada a uma espécie de "estado de necessidade contínuo, perene".[43] Pois bem, *a lógica inerente a essa justificativa não mudou.* O que mudou foi sua roupagem, já que agora aparece travestida de exigência de "retorno completo à honestidade fiscal" (nm. 10). O rompimento com a jurisprudência anterior não se deve a uma alteração de seus fundamentos teóricos, mas sim, como se verá logo abaixo, a um novo contexto fático relacionado especialmente aos novos meios de investigação criminal dos crimes tributários. Concretamente: *não houve ruptura ou revolução teórica, houve, sim, radicalização do mesmo discurso.* É preciso distinguir aqui entre os *motivos apresentados* (necessidade de retorno completo à honestidade fiscal etc.) pelo tribunal e as *razões* (atual desnecessidade pragmática do instituto existente em função dos novos mecanismos de investigação criminal) da decisão. Os motivos apresentado representam, de fato, uma novidade. A razão, no entanto, permanece a mesma.

Ora, a razão pela qual o Tribunal quer conceder mais peso ao requisito pretensamente penal de "retorno à honestidade fiscal" é meramente pragmática, de conveniência. O Tribunal faz referência expressa, em dois momentos, aos novos

42. LENCKNER; SCHUMANN; WINKELBAUER. Op. cit., p. 124.

43. Ver, com ulteriores referências, BRAUNS. Op. cit., p. 172.

meios de investigação em matéria tributária disponíveis, às novas modalidades de controle, ao crescimento da cooperação internacional (nm. 12 e nm. 36) e, após, a pretexto de dar maior rigor ao critério propriamente penal, afirma que apenas a autodenúncia completa pode ensejar a aplicação da causa extintiva da punibilidade. Em outras palavras: como não se precisa mais do sujeito para ter acesso às fontes tributáveis, não é mais preciso vender liberação de pena a preço tão módico. O sujeito só merecerá, então, a causa extintiva da punibilidade quando convidar o fisco para sua empresa e abrir toda sua contabilidade. Uma razão dessa ordem não representa uma reclamada configuração jurídico-penal do instituto, mas, ao contrário, uma radicalização da teoria fiscal, que maneja institutos penais ao gosto das conjunturas políticas e necessidades passageiras maiores ou menores de arrecadação fiscal.[44] Por acreditar que atualmente possui meios eficazes de investigação criminal, não se entende mais como necessária a concessão ao sujeito de causa extintiva da punibilidade. Em uma época em que o governo alemão acaba de comprar dados sigilosos de contas de alemães no exterior,[45] justificando a ilegalidade pelo montante expressivo de fontes tributáveis, soa no mínimo estranho que o BGH tenha potencializado as exigências para a eficácia liberadora de pena da autodenúncia.

Entre o "novo" posicionamento e o "antigo" é ainda de se preferir este último, que tem a seu favor, a despeito de uma possível incorreção teórica,[46] a vantagem de ter sido defendido de forma *clara*, e não de forma sub-reptícia, como parece ser o caso da nova decisão. Já estamos assim em condições de responder o questionamento mais geral do presente escrito: a decisão é "nova" apenas em um sentido puramente temporal, e as alterações que se produzirão não são mais do que o esgotamento lógico das premissas da teoria fiscal, há muito defendida pela jurisprudência alemã. Ou seja, o estado de coisas realmente será modificado – o recrudescimento no manejo dos critérios é evidente –, mas não por meio de uma autoproclamada revolução ou reviravolta teórica, mas em razão de mecanismo próprio ligado ao domínio da teoria fiscal.

---

44. Bastante crítico em relação a esse fenômeno SCANDELARI. Op. cit., p. 181 e ss.

45. Sobre esse polêmico caso que, esperamos, não represente "os outros meios de investigação mais eficazes" a que a decisão sob comentário se refere, ver KÜHNE. Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten. *GA*. 2010, p. 275 e ss.; interessante a respeito PAWLIK. Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten. *JZ*. 2010, p. 693 e ss.

46. Sobre a incorreção teórica da teoria fiscal como sustentação para a existência e para os contornos da autodenúncia liberadora da pena não poderemos nos manifestar detidamente nesta sede.

A constante alteração da regulamentação referente à extinção da punibilidade nos crimes tributários, seja no plano jurisprudencial, seja no plano legislativo, é mecanismo ínsito à engrenagem da teoria fiscal e parece ser a maior característica desta teoria. *Aquela impressão inicial, segundo a qual a adoção da teoria fiscal conduz sempre à conformação mais ampliativa da causa de extinção da punibilidade nos crimes tributários, não é, portanto, verdadeira.* O que de fato ocorre é que a conformação mais ampliativa ou mais restritiva é relegada, sob os domínios da teoria fiscal, a outro plano que não o teórico: ao plano empírico, das contingências, do imponderável. Ou seja, sob a égide da teoria fiscal, argumentos teóricos valem muito pouco e a troca de roupa daquela teoria ocorre pelas mesmas razões que vestimos um casaco quando está frio e o retiramos quando está calor: por alterações climáticas. A diferença da situação jurídica alemã em relação à brasileira é que, entre nós, o legislador tem menos pudor em matéria de direito penal tributário – essa "matéria de conteúdo transitório por natureza", como descreveu Cunha Luna para justificar as constantes alterações[47] –, e prefere alterar a regulamentação já no plano legislativo:[48] são "as idas e vindas do legislador em matéria de efeitos do pagamento e do parcelamento sobre a punibilidade nos crimes tributários" a que se refere Estellita[49] e que encontram sua mais nova manifestação nas alterações realizadas pela Lei 12.382/2011.

4.2 Problemas dogmáticos e empíricos da decisão alemã

Com a exigência de que o sujeito proceda à autodenúncia completa e ao fazer depender a eficácia liberadora de pena da autodenúncia da efetiva correção e caráter completo da declaração, o tribunal alemão criou, igualmente, no mínimo dois problemas: um empírico e outro dogmático.

O problema *empírico* diz com a dificuldade em se imaginar a possibilidade de uma autodenúncia efetivamente completa, sem divergências escriturais ou

47. Cunha Luna, Everardo da. Extinção da punibilidade e sonegação fiscal. *Justitia*. n. 75, p. 99.

48. A matéria relacionada aos crimes tributários é submetida à reserva de código na Alemanha e é toda prevista no Código Tributário alemão (§ 371 e ss), o que naturalmente impede as constantes alterações legislativas. Que no Brasil as coisas são diferentes está claro, bastando lembrar que a nova alteração foi realizada ao apagar das luzes de lei que buscou regulamentar precipuamente o salário mínimo vigente no pais.

49. Estellita, Heloísa. Pagamento e parcelamento... cit., p. 2.

contábeis diante de um quadro tributário bastante instável e complexo.[50] Ou seja, estar-se-ia exigindo algo que é quase impossível na prática.[51] O tribunal, ao anunciar o fim da autodenúncia parcial, acabou decretando o fim de toda e qualquer autodenúncia liberadora de pena, já que é difícil de imaginar um autor de sonegação fiscal que esteja disposto a correr o risco de, ao ter sua autodenúncia rejeitada por ser considerada incompleta, chamar a atenção do fisco para sua contabilidade e tornar-se, assim, provável alvo de visitas futuras.[52] Afinal, como se sabe, a realização de autodenúncia é uma ação sopesada e pré-calculada e normalmente antecedida de consulta a profissional da área jurídica.[53] Curto e grosso: compreendida nestes termos, a autodenúncia deixará de ser um empreendimento atrativo. O almejado "incentivo ao retorno à honestidade fiscal" mencionado na decisão (nm. 9) simplesmente não existirá, já que é difícil de imaginar um sujeito que escancare fontes tributáveis até então escondidas sem ter, como contrapartida, a segurança e certeza de que com isso verá extinta a punibilidade de seu comportamento.[54]

Por outro lado, é *dogmaticamente* bastante discutível se o efeito de uma causa extintiva da punibilidade referente a determinado crime pode ficar na dependência da autodenúncia de outros supostos crimes.[55] Em nenhuma disciplina geral sobre o tema se condiciona a desistência de um delito à desistência de outros delitos assemelhados, por exemplo, ainda em fase de tentativa. A desistência voluntária é, para usar uma expressão que ficou consagrada na discussão acerca da consciência do injusto e erro de proibição, *divisível*, ou seja, referente apenas ao tipo penal em questão. Não se exige do sujeito uma

50. Segundo parte da jurisprudência e doutrina anteriores, meras e pequenas divergências entre a autodenúncia e a situação efetivamente existente não afastariam a incidência da causa extintiva da punibilidade, estado de coisas que não deve permanecer assim. Sobre a situação anterior ver JOECKS. Op. cit., p. 405. Muito anteriormente, Hartung já queria negar, com base em precedentes do Tribunal do Império, a incidência da extinção da punibilidade caso houvesse divergência entre a autodenúncia e a situação real. HARTUNG. Op. cit., p. 193.

51. Assim também WULF. Auf dem Weg zur Abschaffung der strafbefreienden Selbstanzeige (§ 371 AO)? *Wistra*. vol. 8, p. 290.

52. Afirmando que a autodenúncia é, em regra, um ensejo para que o Fisco investigue de forma mais próxima o autor em questão, BLUMERS. Op. cit., p. 85.

53. Sobre a calculabilidade como característica da autodenúncia ver: BRAUNS. Op. cit., p. 175 e s.

54. Assim expressamente: SCHWARTZ. Op. cit., p. 84 e 88.

55. Atentando para esse aspecto também: WULF. Op. cit., p. 291.

abstenção geral de praticar crimes, mas sim a desistência de realizar o crime em questão. Pense-se em crimes cometidos em concurso material (art. 70 CP): está claro que a eficácia da desistência em relação a um dos crimes não pode ficar condicionada à desistência de todos os outros.[56] Essa *divisibilidade* é uma característica aparentemente geral das causas extintivas da punibilidade, como o demonstra, para ficar com o exemplo mais evidente, a regra da prescrição em caso de concurso de crimes, cujos efeitos ocorrem individualmente em relação a cada delito (art. 119, CP). Aqui reside um argumento adicional no sentido do entendimento de que o Tribunal não emprestou, de forma alguma, caráter propriamente jurídico-penal ao instituto da autodenúncia.

4.3 O topos da honestidade fiscal e seu caráter moralista

Ainda que se conceda à decisão em análise um relativo caráter revolucionário, no sentido de ter ao menos dado alguma relevância aos chamados critérios propriamente penais, não seria de se aplaudir a forma que escolheu para percorrer esse caminho. *É que a decisão possui conotação inegavelmente moralista.* O tribunal não poderia, segundo seus motivos autodeclarados, conceder extinção da punibilidade ao autor parcialmente honesto, já que o meio honesto é, de outro lado, meio desonesto, e esse *autor* não mereceria ter sua punibilidade extinta. A autodenúncia parcial e especialmente a autodenúncia parcial dolosa não seriam, seguindo esse raciocínio, uma demonstração de retorno completo à honestidade fiscal, e não passariam de mais uma das ações estratégicas, das esquivas deliberadas retiradas do arsenal de um empresário que enxerga a ordem jurídica e seus valores como um obstáculo à sua busca contumaz por lucro. Especialmente a autodenúncia parcial dolosa seria aquilo que, já há algum tempo, Kumer chamou de "ilusão e engodo renovados",[57] isto é, uma atitude confirmativa da desonestidade fiscal já demonstrada com a sonegação fiscal. *Ocorre que há muito já se abandonou qualquer conotação moral, por exemplo, na teoria da desistência da tentativa, especialmente no que se refere à exigência de voluntariedade da desistência.* Já há algum tempo chegou-se à conclusão de que o

56. Naturalmente, a autodenúncia parcial pode ocorrer também em casos de ocorrência de apenas uma sonegação fiscal, quando o sujeito autodenuncia apenas parte do valor devido (por exemplo, em casos de montante expressivo). Nesses casos, a referência à divisibilidade parece perder parte de seu potencial explicativo, já que expressão "divisibilidade" é referida ao tipo penal e ganha importância apenas quando há ocorrência de mais de um tipo, ou seja, quando há concurso de crimes.

57. KUMER. Op. cit., p. 1126.

elemento voluntariedade exigido na teoria da desistência não possui nenhuma conotação moral, não se exigindo que o motivo da desistência seja louvável ou valoroso moralmente, bastando que não seja determinado heteronomamente:[58] voluntariedade, aqui, é autonomia dos motivos e nada mais. Também aqui há evidente dissonância entre a nova decisão e o estado atual da teoria da desistência em direito penal. Do ponto de vista jurídico-penal, e pressupondo que se aceite que a decisão de fato guiou-se pela necessidade de dar contornos jurídico-penais ao instituto em análise, estaríamos diante de um verdadeiro retrocesso teórico, inadmissível em um direito penal de proteção de bens jurídicos, ou, para dizê-lo de modo mais correto, de um direito penal inscrito na tradição liberal.[59] Vale dizer: ainda que acreditemos nos *motivos expostos* pelo Tribunal alemão e prescindamos, por ora, das *razões* que o motivaram, a decisão não merece o aplauso dos penalistas.

4.4 *Poderia o tribunal alemão ter* esvaziado completamente *um instituto criado pelo legislador?*

Outro questionamento relevante do ponto de vista do princípio da legalidade diz respeito ao limite de atuação de um Tribunal Superior em relação a instituto criado pelo legislador em procedimento conforme ao direito e cuja constitucionalidade foi, após questionamento efetivamente ocorrido nesse caso,[60] confirmada pelo Tribunal Constitucional. Não parece correto que, como ocorreu no caso que ora analisamos, o BGH *esvazie inteiramente* o conceito de autodenúncia liberadora de pena e acabe, ao fim, abolindo faticamente um instituto cuja legitimidade poderia ser revista definitivamente apenas por duas formas: por intervenção do legislador ou por declaração de inconstitucionalidade. Em última análise, o tribunal, ao esvaziar completamente o instituto liberador da pena, acabou substituindo-se ao legislador. Aqui a distinção clara acima proposta mostra todo o seu potencial: o tribunal poderia e mesmo deveria, sim, questionar e delinear os contornos dogmáticos deste instituto jurídico-penal, isto é, poderia *fundamentar* dogmaticamente o instituto de forma diversa da

58. Para a doutrina dominante, por todos, JÄGER. *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*. München: Beck, 1996. p. 10 e ss.

59. Decididamente contra a tese do chamado moralismo jurídico-penal ver GRECO. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). Trad. Alaor Leite e Luís Greco. *RBCCrim* 82/172 e ss.

60. Ver nota de rodapé n. 19.

até então dominante, abandonando por completo, por exemplo, a teoria fiscal e exigir, entre outras coisas, a presença da voluntariedade como cláusula geral. Ocorre que a fundamentação dogmática do instituto encontra uma barreira intransponível, a saber, a necessidade de aceitar, por ora, a *legitimidade e existência* do instituto: um instituto previsto pelo legislador deve poder possuir existência prática, o que parece excluído a partir dos critérios apontados pela nova decisão. Claramente: o tribunal não pode, a pretexto de emprestar nova fundamentação dogmática ao instituto da autodenúncia liberadora da pena, *aboli-lo faticamente* e, assim, substituir as instâncias competentes para decidir sobre a legitimidade e existência do referido instituto. Parece que houve, sim, um excesso por parte do tribunal.

Esse questionamento parece oportuno diante do novo entendimento do Tribunal Constitucional alemão a respeito do mandato de determinação decorrente do princípio da legalidade (BVerfG 2 BvR 2559/08, especialmente nm. 67 e ss.), em julgamento recente ocorrido no dia 23.06.2010. A Corte entendeu que esse mandato não se dirige exclusivamente ao legislador, como entende a doutrina dominante até hoje,[61] mas também aos tribunais, que não podem, portanto, esvaziar, por meio de interpretação, instituto delineado pelo legislador democraticamente legitimado. No caso em análise, o BGH concedera interpretação restritiva a instituto liberador de pena e, como vimos, esvaziou completamente a autodenúncia prevista pelo legislador. Assim, o BGH acabara decidindo – enunciando critérios gerais, transcendentes ao caso concreto, como vimos – pela punição onde o legislador parecia ter decidido pela não punibilidade.[62] Parece que houve, assim, uma violação da nova compreensão do mandato de determinação dada pela Corte Suprema alemã.

5. CONCLUSÃO

Assim é que, embora num primeiro momento pareça ter havido uma espécie de sensibilização do BGH com relação aos clamores da doutrina penal, que

61. Por todos o estudo clássico de: SCHÜNEMANN. *Nulla poena sine lege?* Berlin: De Gruyter, 1978. p. 6: o mandato de determinação dirige-se exclusivamente ao legislador. Para a doutrina alemã dominante atual, ver o comentário standard de TRÖNDLE; FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 53. ed. München: Beck, 2006. p. 9 e ss.

62. Na citada nova decisão da Corte Suprema alemã, lê-se: "Em consequência disso, a interpretação dos conceitos utilizados pelo legislador para descrever o comportamento punível não pode conduzir a que uma limitação da punibilidade realizada pelo legislador acabe, ao final, sendo anulada pelo tribunal" (nm. 78). A decisão, que cuidou do delito de infidelidade patrimonial (Untreue, § 266 St GB) parece ter enunciados novos critérios, sendo ainda incerta a aplicação destes critérios a outros tipos penais.

pedia uma configuração propriamente penal – e não meramente fiscal – do instituto da autodenúncia liberadora de pena para resguardar-lhe alguma fundamentação legítima já *de lege lata*, o que houve em verdade foi a radicalização do velho discurso da teoria fiscal. A pretensa ruptura acima apontada se deu no plano dos *motivos apresentados*, mas parece não corresponder às verdadeiras *razões* da nova configuração da autoliberação de pena no direito penal tributário: trata-se apenas da mais nova vestimenta da velha teoria fiscal. A teoria fiscal não é *per se* nem mais e nem menos ampliativa no que se refere à conformação da extinção da punibilidade nos crimes tributários: a decisão a esse respeito é delegada ao plano das contingências, onde argumentos teóricos não têm vez. A decisão representa, apesar da manutenção da base teórica, verdadeiro recrudescimento em relação à situação anterior, e o que acabou ocorrendo foi a *abolição fática* de um instituto que, pode, sim, ter sua legitimidade negada, mas apenas de forma clara e pelas instâncias competentes, e não de forma sub-reptícia e por meio de uma espécie de ardil teórico. Nesse sentido, para evitar a repetição deste perigoso modo de proceder, é que se deve argumentar com clareza e distinguir os dois planos acima propostos: o da legitimidade e o da fundamentação.

Quando Tiedemann pedia, alternativamente, a revogação da autodenúncia de *lege ferenda* ou a restrição de seus pressupostos *de lege lata*, não sabia que seria possível se chegar a uma solução cumulativa juridicamente questionável: o tribunal alemão, ao exigir o impossível para a configuração da autodenúncia e de seus efeitos jurídicos e ao fazê-lo ignorando as regras gerais da desistência no direito penal atual, aboliu faticamente o instituto, coisa que apenas o legislador ou uma declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema poderia fazer em definitivo e de forma legítima. Resta esperar as próximas decisões e a também as manifestações da doutrina.

6. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOWSKI. *Die strafbefreiende Selbstanzeige – eine verfassungswidrige Privilegierung*. Frankfurt am Main: 1991.

ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão da responsabilidade penal. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 32. n. 125. p. 241-245. Brasília: Ed. do Senado Federal, jan.-mar. 1995.

BARSKE; Gapp. *Steuerstrafrecht und Steuerstrafverfahrensrecht*. Stuttgart: Fachverlag Für Wirtschaft – und Steverstrafrecht, 1959.

BILSDORFER. Aktuelle Probleme der Selbstanzeige. *Wistra*. p. 93 e ss., p. 131 e ss. 1984.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 4. ed. Leipzig: Engelmann, 1922 [1872]. t. I.

BLUMERS. Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel "Tatentdeckung". *Wistra*. p. 85. 1985.

BRAUNS. Die Auslegung des § 371 AO im Spannungsfeld strafrechtlicher und steuerpolitischer Zielsetzungen. *Wistra*. p. 171. 1985.

BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

CAVERO, P. G. *Derecho penal económico – Parte especial*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

_____. *Derecho penal económico – Parte general*. Lima: Grijley, 2007.

CUNHA LUNA, Everardo da. Extinção da punibilidade e sonegação fiscal. *Justitia*. n. 75. p. 97. São Paulo, 1971.

ESTELLITA, Heloísa. Crimes tributários nos Tribunais Superiores. *RBCCrim*. vol. 58. p. 85. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006.

_____. A extinção da punibilidade nos crimes tributários contra a ordem tributária e nos "crimes previdenciários". *Boletim IBCCrim*. n. 101. p. 15. São Paulo: IBCCrim, 2001.

_____. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. *Boletim IBCCrim*. n. 130. p. 2-3. São Paulo: IBCCrim, 2003.

_____. O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários, *Boletim IBCCrim*. n.165. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

_____. Sanções penais tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Sanções penais tributárias*. Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2005.

_____. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FUCHS. *Handbuch des Steuerstrafrechts und Steuerstrafverfahrensrecht*. Nürnberg: Stoytscheff, 1949.

GRECO. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheoriel*. Berlin: Duncker Humblot, 2009.

GRECO. Luís. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais. In: _____; ROXIN, Claus; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal*. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). Trad. Alaor Leite e Luís Greco. *RBCCrim* vol. 82. p. 172. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2010.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Claredon Press, 1994.

HARTUNG. *Das Steuerstrafrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Fran Vahlen, 1956.

HOFFMANN. *Die Ausschlußtatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung*. Berlin: Berlin, 1998.

HUNSMANN. *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370a S. 3 AO*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

JÄGER. *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*. München: Beck, 1996.

JESSER. *Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Steuerstrafrecht*. Hamburg: Dr. Kovac, 2004.

JOECKS. § 371, In: Franzen; Gast; Joecks. *Steuerstrafrecht*. 7. ed. München: Beck, 2009.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1979.

KÜHNE. Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten. *GA*. p. 275. 2010.

KUMER. Steuerstrafrecht. In: WABNITZ; JANOWSKI. *Handbuch des Wirtschaft – und Steuerstrafrechts*. München: Beck, 2007.

LEITE, Alaor. *Die Normentheorie Bindings und die Strafrechtsdogmatik*. Dissertação de Mestrado, München, 2010.

LENCKNER; SCHUMANN; WINKELBAUER. Grund und Grenzen der strafrechtlichen Selbstanzeige im Steuerrecht und das Wiederaufleben der Berichtigungsmöglichkeit im Fall der Außenprufüng. *Wistra*. 1983.

LÖFFLER. *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Selbstanzeige*. Baden-Baden, 1992.

PAWLIK. Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten. *JZ*. p. 693. 2010.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. *Revista dos Tribunais*. vol. 617. p. 259. São Paulo: Ed. RT, mar. 1987.

QUEDENFELD; FÜLLSACK. *Verteidigung im Steuerstrafsachen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996.

RENGIER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Beck, 2009.

RENZIKOWSKI. Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie. *FS-Gössel*. p. 3. 2002.

RÖHL; RÖHL. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. ed. Köln: Carl Heymanns, 2008.

ROLLETSCHKE. *Steuerstrafrecht*. 3. ed. Köln: Carl Heymanns, 2009.

ROXIN, Claus. *Observações sobre a decisão da Suprema Corte peruana no caso Fujimori*. Trad. Alaor Leite (no prelo).

_____. Strafe und Wiedergutmachung. *FS-Lorenz*. p. 51. 2001.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006.

SAMSON. Steuerhinterziehung, nemo tenetur und Selbstanzeige – eine Dokumentation. *Wistra*, 1988.

SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SCANDELARI. *O crime tributário de descaminho: fundamentos e efeitos jurídicos* (no prelo).

SCHROEDER. Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot. *FS-Otto*. p. 165, 2007.

SCHÜNEMANN. Förderung der Steuerehrlichkeit durch Amnestierung der Steuerhinterziehung? *ZRP*. p. 433, 2003.

_____. *Nulla poena sine lege?* Berlin: De Gruyter, 1978.

SCHWARTZ. Tatentdeckung durch die Abgabe einer (unwirksamen) Teilselbstanzeige. *Wistra*. vol. 3. p. 81, 2011.

TIEDEMANN. Anmerkung zur BGH , 4 StR 369/74. *JR*. p. 386. 1975.

TIPKE; LANG. *Steuerrecht*. 20. ed. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010.

TRÖNDLE; FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 53. ed. München: Beck, 2006.

VON BRIEL; Deutscher. *Steuerstrafrecht*. 2. ed. Bonn: Anwaltverlag, 2001.

ZENKNER SCHMIDT, Andrei. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ZIPPELIUS. *Juristische Methodenlehre*. 10. ed. München: Beck, 2006.

ZWICK. *Tätige Reue im Steuerstrafrecht*. Berlin, 1938.

WULF. Auf dem Weg zur Abschaffung der strafbefreienden Selbstanzeige (§ 371 AO)?. *Wistra*. vol. 8. p. 290, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evasão tributária e a denúncia espontânea no Direito Tributário Brasileiro (com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 104, de 10.01.2001), de André Santos Zanon – *RTrib* 45/65;
- Denúncia espontânea em Direito Tributário, de Marcus de Freitas Gouvêa – *RTrib* 64/40; e
- Denúncia espontânea: pressupostos de admissibilidade, requisitos de forma e impossibilidade de alteração do instituto pelas entidades tributantes, de Felipe Luiz Machado Barros – *RTrib* 49/145.

Veja também Jurisprudência

- Inocorrência de exclusão da responsabilidade por denúncia espontânea: *RT* 834/219.

Veja também Súmula

- Momento de tipificação de crime contra a ordem tributária: Súmula Vinculante 24 do STF.

55173

2 O OBJETO DE TUTELA PENAL NO DELITO DE *INSIDER TRADING*

Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Mestre em Direito (*Master of Laws*) pela Cornell Law School – EUA. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Graduado em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente artigo busca identificar o bem jurídico penalmente tutelado pelo delito de *insider trading*, previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, em que se encontra tipificado sob a denominação "uso indevido de informação privilegiada". Lançando mão da principiologia da dogmática penal contemporânea, o presente estudo esmiuça o conteúdo do injusto penal em seus aspectos objetivo e subjetivo a fim de determinar a configuração da conduta incriminada. Desta forma torna-se possível a análise das justificativas para a criminalização do uso de informações privilegiadas trazidas pela doutrina nacional e estrangeira. Conclui-se pela insuficiência dos argumentos levantados, pois não abordam em sua totalidade todos os aspectos da prática de *insider trading*.

PALAVRAS-CHAVE: *Insider trading* – Bem jurídico – Direito penal – Delito econômico.

ABSTRACT: This article aims to identify the legal right protected by the criminalization of insider trading offenses under art. 27-D of Law 6.385/1976, which is typified under the name "misuse of inside information". Resorting to the dogmatic principles of contemporary criminal law, this study scrutinizes the contents of the penal type in its objective and subjective aspects in order to determine the content of the incriminated conduct. Thus it becomes possible to analyze the justifications for the criminalization of insider trading brought by national and foreign scholarship. The conclusion is for the failure of the arguments raised, for they do not address all aspects of insider trading in their entirety.

KEYWORDS: Insider trading – Legal interest – Criminal law – White collar crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A função da dogmática penal contemporânea. Sistema de garantias instituído pelo Estado Democrático de Direito – 3. Bem jurídico. Critério essencial para a criminalização de condutas – 4. A estrutura típica do delito de *insider trading* na legislação pátria: 4.1 Tipo objetivo; 4.2 Tipo subjetivo – 5. Investigação acerca do bem jurídico tutelado – 6. Conclusão – 7. Referências.

"Markets can remain irrational longer than you can remain solvent."
John Maynard Keynes

1. INTRODUÇÃO

Embora constitua tema de destaque na literatura e jurisprudência penal estrangeira, sobretudo na estadunidense, o debate acerca da prática de insider trading e suas implicações na esfera penal aparenta ainda ser incipiente no Brasil.

A prática de insider trading consiste na utilização de 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. Não obstante tal prática constitua, desde o ano de 2001, delito tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976, acrescentado pela Lei 10.303/2001, apenas no ano de 2009 foi oferecida a primeira denúncia de que se tem notícia imputando a prática de tal conduta.[1]

Trata-se do célebre Caso Sadia, em que ex-diretores da sociedade empresária Sadia S.A. e o então Superintendente de empréstimos estruturados e gestão de portfólio de crédito do Banco ABN Amro Real S.A. haveriam obtido informações privilegiadas da aquisição das ações de emissão da sociedade empresária Perdigão S.A. pela Sadia, e teriam, desta forma, procedido à compra de valores mobiliários da Perdigão por meio de empresas "laranjas", obtendo, assim, suposta vantagem indevida pela valorização das ações adquiridas quando da publicização da oferta de aquisição.

---

1. MPF-SP oferece primeira denúncia de *insider trading* no Brasil. Disponível em: [www.prsp.mpf. gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/noticia-10987/?searchterm=sadia]. Acesso em: 06.05.2009. *Insider*: Justiça recebe denúncia do MPF-SP e chama acusados a se defender. Disponível em: [www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/25-05-09-2013-insider-justica-recebe-denuncia-do-mpf-sp-e-chama-acusados-a-se-defender/?searchterm=sadia]. Acesso em: 23.06.2009.

Tal caso, antes mesmo do oferecimento da denúncia, já havia gerado certa repercussão, pois foi realizado um acordo entre os acusados e a *U.S. Securities Exchange Commission*[2] (SEC), semelhante ao instituto da transação penal, em que foram impostas multa e suspensão do direito de ocupar cargos diretivos em empresas públicas por cinco anos.[3]

Após o processamento deste caso pioneiro no Brasil, a tendência será a discussão cada vez maior em torno destas condutas.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo apresentar uma abordagem crítica do delito de *insider trading*, a partir de uma análise principiológica do Direito Penal a fim de perquirir o objeto de tutela penal visado pela elaboração deste tipo penal pelo legislador.

Para tanto, inicialmente se analisará o sistema de Direito Penal pátrio contemporâneo, sob ótica da doutrina mais abalizada, bem como das funções do Direito Penal e da pena criminal por ela atribuídas, para depois analisar o conceito de bem jurídico, enquanto critério criminalizador de condutas. Em seguida, realizar-se-á um estudo acerca do delito de *insider trading* na legislação brasileira, amparado por contribuições da literatura penal e jurídico-econômica estrangeira, de modo a perscrutar a função desempenhada pelo tipo penal previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976.

2. A FUNÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÂNEA. SISTEMA DE GARANTIAS INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal não possui função apaziguadora dos ânimos sociais. Não é sua finalidade defender uma ideologia dominante, consequentemente *criminalizando* qualquer posição divergente.

Segundo leituras mais atuais, a dogmática penal deve ser compreendida como um *sistema de garantias* do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. A finalidade do Direito Penal, enquanto sistema organizado de conhecimentos,[4]

2. Órgão dos Estados Unidos da América com funções análogas à da CVM.

3. REUTERS. Ex-Sadia director settles insider trading charges. Disponível em: [www.reuters.com/article/governmentFilingsNews/idUSN1933078320070619]. Acesso em: 06.05.2009.

4. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Trad. Manuel Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 657: "O todo é, portanto, um sistema organizado (articulado) e não um conjunto desor-

não é, portanto, *punir*, mas sim *proteger* – proteção daqueles à mercê do rigor punitivo estatal[5] –, sendo, desta forma, regido pelos princípios constitucionais da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade, da humanidade e da responsabilidade penal pessoal.[6] Assim, o Direito Penal pode, finalmente, auxiliar na busca de fundamentos para construção de um Estado Democrático de Direito, previsto pela Carta Magna vigente, porém ainda não alcançado em sua plenitude.

Ainda sobre a finalidade do Direito Penal, ao contrário de que se poderia pensar, este não tem por finalidade a legitimação da imposição de sanções penais pelo Estado. Afinal, o Estado, enquanto ente dotado de pleno poder outorgado pelo povo por meio do contrato social,[7] não necessita nenhum sistema normativo para legitimar sua atuação. Na realidade, a dogmática penal existe tão somente para garantir ao cidadão meios para se defender do exercício do poder estatal, constituindo, desta forma, um sistema de garantias que limita a criação de delitos e a imposição de penas.

A teoria do delito surge, nesta perspectiva, como uma maneira de limitar a configuração de um crime, exigindo-se, para que haja a aplicação de penas,

---

denado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins".

5. Reconhece-se que determinados autores (por todos, vide ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006) atribuem ao Direito Penal a função de "garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos" (p. 16), porém, conforme se explicitará adiante, se entende ser esta a função da pena criminal, e não do Direito Penal, enquanto sistema organizado de conhecimentos.

6. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 20-33.

7. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 17. ed. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 34-36 e 47-51. Vide, também, HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Coleção: Os pensadores. p. 105-106; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre governo*. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Coleção Os pensadores. p. 102-103.

além de um *tipo de injusto*,[8] constituído por uma *ação* (ou *omissão* desta),[9] *típica*[10] e *antijurídica*,[11] que o seu autor seja *culpável*.[12]

Para tanto, não se pode mais conceber uma teoria penal repressiva, cuja finalidade seja a manutenção das classes (burguesas) dominantes, por meio do acúmulo de Capital e da repressão do proletariado.[13] Tal finalidade, identificada pela Criminologia Radical, é incompatível com o sistema de garantias e políticas criminais instituído pela Constituição.

Entende-se que um Direito Penal que se intitule "democrático" deve ter por objeto a sanção de condutas, e não de sujeitos – isto é, democrático é o Direito Penal dito "do fato", e não "do autor". Por Direito Penal do autor se entende aquele destinado à repressão de pessoas e estados existenciais, para o qual interessa o sujeito que praticou o fato, e não o fato praticado pelo su-

8. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 74; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 175; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 262.

9. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 86-91; TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 22; TAVARES, J. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 57-64; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor. p. 186.

10. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte geral*. cit., p. 120-137; TAVARES, J. *Teorias do delito*... cit., p. 64-65; JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal: parte general*. cit., p. 274 e ss.

11. Filia-se ao pensamento daqueles que entendem constituírem tipicidade e antijuridicidade um amálgama indissociável, pois toda ação típica é, em um primeiro, antijurídica, podendo haver, em determinadas situações, circunstâncias que constituam elementos que negam a antijuridicidade da conduta, caracterizando, portanto, elementos negativos do tipo. Segundo este posicionamento, os elementos descritivos contidos nos tipos penais consistem em elementos positivos do tipo, ao passo que os elementos negativos do tipo são formados pelas causas de justificação. Vide CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte geral*. cit., p. 75-77; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I, p. 139-140.

12. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 281-293; DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação*. Dissertação de Mestrado em Direito, Curitiba, UFPR, 2008. p. 33-34; RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 19-26; TAVARES, J. *Teorias do delito*... cit., p. 73.

13. CIRINO DOS SANTOS, J. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 125-132.

jeito. Isto, porém, é algo insustentável, pois segundo Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "[s]eja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação".[14]

Em realidade, o Direito Penal deve ter por objeto a criminalização de *condutas* – e não toda e qualquer conduta, ao bel prazer do legislador. Atentando-se a uma das funções da pena criminal identificada por Claus Roxin,[15] qual seja, a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes – a chamada *função preventiva geral positiva*[16] da pena criminal –, só podem ser criminalizadas as condutas verdadeiramente *lesivas de bens jurídicos*, caso contrário admitir-se-ia que o legislador penalizasse alguma conduta simplesmente porque dela não gosta.[17]

É inconcebível, no quadro constitucional brasileiro, a utilização do Direito Penal como forma de garantir interesses individuais, reprimindo-se todo e qualquer posicionamento diverso.

Todavia, apesar das diversas críticas apontadas pelo estudo da criminologia,[18] entende-se ser o Direito Penal ainda válido para a defesa de bens jurídicos constitucionalmente apontados como merecedores de tal proteção, tais como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio.[19] Por outro lado, entende-se inadequado o uso do Direito Penal para criminalizar condutas apenas por elas serem inconvenientes ao legislador, ou ofenderem a moral. Não é este o

14. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 107.

15. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Trad. da 2. ed. alemã de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. p. 91-92.

16. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 468.

17. ROXIN, C. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11.

18. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiesse Cardoso. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2010; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CIRINO DOS SANTOS, J. *A criminologia radical*. cit.

19. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte geral*. cit., p. 14-17.

propósito do Direito Penal – principalmente de um Direito Penal que se opera em um Estado Democrático de Direito.

3. BEM JURÍDICO. CRITÉRIO ESSENCIAL PARA A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

De acordo com a teoria da pena adotada, qual seja, a visão da pena como *prevenção geral positiva*, a legitimação da pena criminal enquanto medida socialmente lesiva se encontraria em seu objetivo de proteção subsidiária e fragmentária de *bens jurídicos*.[20]

Embora se atente à posição daqueles que entendem ser a noção de bem jurídico inconceituável,[21] acredita-se poder definir os bens jurídicos, na concepção de Roxin, como as "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos".[22]

Tal conceito é de suma importância, pois o *bem jurídico* é, além de critério de criminalização de condutas, também objeto de proteção penal.[23] Como critério de criminalização de condutas, o bem jurídico surge como elemento essencial para a comunidade ou indivíduos, cuja importância justifica atuação punitiva do Estado em situações tidas como lesivas a importantes esferas da vida privada ou coletiva. Desta forma, evita-se intervenção abusiva do Poder Público para defender seus próprios interesses políticos e assegurar a manutenção do poder.

Entende-se que o Direito Penal só pode ser construído de maneira democrática a partir da noção de bem jurídico.[24] Fala-se, hodiernamente, em Direito Penal Constitucional, pois é na Norma Fundamental da República que se deve buscar os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, os quais devem nortear o sistema penal. Segundo Heloisa Estellita, "somente poderá haver criminalização na hipótese de tutela de valores constitucionais relevantes, isto é, reconhecidos explícita ou implicitamente no texto constitucional".[25]

---

20. Idem, p. 468.
21. Por todos, vide TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. cit., p. 176.
22. ROXIN, C. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. cit., p. 18-19.
23. Conforme CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 14-17.
24. Isto é decorrência direta do princípio da lesividade. Neste sentido, CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 25-26.
25. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 83.

Nos dizeres de Roxin, "[o] ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico político-criminalmente vinculado só poderá ser derivado dos deveres, consubstanciados na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito assentado na liberdade dos indivíduos, através dos quais se estabelecem os limites ao poder punitivo do Estado".[26]

Ao se eleger condutas merecedoras de tipificação penal, o bem jurídico delimita a aplicação de sanções penais àquelas condutas que não poderiam ser de outra forma evitadas e possuidoras de relevância social suficiente para admitir a invocação da assim denominada *ultima ratio*.[27] Por isso se diz ser a proteção dada pelo Direito Penal ao bem jurídico *subsidiária*.

Por outro lado, ainda, o bem jurídico chama para si a proteção penal, tornando-se seu objeto. Assim, o tipo penal passa a proteger não o Estado, nem a reprodução autopoiética do Direito Penal fundada na reafirmação da validade da norma, mas sim bens jurídicos constitucionalmente apontados – indispensáveis para a existência de uma sociedade plural e organizada. A opção por se proteger bens jurídicos concretos, ao invés da vontade do poder ou de expectativas normativas, ainda é necessária para tornar o Direito Penal mais democrático, e o levar um passo adiante no caminho de uma criminalização *mínima* de condutas. Conforme dito, não são todas as condutas aparentemente lesivas de bens jurídicos que admitem sanção penal. Segundo Roxin, a proteção de bens jurídicos deve ser *fragmentária*, pois a proteção deve ser dada parcialmente a apenas alguns bens jurídicos selecionados.[28]

Adotando-se a noção de bem jurídico como critério criminalizador de condutas, automaticamente impõem-se restrições ao legislador em sua atuação tipificadora de condutas. Dentre os limites estabelecidos identificados por

---

26. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. cit., p. 55-56: "El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado". Tradução livre do autor.

27. Neste sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. de Luís Greco. *RBCCrim* 53/9-37.

28. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. cit., p. 65.

Roxin,[29] destaca-se por sua relevância cotidiana os "simples atentados contra a moral",[30] que, por não reduzirem a liberdade ou segurança dos cidadãos, nem provocarem qualquer tipo de lesão ou perigo à coletividade, não lesionam qualquer bem jurídico, portanto não podem constituir crime.

Segundo Luigi Ferrajoli, "[o] direito (...) não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objectivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral".[31]

Desta forma, é necessário, para que determinada conduta constitua crime, que tal conduta efetivamente provoque algum tipo de lesão à coletividade, seja reduzindo ou suprimindo a liberdade ou segurança dos cidadãos[32] (bens jurídicos individuais), seja limitando o adequado funcionamento do aparelho estatal cujo objetivo seja garantir aos cidadãos liberdade e segurança[33] (bens jurídicos sociais ou coletivos). Não basta que tal conduta seja meramente tida por "imoral" ou inconveniente ao legislador.

4. A ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO DE *INSIDER TRADING* NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Feitas algumas breves considerações acerca do modelo de Direito Penal que se pretende adotar, bem como a função que se entende desempenhar a pena criminal, passa-se à análise do tipo de *insider trading* no âmbito do sistema jurídico-penal brasileiro.

Nos Estados Unidos da América, é pacífico o posicionamento de que o "[*i*]*nsider trading* se refere a transações de valores mobiliários de uma companhia tais como ações ou opções de ações, por pessoa pertencente aos quadros da empresa ou seus associados baseadas em informações originadas no interior da empresa que iriam, ao serem divulgadas publicamente, afetar o preço de tais valores mobiliários".[34]

---

29. ROXIN, C. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. cit., p. 20-25.
30. Idem, p. 21.
31. FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. Trad. Eduardo Maia Costa. *Revista do Ministério Público* 94/11.
32. ROXIN, C. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. cit., p. 18.
33. Idem, p. 19.
34. DOLGOPOLOV, Stanislav. Insider trading. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: [www.econlib.org/library/Enc/InsiderTrading.html]. Acesso em:

Na definição do Dicionário Jurídico *Black's Law Dictionary*, principal vocabulário forense dos juristas estadunidense, *insider trading* consiste em "[o] uso de informação material não pública na negociação de ações de uma companhia por pessoa pertencente aos quadros da empresa ou outra pessoa que tenha um dever fiduciário para com a companhia".[35]

No Brasil, tal conduta encontra correspondência no art. 27-D da Lei 6.385/1976, capitulado sob a denominação "uso indevido de informação privilegiada".[36]

A fim de se delinear a lesividade desta conduta, assim se estabelecendo seu real objeto de proteção, é preciso antes realizar uma minuciosa análise do conteúdo do injusto tipificado pela norma. Apenas assim será possível definir o bem jurídico tutelado pela criminalização do delito de *insider trading*.

Desta forma, de acordo com o modelo finalista[37] de fato punível adotado, o presente tipo deve ser analisado em seus aspectos objetivo e subjetivo.

4.1 Tipo objetivo

Sob o prisma do tipo objetivo, para a configuração da conduta de *insider trading* é necessário (a) a existência de uma informação relevante, (b) a não divulgação desta informação ao mercado, (c) o dever de sigilo do autor, (d) a possibilidade de obtenção de vantagem indevida e (e) a utilização desta infor-

---

12.06.2009. p. 1: "'Insider trading' refers to transactions in a company's securities, such as stocks or options, by corporate insiders or their associates based on information originating within the firm that would, once publicly disclosed, affect the prices of such securities".

35. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009. p. 866: "The use of material, nonpublic information in trading of shares of a company by a corporate insider or other person who owes fiduciary duty to the company".

36. "Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deve 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 três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime."

37. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. 2. ed. castelhana. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1976. p. 53-66; CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 78-80. TAVARES, J. *Teorias do delito*... cit., p. 114; ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 344-345.

mação, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários.

Em primeiro lugar, o vocábulo "informação relevante" é definido pela Instrução CVM 358/2002, a qual, entre outras providências, dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas. Segundo o disposto no art. 2.º do texto normativo:

"Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:

I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;

II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;

III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados."[38]

Desta forma, para que se configure o delito de *insider trading*, é preciso que ao menos um destes atos ou fatos tenha sido originado na sociedade aberta por ações.

Em seguida, é necessário que o fato relevante existente *ainda não seja de conhecimento do público em geral*, isto é, ainda não tenha sido divulgado pela empresa, restando de conhecimento exclusivo de pessoas ligadas à administração interna da companhia. Por não ter sido levada à ciência do mercado é que a informação relevante é considerada "privilegiada", pois seu conhecimento é restrito a poucos, que possuem a confiança da empresa.

Ademais, é preciso que o agente utilizador de tal informação privilegiada tenha o dever de guardar sigilo quanto à informação relevante recebida. Sobre este tema, dispõe a Instrução CVM 358/2002 da, em seu art. 8.º:

"Cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da compa-

38. O parágrafo único de tal artigo estabelece, ainda, outros exemplos de atos ou fatos que podem vir a se tornar relevantes, os quais são, para os fins do presente estudo, de menos importância.

nhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento."

Têm o dever de resguardar sigilo, portanto, sob pena de responsabilização criminal, os ocupantes de cargo e empregado das companhias, bem como os terceiros a quem as informações foram também confiadas. Note-se que não são todos os empregados e diretores que têm o dever legal de resguardar sigilo, e sim apenas aqueles que tiveram acesso a informações relevantes *em razão do cargo ou posição que ocupam*. Deve haver, portanto, um liame mínimo entre a informação obtida e o cargo ocupado pelo autor, que deverá ser topicamente comprovado.

É diverso, por exemplo, o caso em que *A*, diretor de *marketing* da empresa BCD S.A., ouve dois altos executivos conversando no corredor sobre uma transferência do controle da empresa, e negocia valores mobiliários com base nesta informação, daquele em que *Z*, responsável pela limpeza da sala do presidente do conselho administrativo da empresa YXW S.A., encontra em sua lixeira cópia impressa de uma correspondência eletrônica em que se comunica aos demais membros do conselho detalhes acerca da aquisição de uma empresa rival, fazendo o funcionário *Z* uso de tal informação por meio de negociação com valores mobiliários. Enquanto neste caso a obtenção da informação está diretamente ligada à função desempenhada pelo funcionário da empresa, naquele, embora houvesse nítida violação de um dever ético, não há como se responsabilizar criminalmente o diretor *A*, pois, como a aquisição da informação relevante não decorreu de seu cargo diretivo, não possuía a obrigação legal de sigilo.

Resta evidente, portanto, que não tem nenhum dever de manter sigilo o terceiro que, a *caso fortuito*, obtenha informações relevantes ainda não divulgadas, e dela tire proveito econômico.

Traz-se, como exemplo, o caso *Securities and Exchange Comission* vs. *Switzer*,[39] julgado pela Justiça Federal do Distrito Oeste do Estado de Oklahoma, nos Estados Unidos, em que um técnico de futebol americano, no intervalo do treino, estava descansando nas arquibancadas do campo, quando ouviu um homem, que sabia ser diretor de uma grande companhia da região, conversan-

39. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Western District of Oklahoma. *Securities and Exchange Comission* vs. *Switzer*. *Federal Supplement* 590/756.

do com sua esposa sobre a fusão de uma das companhias subsidiárias da sua. Com base nesta informação ainda não divulgada ao público, o técnico Switzer negociou ações desta companhia na bolsa de valores e obteve lucros superiores a US$ 50.000,00. O técnico foi absolvido, pois se entendeu não ter ele faltado com o dever fiduciário, tendo obtido as informações a caso fortuito. Pela legislação brasileira, também não seria responsabilizado criminalmente, pois não possuía o dever legal de guardar sigilo, segundo a referida instrução normativa da CVM.

Tal entendimento deve ser estendido a todos que se encontrarem na mesma posição; não há como se imputar a prática deste delito a quem receba informações privilegiadas a caso fortuito, porém não tenha qualquer obrigação legal de manter sigilo, conforme estritamente definido pelo art. 8.º acima transcrito.[40]

Diversa é a situação daqueles que recebem informações privilegiadas de alguém que possua informação internas ("*corporate insider*").[41] Dispõe o art. 8.º da Instrução CVM 358/2002 que, além de manter sigilo sobre as informações relevantes recebidas, os diretores e empregados têm também o dever de zelar pelo sigilo de seus subordinados e de terceiros não envolvidos com a companhia que sejam de sua confiança. Em outras palavras, o *insider*, ao transmitir a alguém informações relevantes, deve cuidar para que este terceiro mantenha o sigilo, sob pena de ambos responderem solidariamente pela quebra desse.

Em seguida, para se configurar o tipo objetivo de *insider trading*, é preciso que o ato ou fato relevante sobre o qual se deva manter sigilo tenha potencial para gerar vantagem pecuniária indevida em proveito daquele que a indevidamente utilize ou de terceiro.

Considerando que a informação relevante a que se refere o tipo penal seria capaz de provocar uma alteração no preço dos valores mobiliários da companhia negociáveis no mercado de ações quando de sua divulgação ao público, a vantagem indevida estaria caracterizada pela possibilidade de obter proveito da futura alteração de valores, seja pela venda de ações que tenderiam a desvalorizar, seja pela compra de ações que tenderiam a ter seu preço valorizado.

---

40. Em sentido contrário defende DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millenium, 2003. p. 110.

41. GARNER, B. A. Op. cit., p. 866: "Alguém que tenha conhecimento de fatos não disponíveis ao público em geral" (A person who has knowledge of facts not available to the general public).

Ao contrário de que se possa pensar, o tipo penal não exige que o autor *efetivamente* obtenha a vantagem indevida, bastando que a informação privilegiada, caso utilizada na negociação de valores mobiliários, possa potencialmente acarretar benefício econômico. Isto porque, pelo dinamismo que envolve o mercado financeiro, muito embora o *insider* possa representar a obtenção de uma vantagem, esta pode não vir a ser obtida, em virtude de outras operações realizadas, o que foge do controle do autor. Se a informação obtida, caso utilizada por meio de uma operação bursátil, tenha potencial lucrativo para o autor ou para terceiro, admite-se a imputação.

Muito embora não possa ser classificado como tipo material,[42] ou "de resultado",[43] pois prescinde da verificação da ocorrência do resultado para sua consumação, o delito de *insider trading* também não constitui um tipo "de simples atividade",[44] pois se exige algum tipo de prejuízo – não, necessariamente, econômico – causado em relação ao mercado de valores mobiliários a ponto de justificar a sanção penal. Neste sentido, o tipo caracteriza um delito formal,[45] no qual, segundo Nélson Hungria, "a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni*",[46] isto é, o tipo não exige para a consumação a comprovação de efetiva vantagem auferida pelo autor em detrimento do mercado, pois o pressupõe, antecipando a ele a consumação.[47]

Por fim, é necessário que haja a utilização destas informações no mercado de valores mobiliários, mediante negociação de ações ou opções de ações. Considerando a (comum) hipótese de utilização de empresas ditas "laranjas" na negociação de valores mobiliários, esta negociação pode ser feita pelo próprio sujeito que obteve a informação privilegiada ou por terceiro. O que deve haver, porém, é um estreito nexo de causalidade entre a obtenção da informação privilegiada e a negociação de valores mobiliários.

---

42. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 213-214.

43. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral*. cit., p. 111.

44. BITTENCOURT, C. R. Op. cit., p. 214; CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral* cit., p. 111.

45. BITTENCOURT, C. R. Op. cit., p. 214.

46. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. I, t. 2, p. 41.

47. Note-se que a definição de "tipos formais" não corresponde à de "tipos de mera conduta", como trata José Marcelo Martins Proença (Insider trading: *regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 321).

4.2 Tipo subjetivo

Quanto ao tipo subjetivo, entende-se não haver o tipo a previsão de nenhuma intenção ou tendência especial, definidos como elementos subjetivos especiais,[48] havendo apenas o dolo de auferir vantagem por meio de uma operação financeira envolvendo informação privilegiada obtida em razão do cargo, emprego ou função.

Dolo, em sua definição mais contemporânea, deve ser entendido como "a vontade consciente de realizar (...) o tipo objetivo de um crime",[49] tendo, portanto, dois elementos, a consciência (elemento intelectual), e a vontade (elemento volitivo).[50]

Desta forma, o delito de *insider trading* tem como elemento intelectual um conhecimento atual das circunstâncias do delito acima aclaradas, traduzida como a representação ou percepção real da ação típica[51] ou, em outras palavras, o autor do fato, ao agir, deve ter consciência da existência dos elementos de fato do tipo[52] e da ação típica que está praticando.[53]

Para configuração do dolo, é preciso, ainda, que o autor, munido deste conhecimento atual, também exerça o elemento volitivo, consistente em querer realizar a ação típica, sendo que tal vontade deve ser incondicionada e capaz produzir o resultado típico como obra do autor.[54]

O tipo previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976 não admite modalidade imprudente, por força do art. 18, parágrafo único, do CP.

5. INVESTIGAÇÃO ACERCA DO BEM JURÍDICO TUTELADO

Pois bem, as considerações acima delineadas acerca da configuração típica do delito de *insider trading* na legislação penal brasileira são fundamentais para o objetivo primordial do presente estudo, qual seja perscrutar o objeto de tutela penal nesta espécie delitiva.

---

48. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral.* cit., p. 163-167.
49. Idem, p. 134.
50. Idem, p. 134-136.
51. Idem, p. 135.
52. A existência de uma informação relevante, a não divulgação desta informação ao mercado, o dever de sigilo do autor e a possibilidade de obtenção de vantagem indevida.
53. A utilização desta informação, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários.
54. CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: parte geral.* cit., p. 135-136.

Muito embora seja comum na literatura penal universal a análise, primeiro, do bem jurídico e, segundo, da tipicidade, adotou-se aqui a lógica inversa, pois – em que pese se reconheça que, no processo legislativo, primeiramente se elege um bem jurídico que se encontra penalmente desabrigado para apenas depois tipificar uma conduta a ele lesiva – se entende necessário saber, antes, a exata conduta criminalizada para então partir à análise do objeto que realmente se encontra sob tutela penal. De nada adianta elucubrar sobre o bem jurídico que teria sido eleito pelo legislador como o objeto de proteção penal se não se sabe o que está sendo, de fato, protegido.

Conforme visto, embora a consumação do delito de *insider trading* não exija a materialização de vantagem ilícita obtida pelo autor, classifica-se este crime como *formal*, ou seja, embora se prescinda a verificação de obtenção de vantagem ilícita, a lei *pressupõe* uma lesão ao mercado de valores mobiliários. Resta saber em que consiste esta lesão, a fim de se estabelecer o bem jurídico cuja tutela se objetiva pela criminalização do fato em questão.

A doutrina e jurisprudência estadunidense há muito vêm debatendo o objeto de tutela neste tipo penal. Todavia, em sua maior parte, os debates se atêm ao conteúdo moral do injusto, a fim de definir por que o *insider trading* é moralmente reprovável.

São três as explicações encontradas pela Suprema Corte estadunidense para definir a reprovabilidade da prática de *insider trading*.

Em uma primeira teoria, desenvolvida durante o julgamento dos casos *Chiarella* vs. *United States*[55] e *Dirks* vs. *Securities and Exchange Comission*,[56] definiu a Corte que haveria violação penalmente relevante da norma que coíbe a prática de *insider trading* quando alguém que tenha acesso a informações relevantes internas de uma companhia "viola um dever fiduciário devido aos acionistas de sua companhia utilizando, em seu próprio benefício, informação não divulgada obtida em seu papel de '*insider*'".[57]

---

55. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Chiarella* vs. *United States*. *United States Reports* 445/222.

56. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Dirks* vs. *Securities and Exchange Comission*. *United States Reports* 463/646.

57. GREEN, Stuart P. *Lying, cheating and stealing: a moral theory of white-collar crime*. New York: Oxford, 2006. p. 237: "(...) breaches a fiduciary duty owed to shareholders of his company by using, for his own benefit, non-public information obtained in his role as an insider".

Esta teoria foi denominada teoria "clássica" ou "tradicional" pela doutrina.[58] Tal entendimento, porém, é por demais restrito, pois se aplica apenas aos casos em que a informação privilegiada é utilizada por um *insider*.

Outra teoria, utilizada pelo voto majoritário no caso *United States* vs. *O'Hagan*,[59] define que a reprovabilidade moral reside em "uma violação de dever fiduciário não com os acionistas da empresa do '*insider*', mas sim com a fonte da informação que foi malversada".[60] Denomina-se a teoria da "malversação", ou da apropriação indébita.[61]

Tal teoria, assim como a anterior, é insuficiente, pois, para quem é supostamente vitimado pelos atos de *insider trading* pouco importa o *modo* pelo qual foi obtida a informação privilegiada, pois o que para ele interessa é que o autor do fato está desfrutando de uma vantagem que é negada ao negociante desinformado.[62]

Por fim, há ainda outra teoria, identificada no voto vencido do Min. Warren E. Burger[63] proferido no já mencionado caso *Chiarella* vs. *United States*,[64] sendo esta a preferida pelos doutrinadores americanos.[65] Segundo tal teoria, denominada teoria da "fraude" ou do "engano", a prática de *insider trading* constituiria delito omissivo, pois ao deixar de divulgar certos fatos materiais, o autor provoca uma espécie de deturpação destes, interferindo, desta forma, no processo deliberativo de terceiros na negociação de valores mobiliários. Portanto, o autor da prática de *insider trading*, ao deixar de divulgar certas informações, estaria induzindo o mercado em erro.

Muito embora tal teoria seja mais abrangente que as anteriores, é criticada, pois equipara a conduta do autor à do "fraudador" (estelionatário), ainda que não haja correspondência entre tais condutas. Enquanto na "fraude" – ou estelionato, de acordo com a legislação penal brasileira – o autor age a fim de

58. Idem, ibidem.

59. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States* vs. *O'Hagan*. *United States Reports* 521/642.

60. GREEN, S. P. Op. cit.: "(...) a breach of fiduciary duty not to the shareholders of the insider's firm, but rather to the source of the information that is misappropriated".

61. Idem, p. 238.

62. Idem, p. 239.

63. O então Presidente da Suprema Corte estadunidense (*Chief Justice*).

64. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Chiarella* vs. *United States*. *United States Reports* 445/222.

65. GREEN, S. P. Op. cit., p. 238.

determinar uma falsa representação da realidade, no delito de *insider trading* apenas se age baseando-se em informação que se acredita confiável.[66] Ademais, a lei quase nunca impõe às negociações comuns o dever de divulgação de certas informações. No exemplo trazido por Stuart P. Green, "[t]alvez, então, a aquisição de ações de uma companhia que se sabe será em breve alvo de uma transferência de controle se assemelha à compra de uma velha tela poeirenta em um bazar quando se sabe se tratar de uma pintura de Vermeer até então desconhecida. Ou talvez a venda e ações de uma companhia que se sabe, baseando-se em informações não públicas, estar indo à falência se assemelha à venda de uma carro sem revelar que sua transmissão está 'detonada'".[67]

Se na grande maioria das negociações não há equiparação entre a não divulgação de informações relevantes e a fraude, não há porque se considerar fraudulenta a utilização de informações privilegiadas no mercado de valores mobiliários.

Em realidade, defendem alguns doutrinadores[68] que, ao utilizar as informações privilegiadas a que teve acesso, o autor do delito de *insider trading* sinaliza que considera determinadas ações sobrevalorizadas ou subvalorizadas, ao comprá-las ou vendê-las. Constituiria, portanto, uma maneira precisa e eficaz de sinalizar ao mercado informações confiáveis.

Não haveria, portanto, lesividade em tal conduta, pois, em realidade, aqueles que negociam no mercado de valores mobiliários não deixariam de realizar transações, e certamente o fariam a um preço pior.[69] Isto porque, caso, por exemplo, um "*insider*" venda ações esperando que seu valor sofra uma redução, tal venda provavelmente reduzirá o valor de compra para o comprador, que compraria independentemente da ação do autor da conduta. Defende-se, portanto, que a prática de *insider trading* pode até mesmo *tornar o mercado mais eficiente*, pois influi nos preços do mercado, tornando-os mais próximos

66. Idem, p. 239.

67. Idem, ibidem: "Perhaps, then, buying stock in a company that one knows will soon be the target of a corporate takeover is like buying a dusty old canvas at a yard sale when one knows that the painting is a previously undiscovered Vermeer. Or perhaps selling stock in a company that one knows, on the basis of non-public information, to be headed for bankruptcy is like selling a used car without disclosing that the transmission is shot".

68. Por todos vide MANNE, Henry G. Insider trading and the stock market. In: MCCHESNEY, Fred S. *The collected works of Henry G. Manne*. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. vol. 2.

69. DOLGOPOLOV, S. Op. cit., p. 3.

àqueles posteriores à divulgação pública das informações utilizadas.[70] Seria uma forma de "telegrafar" aos investidores a tendência (*trend*)[71] que será seguida pelo mercado após a publicização da informação relevante, desta forma antecipando seus efeitos.

Ademais, ao se analisar as obras de doutrinadores brasileiros[72] e estrangeiros[73] que consideram como objeto de proteção penal deste tipo a estabilidade e eficiência do mercado de valores mobiliários, nota-se não haver uma precisa demonstração de *como* tal prática, de fato, lesa o devido funcionamento do mercado. Em sua grande parte, tais autores aparentam *pressupor* este dano. Isto indica que não há, em realidade – como bem analisaram Henry G. Manne[74] e Frank P. Smith[75] – qualquer comprometimento do mercado bursátil faticamente comprovável.

Portanto, parece indefensável a elevação da "estabilidade e eficiência do mercado financeiro" à condição de bem jurídico penalmente tutelável pelo tipo penal em apreço.

Não obstante, merece destaque a posição firmada por alguns doutrinadores, os quais consideram a "confiabilidade" no mercado de valores mobiliários o objeto tutelado pelo art. 27-D da Lei 6.385/1976.[76] Defendem tais autores

70. Idem, p. 4.

71. MURPHY, John J. *Technichal analysis of the financial markets: a comprehensive guide to trading methods and applications*. Paramus: New York Institute of Finance, 1999. p. 49-50: "In a general sense, the trend is simply the direction of the market, which way it's moving".

72. PROENÇA, J. M. M. Op. cit., p. 320; LEITE FILHO, José. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada: art. 27-D da Lei 6.385/76. *RBCCrim* 60/99.

73. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2001. p. 523; MARTÍNEZ-BUJÁN PERÉZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 115-116; JERICÓ OJER, Leticia. Utilización de información privilegiada en el ámbito del Mercado de Valores. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). *Derecho Penal de la empresa*. Navarra: Universidad Pública de Navarra, [s.d.]. p. 189; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El abuso de información privilegiada, In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 361.

74. MANNE, H. G. Op. cit.

75. SMITH, Frank P. *Management trading: stock-market prices and profits*. New Haven: Yale University Press, 1941.

76. CASTELLAR, João Carlos. Insider trading *e os novos crimes corporativos: Uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 106; DE SANCTIS, F. M. Op. cit., p. 107. Na Espanha, destaca-se a posição de Jacobo López Barja de Quiroga

que, ao se verificar a utilização, em benefício próprio, de informações ainda não divulgadas aos demais investidores, viola-se o princípio da igualdade,[77] o que levará ao surgimento de desconfiança do fiel cumprimento das regras do mercado, sendo que isto poderá acarretar uma diminuição no fluxo de investimentos – algo desastroso para a economia financeira.[78]

Resta saber, porém, se a norma positivada no ordenamento jurídico brasileiro é capaz de tutelar, de fato, esta "confiabilidade". Segundo este raciocínio, por saberem que o *insider trading* é tipificado como delito na legislação brasileira, os investidores passariam a depositar mais confiança no mercado, desta forma efetuando negociações com valores mobiliários. Por outro lado, caso esta conduta não estivesse tipificada, qualquer uso indevido de informação privilegiada passaria impune, de forma que esta sensação de "impunidade" ensejaria um desencorajamento para a negociação no mercado financeiro nacional.

Ocorre que por muito tempo nenhuma denúncia por prática de *insider trading* foi oferecida no Brasil. Apenas no ano de 2009 foi proposta ação no Caso Sadia – a primeira de que se tem notícia para a apuração desta espécie delitiva –, sendo que os fatos imputados neste caso teriam sido praticados em 2006. Isto demonstra que a prática desta conduta tende a cair naquilo que é chamada a "cifra negra" da criminalidade[79] – parece difícil de acreditar que este delito tenha sido praticado uma única vez desde sua tipificação.

Portanto, mesmo com a criminalização do delito de *insider trading* pela Lei 10.303/2001, ainda há condutas desta natureza que não são investigadas nem processadas pelo Poder Judiciário. Não haveria como se afirmar, desta forma, que a tipificação deste fato gera um "sentimento de confiança" nos investidores, pois, sob esta ótica, muitos atos de *insider trading* em tese já praticados estariam impunes. Não há como se dizer, todavia, que a ausência de condenações

---

(op. cit., p. 361), que, embora sustente o correto funcionamento do mercado enquanto bem jurídico penalmente tutelado, também reconhece a confiabilidade do mercado como objeto de tutela penal.

77. Há, inclusive, autores que defendem constituir o bem jurídico tutelado pelo delito de *insider trading* a própria igualdade entre os investidores: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: Parte especial*. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 450; HURTADO POZO, José. El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo. *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995. p. 422; PINTO, Frederico de Lacerda Costa. Crimes económicos e mercados financeiros. *RBCCrim* 39/43.

78. CASTELLAR, J. C. Op. cit., p. 106-107.

79. ALBRECHT, P. A. Op. cit., p. 237-248; BARATTA, A. Op. cit., p. 102-104.

por esta prática delitiva tenham contribuído para o descrédito no mercado de valores mobiliários nacional.

Aliás, é de todo inconstitucional a tipificação penal de uma conduta baseada no apaziguamento social gerado pela própria tipificação. Isto é que se denomina a função *simbólica* do Direito Penal, a qual se utiliza deste ramo do ordenamento jurídico para a produção de um discurso punitivo que é raramente posto em prática. A legislação penal simbólica é aquela dita "para inglês ver", conforme a linguagem popular. Assim, o delito estaria tipificado no ordenamento jurídico apenas para que os outros pudessem ver que o Brasil é um país que criminaliza o *insider trading*, sendo que na prática a realidade é diversa: em quase dez anos da existência deste tipo apenas uma acusação formal veio à tona.

Por tais motivos, entende-se que os bens jurídicos comumente apontados pela doutrina são insuficientes ou inadequados para justificar a criminalização da conduta de *insider trading*, a qual, aparentemente, não representa prejuízo material ao mercado financeiro nacional.

6. CONCLUSÃO

A partir das ideias esboçadas no decorrer do presente estudo, é possível concluir que, em virtude dos atributos de subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, sob ótica do princípio da lesividade, só se pode conferir a uma conduta a condição de "crime" por meio de tipificação penal quando essa acarretar uma lesão significante a um objeto que tenha sido apontado pelo cabedal de valores que norteiam a Constituição da República como digno de tutela penal.

No âmbito do delito de *insider trading*, cuja prática consiste na utilização indevida – por meio de negociação com valores mobiliários – de informações privilegiadas ainda não divulgadas ao mercado, esta situação persiste: só é constitucionalmente legítima a criminalização desta conduta se verificar-se lesiva a um bem jurídico penalmente tutelável.

Portanto, para que possa incidir a sanção cominada no art. 27-D da Lei 6.385/1976, além de se fazerem presentes os requisitos para a imputação anteriormente delineados, consistentes no preenchimento dos tipos objetivo e subjetivo, é preciso que a conduta seja suficientemente lesiva a ponto de merecer a imposição de pena criminal.

Diante das considerações aventadas, evidencia-se a necessidade de aprofundar a pesquisa no que atine aos fenômenos mercadológicos, ou, mais especi-

ficamente, as (possíveis) consequências – positivas e negativas – geradas pela prática de *insider trading*. Acredita-se que algumas das questões levantadas ao longo do presente estudo pendem amadurecimento, o qual deverá ser atingido por meio de detalhado exame das engrenagens que movem o mercado financeiro.

No entanto, é possível concluir desde logo que as explicações até o presente enunciadas são insuficientes, pois deixam de compreender a ocorrência do *insider trading* em sua totalidade; apontam, todavia, o caminho a ser trilhado, na medida em que fornecem substrato para venturas reflexões.

7. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiesse Cardoso. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2010.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico.* Madrid: Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El abuso de información privilegiada. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico.* Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

CASTELLAR, João Carlos. Insider trading *e os novos crimes corporativos: uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

_____. *Direito penal: Parte geral.* 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

DE SANCTIS, Fausto Martins. *Punibilidade no sistema financeiro nacional.* Campinas: Millennium, 2003.

DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação.* Dissertação de Mestrado em Direito, Curitiba, UFPR, 2008.

DOLGOPOLOV, Stanislav. Insider trading. *The Concise Encyclopedia of Economics.* Disponível em: [www.econlib.org/library/Enc/InsiderTrading.html]. Acesso em: 12.06.2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Western District of Oklahoma. *Securities and Exchange Comission* vs. *Switzer*. Federal Supplement. vol. 590. p. 756. St. Paul: West, 1984.

_____. United States Supreme Court. *Chiarella* vs. *United States*. *United States Reports*. vol. 445. p. 222. Washington: GPO, 1980.

_____. United States Supreme Court. *Dirks* vs. *Securities and Exchange Comission*. *United States Reports*. vol. 463. p. 646. Washington: GPO, 1983.

_____. United States Supreme Court. *United States* vs. *O'Hagan*. *United States Reports*. vol. 521. p. 642. Washington: GPO, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. Trad. Eduardo Maia Costa. *Revista do Ministério Público*. n. 94. p. 9-30. Lisboa: SMMP, abr.-jun. 2003.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009.

GREEN, Stuart P. *Lying, cheating and stealing: a moral theory of white-collar crime*. New York: Oxford, 2006.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Coleção Os pensadores.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. I, t. 2.

HURTADO POZO, José. El delito de exploitación de información privilegiada en el Código Penal suizo. *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995.

JERICÓ OJER, Leticia. Utilización de información privilegiada en el ámbito del Mercado de Valores. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). *Derecho penal de la empresa*. Navarra: Universidad Pública de Navarra, [s.d.].

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Trad. Manuel Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE FILHO, José. Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76). *RBCCrim*. vol. 60. p. 78-117. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre governo*. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Coleção Os pensadores.

MANNE, Henry G. Insider trading and the stock market. In: MCCHESNEY, Fred S. *The collected works of Henry G. Manne*. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. vol. 2.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MURPHY, John J. *Technical analysis of the financial markets: a comprehensive guide to trading methods and applications*. Paramus: New York Institute of Finance, 1999.

PINTO, Frederico de Lacerda Costa. Crimes económicos e mercados financeiros. *RBCCrim*. vol. 39. p. 28-62. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2002.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider trading: *regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 17. ed. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. da 2. ed. alemã de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. de Luís Greco. *RBCCrim*. vol. 53. p. 9-37. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2005.

SMITH, Frank P. *Management trading: stock-market prices and profits*. New Haven: Yale University Press, 1941.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. 2. ed. castelhana. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A adoção do *chinese wall* e a repressão ao *insider trading*, de Luiz Gastão Paes de Barros Leães – *RDB* 47/227;
- A criminalização do *insider trading* no Brasil, de Luiz Francisco Torquato Avolio – *RT* 850/441;
- O bem jurídico nos crimes contra o mercado de capitais, de Leonardo Alonso – *RBCCrim* 82/129;
- O novo desafio da regulação do mercado de capitais brasileiro: a divulgação de informações, de André Antunes Soares de Camargo – *RDB* 38/099; e
- Questões atuais envolvendo o *insider trading*, de Amanda Tayar Duarte Dias – *RDB* 45/121.

55171

1 SISTEMA ACUSATÓRIO, SISTEMA INQUISITIVO E EXECUÇÃO NAS PENITENCIÁRIAS DE ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

ALCIDES MARQUES PORTO PACHECO

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: No presente escrito busca-se dissertar sobre um dos três pontos centrais do processo (ficando de fora a jurisdição e o juiz natural), qual seja, o sistema processual adotado, bem como a sua extensão, ou não, ao âmbito da execução nas penitenciárias federais de segurança máxima especial. Neste sentido, passa-se, no artigo, pela aproximação inicial entre processo e execução penal, bem como por uma revisão dos instrumentos normativos que regulam este período do *potestas puniendi*. Por força disto, conclui-se no sentido de que o atual modelo vincula-se ao sistema inquisitivo, sendo isto reflexo direto de sua exclusiva visão sobre a personalidade do réu. De igual forma, chega-se a ideia de que tal não encontra legitimidade frente a um pensamento substancial de devido processo legal, sendo a mudança para o Sistema Acusatório também imperativa na execução penal nestes estabelecimentos federais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal - Prisões federais - Devido processo legal - Sistema inquisitivo - Sistema acusatório.

ABSTRACT: The present paper work searches to write about one of the three central points of the law proceeding (being of it the jurisdiction and the natural judge), which is, the adopted procedural system, as well as its extension, or not, to the scope of the execution in the federal prisons of special maximum security. In this direction, it passes by, in the article, the initial approach between process and criminal execution, as well by a revision of the normative instruments that regulate this period of the potestas puniendi. By this meaning, it is concluded in the direction that the current model associates the inquisitive system to it, being this direct consequence of its exclusive vision on the personality of the prisoner. In a equal form, it arrives to the idea of that such does not find legitimacy in front of a substantial idea of due process of law, being imperative the change for the Accusatory System in the criminal execution in these federal establishments.

KEYWORDS: Criminal execution - Federal prisons - Due process of law - Inquisitive system - Accusatorial system.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Características, inquisitorialiedade e inadequações da execução penal nas prisões federais – 3. A necessidade de implementação do Sistema Acusatório e o seu descumprimento pelos instrumentos normativos federais que regulam os procedimentos referentes às Penitenciárias Federais – 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos principais primados de proteção dos presos, tanto no âmbito internacional como no nacional, é a chamada judicialização da execução penal. Muito embora o real alcance desta situação possa ser contestado, no plano de uma tipologia ideal (conceito que será explicado mais adiante), tem se tornado cada vez mais presente este ideal. A preocupação com a forma de tutela das situações geradas na execução penal federal não passa longe disto, regulamentando-se os momentos em que o juiz deve ou não fazer parte desta fase.[1]

Uma vez estabelecida a necessidade da intervenção judicial na execução penal, bem como a plena vigência do princípio da legalidade nesta mesma fase do *potestas puniendi* (os quais são tomados, neste trabalho, como pressupostos), é imperativo considerar como tal deve acontecer, analisando-se, no caso específico da administração penitenciária federal, o caráter material de sua normatização frente aos sistemas judiciais que, por sua vez, se classificam por várias chaves, sendo a mais útil a que se refere a análise de se existe ou não debate contraditório e em que medida este se dá.[2] Desta visão, trabalhar-se-á, de forma crítica, neste tópico, com a sistemática adotada para a implementação dos procedimentos na execução penal em estabelecimentos federais e o seu enquadramento nos chamados sistemas inquisitivos e acusatórios, vislumbrando-se a pertinência destes. Para tanto, será adotada a mesma escolha de Ferrajoli, qual seja, a identificação e análise dos traços teóricos caracterizadores destes

1. Este alcance no caso concreto, no Brasil, muito embora a doutrina maciça sustente que o controle da execução penal seja judicial, é duvidoso, na medida em que, como pode ser vislumbrado por uma simples conferência da Lei de Execução Penal, de seus 204 artigos, apenas 4 dizem respeito ao processo judicial. Para uma visão crítica no que diz respeito às limitações do alcance dos poderes jurisdicionais, em um âmbito *lato sensu*, ver RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

2. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. vol. II, p. 201.

em detrimento de sua verificação no plano histórico, uma vez que nem todos os elementos destes coincidem logicamente entre si.[3]

2. CARACTERÍSTICAS, INQUISITORIALIEDADE E INADEQUAÇÕES DA EXECUÇÃO PENAL NAS PRISÕES FEDERAIS

Sob uma perspectiva tradicional, o sistema jurídico assume uma estrutura dedutiva e axiomática, onde se considera possível indicar princípios incontestáveis dos quais são inferidas, ou deduzidas, todas as demais proposições,

3. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 451. Neste sentido, TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II, p. 559, lembra que é errado considerar como características do processo inquisitório, por exemplo, o sigilo e a escritura, vez que são formas secundárias. Historicamente, a forma acusatória apareceu vinculada a publicidade e a oralidade, enquanto que a inquisitória apareceu acompanhada do sigilo e da escritura. Mas isso não quer dizer que tais formas secundárias sejam necessárias àquelas principais (respectivamente contraditório e igualdade; concentração de funções e agir de ofício do juiz). Mesmo assim, indispensável referir (de forma embrionária, uma vez que as características serão aprofundadas no decorrer do tópico) que o sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Por isso, sucintamente, diz-se que, o sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período de decadência, e alguns traços em legislações antigas. Nasce, porém, no seio da Inglaterra Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de doutrinas heréticas. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do processo*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 18). Assim, até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. A substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre processo civil e processo penal. O sistema inquisitivo muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado com igualdade de poderes e oportunidades se transforma em uma disputa desigual entre o juiz/inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade do inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades de juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte num mero objeto de investigação, atuando o julgador de ofício (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1, p. 62-63).

sendo que, este modelo, e sua consequente hegemonia, terminou por afastar da consciência jurídica outros sistemas que poderiam tomar o seu lugar, como é o caso do dialético. Sob esta óptica tradicional, postula-se um sistema fechado, no qual as normas, formais e logicamente encadeadas, caracterizam a plenitude normativa, isto é, um sistema jurídico sem lacunas, bem como imune a contradições. Portanto, todos os atos podem ser subsumidos a alguma de suas normas, percebendo-se uma feição axiomática do sistema jurídico quando se enunciam e estimam suas proposições como verdadeiras. Tais proposições terminam por ser invocadas como o fundamento das conclusões alcançadas pelo juiz, mobilizando-se em um processo lógico normativo. O âmbito deste sistema jurídico estruturado sob a concepção tradicional submete-se a uma mera demonstração dos axiomas postos. A racionalidade a presidir o raciocínio jurídico cinge-se a um simples raciocínio dedutivo, "que busca a compossibilidade formal da proposição jurídica com o fato, isto é, uma racionalidade teorético-formal".[4] Sendo as palavras matéria plástica, qualquer conclusão, frente ao quadro exposto, resulta possível; tal sentimento desenvolve um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela autocrítica.[5]

Esta perspectiva tradicional, que foi exposta acima, é a que torna possível a manutenção do sistema inquisitivo junto ao processo penal. Isto ocorre porque o juiz-acusador, neste caso, formula uma hipótese e passa a verificá-la. A verdade interessa como *adaequatio rei et intellectus*, atingível de forma plena. Esta verdade é existente apenas como hipótese na mente do juiz-acusador a ser atingida solupsisticamente, e deve ser enquadrada no modelo total de decisão que irá assumir. Na realidade, o processo inquisitório funda sua ilusão no ponto de vista gnosiológico, acreditando que a consciência é mero reflexo do real. O escândalo da descoberta da estrutura transcendental do intelecto não é sequer avaliado, da mesma forma que é removida a possibilidade de uma deformação do aporte ao fato, devido ao prejuízo ou a finalidade política ocasionada pela perseguição realizada pelo magistrado, ou pela sua própria iniciativa.[6]

---

4. MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o Estado de Direito – Breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. vol. I, t. II, p. 203-204.

5. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. vol. I, p. 23.

6. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzione di diritto e procedura penale*. 7. ed. Milão: Cedam, 2000. p. 129.

Como lembra Coutinho, a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, coleta-a secretamente, sendo que vantagem de tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos que considere relevantes, mesmo que não contidos na acusação, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das fases. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem. Outra característica é que o juiz da causa investiga, dirige e julga, sempre em nítida superioridade em relação ao acusado, mero objeto de investigação e ação *ex officio*. A sentença, para ser coerente com o modelo proposto, não se torna *res iudicata*.[7] Sobre os pontos capitais, este estilo implica em regras de tal maneira flexíveis, que deixem as mãos do investigador livres.[8]

A falta de delimitação clara entre o papel do juiz e do acusador impede o réu de formular convincentemente a sua defesa. E, por outro lado, a prevenção criada no espírito do inquisidor não lhe permite um julgamento psicologicamente imparcial.[9] Nesta óptica, oposto aos inimigos ocultos, o judiciário se converte em órgão militante. Nasce uma mística: descobre e elimina heresias e delitos, combate potências maléficas em uma cruzada quotidiana; é mérito seu que o mundo não termine devorado pelo diabo; se fosse neutro, seria cúmplice do inferno, sendo os escrúpulos covardia.[10] Não é outra a forma de juiz esboçada por Magalhães Noronha, ao descrever que incumbe a este "agir para que o processo colime seu fim – o da realização da justiça, por meio da descoberta da verdade, impedindo que as partes tumultuem com expedientes mais ou menos hábeis e que não condizem com esta finalidade".[11]

Assim, longe de o réu ser um sujeito (de direitos) processual, transforma-se em um mero objeto[12] de investigação: o imputado detém, com exclusividade, a verdade histórica (material).[13] Sendo as palavras uma matéria plástica, qualquer

7. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 24-30.
8. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. vol. I cit., p. 23-24.
9. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 574.
10. CORDERO, Franco. Op. cit., vol. I, p. 21.
11. MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 176.
12. CHIARIA DÍAZ, Carlos. *Proceso penal: eficacia e garantías*. [S.L.]: Universidad Nacional del Litoral, 1994. p. 18-20.
13. CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 493.

conclusão resulta possível; tal sentimento desenvolve um sentido narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela autocrítica. Por força disto, a falta do debate contraditório abre uma porta lógica ao pensamento paranóico; tramas imbricadas eclipsam os fatos. Dono do tabuleiro, o magistrado dispõe da peças como lhe convém, a inquisição é um mundo verbal semelhante ao onírico; tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis. Esta semiótica não admite que existam coisas sem importância; matrizes somáticas ou fonéticas terminam no ato da audiência; *respondit, flectens caput et submissa voce.*[14] Tal ocorre porque, nesse contexto de atuação do magistrado, há a utilização de uma racionalidade finalística, em que preponderaram certas finalidades, determinados efeitos, perdendo-se de vista os fundamentos de validade.[15]

Na execução penal, a inquisitorialidade encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito processual penal, genealogicamente garantista e acusatório, às regras e aos procedimentos do administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa.[16] Exatamente por força disto é que Cordero lembra que, nesta fase do *potestas puniendi*, por se seguir majoritariamente um viés direcionado a periculosidade (realizado através da observação da personalidade do preso), o sistema termina por ser inquisitório.[17] Antes de ser um árbitro imparcial de um conflito entre partes, o juiz deve tomar e manter a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório. Do ponto de vista subjetivo, verifica-se o fenômeno da transferência para o magistrado da execução de responsabilidades geradas pela suposta expectativa social, de que o condenado seja efetivamente castigado.[18] Esta fase conta, incondicionalmente, com a colaboração do apenado, por força da própria necessidade declarada de disciplina carcerária. Tem uma normatividade diretamente propensa a encorajar confissões e delações (modelo processual "cooperatório"), usando, para tanto, o já velho sistema de premiações e punições para conseguir

14. CORDERO, Franco. Op. cit., vol. I, p. 21-23.

15. MELGARÉ, Plínio. Op. cit., p. 205.

16. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 178.

17. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. vol. II, p. 469.

18. PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev., aum e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 408.

os seus desideratos, sejam investigativos, sejam de modificação da situação do condenado.[19]

Não é outra a atuação dos juízes federais no que diz respeito à execução das penas privativas de liberdade cumpridas nos estabelecimentos penitenciários, de segurança máxima especial, geridos pela União Federal. Neste sentido vai o Ofício Circular 6/2008, advindo da Justiça Federal da primeira subseção judiciária de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. No documento citado, o magistrado responsável pela execução penal federal alerta que os internos dos estabelecimentos tratados no presente trabalho são classificados como de alta periculosidade e que apenas isso já leva a exegese da existência (nunca comprovada no ofício) de diversos mandados de prisão em relação aos assim chamados "reeducandos".[20] Por força disto, sem receber qualquer tipo de provocação, seja por parte do Ministério Público, seja da administração penitenciária federal, determinou o magistrado, responsável pela seção judiciária em análise, que antes do cumprimento de qualquer alvará de soltura, proveniente de outros estados ou de justiça com competência diversa da federal, antes de ser cumprido, impreterivelmente deve ser analisado por ele e receber a sua ordem de "cumpra-se".

Também o procedimento de transferência do preso para as penitenciárias federais pode ser colocado como um dos casos de manifestação do sistema

19. NOBILI, Massimo. Principio di legalità e processo penale. In: CANESTRARI, Stefano. *Il diritto penale alla sviolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola.* Torino: Giappichelli, 1995. p. 307. Também este modelo é adotado pela administração penitenciária federal, em especial na divisão das formas de avaliação da disciplina do Dec. 6.049/2007 (arts. 42 a 51), o qual estabelece a aplicabilidade de sanção verbal até a inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado, ao mesmo tempo em que, nos casos de bom comportamento, concedem-se regalias (praticar esportes, assistir jogos esportivos em épocas especiais e receber visitas – devidamente autorizadas – fora do horário regular) e elogios (art. 34).

20. Na esteira do dissertado por GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 2001. passim, por vezes, o simples fato de se estar em uma instituição total já outorga um estigma específico. Isto acontece claramente no documento citado, pois, o magistrado outorga o estatuto de perigoso aos presos das penitenciárias federais pelo simples fato de lá estarem, ignorando qualquer fator político que isto possa implicar. É por força do dissertado que, como aduz PAVARINI, Massimo. Prologo dialogado I. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. cit., p. XXIII, "a periculosidade do criminoso radica em seu status e não em sua natureza" (tradução minha).

inquisitório na execução penal.[21] Isto porque, mesmo que a Res. CJF 502 e a Res. CJF 557 (sendo que a segunda surgiu para substituir a primeira), ou a Lei 11.671/2008 (que substituiu ambas as resoluções citadas acima), que disciplinam a matéria, façam referência a possibilidade de o processo ser iniciado pelo Ministério Público, pelo preso ou pela administração penitenciária, há o resguardo da possibilidade de o juízo de origem requerer a transferência, agindo de ofício, cabendo, inclusive, suscitar conflito de competência caso seja negado (art. 5, *caput*, deste último instrumento normativo, bem como a Exposição de Motivos do PL 969/2007, referente à Lei 11.671/2008).

O procedimento disciplinar corre de igual forma dentro do modelo inquisitivo. Conforme o art. 65 do Dec. 6.049/2007 (Regulamento Penitenciário Federal), a investigação de fato considerado falta disciplinar é dispensada nos casos em que a individualização da conduta puder ser feita de plano e, mesmo nos casos em que se considerar que tal ocorra, quem irá proceder será um servidor do próprio *stab* penitenciário. Ou seja, (e aqui se está abstraindo do caráter administrativo do procedimento citado, fato já analisado anteriormente neste trabalho) um mesmo órgão promove a investigação, a acusação e a condenação disciplinar do interno, possibilitando, e reforçando, amplamente a possibilidade de ocorrer o que Cordero chamou de primado das hipóteses sobre os fatos.[22] Portanto, o fato de um processo de execução consagrar a separação inicial de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório.[23]

Por mais dotados de um sentido de humanidade que possam estar os magistrados, o objeto e a natureza de suas decisões faz com que a sua ação não seja

---

21. Interessante o paralelo que se pode fazer desta situação com a do início da execução penal nos estabelecimentos estaduais. Quanto ao tema, CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório... cit., p. 497 descreve que "A oficialidade do órgão jurisdicional em iniciar o processo leva, inclusive, inúmeros autores a negar a autonomia do processo de execução. Tal posicionamento é colocado desde a afirmação de que, se há procedimento *ex ofício* – sem citação, não havendo nova litispendência –, não há novo pedido, não há nova pretensão, não sendo instaurado novo processo. Desta forma, o processo seria o mesmo, a última fase do processo condenatório, sua fase derradeira. O título executivo pode ser alterado, até mesmo *in peius*, em decorrência de 'condições futuras', conforme a gradual 'ressocialização' e 'reinserção' do condenado na sociedade, ou seja, conforme a 'eficácia terapêutica do tratamento penitenciário'. Assim, a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença".

22. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* vol. I cit., passim.

23. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 75.

jurisdicional, mas administrativa. A autoridade que concede ou que nega um benefício penal não comporta o contraditório e a publicidade, mas valora e julga o interior das pessoas, nada dizendo sobre o fato a que está se referindo, sobre a hipótese empírica a ser verificada, como exige o caráter cognitivo próprio da jurisdição; incide diretamente sobre a ausência ou presença de periculosidade do homem, sua boa conduta, seu arrependimento, ou sobre valorações análogas, inverificáveis e irrefutáveis por sua natureza. É este poder que torna a prisão uma instituição totalitária: porque reduz a pessoa a coisa, colocando-a completamente nas mãos de outro homem e lesionando sua dignidade. A jurisdicionalidade estaria presente apenas formalmente, ou seja, pela mera participação do juiz, mas o seu aspecto material (que será analisado a frente) fica de lado, uma vez que o chamado juiz-inspetor promove apenas a troca de um gestor por outro e não uma mudança de sistema.[24] Este é, afinal, a afirmação de um procedimento administrativo em que o Estado se autodefende. Não se trata de atividade judicial, a não ser formalmente.[25] É por força disto que, como disserta Carvalho, "é ineficaz jurisdicionalizar o processo de execução se este sistema for concebido através de premissas inquisitoriais".[26]

É de se lembrar, ainda, que "o contraditório, preenchido enquanto valor material, marca a própria passagem do mero procedimento ao processo. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença), em sua fase preparatória, em simétrica paridade das suas posições, para que, na mútua implicação de suas atividades, cada contraditor possa exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações do outros. Dessa forma, faz-se necessária a presença, em debate efetivo, de um interessado e de um contra-interessado".[27]

---

24. HARFUCH, Andres; VELA, Rolando; ANGULO, Durga. La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena. In: FELLINI, Zulita. *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2006. p. 144-145.

25. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 576. Na mesma linha MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 77 aduz que no procedimento inquisitivo, a atividade penal, apesar de judicializada, não possui estrutura jurisdicional. O juiz é ali um órgão da *persecutio criminis*, armado dos poderes de autodefesa do Estado na luta contra o crime, e, nunca, um órgão destinado a atuar com imparcialidade que distingue e marca a atividade jurisdicional.

26. CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório cit., p. 496.

27. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 121-122. Com exegese similar, MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant lo Blanch, 1997. p. 30, ao referir que o sistema inquisitivo pode ser qualquer coisa, menos processo.

3. A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O SEU DESCUMPRIMENTO PELOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS FEDERAIS QUE REGULAM OS PROCEDIMENTOS REFERENTES ÀS PENITENCIÁRIAS FEDERAIS

A estrutura do processo penal garante a morfologia indefectível imposta pela norma constitucional. Portanto, o intérprete que busca a defesa da constitucionalidade de um determinado modelo processual deve realizar uma dupla indagação: deve antes de tudo verificar a substância de todos os requisitos estruturais para que um processo possa ser qualificado como jurisdicional (pré-constituição e imparcialidade do juízo, direito de defesa, contraditório, recorribilidade dos atos, força cogente da decisão final etc.); se isto resultar positivo, deve verificar se o legislador utilizou-se de forma correta para a individualização da estrutura processual de modo que possa ser devidamente exercido o direito substancial a este pressuposto.[28] Nesta linha, o devido processo legal, que obrigatoriamente acompanha a natureza jurisdicional de um procedimento, desvincula-se de um entendimento meramente formal (de devido processo enquanto o que é simplesmente previsto por lei), vinculando-se, também, a uma perspectiva material, o que significa a imperatividade da igualdade de armas com o Estado executor da pena,[29] afastando a possibilidade de subsistência do sistema inquisitivo.

Nesta situação, deve-se lembrar que uma das consequências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Como determinantes negativas, as normas constitucionais desempenham uma função limite relativamente as normas hierarquicamente inferiores; como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas legais, ordinárias, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material, que deve envolver o direito processual,[30] inclusive no que diz respeito a execução penal.

---

28. PULVIRENTI, Antonino. Il procedimento di esecuzione avanti il giudice di pace penale: una "semplificazione" eccessiva. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 45. p. 1370-1391. Milano: Giuffrè, 2002. p. 1370.

29. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 648.

30. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2000. p. 1149.

Assim, decorre da articulação da concepção substantiva da Constituição com o princípio democrático: os parâmetros substantivos da constituição são concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-valorativamente pelos tribunais; arrimo da interpretação da constituição numa teoria constitucionalmente adequada que postula o apelo simultâneo a valores substantivos (igualdade, liberdade, justiça) a valores procedimentais (processo democrático, eleições), valores formais (forma de lei, do contrato); trata-se, no fundo, de dar operacionalidade prática à concepção de constituição como sistema normativo aberto de princípios e regras; a interpretação da constituição é interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples diretivas práticas.[31]

Partindo desta premissa, o processo penal deve passar, necessariamente, por uma conformação constitucional, tornando o aporte unicamente formal da temática da hierarquia legitimante um caráter eminentemente desnecessário, pois, o esforço para atuar dentro da constituição não se exaure na eliminação das contradições a ela, mas implica, sobretudo, em uma constante de modo e níveis de tradução de seus valores. Nem sempre a carta maior oferece um rol 'firme e forte' de critérios objetivos e específicos; nem por isso o seu cômputo relativo é menos importante, no que diz respeito aos seus princípios e avaliações do fato próprio, como uma modalidade de medida nem sempre uniforme.[32]

Através do exercício da função do *ius dicere* transcorre o escopo elementar da justiça penal que seja corretamente administrada, sendo imperativo que tal seja acompanhado de um esforço de esgotamento e eficácia de um aparato de garantia – destinado a atuar como instrumento de salvaguarda do indivíduo mais do que da coletividade – comportando não a obscuridade da jurisdicionalidade (como, outrora, na inquisição), mas, por tudo e antes de tudo, o reforço desta garantia em um contexto de uma caracterização própria do campo social. Como aponta Chiavario, é um direito fundamental do indivíduo, de uma tutela jurisdicional independente e imparcial, sendo a pedra angular do edifício processual quando se trata de uma questão penal.[33]

31. Idem, p. 1199.

32. CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale. Apunti sul nuevo Codice*. 2. ed. amp. e rev. Torino: Utet, 1990. p. 24-25.

33. Idem, p. 63-64.

Ocorre que, por força disto, lembra Lopes Jr. que o processo de execução exige, exatamente pela natureza de seu desenvolvimento,[34] um juiz de garantias e não um juiz inquisidor. A posição desse juiz na execução é muito similar àquela que deve adotar na investigação preliminar, não devendo investigar e tão pouco assumindo uma posição ativa na busca de elementos, pois, isso acarreta um claríssimo comprometimento da imparcialidade. Ao livrar-se da função inquisitiva, o juiz de garantias firma sua superioridade, como órgão "suprapartes", fortalecendo no plano funcional e institucional a própria figura de julgador. Esse magistrado será quem, mediante previa invocação do Ministério Público,[35] decidirá sobre os incidentes de execução, especialmente daqueles que afetam os direitos fundamentais ou agravam a situação do apenado. Também mediante a invocação da defesa, decidirá sobre a legalidade dos atos realizados pelo *parquet* ou da administração carcerária, promovendo-se, assim, a separação das atividades de acusar e julgar.[36] A ideia deste momento é reiterar noções absolutamente necessárias ao encadeamento da compreensão de processo como tarefa democrática inafastável,[37] também na execução penal.

É neste momento que se clama pelo chamado sistema acusatório na execução penal. Isto porque, não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juizes. Mais do que isso é necessário garantir que, independentemente

34. LOPES JR., Aury. Revistando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal* cit., p. 381. Neste sentido, GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentin. *Derecho procesal penal*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Colex, 1999. p. 803, descrevem que a pena privativa de liberdade configura a pena basilar do sistema penal ao redor da qual todo o sistema punitivo gira, e supõe a intromissão mais radical do Estado na esfera individual.

35. É interessante notar que parte da doutrina internacional vem defendendo que o papel do Ministério Público, na execução penal, deve ser semelhante ao desenvolvido no processo de conhecimento. Para tanto, a execução propriamente dita, deveria ser dirigida por este órgão, mas não possuindo isto o condão de lhe dar o poder sobre os condenados, devendo passar todas as medidas que forem tomadas pelo crivo judicial. Neste sentido, na Itália, DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 4. ed. Milão: Cedam, 2001. p. 812; na Argentina, HARFUCH, Andres; VELA, Rolando; ANGULO, Durga. Op. cit.; e, em Portugal, RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

36. LOPES JR., Aury. Revistando o processo de execução penal cit., p. 381.

37. ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11. n. 2. p. 220. Itajaí: Univale, 2006.

da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.[38] Aqui, a tradição tópico-retórica e a dialética, entendida como *ars disputandi*, são as matrizes de um sistema de aquisição e avaliação da prova através do qual se busca excluir a falácia do juízo, se perseguindo a razoabilidade da decisão. É evidente a implicação lógica do método. A verdade passa a ser buscada através da contraposição entre tese e antítese. Obviamente não se trata de aquisição de uma verdade pela síntese das proposições, mas de verificação da validade de uma e outra, sendo implícita a necessidade de reconhecimento da limitação da cognição humana. Neste sentido, transparece a que a verdade de uma afirmação depende da de quão correto é o procedimento. O problema não é a questão da validade científica, mas o relativo ao da licitude enquanto incidente sobre a liberdade moral do indivíduo.[39] Assim, o contraditório (que acompanha o sistema acusatório), além de servir como garantia a uma ou outra parte, consagra um nível máximo de cognição acerca do caso penal.[40]

Decorrentemente, o juiz está rigidamente separado das partes, o que lhe outorga imparcialidade, principalmente do órgão acusador. A peça inicial cabe apenas à acusação, e a produção de provas incumbe tão somente à acusação e à defesa. Neste juízo oral e público, a decisão está restrita ao juiz segundo seu livre convencimento – impossível, portanto, sua manifestação para abertura do processo e a investigação *ex officio*.[41] Por tanto, como lembram Giuseppe e Rodolfo Bettiol, "a castidade da rainha é provada a golpes de espadas". Se o arquétipo não é cientificamente feliz, todavia, a evolução sucessiva assume contornos positivos, quando da luta com espadas se passa a aquela através da argumentação.[42]

Quem julga, no sistema acusatório, está atento e bem informado, porque a ocasião favorável aporta probabilidades caleidoscópicas mutáveis, com um resíduo refratário a cálculos e cutelas, mas submetendo-se ao caso mais fre-

38. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 111-112.

39. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. Op. cit., p. 131-132.

40. CHIAVARIO, Mario. Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuevo" dalle molte facce (non sempre inedite). *Rivista di Diritto Processuale*. ano LXI. n. 2. p. 407-417. p. 413. Milano: Giuffré, abr.-jun. 2006.

41. CARVALHO, Salo. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 491-492.

42. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. Op. cit., p. 131.

quente: quem erra na luta, paga, segundo a dura lógica da carga.[43] Deve-se notar quanta exigência psíquica se requer para o juiz e para as partes, pois a cada passo, dos muitos que podem dar, existe a possibilidade de se constituir a decisão resolutória; os juízes observam, recolhem ideias, intervindo somente para garantir a qualidade e pertinência das ações, a lealdade dos exames, a correção das discussões. Aos debatedores cabem perigosas decisões táticas.[44] O juiz, portanto, deve manter uma posição de afastamento das partes, ao longo de todo o processo. Deve-se limitar-se a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material a aqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. Deve-se desencarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade.[45]

Isso é perfeitamente invocável na execução penal, em que apesar de não existir acusação em sentido estrito, há sim um interesse do Estado em fazer valer o poder de penar que viu conhecido no processo de conhecimento. Con-

---

43. LOPES JR., Aury. Desvelando o risco no processo penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A qualidade do tempo: além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 157 leciona que a carga é um imperativo do próprio interesse da parte no processo, é uma obrigação processual. "A liberação de uma carga processual pode decorrer tanto de um agir positivo (praticando um ato que lhe é possibilitado) como também de um não atuar, sempre que se encontre em uma situação que *le permite abstenerse de realizar algún acto procesal sin temor de que le sobrevenga el prejuicio que suele inherente a tal conducta*. Exemplo típico é o direito ao silêncio". A não liberação de uma carga leva à perspectiva de um prejuízo processual, sobretudo de uma sentença desfavorável, e depende sempre de que a outra parte não tenha se desincumbido de um ônus (carga) processual (Idem, ibidem, loc. cit.).

44. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. vol. I, p. 88. Importante o descrito por ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba, UFPR, 2004. p. 368, ao descrever que:
"No caminhar da construção, qualquer material pode ser importante, pois sua lógica é 'isso sempre pode servir', diversamente do engenheiro que está encerrado nos limites de seu projeto, ou seja, não descarta os significantes que não conformam com sua prévia ideia. O elemento recolhido, conforme as regras do jogo, do fair-play, pois, deverá ser levado em consideração no momento do ato, tal qual o um-juiz que não pode desconsiderar qualquer significante validamente produzido na instrução processual (Cap. 7.º), acolhendo ou rejeitando seu respectivo valor de maneira fundamentada somente no ato decisório. Aproxima-se, assim, do juiz do 'Sistema Acusatório' e sua posição na 'gestão da prova', isto é, na instrução processual, uma vez que não há vinculação à acusação, devendo construir sua decisão consoante o que lhe for trazido, ônus das partes."

45. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* cit., p. 72-73.

siderando que ainda existe uma série de incidentes a serem resolvidos no curso da execução e também limites da sentença a serem respeitados, surge a figura do juiz como garantidor da eficácia do sistema de garantias do apenado. Para tanto, deve ser imparcial e, como consequência, não pode ter iniciativa procedimental e não deve atuar de ofício.[46] Nesta esteira, naquela fase do *potesta puniendi*, tem-se a necessidade da presença da tríade básica de princípios do processo, quais sejam, dualidade de partes, contraditório e igualdade,[47] pois, se estes buscam a defesa dos direitos fundamentais do réu no processo de conhecimento, não há porque não se encontrem também, e em sua máxima vigência, na execução.[48]

Para tanto, tem-se que a essência do contraditório está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.[49] Não é outro o problema do art. 4.°, § 1.°, da Lei 11.671/2008, uma vez que, da mesma forma que a Lei de Execuções Penais, incorre no erro de não falar na oitiva da defesa ou do defensor, para o procedimento de transferência, mas, tão somente, do preso o que abre margem para a manutenção da presença apenas do apenado.[50]

Em relação à questão do procedimento disciplinar o STF já decidiu que, nas palavras do Min. Ilmar Galvão (que teve o voto seguido pelos demais), "mostram os dispositivos transcritos que o preso é sujeito de direitos e dispõe de garantias constitucionais e legais, entre essas, a de defender-se por meio de advogado" no que diz respeito aos procedimentos disciplinares.[51] No entanto, deve-se lembrar que o procedimento de transferência de presos para as penitenciárias federais, como já dissertado, não depende de nenhuma situação ou critério jurídico específico, ou mesmo fático, para que seja iniciado, mas, tão somente, da atribuição de um estatuto de periculosidade do interno de que se esteja tratando, sob a argumentação da manutenção da segurança pública (art. 3.° do Dec. 6.049/2007), o que, inicialmente, afastaria a possibilidade da uti-

46. LOPES JR., Aury. Revistando o processo de execução penal... cit., p. 377.

47. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 1976. p. 236.

48. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. cit., p. 317.

49. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 116-119.

50. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 499.

51. BRASIL. STF, HC 77862-7/SP, Brasília, 27.12.1998. Disponível em: [www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 25.06.2008.

lização desta decisão no que diz respeito ao art. 4.º, § 1.º, da Lei 11.671/2008. Este risco se amplia ainda mais se for notado que 67,65% dos internos do presídio federal de Catanduvas e 51,34% dos internos de Campo Grande nunca receberam visitas de advogados.[52]

A falta do defensor leva a uma luta desigual entre o pessoal técnico (juiz, promotor etc.) contra o preso, que só tem direito à defesa pessoal dentro da visão do próprio pessoal técnico citado, não tendo a devida preparação para a contraposição e realização das cargas processuais de igual forma que os outros.[53] Em decorrência disto, é de se frisar que, para o pleno exercício da garantia da jurisdição, o Estado, que deve sempre estar encarregado da garantia da pessoa envolvida em um processo, deve garantir, também, o direito a um defensor.[54] A assistência por um advogado é, assim, obrigatória, sendo, inclusive, constitucionalmente ilegítima a autodefesa do interessado no procedimento de incidente de execução como meio único de impugnação dos atos contrários a seus direitos, pois, no caso de o imputado não poder contratar um advogado privado, é obrigação do Estado prover.[55]

Argumenta-se, contra o sistema acusatório, conforme Tornaghi: impunidade de criminosos; facilitação da acusação falsa; desampara dos fracos; deturpação da verdade; impossibilidade de julgamento, em muitos casos; e inexequibilidade da sentença. Conforme o autor, deferindo exclusivamente as partes a tarefa de trazer para os autos a prova dos fatos e negando ao juiz todo o poder inquisitivo, este sistema não possibilita o conhecimento da verdade. Contenta-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdadeiro. Se o réu se confessa culpado, ainda que não sendo, ao juiz não importa mais colher prova. Se o acusador, mentido, admitisse uma circunstância favorável ao réu, não cabia ao juiz julgar segundo a verdade, mas aceitar a afirmação incontrovertida das partes. Tudo isso, na visão do autor, é a negação da finalidade do processo.[56] Desta forma, o procedimento inquisitório é mais eficaz para a

52. Os dados referidos estão relacionados as pesquisas feitas pela administração penitenciária federal com o auxílio dos agentes penitenciários federais abordando a totalidade dos presos. Disponível em: [www.mj.gov.br/data/Pages/MJ887A0EF2ITEMID0174EA9FA2624D3F969E091076FD45F5PTBRIE.htm]. Acesso em: 26.06.2008.

53. PULVIRENTI, Antonino. Op. cit., p. 1388.

54. CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale* cit., p. 100.

55. LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972. p. 438.

56. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 562-563.

apuração dos fatos, enquanto que o acusatório oferece maiores garantias ao acusado. Por força disto, o sistema que deveria prevalecer seria o misto, que reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois, sendo que este foi amplamente aplicado pelo *Code d'Instruction Criminelle* francês, em 1808,[57] ou seja, este sistema utilizado pelo código napoleônico, por ser a conjugação dos outros dois, não tem um princípio unificador próprio.[58]

Cabe, aqui, salientar que há um problema metodológico insuperável nesta visão. Em relação a este, deve-se lembrar que a formação dos conceitos de um sistema (como o judicial ou o administrativo) está sempre relacionada, por sua natureza, à abstração. Desta forma, são reconstruções estilizadas, isolamentos de traços típicos. Trata-se de reconstrução parcial, porque seleciona, no conjunto histórico, certo número de características para construir um todo inteligível.[59] Por isso, plenamente pertinente a utilização do pensamento referente a método dos tipos ideais, desenvolvido por Weber. Neste, pensa-se que, como a realidade é confusa, é preciso abordá-la com conceitos claros. Como os tipos se confundem na realidade, é necessário defini-los rigorosamente; é porque não existe regime puramente carismático ou tradicional que é preciso separá-los claramente.[60]

Isto ocorre porque os conceitos, por sua abstração, não são passíveis de uma decomposição descritiva nos seus elementos, posto que o que importa é saber quais destes elementos deverão ser considerados essenciais. Trata-se, aqui, de um quadro de pensamento, não de uma realidade histórica ou sistemática, e muito menos da realidade autêntica. Tem antes, por ser um sistema que se pretende geral e, por sua vez, abstrato, um significado de conceito limi-

57. Idem, p. 577.

58. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 18.

59. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 758-759.

60. Idem, p. 780. É imperativo lembrar que esta posição não pode ser confundida com a explicação cartesiana que busca a divisão dos objetos de estudos em tantas partes quantas forem necessárias para a sua compreensão, sendo que o todo, exatamente por sua extensão, seria impossível de análise (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. vol. XV, coleção Os Pensadores, p. 45-46). A grande diferença é que Descartes acreditava estar entrado em contato não com a construção de conceitos abstratos que servissem apenas para favorecer a compreensão da realidade complexa, mas, pelo contraria, está-se diante da própria realidade, onde estas pequenas partes seriam passiveis de aplicação no todo gerando enumerações totais e gerais sem nada omitir.

te, puramente ideal, em relação ao qual se mede a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e com o qual está comparada. Tais conceitos são configurações nas quais constroem-se relações, por meio da utilização da categoria de possibilidade objetiva, que, conforme Weber, "a nossa imaginação, formada e orientada segundo a realidade, julga adequadas".[61]

Desta forma, os tipos ideais, por buscarem os princípios informadores de determinadas circunstâncias, sempre serão puros, o que possibilita a generalização e entendimento, frente a uma realidade complexa que combina diversos deles. Esta formulação permite que, em contato com o empírico, que sempre está além e aquém do conceito, mostre-se o conteúdo reitor e característico deste último. Na realidade, todos os tipos são mistos, ou seja, sempre há a convivência, no caso em tela, entre a coexistência de traços inquisitivos e acusatórios nos ordenamentos de execução e processo penal, mas esta classificação deixa impossível ver para que lado pende a balança, uma vez que abdica da descoberta e definição dos elementos essenciais da generalização. Desta forma, resumir-se-á a análise aduzindo que afirmar que o sistema é misto é absolutamente insuficiente, um reducionismo ilusório. Quando todos os sistemas são mistos, a questão é, a partir do reconhecimento de que não existem sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir de seu núcleo é de extrema relevância.[62]

É por isso que Chiaria Díaz discorre sobre o assunto descrevendo crer fervorosamente que este procedimento penal misto é, em sua pureza técnica, um autêntico inquisitivo oral, sendo impróprio, em um regime Democrático, por suas características distorcidas na aplicação quotidiana.[63] Tratar-se-ia, consequentemente, de uma espécie de resistência inquisitória frente a acusatoriedade necessária para a formação de um processo no Estado de Direito, uma vez que o núcleo reformador do citado sistema é a volta da busca da verdade pelo juiz, uma verdade a que se tenta construir como um engenheiro, o qual está encerrado nos limites de seu projeto, ou seja, não descarta os significantes que não conformam com sua prévia ideia.

---

61. WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Trad. Agustín Wernet. Campinas: Cortez, 1992. vol. I, p. 140.

62. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* cit., p. 58.

63. CHIARIA DIAZ, Carlos. *Proceso penal: eficacia e garantías*. [S.L.]: Universidad Nacional del Litoral, 1994. p. 20.

Neste particular, Rosa descreve que o desenrolar processual passa a ser de preenchimento dos significantes necessários ao projeto/acusação, desprezando-se os demais, tal qual o engenheiro que desconsidera o material em desconformidade com seu projeto,[64] ou seja, volta-se ao também já referido problema gnosiológico do sistema inquisitório, não se trazendo nenhuma das vantagens oferecidas pelo acusatório. Esquece-se que a matéria é grávida de sua forma, o que quer dizer que toda a percepção tem lugar em certo horizonte e enfim no mundo e que ambas são presentes mais praticamente do que explicitamente conhecidas e colocadas e que, por isso, a relação de certo modo orgânica do sujeito perceptor e do mundo comporta por princípio a contradição da imanência e da transcendência. A percepção não dá lugar ao real e necessário do engenheiro, não há decifração imediata. O real se oferece, a rigor, como a soma interminável de uma série indefinida de perspectivas, cada uma das quais lhe diz respeito e nenhuma lhe esgota.[65]

Desta forma, a verdade e, por consequência, o real, nunca é alcançada de forma plena, sendo que o que se pode fazer é um exercício de *bricolage*, onde, ao contrário do preenchimento de significantes necessários ao projeto da acusação, a atividade jurisdicional guia-se 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. "A 'verdade processual' acontece, então, do imbricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o inconsciente do um-juiz – que fala pela 'boca' dele significantes deslizados na cadeia por metonímia – nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se com o coágulo de sentido possível no tempo e espaço".[66]

Decorrentemente, a divisão idealista entre sistemas puros acusatórios ou inquisitórios é impossível de ser averiguada e encaixada na realidade das "coisas e da história", em especial quando se trata de um sistema acusatório. O sistema misto, neste sentido, sempre carrega, na verdade, uma maior carga inquisitória. Para que se possa mirar o processo na forma do primeiro, deve-se, antes,

64. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba, UFPR, 2004. p. 368.

65. MERLEAU-PONTY, Maurice. *O primado das percepções e suas conseqüências filosóficas*. Trad. Constança Marcondes Cesar. Capinas: Papirus, 1990. p. 42-47.

66. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage*... cit., p. 368-369.

realizar a clara distinção entre as funções de acusação e juízo, sendo o procedimento realizado dentro do contraditório e na presença de um juiz imparcial. Aqui, para a desejada conformação constitucional do processo penal, busca-se a máxima harmonia possível com as regras próprias da "acusatoriedade". Assim, devem participar, acusação e defesa, em bases paritárias, com igualdade de armas, que é componente essencial do processo, fazendo tal parte do princípio do "*fairness*" da dinâmica processual, em uma relação de absoluta simetria, sem se esquecer, no entanto, de uma assimetria intrínseca caracterizada pela posição processual na estrutura do processo penal.

É nesta direção que o modelo de execução da pena nos estabelecimentos penitenciários federais deve ser (re)pensado como um espaço de litígio para os presos, distanciado do modelo inquisitivo citado anteriormente. Este modelo exige um juiz distante do agir de ofício, assumindo a posição de um terceiro imparcial. Tenta-se gerar um cenário judicial onde o condenado possa defender os seus direitos, possa oferecer provas de determinados fatos, tenha direito a igualdade de armas e contradizer as eventuais acusações que lhe é feita, consolidando-se como uma extensão do paradigma acusatório que deve superar a concepção inquisitiva vigente hodiernamente na execução penal.[67] A interpretação conforme a Constituição exige, assim, a prevalência da jurisdição e de sua processualização acusatória sobre as práticas irracionais delineadas pelo modelo normativo vigente,[68] não podendo a execução federal da pena passar ao largo desta conformação, nem mesmo (e muito menos) por se tratar de estabelecimentos destinados a custódia de indivíduos pretensamente de maior periculosidade, uma vez que isto é, na linguagem de Hesse,[69] uma tarefa imposta pela Constituição, da qual a observância vai depender da manifestação da força normativa desta.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzione di diritto e procedura penale*. 7. ed. Milano: Cedam, 2000.

67. HARFUCH, Andres; VELA, Rolando; ANGULO, Durga. Op. cit., p. 145.

68. CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório... cit., p. 500.

69. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. p. 19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. *Crítica à execução penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Pena e garantias: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil.* 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHIARIA DÍAZ, Carlos. *Proceso penal: eficacia e garantías.* [S.L.]: Universidad Nacional del Litoral, 1994.

CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale. Apunti sul nuevo Codice.* 2. ed. ampl. e rev. Torino: Utet, 1990.

_____. Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuevo" Dalle Molte Facce (non sempre inedite). *Rivista di Diritto Processuale.* ano LXI. n. 2. p. 407-417. Milano: Giuffrè, abr.-jun. 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do processo.* São Paulo: Renovar, 2001.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. vol. I e II.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale.* 4. ed. Milão: Cedam, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método.* São Paulo: Abril Cultural, 1973. vol. XV, coleção Os Pensadores.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale.* 4. ed. Milão: Cedam, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentin. *Derecho procesal penal.* 3. ed. rev. e atual. Madrid: Colex, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HARFUCH, Andres; VELA, Rolando; ANGULO, Durga. La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena. *Derecho de ejecución penal.* Buenos Aires: Hamurabi, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale.* 3. ed. Napoli: Jovene, 1972.

LOPES JR., Aury. Desvelando o risco no processo penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A qualidade do tempo: além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1.

_____. Revistando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev., aum e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o Estado de Direito – Breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. vol. I, t. II.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O primado das percepções e suas conseqüências filosóficas*. Trad. Constança Marcondes Cesar. Capinas: Papirus, 1990.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 1976.

_____. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

NOBILI, Massimo. Principio di legalità e processo penale. In: CANESTRARI, Stefano. *Il diritto penale alla sviolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*. Torino: Giappichelli, 1995.

PAVARINI, Massimo. Prologo dialogado I. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica a execução penal*. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PULVIRENTI, Antonino. Il procedimento di esecuzione avanti il giudice di pace penale: una "semplificazione" eccessiva. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 45. p. 1370-1391. Milano, 2002.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba, UFPR, 2004.

_____. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 11. n. 2. p. 219-233. Itajaí: Univale, jul.-dez. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Trad. Agustín Wernet. Campinas: Cortez, 1992. vol. I.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise crítica do "(des)controle" normativo-judicial sobre a atividade administrativa nas prisões federais, de Alcides Marques Porto Pacheco – *RT* 903/425; e
- Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo, de Marta Saad e Diogo Malan – *RT* 842/413.

- *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, de Anabela Miranda Rodrigues, São Paulo, Ed. RT, 2001.

55175

2 AS BASES DO PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL

BERND SCHÜNEMANN

Professor Dr. Dr. h. c. Mult., Universidade de Munique/Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O texto examina os principais problemas identificados nos métodos dominantes de europeização do direito penal na União Europeia à luz do Estado de Direito: o enfraquecimento das bases democráticas; a adoção preferencial de um sistema de justiça criminal mais punitivo a ser implementado por toda a UE e a ausência geral de justo equilíbrio processual. Propostas para superar tais falhas são apresentadas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal - Processo penal transnacional - Europeização do direito e do processo penal - Cooperação internacional em matéria penal - União Europeia.

ABSTRACT: The paper examines the fundamental rule-of-law problems arising from the currently dominating methods of Europeanisation of the criminal law within the European Union: the lessening of the democratic foundations, a most punitive criminal justice system for the purpose of enforcement throughout the EU and the general absence of a fair balance in proceedings. Propositions to overcome these flaws are presented.

KEYWORDS: Transnational criminal proceedings - Europeanisation of criminal law and procedure - International cooperation in criminal matters - European Union.

SUMÁRIO: 1. Observações introdutórias - 2. Defesa da base democrática - 3. As principais imperfeições dos atuais métodos e modelos de europeização do direito penal e processual penal e os primeiros pontos de partida para superá-las - 4. Visão geral das propostas para o processo penal transnacional - 5. Detalhes sobre o processo penal transnacional.

1. OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. No desenvolvimento[1] de uma concepção alternativa para o direito penal europeu, foi possível continuar ao longo das linhas de uma discussão crescentemente crítica no que concerne aos atuais métodos dominantes de europeização. Apesar de tal crítica ter começado relativamente tarde e apenas em alguns Estados membros, ela conduziu, dentro de um período de tempo extremamente curto, a um desafio fundamental aos atuais mecanismos dominantes por meio dos quais o direito penal se torna a cada dia mais europeizado. Na verdade, ainda não é possível perceber algum impacto dessas posições críticas na política da UE – União Europeia ou de seus Estados membros, em lugar disso, o caminho trilhado na década passada continuou e foi até mesmo ampliado.[2] Ademais, dois julgamentos do Tribunal de Justiça europeu foram proferidos no ano passado, os quais não só não responderam à crítica acadêmica, como, pelo contrário, ampliaram e intensificaram os efeitos das competências europeias em matéria penal, sem qualquer atenção para os aspectos questionáveis que o debate acadêmico revelara sobre o tópico.[3] Essa ampliação foi feita de tal forma que ultrapassa os limites das regras ordinárias de interpretação judicial. Apesar de as cortes constitucionais da Polônia, Bélgica e Alemanha terem reconhecido, ao menos parcialmente, as tensas relações entre esse desenvolvimento e as regras do Estado de Direito,[4] elas estão longe de uma clara posição de veto. Além disso, as decisões destas cortes contêm contradições internas e,

---

1. Traduzido por Heloisa Estellita Salomão com revisão de Luís Greco: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg./Ed.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln-Berlin-München: Carl Heymanns, 2006. p. 344-361.
2. Comunicação da Comissão para o Conselho e o Parlamento Europeu sobre o reconhecimento mútuo de decisões judiciais em matéria penal e o reforço da confiança mútua entre Estados membros, COM (2005) 195 final.
3. Processos criminais contra M. Pupino (Caso C-105/03) [2005] 3 WRL 1102, [2005] JO C193/05 (CEJ); Comissão *vs.* Conselho (Caso C-176/03) [2005] JO C315/03 (CEJ).
4. Decisão de 18.07.2005 (2005) 113 BVerfGE 273 (Corte Constitucional alemã); decisão de 13.07.2005 (Corte de Arbitragem belga). Disponível em: [www.arbitrage.be/public/d/2005/2005-124d.pdf]; decisão de 27.04.2005 (Corte Constitucional polonesa) (2005) 77 GBl. Pos. 680. Para críticas ao julgamento da Corte Constitucional alemã, vide Schünemann [2005] StV 681; a respeito do julgamento da Corte Constitucional polonesa, vide Guzik-Makaruk/Schünemann (a publicar), em: Joerden et al. *Europäisierung des Strafrechts in Deutschland und in Polen* [*The Europeanisation of the Criminal Law in Germany and Poland*].

assim, oferecem apenas uma débil garantia para a defesa das tradicionais bases democráticas do direito penal. Tal defesa é de ser cada vez menos esperada por parte dos parlamentos nacionais, os quais têm agido, em praticamente todos os casos, como meros "lacaios de Bruxelas", não mais cumprindo com suas responsabilidades democráticas.[5]

2. As apresentações introdutórias de Kaiafa e Bacigalupo expuseram detalhadamente as fraquezas básicas dos atuais métodos prevalentes de europeização do direito penal. Essas apresentações destacam três pontos: o enfraquecimento das bases democráticas; a adoção preferencial de um sistema de justiça criminal mais punitivo como o que deve ser implementado por toda a UE e, por fim, a ausência geral de justo equilíbrio processual, como seria possível e adequado por meio do reforço da defesa e do uso de tecnologias modernas também no interesse do arguido. O fato de que a doutrina do direito penal em todos os Estados membros – talvez muito menos em nosso Estado anfitrião, a Grécia –, tenha, de forma majoritária, cochilado no início dessa evolução, não pode ser tomado como uma razão para permanecer nesse estado de letargia ou mesmo para resignar-se à pura afirmação pragmática no sentido de que já seria tarde demais para mudar o curso da política. Sequer uma opção seria tornar-se um acrítico propagador da política de Bruxelas, o que infelizmente é o que sucede ainda hoje com alguns autores.[6]

3. Os membros de nosso grupo de trabalho concordaram rapidamente que não sucumbiríamos ao oportunismo político, mas, sim, (adaptando uma citação atribuída a Martinho Lutero) que buscaríamos plantar uma macieira na décima primeira hora para a ideia de um direito penal democrático em concordância com os postulados do Estado de Direito. Houve intensas discussões sobre se o Projeto Alternativo alemão de 2004,[7] que também forneceu as bases para o Congresso Alemão de Professores de Direito Penal de Dresden, em 2003,[8] deveria ser usado como fundamento para nosso trabalho e ulteriormen-

5. Que esta imagem, que eu pretendia servisse como uma advertência (Schünemann [2003] StV 531), tenha sido colocada em prática sem limitação, pelo menos pelos membros do Parlamento alemão quando aprovaram a primeira lei sobre o mandado de prisão europeu, foi algo até mesmo reconhecido por seus próprios representantes na arguição do caso perante a Corte Constitucional alemã, vide Böhm [2005] NJW 2588.

6. Para ulteriores discussões nessa linha, s. Böse e Gärditz/Gusy [2006] GA 211, 225.

7. Schünemann (ed.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung [Alternative Proposal for European Prosecutions]* (2004).

8. Compare as contribuições em (2004) 116 ZStW de Weigend, p. 275; Hassemer, p. 304; Wasmeier, p. 320; Bacigalupo, p. 326; Nestler, p. 332; Gleß, p. 353; Fuchs, p.

te desenvolvido, ou se deveria ser formulada uma terceira via, totalmente diferente. Após algumas trocas de ideias bastante controversas, finalmente concluímos que o Projeto Alternativo de 2004 precisava de ulterior desenvolvimento e aperfeiçoamento, mas que, em virtude de sua convincente abordagem fundamental, também era de ser levado em conta para o posterior desenvolvimento das instituições e do processo penal na Europa. De qualquer forma, isto não deveria ser feito de uma forma unilateralmente punitiva, mas, sim, de maneira equilibrada e em conformidade com os princípios do Estado de Direito. Isto é assim porque a liberdade de circulação dentro da UE, a unificação da vida econômica e a ampla homogeneização das condições de vida conduziram ao desenvolvimento de um espaço criminal-geográfico unitário, que demanda uma organização jurídico-penal e um controle social que reflitam esta realidade. Gostaria, então, de realçar que nossas sugestões não pretendem suprimir, mas, sim, reconstruir, em conformidade com os princípios do Estado de Direito, os direitos penal e processual penal transfronteiriços na Europa.

2. DEFESA DA BASE DEMOCRÁTICA

1. O princípio segundo o qual não há crime sem lei está entre as mais antigas e importantes garantias de direito penal e, como princípio nuclear do Estado de Direito, constitui uma cláusula pétrea (*Ewigkeitsgarantie*) da Lei Fundamental alemã, o que significa dizer que o legislador alemão não pode aboli-lo.[9] Ele foi articulado em tempos pré-democráticos, mas concebido desde o seu momento inicial como uma garantia de estrita separação de poderes, o que, em uma democracia, requer a limitação do direito penal à *lex parlamentaria*. Disso decorre que a UE, enquanto órgão de poder estruturado de modo governamental e burocrático, não pode criar leis penais diretamente, nem pode determinar aos parlamentos nacionais que aprovem leis penais. Tais atos seriam de antemão inválidos e teriam de ser ignorados por um Estado submetido às

368; Guzik-Makaruk, p. 372; Schünemann, p. 376; Vogel, p. 400; Buruma, p. 424; Militello, p. 436; Kreβ, p. 445.

9. Sachs/Degenhardt, Grundgesetz [Lei Fundamental – é a tradução padrão], art. 103 na [49]-[50]; Schmidt/Aβmann em: Maunz/Dürig (eds.), Grundgesetz [Lei Fundamental], art. 103 na [166]; Rüpping, Bonner Kommentar zum Grundgesetz [Comentário de Bonn à Constituição], art. 103(2) na [14]-[15]; Kunig em: Von Münch/Kung (eds.), Grundgesetz III [A Constituição III], art. 103 na [17]; Wassemann, Alternativ-Kommentar zum GG [Comentário alternativo à Constituição], art. 103 na [44]; Fielitz em: Dreier/Schulze (eds.), Grundgesetz [A Constituição], art. 103(2) na [15].

regras do Estado de Direito. Nem mesmo cunhando novas expressões de efeito como *executive law-making* ("*gubernativen Rechtssetzung*")[10] ou democracia de múltiplos níveis[11] poder-se-ia escapar desta conclusão, já que se o Poder Legislativo estivesse obrigado a seguir ordens de um órgão do Poder Executivo ele não mais estaria agindo como tal. Consequentemente, tal legislação seria tão inválida como aquela aprovada sob a mira de uma arma por uma junta militar após um golpe de Estado.

A ideia de que, ao contrário das assertivas de Vogel na Convenção de Dresden,[12] o direito penal é algo especial, está na base das deliberações de nosso grupo de trabalho e não nos demoveremos desta convicção pelo fato de o Tribunal de Justiça europeu – na decisão sobre direito penal ambiental, a qual, por inúmeras razões, é mais um ato de poder político do que um verdadeiro julgamento – ter ignorado este princípio,[13] que tem moldado a cultura europeia desde a época do Iluminismo. Também não nos intimidaremos pelo fato de que também na Alemanha, onde os problemas de legitimação democrática têm sido discutidos mais intensamente, tenham surgido, recentemente, publi-

10. Relevante para este tópico a monografia de Bogdandy, Gubernative Rechtssetzung (2000), e de Tiedtke, Demokratie in der Europäischen Union (2005), nas quais, de forma significativa, o direito penal não é mencionado. Muito embora o *deficit* democrático dos órgãos europeus, especificamente com relação à legislação penal, tenha sido explicitado já há muito tempo (vide Sieber em: Schünemann/Suárez Gonzalez-Hrsg., Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (1994), p. 349, 357), até o momento, de forma bastante estranha, os manuais comuns somente lidam com este assunto quanto à legislação direta, mas não quanto a um poder dirigente europeu direcionado à legislação dos Estados parte, apesar de seu idêntico efeito; em lugar disso, empregam somente argumentos positivistas ou – na melhor das hipóteses – inferiores relativos à soberania nacional; por exemplo Hecker, Europastrafrecht (2005), p. 84; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), p. 132, 135; Ambos, Internationales Strafrecht (2006), p. 379.

11. Brunkhorst/Kettner (eds.), Globalisierung und Demokratie [Globalização e democracia] (2000); Hiebaum, Politische Vergemeinschaftung unter Globalisierungsbedingungen [Comunitarização Política dentro dos limites da Globalização] (1997); Zürn (1996) 37 PVS 27; Jachtenfuchs/Kihler-Koch, em: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (eds.), Europäische Integration [Integração europeia] 15 (1996); Schuppert, em: Heyde/Schaber (eds.), Demokratisches Regieren in Europa? [Governança democrática na Europa?] 65, 75-76 (2000); Volge (2004) 116 ZStW 400-401.

12. Kress (2004) 116 ZStW 445, 450.

13. Comissão *vs.* Conselho (Caso C-176/03) [2005] JO C3156/03 (TJE); em sentido crítico, vide Hefendehl [2006] ZIS 161; vide também Kaiafa e Hefendehl em seus trabalhos nas p. 317 e 450.

cações que, como o comentário feito por Böse a essa decisão, jogam o princípio para segundo plano,[14] ou que, como relatado no artigo escrito por Dannecker para o público estudantil, sequer o mencionam.[15] Não se pode negar que as chances de se desviar o trem da europeização do direito criminal para um trilho diferente por meio da crítica acadêmica, em um momento no qual ele trafega a toda velocidade, são insignificantes. Isto, todavia, não justifica um *sacrificium intellectus* da academia.

2. As novas instituições e normas processuais da justiça criminal europeia por nós recomendadas só podem, portanto, entrar em vigor por meio de uma decisão parlamentar consensual de todos os Estados membros da UE. Isto significa que, dado o estágio atual do direito constitucional, é necessária a celebração de um convênio pelos Estados membros sob as regras do direito internacional, como, por exemplo, sob a forma de uma convenção na forma das regras do art. 34(2)(d) do Tratado da União Europeia. E assim nos afastamos do caminho trilhado pela Proposta Alternativa de 2004, que fazia referência à Constituição Europeia, a qual pereceu como resultado da oposição popular. Nem a competência legislativa CE na área do direito penal, proclamada pelo Tribunal de Justiça europeu, apesar de incompatível com princípios democráticos, nem o método da decisão-quadro criado pelo Tratado de Amsterdã, por meio do qual um comitê governamental está apto a dar ordens a parlamentos nacionais, satisfaz os requisitos democráticos da legislação criminal.[16] Além disso, tais requisitos democráticos não podem ser afastados por argumentos

14. [2006] GA 211.

15. [2006] Jura 95; [2006] Jura 173.

16. Os parlamentos dos Estados escandinavos, da Holanda, assim como do Reino Unido e Irlanda mantêm reservas à aprovação parlamentar das decisões-quadro. De acordo com tais reservas, o Executivo não pode votar uma decisão-quadro (isto é, um projeto neste estágio) até que o parlamento dê sua aprovação (Rohlff, Der Europäische Haftbefehl [O mandado de detenção europeu] 23 (2003)). Pode ser que estas reservas previnam as mais odiosas violações do princípio democrático (e assim envergonhem o legislador alemão pela inadequada formulação do art. 23 da Constituição). Todavia, devido à extraordinária pressão política exercida sobre os correspondentes dos governos por uma decisão-quadro já aceita por todos os membros do Conselho, tal freio de emergência nada pode fazer para conter a erosão do princípio democrático causada pelo instituto das decisões-quadro. Ao derrubar a lei de implementação do mandado de detenção europeu, a Corte Constitucional alemã entendeu que o legislador federal poderia, devido à soberania parlamentar, se recusar a implementar a decisão-quadro (BVerfGE 113, p. 273 e ss., 301). Neste contexto, a decisão parece bastante duvidosa. Em virtude do efeito vinculante das decisões-quadro, reconhecido em outra passa-

utilitários nascidos do pensamento jurídico francês. Daí que o único método legislativo que remanesce é o de um acordo ou convenção ratificada pelos parlamentos dos Estados individuais agindo no âmbito de sua liberdade soberana.

3. Com isso se garante também, de modo indireto, um conteúdo qualitativamente melhor, já que somente uma concepção que equilibre de forma justa as necessidades de proteção de bens jurídicos e de efetiva persecução penal e a proteção dos direitos básicos dos cidadãos em processos criminais terá chance de ser aprovada pelos parlamentos de todos os Estados membros.

3. AS PRINCIPAIS IMPERFEIÇÕES DOS ATUAIS MÉTODOS E MODELOS DE EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL E OS PRIMEIROS PONTOS DE PARTIDA PARA SUPERÁ-LAS

1. A europeização do direito penal, promovida já há bastante tempo com a ajuda das decisões-quadro do Conselho, baseia-se em duas vigas mestras: a primeira, o princípio do reconhecimento mútuo; a segunda, a abolição da dupla incriminação.[17] Esta segunda viga mestra não pode ser derivada simplesmente da primeira, pois, como declarou a Corte Constitucional alemã em sua decisão sobre o mandado de prisão europeu – ainda que numa passagem que não foi aproveitada na decisão final –, é questionável que o foco do processo de extradição seja a decisão de um Estado de criminalizar um ato em particular e não, contrariamente, a decisão de outro Estado de não criminalizar o mesmo ato.[18] A opção pela primeira alternativa, feita na decisão-quadro sobre o mandado de prisão europeu e seguida cegamente até a presente data pelos Estados membros, resulta atualmente em um ônus máximo sobre a pessoa arguida, e para o qual não existe, até o momento, nenhuma compensação. Em virtude da existência inflacionária de processos penais concorrentes em Estados membros, mesmo em casos nos quais a conduta somente tangencialmente diz respeito a outros países, investigações preliminares podem ser conduzidas em paralelo em diversos países, de modo que, por meio do mandado de prisão europeu, qualquer desses Estados pode, de acordo com suas próprias normas legais, dar causa à prisão preventiva de um arguido que vive no estrangeiro. Uma vez

---

gem do julgamento (BVerfGE 113, p. 273 e ss., 306), o apelo à soberania parlamentar não é uma solução (vide, nesta obra, acima, Schünemann p. 313).

17. Para referências, cf. acima Schünemann na p. 314 nn. 7 e 8.

18. Decisão de 18.07.2005 (2005) BVerfGE 113, p. 273 e ss., 317 (Corte constitucional alemã).

estabelecido o princípio do reconhecimento mútuo no âmbito do direito de prova,[19] então, também nesta seara, o nível de proteção será rebaixado ao mais baixo dos níveis existentes.

2. Mas onde há perigo, também os esforços de salvamento se intensificam. Para ser justo, deve-se admitir que o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça europeu e a Comissão também contribuíram para o equilíbrio de interesses ou estão trabalhando nesse sentido. A decisão do Tribunal de Justiça europeu sobre extensão do princípio *ne bis in idem*, consignado no art. 54 da Convenção de Implementação do Acordo de Schengen,[20] a certas decisões de arquivamento dos processos, conduziu a um fortalecimento da posição do arguido (muito embora o próprio fortalecimento seja também questionável).[21] O Parlamento Europeu acrescentou algumas sugestões perspicazes à redação da decisão-quadro sobre os direitos mínimos dos arguidos, a qual contém, no que diz respeito a garantias substantivas, pouco mais do que o acréscimo de intérpretes.[22] Um exemplo destas sugestões é a inclusão de um amplo dever de informar o arguido sobre as acusações contra ele apresentadas e do direito a um defensor já durante a investigação.[23] Qualquer prova obtida com violação deste dever cairia no âmbito da regra de exclusão da prova ilícita e da doutrina dos frutos da árvore proibida. A comissão apresentou agora um "Livro Verde sobre conflitos de jurisdição e o princípio *ne bis in idem* em processos penais" que cuida da determinação da competência por prevenção durante a investigação. Essa disciplina da competência aponta na direção correta, mas não será exequível, pelo menos não de uma maneira satisfatória, sem o incremento do quadro institucional e um ulterior reforço da posição legal do arguido. Isto porque, no atual contexto constitucional, o "Livro Verde" somente pode pro-

19. Vide o projeto de decisão-quadro do Conselho relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais, COM (2003) 688 final.

20. Processos penais contra Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge (Processos apensos C-187/01 e C-385/01) [2003] Colectânea da Jurisprudência I-1345, [2003] JO C83/08 (Tribunal de Justiça europeu).

21. Schünemann [2004] GA 193, 205; Schünemann, em: Armenta Deu/Gascón Inschausti/Cedeño Hernán (eds.), El derecho procesal penal em la Unión Europea [Direito processual penal na União Europeia] 25 (2006).

22. Resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre a proposta de uma decisão-quadro do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia [2006] JO C33E/01 a 159; vide Schünemann [2006] StV 363.

23. COM 920050 696 final.

por a celebração de uma convenção entre os Estados membros, de forma que a competência por prevenção dependerá da boa vontade das autoridades criminais envolvidas, enquanto o arguido, de seu lado, não terá remédios suficientes contra uma convenção que não leva satisfatoriamente em conta seus legítimos interesses. O descaso do mandado de prisão europeu para com os direitos do arguido permanece sem correções e os problemas relativos à legislação sobre provas aplicável ainda requerem solução. Vimos como nossa tarefa, portanto, a busca por uma solução abrangente desses problemas, que não é *ab initio* limitada ao presente quadro institucional, mas que incorpora as abordagens corretas delineadas por Bruxelas, eliminando, todavia, aquelas consideradas imperfeitas.

4. VISÃO GERAL DAS PROPOSTAS PARA O PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL

1. O ponto central de nossa proposta reside no conceito de processo penal transnacional relativo a crimes cuja persecução envolva diversos Estados membros da UE. Consequentemente, a fixação da competência deve ocorrer de forma que apenas um Estado seja exclusivamente responsável pela investigação e pelo processo ("Modelo de unidade processual transnacional"). Isto atende claramente não só ao próprio interesse do arguido, mas, também, ao interesse de economia processual. De forma que abranja todos os casos de conflito concebíveis, o conceito deve ser definido de forma ampla e não deve, consequentemente, ser limitado a crimes que afetam diversos Estados, mas deve também abarcar processos penais criminais com demandas investigatórias ou com necessidade de medidas de restrição a direitos fundamentais em mais de um Estado. Se diversos Estados são competentes, a concentração de poder em um Estado deve ocorrer o mais cedo possível. Isto determinaria, ao mesmo tempo, que é a lei processual penal daquele Estado a aplicável. Postulamos, como fizeram as recomendações da Proposta Alternativa de 2004,[24] que somente uma lei processual seja aplicável em cada caso, ao invés de aceitar a criação de um processo penal híbrido com base no modelo de reconhecimento mútuo. Neste último caso, todas as medidas de restrição a direitos fundamentais possíveis em cada um dos Estados poderiam ser, em última análise, combinadas, resultando no mais baixo nível de proteção.

24. Schünemann (ed.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung [Proposta Alternativa para Persecuções Penais europeias] 5 (2004); vide também Wohlers, ibid. 51.

2. Com exceção das questões atinentes à "recorribilidade" e a modificações subsequentes, das quais falarei adiante, a próxima questão diz respeito à maneira pela qual o Estado responsável pela investigação pode conduzir investigações transnacionais ou executar medidas restritivas de direitos fundamentais. Dependendo da extensão da restrição oriunda da implementação da medida, propomos diferentes níveis de proteção, que seriam os mais altos no caso de prisão preventiva (sendo esta a medida mais severa) e os mais baixos no caso de simples medidas de investigação, como oitivas. Deixando momentaneamente de lado os detalhes, é necessário realizar aqui uma revolução copernicana, que para nós está na consideração de que qualquer facilitação (quando comparada ao *status quo*) para a persecução de crimes com alcance europeu somente pode ser legítima se, ao mesmo tempo, o direito europeu garantir que medidas protetoras são igualmente elevadas ao mais alto nível realizável na Europa. Isto se aplica particularmente ao uso de tecnologias modernas em processos penais, as quais, até o presente momento, têm sido usadas em quase todos os Estados membros (em particular, talvez, na Alemanha) exclusivamente contra o arguido e para a expansão das possibilidades de intrusão por parte das autoridades encarregadas da persecução. Todavia, este uso da tecnologia tem sido negligenciado, quase que indecentemente, pode-se dizer, onde estejam envolvidas a melhoria dos direitos do arguido e o controle da legalidade das medidas investigativas. A UE pode não ter competências suficientes, no presente momento, para exigir dos Estados individuais que equilibrem seus processos penais desta forma. Porém, se tais Estados veem aumentados seus poderes persecutórios de forma a incluir todo o território da UE, eles devem aceitar, como contrapartida, que um nível de proteção e equilíbrio deve necessariamente ser disponibilizado dentro de uma verdadeira área de liberdade e justiça, tal qual determinado pelos objetivos da UE. Nós expressamente integramos em nossas propostas, consequentemente, duas medidas técnicas, as quais, dado o presente estágio da sociedade industrial, imporão demandas menos onerosas do que as impostas quando da introdução da máquina de escrever, e que ocupam uma posição central em processos penais justos. Tais medidas, todavia, estão sendo obstadas – apesar ou talvez por causa do fato de que – *cum ira et studio* pelas cortes em vários Estados europeus e definitivamente na Alemanha. A primeira delas é a obrigatória gravação em vídeo de quaisquer oitivas que tenham lugar durante investigações; a segunda, a substituição da prisão preventiva por medidas de controle eletrônicas – a palavra-chave é a vigilância eletrônica. Claro que estas inovações tecnológicas, cuja importância quase arquimédica não pode ser colocada em dúvida por ninguém que conheça o processo criminal, lidam com o problema geral da justiça nos processos penais, particularmente

em nível nacional.[25] Todavia, se a Europa está abrindo, como está, a caixa de Pandora nacional para todo o seu território, tem necessariamente de acrescentar mecanismos de segurança sem os quais os processos penais modernos simplesmente não podem ser considerados legítimos. Enquanto hoje a moderna tecnologia está sendo empregada quase exclusivamente para o propósito de expansão da intervenção do Estado e para a intensificação da vigilância sobre seus cidadãos, deveria efetivamente ser evidente, em uma verdadeira área de liberdade, segurança e justiça, que as possibilidades oferecidas pela moderna tecnologia fossem também e particularmente utilizadas para a proteção dos legítimos interesses dos arguidos e, de forma mais geral, para intensificar a apuração da verdade.

a) Enquanto a tecnologia de vídeo é empregada cada vez mais pelos Estados membros para a vigilância de espaços públicos e, assim, para aperfeiçoamento de um modelo que se aproxima do Estado de Polícia,[26] ainda é a regra que, quando conduzindo e documentando uma oitiva, a autoridade oficial somente está obrigada a fazer um simples resumo escrito. De acordo com os consistentes resultados de uma pesquisa empírica sobre processos penais, tais resumos refletem apenas precariamente o verdadeiro desenvolvimento da oitiva, e apenas da forma muito imperfeita o verdadeiro conhecimento da testemunha ou do arguido sobre os fatos. Ao final, tais resumos apresentam-se como um amálgama, no qual é difícil discernir o verdadeiro conhecimento da pessoa questionada das hipóteses-guia da autoridade que conduziu o questionamento.[27] Em razão

25. Relativamente às demandas de introdução de gravação em vídeo de todas as oitivas (ao invés do simples uso deste meio para a proteção de testemunhas e, pois, ao fim e ao cabo, para o enfraquecimento da posição do arguido), vide Schünemann (2002) 114 ZStW 1, 45; Schünemann, Gedenkschrift für Vogler [Ensaios em memória de Vogler] 88 (2004); Schünemann [2004] StraFo 293, 294; Schünemann, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur [Sinais do declínio da cultura jurídica alemã] (2005), p. 33. De um lado, sobre a defesa da prisão preventiva em prejuízo da vigilância eletrônica, às vezes sustentada com argumentos absurdos, mesmo no Congresso Alemão de Professores de Direito Penal ocorrido em Halle, vide o trabalho de Streng (1999) ZStW 111 (1999), p. 827, 849. De outro lado, para uma abrangente e retumbante resposta de Roxin, vide Julius ZStW 111 (1999), 889, 906.

26. Para uma crítica mais detalhada, vide Hefendehl [2002] KrimJ 257; [2004] NJ 494; [2006] NJ 17.

27. Para referências e críticas, vide Schünemann, Festschrift für Pfeiffer [Ensaios em homenagem a Pfeiffer] 478 (1988); Schünemann (2002) 114 ZStW 1, 21; Schünemann [2004] StraFo 293, 294; Schünemann, Gedenkschrift für Vogler [Ensaios em memória de Vogler] 86.

de as legislaturas nacionais continuarem a ser dominadas pelos interesses da polícia e da acusação, e por não haver da parte dos advogados uma concepção alternativa estruturada e bem fundamentada,[28] não se consolidou uma medida que deveria ser central para a apuração da verdade e para um equilíbrio mais generalizado nos processos penais, já amplamente estabelecidos[29] na Austrália e no Canadá. Além disso, esta medida implicaria em uma demanda tecnológica sobre o sistema de justiça criminal muito menor do que aquela imposta pela introdução da máquina de escrever há 100 anos. A medida sob análise é a *completa gravação em vídeo de qualquer oitiva*, já a partir do primeiro contato entre a autoridade encarregada da oitiva e a testemunha ou arguido. Isto, por si só, habilitaria a defesa a avaliar posteriormente a fidedignidade do resultado probatório documentado em um resumo de oitiva assim como a provar, quando fosse o caso, a possível manipulação da testemunha ou do arguido pela autoridade. Isto parece ser absolutamente indispensável, particularmente em processos penais que são hoje caracterizados, em todos Estados membros, por uma forte tendência à transação, procedimento este que, na prática, é frequen-

28. Um exemplo perfeito é a assiduidade com que a Ordem dos Advogados alemã agiu na conferência de 16.09.2006 em Frankfurt/Oder por ela mesma organizada em nome do Ministério da Justiça. Como parte do fórum intitulado *Direitos fundamentais em processos penais na Europa*, a Ordem produziu uma, assim chamada, resolução final, sem a intenção de submetê-la a uma discussão mais séria. Em seu preâmbulo, declara que a definição de padrões processuais mínimos a serem empregados nos processos penais deve ser a "sólida base para a troca mútua de elementos relevantes para processos penais– ordens relativas à prova, mandados de detenção, oitivas, registros de interrogatórios e ordens de execução de medidas – entre os Estados membros da União Europeia". A resolução adota, assim, sem qualquer censura, a política de reconhecimento mútuo da União Europeia, sem fazer muito mais do que levantar a questão acerca de um balanceamento na expansão de poder que dela necessariamente resulta, questão esta altamente relevante para o sistema de justiça criminal. Em razão da popularidade que este posicionamento da Ordem está adquirindo (ainda mais drástica é a absolutamente parcial defesa dos interesses da acusação no projeto apresentado pelo Comitê de Direito Penal da Ordem dos Advogados alemã para a regulamentação legal da *plea bargaining* ([2005] ZRP 235 e vide a crítica de Schünemann [2006] ZRP 63)), não se pode escapar à impressão de que a Ordem não é mais a guardiã dos legítimos interesses dos acusados. Ao contrário, ela apenas promove seus próprios interesses, como restou evidente pela reação desses profissionais, baseada em várias compreensões equivocadas, à ideia do Eurodefensor (vide infra na p. 439) apresentada na conferência de Tessalônica.

29. Para numerosas referências, vide Park, Die Wahrheitsfindung im Ermittlungsverfahren [A apuração da verdade durante investigações] (2003).

temente desenvolvido à margem da lei.[30] Se, contudo, processos transnacionais são agora estabelecidos no nível da UE, por exigência de justiça, deve-se garantir um equilíbrio entre a necessidade de proteger a apuração da verdade e os legítimos interesses do averiguado nos procedimentos investigatórios. Os processos transnacionais em nível europeu poderão, assim (e por si mesmos), estabelecer novos padrões na aplicação da lei e, consequentemente, fornecer o exato contrapeso ao princípio do reconhecimento mútuo, atualmente imposto pela UE e que implica na redução ao mais baixo nível das medidas de proteção. Ao mesmo tempo, isto permitiria uma implementação tecnológica direta (na forma de um *login online*) da nova regra, prevista no art. 34(4) da Proposta, que impõe a participação do *Eurodefensor* na oitiva como observador.

b) O mesmo se aplica à redução do recurso à prisão preventiva por meio das assim chamadas medidas de vigilância eletrônica. A prisão preventiva tem, para dizer o mínimo, o efeito – e com frequência é usada justamente para tal fim – de paralisar a defesa e forçar o arguido à transação na forma de "uma confissão em troca de uma – suposta – redução da pena". Em nível europeu este mecanismo é ulteriormente agravado pela extradição, agora a ela regularmente conectada. Assim, em uma área de liberdade, segurança e justiça que se leve a sério, não deve ter lugar qualquer detenção para os presumidamente inocentes que seja evitável, e isto significa: detenções devidas a risco de fuga – as quais, na Alemanha, por exemplo, compõem 95% de todos os casos[31] – podem, por meio de meios técnicos de vigilância eletrônica (particularmente nas grandes dimensões espaciais do território da UE!), ser amplamente tornadas desnecessárias.

3. Vejo uma grande oportunidade para a Europa nestas propostas (embora não exclusivamente nelas), a saber, a oportunidade de finalmente cumprir, aos olhos dos cidadãos, com uma função positiva e não apenas operar, ao fim e ao cabo, como um desprezível *lobby* para uma agroindústria de larga escala

30. Na Espanha, por meio da vasta expansão do velho *Conformidad*, vide arts. 784.3, 787, 801 span. LECrim; na Itália, por força da expansão do *pattegiamento*, vide arts. 444-448 do Codice di Procedura Penale; na Polônia, pela introdução e expansão do *plea bargaining* nos arts. 335, 343 e 387 do Polish Code of Criminal Procedure; na França, pelos arts. 495-7 a 495-16 do Code de la Procedure Penale; na Alemanha, pela jurisprudência em violação a dispositivos legais, com a pretensão de reverter tal estado de coisas, *vide* Decisão de 3.3.2005 (2005) 50 BGHSt 40 (Corte Federal, Câmara Superior para Matéria Criminal).

31. Ministério da Justiça (ed.), Strafrechtspflege in Deutschland, Fakten und Zahlen [O sistema de justiça criminal na Alemanha, fatos e cifras] 21 (2005).

ou como um risível órgão de padronização do comprimento de pepinos ou da curvatura de bananas, mas, sim, ser uma garantidora de processos penais justos, o que seria comparável ao reconhecimento da liberdade de pensamento, buscada no século XVI pelo Marquês de Posa junto a Felipe II, infelizmente sem sucesso.

4. Em outros aspectos, também, prevemos uma similar revolução copernicana para a detenção preventiva, mas que preciso delinear brevemente neste ponto da visão geral, já que tal revolução deita marcas substanciais em nossas propostas. A atualmente prevalente prisão automática de arguidos que têm domicílio no estrangeiro, a qual se espalhou como um câncer no direito europeu em virtude da decisão-quadro do mandado de prisão europeu (o qual, a propósito, é legalmente nulo por causa da usurpação de poderes reservados aos parlamentos, embora este seja um tópico diferente), é, da perspectiva do Estado de Direito, escandalosa dentro de uma área de liberdade e justiça geográfico-criminalmente homogênea e, especialmente, dentro de uma área onde os cidadãos gozam de liberdade de circulação. Nossa proposta elimina tal situação de diversas maneiras. Em primeiro lugar, definindo o risco de fuga com base no território da União Europeia. Em segundo, reservando a tarefa de averiguar este risco – que um juiz do Estado investigante está propenso a constatar muito facilmente – a um juiz do Estado onde o arguido está presente, ou seja, ao Estado executante. Permitam-me acrescentar um ponto pessoal: este é o caminho, na verdade, o único caminho para construir uma Europa que valoriza os valores do estado liberal, caracterizado pelas regras do Estado de Direito; a Europa que, portanto, merece o respeito de seus cidadãos.

5. Continuamos o desenvolvimento dessa concepção básica na abordagem da ordem de execução europeia, matéria bastante delicada.

6. O aspecto institucional não é menos importante do que o equilíbrio processual. Não temos dúvidas de que a UE tem de fortalecer seu equipamento institucional se deseja estabelecer, de forma séria, estruturas europeizadas para a persecução penal. Claro que isto irá requerer um ulterior desenvolvimento dos tratados. Todavia, aquele que elabora, de uma pura perspectiva acadêmica, as condições para uma concepção internamente consistente, felizmente não precisa se preocupar com a questão de sua realizabilidade política. Tal circunstância à parte, soa quase absurdo o fato de o Tribunal de Justiça europeu ter usurpado dos Estados membros um poder de editar regras para a CE na área do direito penal. Com efeito, o Tribunal atribuiu uma enorme competência legislativa a conglomerados de poder que são democraticamente legitimados

somente em um sentido muito limitado e de uma forma que parece zombar claramente do princípio *nullum crimen*. Ao mesmo tempo, parece absurdo que não seja aparentemente possível, em um futuro próximo, estabelecer uma Corte Criminal Europeia, que poderia ser designada de judicial, para, assim, satisfazer às exigências do Estado de Direito. Hoje em dia já existe o *Eurojust*, como um órgão da UE, mas que até o presente momento é uma figura duplamente raquítica: a organização não é nem adequadamente equipada para amplas atividades, nem seus poderes permitem uma operação eficiente.[32] Em conformidade com nossas recomendações, ao *Eurojust* serão conferidas competências muito mais significativas, o que naturalmente também demandará uma correspondente melhoria organizacional. O que é ainda mais importante, porque indispensável para um equilíbrio em favor das liberdades civis dos interesses envolvidos em processos penais, é a instituição da *Eurodefensor*, já proposta pelo Projeto Alternativo de 2004[33] e que foi recebida com grande interesse por nosso grupo, que procurou desenvolvê-la ainda mais na concepção ora apresentada. Em virtude da enorme importância deste ponto, nós o alocamos em uma seção separada. Gostaria de encorajar em particular os advogados de defesa presentes para que contribuam com seus pontos de vista e experiências para a discussão durante esta sessão. As demais propostas que estão circulando – seja a da Rede Europeia de Advogados, seja a do *Ombudsman* da Defesa – podem impressionar com suas sonoras formulações, mas teriam um efeito limitado na prática. Isto é especialmente verdadeiro, acredito, com relação ao *Ombudsman*, o qual expandiria, sem dúvida, as galerias dos bem remunerados funcionários públicos europeus, mas que não traria nem pedras, muito menos pão, para os processos penais, mas, de fato e na melhor das hipóteses, cascalhos.[34]

5. DETALHES SOBRE O PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL

1. Já que os senhores têm a proposta para o processo penal transnacional em suas pastas, limitarei minhas observações a uma elaboração dos pontos mais

32. Schünemann [2006] StV 368 n. 52; Schünemann, em: Armenta Deu/Gascón Inchausti/Cedeño Hernán (eds.), El Derecho procesal penal en la Unión Europea [Direito processual penal na União Europeia] 31-32 (2006).

33. Schünemann (ed.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung [Proposta alternativa para persecuções penais europeias] 5, 14 et seq. (2004) assim como Nestler (2004) 116 ZstW 332.

34. Veja o já mencionado Schünemann [2006] StV 368.

importantes: por meio da exigência, em conformidade com o art. 1 (1) de nossa proposta, de que o *Eurojust* seja notificado de todos processos criminais transnacionais, asseguramos que as medidas necessárias sejam sujeitas a um monitoramento central. A determinação subsequente, sobre qual Estado deverá agir como Estado investigador, encontra-se no art. 2 (2), inicialmente por meio de acordo entre os Estados envolvidos, os quais devem agir, todavia, em consulta com o *Eurojust* e especialmente com o *Eurodefensor*, de forma que uma das instituições representativas dos interesses da defesa possa identificar possíveis problemas de parcialidade já desde o princípio. A regra substantiva para a atribuição de competência foi deliberadamente formulada de forma bastante fluida no art. 2 (2) porque, dada a ampla variedade de cenários concretos esperada, seria quase impossível formular uma norma que abarcasse todos os casos possíveis. Isto não viola a garantia do arguido de ser ouvido por um juiz determinado pela lei – e que existe em quase todos Estados membros –, já que a questão aqui é somente a divisão de responsabilidade entre os Estados que reivindicam sua própria competência e, consequentemente, já têm disponível um juiz determinado pela lei.

O modelo flexível de dois estágios por nós proposto (primeiro estágio: critério formal com uma ordem fixa de preferência; segundo estágio: a possibilidade de desprender-se desses critérios dependendo do local, considerado o ponto de gravidade do suposto fato) parte naturalmente de um ideal de distribuição automática de competência, portanto, jamais sujeito a manipulação.[35] Ela é, quando comparada com a atual realidade legal (o arguido potencialmente enfrenta diversos processos em diferentes Estados membros), vantajosa para o arguido, não havendo alternativas factíveis: quando há várias ações, vários lugares nos quais os dano se configura e vários arguidos em diversos Estados membros, como é típico nos crimes transnacionais (vide art. 2 (2)(4) *Proposta Alternativa*), os limites para uma distribuição de competências pré-determinada ficam evidentes. Logicamente, dentre diversos Estados membros teoricamente igualmente qualificados, aquele no qual a maior parte da prova está localizada e onde, portanto, se encontra o foco natural do processo, deve ser selecionado como Estado investigador. No caso de crimes transnacionais, com suas numerosas conexões que normalmente justificariam o exercício da jurisdição nacional, uma regulação inflexível não seria sequer conceitualmente possível na maioria dos casos. Uma escolha baseada em um só aspecto (e.g., o lugar onde o ato foi praticado) sempre traria consigo o risco de processos

35. Para entendimentos direcionados à regulação estrita, vide Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou, infra p. 493.

serem conduzidos por um Estado no qual se verifica um nexo mais ou menos circunstancial com o total da "arquitetura criminal". Isto frequentemente tornaria impossível uma investigação concentrada e procedimentalmente eficiente, o que interessa a todos os envolvidos. Especialmente no caso de crimes nos quais a conduta é praticada longe do lugar onde o dano se perfaz, este critério pode parecer inadequado e, do ponto de vista da economia processual, categoricamente inútil, particularmente quando a violação do bem jurídico pretendida pelo arguido ocorre em outro Estado. Deixando de lado o fato de que a necessidade de prevenção é maior onde a violação do bem jurídico se efetua, o lugar onde a conduta é praticada pode, em uma Europa que é caracterizada pela liberdade de circulação, frequentemente ser o resultado do puro acaso, como ocorrerá, por exemplo, se alguém postar uma carta fraudulenta em algum lugar durante uma viagem por diversos Estados membros. A necessidade de flexibilidade não nasce simplesmente de considerações de rapidez, mas também de considerações de justiça material, já que o objetivo de apurar a verdade pode ser melhor alcançado naquela jurisdição, por exemplo, onde a maior parte da prova está localizada e na qual, consequentemente, os passos investigativos podem ser conduzidos de forma rápida e bem sucedida.

A *solução processual*, sugerida pela Proposta Alternativa, merece preferência sobre uma rígida atribuição de competências baseada em critérios abstratos e formais. Serve igualmente ao interesse da prevenção do abuso e da manipulação. O âmago desta solução deve ser encontrado na participação do *Eurodefensor*, por meio do qual, de um lado, os legítimos interesses do arguido podem ser articulados já em um estágio inicial e, de outro, podem ser evidenciadas considerações fáticas inapropriadas por parte das autoridades persecutórias. O fato de os Estados membros terem de agir em conjunto com a *Eurodefensor*, mas sem estarem vinculados a seus pontos de vista (o que está estabelecido é "mediante consulta" e não "de acordo"), não mina a efetividade de tal controle, já que a possibilidade de o arguido questionar tais decisões, em conformidade com o art. 3 (1), garante que as autoridades persecutórias dos Estados membros envolvidas levem a sério as potenciais objeções do *Eurodefensor*, de forma que qualquer abuso já poderá ser processualmente impedido.

2. Pode ser desejável, a longo prazo, desenvolver um regime de competência europeu com a atribuição inicial de competência a somente um único Estado para cada caso e, então, posteriormente, estabelecer que aquele Estado deve ter jurisdição exclusiva em termos tanto processuais como materiais, como já exposto em uma das alternativas examinadas por *Fuchs*[36] (com o resultado de

36. Vide infra p. 362.

que uma pessoa não pode ser condenada se sua conduta não está criminalizada no Estado que tenha competência exclusiva). Todavia, tal regulamentação de atribuição de competências não é sequer concebível, mesmo em sua forma mais básica, no estágio atual, uma vez que os crimes transnacionais afetam tipicamente interesses de diversos Estados, dentre os quais quase nunca se poderá afirmar que só um tenha competência exclusiva *in abstracto*. A proteção das pessoas vinculadas às regras do Estado onde se encontram é, portanto, ao menos em um futuro previsível, melhor garantida por meio do requisito da dupla incriminação dentro do quadro da prisão preventiva, tal qual proposto no art. 9(1).

3. As investigações são, pois, conduzidas pelo Estado investigador, que tem competência atribuída por toda a Europa e em concordância com seu processo penal. A comunicação direta entre as autoridades está garantida (art. 1 das regras gerais para processos transnacionais). O Estado investigador pode adotar os passos investigatórios básicos (como as oitivas) por si mesmo ou pode requerer que uma autoridade local os tome (art. 4(1)). A autoridade investigadora também tem a opção de intimar o arguido e as testemunhas para comparecerem em seu país, muito embora deva, em tal caso, arcar com as despesas necessárias (art. 5 (1)). É particularmente importante que a segurança do arguido seja garantida (art. 5(1)(3)), de forma que não se escape do cumprimento das regulamentações do mandado de prisão europeu.

4. Problemas específicos estão associados às medidas restritivas de direitos fundamentais durante a investigação. Neste tema, propõe-se no art. 4 (4) uma concepção de três estágios, classificando as garantias de acordo com a intensidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Para tanto, é necessário diferenciar entre a prisão preventiva, o sequestro de propriedades de valor significativo, uso de agentes encobertos e demais medidas restritivas de direitos fundamentais. No caso destas últimas, a única limitação é a ordem pública do sistema legal do Estado executor, já que não se pode esperar que ele leve a efeito medidas que violam seus próprios dispositivos legais. No caso do sequestro de propriedade de valor significativo ou de utilização de agentes encobertos, o "princípio do tratamento mais favorável" se aplica, ou seja, somente as medidas permitidas em ambos sistemas legais podem ser adotadas. No caso de agentes encobertos, a razão é que seu uso é extremamente delicado e tais operações ficam no limite extremo do permitido em um Estado de Direito. Seu uso somente pode ser imposto ao Estado executor se permitido por seu sistema legal. No caso de sequestro de propriedade de valor significativo, a principal razão reside na proteção do arguido, já que este tipo de apreensão (em contraste com a apreensão de prova) é frequentemente orientado a inibir

a defesa e é, portanto, extremamente perigoso para ela. Ao arguido se assegura que seus bens localizados no Estado executor somente poderão ser sequestrados de acordo com os princípios de tal Estado. Além disso, assegura-lhe que qualquer pressão sobre si no bojo do processo penal somente poderá ser aplicada na exata extensão permitida pelos princípios ali vigentes. O "princípio do tratamento mais favorável", todavia, deve ser uma exceção dentro do conceito básico de nosso modelo de "unidade processual transnacional". A aplicação de tal princípio como uma regra geral não faria sentido porque – como o princípio do reconhecimento mútuo imposto pela UE hoje, embora com o resultado oposto – também criaria um processo penal híbrido que não existe em lugar algum. Já que a UE representa um espaço unificado para os fins da política criminal devido à liberdade de circulação dentro do seu território e já que várias regulamentações da UE – por exemplo, os desmedidos subsídios – têm um indubitável efeito de indução à prática de crimes, a persecução de crimes transfronteiriços já se defronta com desafios sem paralelo. Por esta razão, a concepção alternativa não pode, sob qualquer circunstância, paralisar a necessária persecução de crimes. Este resultado, todavia, ou (de modo inverso) um retorno ao princípio do reconhecimento mútuo tal qual atualmente imposto pela UE, seria o efeito do que propõem *Kaiafa* et al,[37] que querem, de forma geral, partir da lei do Estado executor no caso de medidas restritivas de direitos fundamentais e medidas investigatórias qualificadas. Isto porque ou se teria a possibilidade de aproveitar também no Estado investigador todas as provas produzidas por meio dessas medidas, e com isso se teria chegado ao princípio do reconhecimento mútuo, ou se exigiria o cumprimento das regras do Estado investigador, e com isso se teria acolhido o princípio do tratamento mais favorável, o que significaria, todavia, o sacrifício da mais básica ideia do nosso modelo que é a da unidade processual transnacional.

5. Ainda mais estritos são os requisitos para a prisão preventiva porque, na prática, ela frequentemente antecipa a futura pena. Adicionalmente, e de forma bastante independente, tais requisitos devem ser estritos, já que não só é a liberdade pessoal um dos mais importantes direitos fundamentais, como também porque, na maioria dos casos, é um pré-requisito necessário para uma defesa bem-sucedida. Nesta visão geral do processo penal transnacional, é necessário apontar enfaticamente que nós aderimos, de forma bastante consciente e após intensivos debates internos, ao princípio da dupla incriminação. Todavia, ao contrário e de forma igualmente consciente, tal princípio não é

37. Vide infra p. 493.

mais considerado necessário para simples medidas investigativas. Isto porque a transferência de um cidadão para as prisões de um outro Estado somente pode ser requerida do Estado executor se o cidadão praticou uma conduta que é criminosa em conformidade com seus valores e princípios, e não, todavia, no caso em que ele está obrigado pelas próprias leis do Estado executor. A atitude de *Pôncio Pilatos*[38] atualmente demandada pela decisão-quadro é impossível de ser atendida do ponto de vista do Estado de Direito. Que isto ficou evidente para a própria Corte Constitucional alemã é algo que se colhe do contexto de sua obscura decisão sobre o mandado de prisão europeu, já citada, a tal ponto que é de se questionar por qual razão deve ser determinante a decisão a favor da criminalização e não a decisão contra ela. Está correta a afirmação de que a legitimação transfronteiriça da privação de liberdade na área transnacional de liberdade e justiça só é possível quando haja uma justificação suficiente em ambos os sistemas jurídicos envolvidos. Não negamos que isto reverte a tendência da decisão-quadro de estender a criminalização, mas este é justamente o objetivo e o propósito de nossas propostas.

6. Também gostaria de pôr em destaque, em particular, a regulação proposta para os mecanismos de revisão de medidas restritivas de direitos fundamentais disciplinada no Art. 7. No caso da prisão preventiva, o arguido tem todo o conjunto de remédios legais disponíveis no Estado executor. Se, todavia, as autoridades deste Estado recusam a adoção de uma medida requerida pelo Estado investigador, este não pode, por si mesmo, contestar tal recusa. O *Eurojust*, porém, que deve ser notificado, pode fazê-lo. Neste caso, não é competente o Tribunal de Justiça europeu, mas, sim, a mais alta corte do Estado executor, já que o Tribunal não pode decidir compulsoriamente e de forma vinculante para o Estado executor em matérias concernentes a requisitos de ordem pública.

---

38. Uma pessoa processada por um Estado estrangeiro tem sua liberdade restringida ainda quando, em conformidade com as leis do país de detenção, sua conduta tenha sido considerada criminalmente indiferente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A harmonização internacional do Direito Penal: idéias e processos, de Luis Arroyo Zapatero – *RBCCrim* 84/49;
- A União Européia e o espaço judicial europeu: os desafios do modelo *Corpus Juris* 2000 e da Procuradoria Européia, de John A. E. Vervaele – *RBCCrim* 40/9;
- Cooperação judicial penal e Ministério Público europeu, de Nicolás Rodríguez García – *RT* 834/456;
- Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 31/137; e
- Globalização e sistema penal, de Ricardo de Brito A. P. Freitas – *RBCCrim* 43/165.

55176

DA ATUAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3

DENISE PROVASI VAZ

Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogada e professora.

DANYELLE DA SILVA GALVÃO

Mestranda em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: A figura do assistente técnico foi introduzida no processo penal brasileiro com a promulgação da Lei 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal. Até então, a possibilidade de participação dos interessados no exame pericial restringia-se à formulação de quesitos, admitindo-se os pareceres técnicos particulares como documentos. Embora represente um avanço, a previsão da atuação do assistente técnico mostrou-se lacunosa e ensejou diversas dúvidas. Cumpre, assim, analisar os dispositivos legais e cotejá-los com as disciplinas do processo civil e de legislações estrangeiras, a fim de melhor compreender e aplicar o instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal - Prova - Perícia - Laudo pericial - Perito - Assistente técnico - Quesitos.

ABSTRACT: The expert assistant, a Professional named by the accusation or the defense, is a new possibility in the Brazilian criminal procedure, being introduced by the Law 11.690/2008, which modified the Code of Criminal Procedure. Before that, the parties could only take part of the examination by making questions to be answered by the experts, while the reports produced by private experts were admitted only as documents. Although it represents a progress, the rules regarding the expert assistant are not complete and provoke doubts. It must, therefore, analyze the rules and compare with the civil procedure and foreign laws, in order to better comprehend and apply this figure.

KEYWORDS: Expertise - Expert - Expert assistant - Report - Evidence - Examination - Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A disciplina legal – 3. As normas do processo civil – 4. A previsão em ordenamentos estrangeiros em relação ao processo penal: 4.1 O Direito italiano; 4.2 O Direito francês; 4.3 O Direito chileno – 5. Análise crítica e questões controvertidas sobre as disposições relativas ao assistente técnico no processo penal brasileiro – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A disciplina das perícias, no processo penal, sofreu relevantes alterações com a edição da Lei 11.690/2008. As principais delas dizem respeito à introdução da figura do assistente técnico, com a possibilidade de participação formal no processo penal, conforme previsão da nova redação do art. 159 do CPP.

Anteriormente, a atuação de peritos particulares ocorria apenas por iniciativa das partes, com a elaboração de um parecer técnico, apresentado como prova documental. Não havia regulamentação legal nem lhe eram conferidos poderes.[1]

Entretanto, nota-se que a regulamentação apresenta lacunas e se mostra ambígua em certos pontos, de sorte que se faz necessária sua análise detalhada, a fim de procurar verificar as dúvidas surgidas.

2. A DISCIPLINA LEGAL

Inicialmente, mostra-se oportuno examinar, de maneira sistematizada, as normas estabelecidas para a atuação do assistente técnico.

Assim, no que concerne à legitimação para requerer sua admissão, dispõe o § 3.º do art. 159 do CPP que a indicação do assistente técnico é facultada ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado. Cabe às partes a escolha e nomeação do profissional, cuja atuação é autorizada pelo juiz.

---

1. Antes da reforma, afirmava Antonio Scarance Fernandes: "Não há, no processo penal brasileiro, direito a que as partes produzam prova pericial por meio de assistentes técnicos, como sucede no processo civil. Isso não impede, contudo, a parte, normalmente a defesa, de recorrer a peritos particulares para análise da perícia oficial e emissão de parecer técnico, com o qual poderá instruir suas alegações finais". *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 88.

Com relação ao número de peritos particulares, é permitida, a princípio, a indicação de um assistente técnico, podendo, porém, atuar mais de um profissional, a exemplo dos peritos oficiais, no caso de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado (art. 159, § 7.°, CPP).

Quanto ao momento de requerer a prova, a lei não trouxe previsão expressa. Afirma, porém, Guilherme Madeira Dezem que, por se tratar de meio de prova, "o termo final para o requerimento de oitiva e atuação do assistente técnico será o mesmo para os demais meios de prova: a denúncia ou queixa-crime para a acusação, e a defesa prévia para a defesa".[2]

A lei também não dispôs claramente sobre o momento de atuação do assistente técnico, tendo entendido a doutrina que somente seria cabível na fase judicial, em virtude da redação do § 5.° do art. 159 do CPP, que menciona "durante o curso do processo judicial, é permitido às partes",[3] bem assim por causa dos sujeitos referidos no § 3.° do mesmo artigo – assistente técnico, querelante, acusado – que apenas participariam da fase judicial.

Nesse sentido, manifesta-se Antonio Magalhães Gomes Filho:

"Do mesmo modo que se observou a propósito da formulação de quesitos, a lei não foi muito clara sobre a fase em que será possível a indicação de assistente técnico, pois a redação do § 3.° do art. 159 do CPP dá a entender que isso poderia ocorrer já no inquérito policial. Mas, como mencionado, essa leitura levaria a restringir-se a possibilidade de indicação ao MP e ao ofendido, pois os demais sujeitos mencionados no parágrafo em análise só atuam na fase judicial. Ocorre, no entanto, que o § 5.° é taxativo ao estabelecer que, '*durante o curso do processo judicial*, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência'. Parece mais adequada, assim, à natureza da atividade do assistente – que é, como visto, profissional ligado ao interesse das partes – a interpretação de que a intervenção somente será possível em juízo."[4]

---

2. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008. p. 174.
3. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 186; GOMES, Luiz Flávio et al. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 291.
4. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008 In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 278.

A doutrina tem apontado como requisitos para a atuação do assistente técnico a nomeação pelas partes, a admissão pelo juiz e que estejam concluídos os exames e elaborado o laudo pelos peritos oficiais (art. 159, § 4.º, CPP).[5]

Sua inadmissão seria possível, assim, se não estivesse concluído o laudo pericial, se estivesse precluso o requerimento, se o profissional evidentemente não tivesse conhecimento técnico e, ainda, se a indicação superasse o número máximo de assistentes.[6]

Grande inovação da lei foi possibilitar o acesso do assistente técnico ao material probatório (art. 159, § 6.º, CPP). No entanto, foram impostas algumas restrições, quais sejam, a necessidade de requerimento da parte, a realização da consulta no órgão oficial e na presença de perito oficial. Andrey Borges de Mendonça refere ainda que o juiz deve permitir o acesso dos assistentes ao material.[7]

Quanto ao resultado do trabalho do assistente técnico, o inc. II do § 5.º do art. 159 do CPP menciona que ele poderá apresentar parecer em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquirido em audiência. A esse respeito, Andrey Borges de Mendonça afirma que se trata de opção da parte, podendo "decidir se o ideal é a apresentação de parecer ou a oitiva em audiência".[8] Por outro lado, Guilherme Madeira Dezem sustenta que houve equívoco do legislador no uso do termo "ou", pois o meio de prova é o parecer, prestando-se a oitiva apenas a esclarecimentos. Desse modo, a substituição do parecer por inquirição equivaleria a uma prova anômala.[9]

Note-se que os dispositivos trazidos pela Lei 11.690/2008 foram repetidos no projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009). No Código de Processo Civil, por outro lado, encontram-se normas diversas, as quais se aplicam ao processo penal, por analogia, segundo determina o art. 3.º do CPP.

3. As normas do processo civil

Considerando que a pericia também é tratada como meio de prova no processo civil e que a disposição expressa quanto à assistência técnica é muito

5. Idem, ibidem; MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit., p. 278.
6. Guilherme Madeira Dezem aponta apenas duas situações: a preclusão do pedido e a falta de conhecimento técnico suficiente. Op. cit., p. 174.
7. MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit., p. 186.
8. Idem, ibidem.
9. DEZEM, Guilherme Madeira. Op. cit., p. 175.

mais antiga quando comparada à matéria no processo penal, faz-se necessário delinear o tema.[10]

Atualmente a disciplina da prova pericial encontra-se nos arts. 420 e seguintes, Seção VII do Capítulo VI (das Provas) do atual Código de Processo Civil. O *caput* do art. 421 do CPC dispõe sobre a nomeação do perito pelo juiz e a fixação de prazo pelo magistrado para a entrega do laudo pericial.

O § 1º do mesmo dispositivo estabelece o prazo de cinco dias, contados da intimação da nomeação do perito, para que as partes indiquem seus assistentes técnicos e formulem os quesitos a serem respondidos pelo *expert*.

A redação do *caput* deste artigo é relativamente nova, visto que foi dada pela Lei 8.455, de 24.08.1992. Até então o *caput* do art. 421 do CPC apenas dispunha que "o juiz nomeará o perito", sem mencionar regra sobre o laudo. Além desta modificação, a mesma Lei 8.455/1992 deu novo tratamento à questão do juramento/compromisso prestado pelo perito e pelos assistentes técnicos no processo.

O art. 422 do CPC estabelecia anteriormente que "o perito e os assistentes técnicos serão intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido". Com o advento da mencionada lei, o mesmo artigo passou a ter a seguinte redação: "O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição".

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, o antigo compromisso "só fazia retardar a prova e a marcha do processo",[11] isto porque "o dever de cumprir conscienciosa e escrupulosamente o encargo é da substância da função do perito e dos assistentes".[12]

---

10. Para Andrey Borges de Mendonça, a importância da inclusão do assistente técnico no processo penal decorre da natureza indisponível dos interesses em apreço: "Se no processo civil, que trata muitas vezes de questões disponíveis, era possível a nomeação de assistentes técnicos, não havia razão lógica para impedir a nomeação deles no processo penal, em que os interesses são sempre indisponíveis". MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit., p. 185.

11. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV. p. 482.

12. Idem, ibidem. No mesmo sentido tem-se a lição de Marinoni: "Não é em razão de o perito e os assistentes não possuírem o dever de prestar compromisso, que estes não têm o dever de consciosamente cumprir os seus encargos". MARINONI, Luiz Guilher-

Assim, a modificação ocorrida no art. 422 do CPC foi vista como um avanço, posto que o dispositivo era redundante, afinal continha previsão "completamente dispensável".[13]

Assim, hoje o compromisso formal deixou de ser "pressuposto essencial".[14] Entretanto é importante salientar que a revogação da necessidade do compromisso não significa desobrigar o assistente de orientar-se pela ética profissional.[15] Além disso, como bem ressaltou Pontes de Miranda, a revogação do compromisso formal não impede que o magistrado saliente aos profissionais técnicos, sejam peritos ou assistentes técnicos, sobre a importância da prova e suas peculiaridades.

O CPC dispõe no § 1.º do art. 421 que as partes indicarão seus assistentes técnicos no prazo de cinco dias contados da intimação do despacho da nomeação do perito. No mesmo prazo, apresentar-se-ão os quesitos para a realização da prova técnica.

Primeiramente comenta-se que a possibilidade de cada parte indicar seu assistente técnico pessoal, mesmo que em litisconsórcio, foi trazida pela Lei 8.455/1992. Dispunha o Código que, existindo litisconsórcio (ativo ou passivo), seriam dois apenas os assistentes técnicos, ou seja, um para a parte autora e outro para a parte requerida. Na realidade, os litisconsortes deveriam acordar quanto à indicação do profissional que os assistiria, e, em não sendo possível tal acordo, cada um indicaria o seu, e a escolha dar-se-ia pelo voto da maioria perante o juiz.[16]

---

me; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5. t. II. p. 342.

13. Idem, ibidem. Eis o comentário de Pontes de Miranda: "O compromisso se torna supérfluo e o legislador andou bem ao dispensá-lo". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 482.

14. Neste sentido é a lição de Graciela Iurk Marins: "O compromisso para os assistentes técnicos, modernamente, não é pressuposto essencial. Muitas vezes não se exige o compromisso para os assistentes". MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 88-89.

15. Quando trata da revogação do compromisso no tocante a atuação dos peritos, salienta Marinoni que o *expert* "não prestará compromisso, embora deva cumprir o encargo escrupulosamente depois de tê-lo aceito, demonstrando conhecimento técnico e idoneidade moral, e observando fielmente os prazos que lhe são conferidos". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 341.

16. A lição de Moacyr Amaral Santos é no sentido de que "ou os litisconsortes acordam na indicação de um assistente técnico que lhes seja comum ou cada litisconsorte in-

Pontes de Miranda esclarecia que, "se há pluralidade de autores, têm eles de resolver pelo voto da maioria; se há empate, sorteia-se, com os nomes dos indicados".[17]

Tal regra, como dito, foi revogada pela Lei 8.455/1992, cancelando-se a restrição e garantindo que cada parte, mesmo que em litisconsórcio, possa indicar o assistente técnico de sua preferência,[18] não obstando que os litisconsortes façam a indicação conjuntamente.

Em vista de suas características, importa a discussão sobre a natureza jurídica da assistência técnica. A maior parte da doutrina sustenta que, enquanto o perito é auxiliar do juiz, o assistente técnico o é da parte,[19] por isso não estaria sujeito às regras de suspeição e impedimento.[20] Este é, inclusive, o posicionamento trazido pelo Código de Processo Civil, ao estabelecer na segunda parte

---

dicará o seu. Mas, neste caso, a louvação exige um ato complementar perante o juiz: a escolha far-se-á pelo voto da maioria de cada grupo; ocorrendo empate, decidirá a sorte (art. 421, § 2.º)". AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. IV. p. 319. No mesmo sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior: "No caso de litisconsórcio, ativo ou passivo, o Código previa um único assistente técnico para cada grupo, submetido a sorteio se não houvesse acordo entre os interessados". *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I. p. 485.

17. E continua, dizendo que "dá-se o mesmo se a pluralidade é dos réus. Observa-se que se trata de matéria do interesse de todos os autores, ou de todos os réus". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 480.

18. Humberto Theodoro Júnior dispõe neste sentido: "A Lei 8.455, de 24.08.1992, no entanto, cancelou a restrição outrora contida no § 2.º do art. 421, de maneira que, agora, cada litisconsorte pode indicar seu próprio assistente". THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 485. Também aduziu Pontes de Miranda que "em vez de compelir os litisconsortes do mesmo polo à indicação de um único assistente, o legislador da Lei 8.455, de 24.08.1992, preferiu deixar atuar em sua plenitude o princípio da autonomia litisconsorcial, consagrado no art. 48". Op. cit., p. 480 – nota 221.

19. Sustenta Fernando Lehnen que "efetivamente, o assistente técnico não é um auxiliar do juiz mas o é da parte. A única diferença que existe é a de não possuir o status de auxiliar do juiz". LEHNEN, Fernando. *Estudo jurídico-contábil da prova pericial*. São Paulo: Ed. LTr, 2001. p. 128.

20. Neste sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 485; e também Pontes de Miranda, que sustenta que "enquanto o perito pode ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 423), não no podem os assistentes técnicos." Op. cit., p. 483. Ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 432.

do seu art. 422 que "os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição".

A doutrina mais antiga estabelecia que "os assistentes técnicos não são senão peritos indicados pelas partes, porquanto exercem as mesmas funções destes e estão sujeitos ao mesmo tratamento que estes", e portanto, "a distinção entre perito e assistente técnico está exclusivamente na nomeclatura: aquele é o perito nomeado pelo juiz (art. 421), este o perito indicado pela parte".[21]

Atualmente, Cândido Rangel Dinamarco enfatiza que o assistente técnico é "definido como assessor da parte e não do juízo, ele não presta compromisso, não está sujeito a recusa por impedimento ou suspeição e seu trabalho não será havido como mais que mero parecer".[22] No mesmo sentido é a lição de Pontes de Miranda, que afirma que, "enquanto o perito pode ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 423), não o podem os assistentes técnicos".[23] Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que "ao lado do perito que assessorará o magistrado nas questões técnico-científicas da controvérsia, também as partes podem servir-se de auxiliares",[24] que ficam "vinculados direta e especificamente às partes com quem contribuem".[25]

---

21. Ainda aduz Moacyr Amaral Santos que "como os peritos, os assistentes técnicos prestam compromisso (art. 422), podem escusar-se a funcionar ou ser recusados por impedimento ou suspeição (art. 423), podem ser substituídos (art. 424) e utilizar-se de todos os meios necessários para o bom desempenho de suas funções (art. 429, conferenciarão com o perito antes da lavratura do laudo, que será por todos assinado (art. 430) etc.". AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 318-319.

22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 108. Sustenta Marinoni que "os assistentes técnicos são da confiança da parte, e que não estão sujeitos a impedimentos ou suspeição. Isto quer dizer, em outras palavras, que se incumbe à parte designar o assistente técnico da sua confiança, não cabe a outra parte ou ao juiz afirmar que o assistente técnico é impedido ou suspeito". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 342.

23. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 483.

24. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual*... cit., p. 432.

25. Idem, ibidem. Sustenta João Batista Lopes que "a lei processual não esclarece adequadamente a natureza das funções do assistente técnico, mas é certo que o trabalho por ele apresentado não pode ser considerado laudo, em sentido técnico, mas simples parecer cujo valor será aferido pelo juiz segundo o princípio da persuasão racional". LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 136.

Trata-se, portanto, de profissional com conhecimento técnico específico, mas de confiança da parte, já que é difícil imaginar que indique alguém que não confie. Portanto, entende-se que qualquer pessoa[26] mencionada nos arts. 134 e 135 do CPC pode atuar como assistente técnico. Sem sombra de dúvidas, a restrição quanto à indicação deve ser apenas quanto à especialidade profissional ou conhecimento técnico, já que a legitimidade da sua atuação e do seu parecer depende de tais aspectos.[27] Ainda, conforme orientação jurisprudencial, nada obsta que a parte indique pessoa jurídica como assistente técnico. Já decidiu o STJ que "não veda o sistema processual vigente que pessoa jurídica possa servir como assistente-técnico, sobretudo após a edição da Lei 8.455/1992" (STJ, REsp 36578, 4.ª T., j. 24.08.1993, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 27.09.1993. p. 19823).

Cândido Rangel Dinamarco, de maneira clara, ensina que "como auxiliar da parte e não do juízo, o assistente ajuda aquele que contratou seus serviços a melhor entender determinadas situações, ou fatos, ou objetos, ou vestígios, e a expressar-se adequadamente a respeito".[28] E complementa, comparando o profissional técnico ao jurista, que chamado a opinar sobre questões relativas a um processo, "opina, fundamenta, conclui, mas não decide".[29]

Graciela Marins sustenta que os assistentes técnicos são peritos, mas de escolha particular de cada parte, posto que defenderão os interesses de quem os indicou.[30]

Entretanto, em que pese serem os assistentes técnicos de confiança da parte, não estão desobrigados de expor os fatos conforme a realidade e de acordo com as técnicas da sua especialidade profissional.[31] Pontes de Miranda sustenta que

---

26. Eis a lição de Pontes de Miranda: "De confiança da parte, o assistente pode ser qualquer das pessoas referidas nos arts. 134 ou 135, sem que caiba questionar a sua imparcialidade". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 483.
27. Entende Fernando Lehnen que "a parte é livre para a escolha de assistente técnico de sua confiança. A restrição que exige é apenas a da capacitação profissional para legitimar o parecer que será emitido por ele". LEHNEN, Fernando. Op. cit., p. 113.
28. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 99-100.
29. Idem, ibidem.
30. Sustenta a autoria que "às partes é facultada a indicação de assistentes técnicos, em cinco dias (art. 421, § 1.º, I) que nada mais são do que peritos, no entanto, de escolha particular de cada uma. Defenderão, os assistentes técnicos, os interesses da parte que lhe contratou, quando possível". MARINS, Graciela Iurk. Op. cit., p. 88.
31. Também afirma João Batista Lopes que "posto seja mero assessor da parte, não pode o assistente falsear os fatos para beneficiá-la, pena de ser responsabilizado criminalmente". LOPES, João Batista. Op. cit., p. 136.

o fato de serem de confiança da parte "não despoja os assistentes da condição de órgãos jurisdicionais auxiliares, nem os alivia da obrigação de expor os fatos conforme a verdade, contribuindo para a apropriada instrução do feito, nem os faz imunes à responsabilidade civil ou penal, resultante de sua má conduta".[32] Ainda, mesmo não estando o assistente técnico sujeito às regras de impedimento e suspeição, o juiz tem o dever de condução do processo, podendo adverti-lo sobre abusos na sua atuação.

Reconhecida, portanto, a natureza jurídica do assistente técnico como profissional parcial e auxiliar da parte, mister esclarecer sobre a preclusão quando a parte não o indica no prazo legal. Conforme lição de Ulderico Pires dos Santos, "existem entendimentos diferentes sobre ser ou não preclusivo o prazo para a sua indicação e para a formulação de quesitos, pois há julgados sustentando que se as partes não o indicarem dentro dele perderão o direito de fazê-lo, operando-se a preclusão; outros afirmam que ela não ocorre".[33] Além disso, parte da doutrina aduz que "esgotado o prazo sem que tenha providenciado na designação de assistente técnico, não mais será possível sua indicação, mesmo que venha a ser nomeado novo perito".[34]

Após a indicação dos assistentes técnicos, e diante do advento da Lei 10.358/2001 que incluiu no CPC o art. 431-A, as partes, na pessoa dos seus advogados,[35] deverão ser cientificadas da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para o início dos trabalhos.[36]

---

32. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 483.

33. SANTOS, Ulderico Pires dos. *Meios de prova. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: UPS, 1995. p. 404.

34. LEHNEN, Fernando. Op. cit., p. 111.

35. Humberto Theodoro Júnior aduz que "a intimação far-se-á na pessoa dos advogados, salvo se a perícia tiver de recair sobre o próprio litigante (exames médicos, psiquiátricos etc.)". Op. cit., p. 485. Também Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sustentam que "não é necessária a intimação pessoal das partes – basta e de seus advogados". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 409.

36. Sustenta Humberto Theodoro Júnior que "antes de proceder aos trabalhos técnicos, as partes serão intimadas da data e local designados para início da perícia, seja tal designação de iniciativa do juiz ou do perito (art. 431-a)". Op. cit., p. 487. O mesmo doutrinador explica como as intimações serão realizadas: "Se a deliberação for do juiz constará dos autos e será intimada como todas as deliberações processuais. Se for do perito, deverá informar ao escrivão para que este tome as providências intimatórias. A intimação far-se-á na pessoa dos advogados, salvo se a perícia tiver de recair sobre o próprio litigante (exames médicos, psiquiátricos etc.)". Idem, p. 485.

Humberto Theodoro Júnior salienta que a inclusão desta regra no Código de Processo Civil decorre da tentativa de "evitar perícias levadas a efeito em segredo e sem condições de acompanhamento pelas partes e seus assistentes".[37] Com razão o doutrinador, visto que a presença do assistente técnico nos autos visa atender aos ditames constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A este respeito Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero elucidam que, "como inequívoca densificação do direito fundamental ao contraditório (art. 5.º, LV, CF/1988), nosso Código de Processo Civil determina ao órgão jurisdicional que intime as partes da data e local designados para ter início a produção da prova pericial".[38]

Certamente possibilitar às partes que indiquem profissionais de sua confiança, mas restringir o acesso de tais auxiliares à realização da prova é causa de cerceamento de defesa. A doutrina sustenta, inclusive, a nulidade da prova caso a ausência de intimação tenha causado prejuízo.[39]

O CPC traz em seu art. 429 regra clara de que "para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças".[40]

Importante salientar que os dados das testemunhas que eventualmente sejam inquiridas devem ser registrados, já que a audiência de instrução não se realizou ainda e pode haver interesse de sua inquirição judicial. Em se tratando de documentos, também devem-se registrar os dados relativos à origem dos

37. Por isso, inclusive, o mesmo doutrinar enfatiza que "antes de dar início a suas tarefas técnicas, o perito tem de certificar-se da prévia intimação dos litigantes". Idem, p. 487.

38. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 409.

39. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero aduzem que "eventual perícia realizada sem prévia intimação das partes é ineficaz, sendo de se decretar a sua nulidade se a não-intimação ocasionar prejuízo aos fins de justiça do processo. Não o causando, contudo, a perícia deve ser considerada válida e eficaz". Idem, ibidem.

40. Redação do art. 429 do CPC. Eis o comentário da doutrina acerca do dispositivo: "Se o caso recomendar, o perito e os assistentes técnicos também devem ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 349.

documentos ou do que mais for consultado ou entregue aos peritos e/ou assistentes técnicos.[41]

Trata-se de regra que visa possibilitar que os profissionais técnicos trabalhem da melhor forma e emitam seu laudo e pareceres de modo a solucionar as dúvidas existentes antes da produção da prova. Como aduz a doutrina, o artigo legal "evidentemente não deseja permitir que o perito e os assistentes técnicos sejam arbitrários ou abusivos, mas apenas quer possibilitar que seus trabalhos sejam feitos da melhor maneira possível".[42]

O parágrafo único do art. 433 do CPC dispõe que a apresentação do parecer pelos assistentes técnicos deve ocorrer no prazo de 10 dias após a apresentação do laudo pelo perito,[43] sempre considerando que o laudo pericial deve ser juntado aos autos pelo menos 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento, conforme disciplina do *caput* do mesmo artigo legal.

Trata-se de prazo comum para as partes, não sujeito às regras do art. 191 do CPC. De acordo com a lição de Pontes de Miranda, "se se duplica o prazo para a indicação de assistentes técnicos, na hipótese do art. 191, o prazo para apresentação dos seus pareceres permanece o mesmo".[44] Para o mesmo doutrinador, trata-se de prazo "comum e peremptório", sem duplicação mesmo que haja mais de um assistente indicado por pessoas do mesmo polo processual.

Ainda, importante destacar a discussão a respeito da fluência direta do prazo, ou da necessidade de intimação da parte ou de seu assistente técnico. A Lei 10.358/2001 alterou a redação do parágrafo único do art. 433, que dispunha que o prazo para o assistente técnico fluía independentemente de intimação. Em verdade, a ciência do laudo pelas partes é indispensável, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório. Agora, sem sombra de dúvidas,

---

41. Neste sentido Idem, p. 351. Ainda o mesmo autor em outra obra enfatiza que "como a tarefa do perito e dos assistentes técnicos pode ser questionada, o laudo pericial não só deve informar as razões pelas quais foram ouvidas certas pessoas e requisitados determinados documentos – que devem seguir em anexo ao laudo pericial – como também os endereços das pessoas ouvidas, para que essas, sendo caso, possam prestar depoimento testemunhal em juízo". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 408.

42. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 349. Sustenta o autor, com razão, que os profissionais estão "sujeitos às normas legais e éticas".

43. Segundo ensinamento de Pontes de Miranda "a lei distinguiu o trabalho do perito do apresentado pelos assistentes técnicos, chamando de laudo ao primeiro e pareceres ao último". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 495.

44. Idem, p. 480, nota 221.

o prazo para a apresentação do parecer apenas inicia quando da intimação das partes quanto à juntada do laudo pericial nos autos.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart "exigindo-se a intimação das partes sobre a juntada do laudo pericial, para que se passe a correr prazo para os assistentes técnicos (art. 433, parágrafo único, do CPC), resolve-se o problema surgido na prática forense em relação ao prazo para a apresentação dos chamados 'pareceres' dos assistentes técnicos".[45]

Ocorre que a intimação a que se refere o parágrafo único do artigo legal refere-se àquela feita à parte e não ao seu assistente técnico.[46] A doutrina indica este posicionamento ao passo que sustenta que "as partes é que são intimadas da apresentação do laudo do perito oficial e deverão diligenciar junto aos seus assistentes para formularem os respectivos pareceres em dez dias".[47]

No mesmo sentido, tem-se afirmação de que "o assistente técnico é da confiança da parte e a esta cabe o acompanhamento dos atos processuais de forma a deixar o assistente técnico informado para que desempenhe sua atividade".[48] Assim, conclui-se que a intimação dos assistentes técnicos é desnecessária, mas a da parte é obrigatória por força legal. Cabe à parte, portanto, diligenciar junto ao seu assistente técnico para que analise o laudo apresentado pelo perito e emita suas considerações e ponderações por escrito no prazo de 10 dias.

O referido parecer, de acordo com a doutrina, "é o documento de sua lavra, com informações e opiniões, que analisa o laudo oferecendo uma visão técnica do que foi objeto do exame pericial e uma crítica daquele, de forma que se esclareçam pontos merecedores de atenção".[49]

Cumpre esclarecer que, apesar de o assistente técnico ser auxiliar da parte, como já exposto acima, seu parecer destina-se também ao juiz, visto que será comparado e cotejado com o laudo apresentado pelo perito nomeado pelo magistrado.

Na realidade, o parecer assegura à parte fundamentos para sustentar sua pretensão e suas alegações no processo. Isto porque "analisa o conteúdo e as conclusões do laudo pericial, permitindo à parte a manifestação, com base téc-

45. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual*... cit., p. 434.

46. Afirma Humberto Theodoro Júnior que "não há intimação direta aos assistentes". Op. cit., p. 487.

47. Idem, ibidem.

48. LEHNEN, Fernando. Op. cit., p. 112.

49. Idem, p. 128.

nica, sobre aquilo que o perito tecnicamente registrou na peça processual que produziu".[50] Enquanto isso, o parecer oferece ao juiz argumentos para aceitar o laudo pericial ou eventualmente rejeitá-lo. É neste sentido o posicionamento da doutrina, quando sustenta que o parecer "destina-se tanto ao juiz como à parte que o contratou, de forma a permitir seu convencimento em relação ao conteúdo do laudo e dos fatos, oferecendo-lhes os argumentos para a contradita daquele, ou dando segurança à parte de que o trabalho pericial foi bem realizado e merece sua aceitação".[51]

Ocorre que tanto a indicação de assistente técnico quanto a posterior apresentação de parecer são faculdades da parte. Entretanto, como salienta Pontes de Miranda, a não apresentação do parecer no prazo legal leva à preclusão desta faculdade.[52] Em consequência, Humberto Theodoro Júnior esclarece que "a não apresentação do parecer do assistente técnico não é empecilho à realização da audiência".[53] No mesmo sentido, Vicente Greco Filho sustenta que "se o assistente técnico não apresentar seu parecer, o processo não ficará paralisado por isso, prosseguindo apenas com o perito oficial".[54]

A exigência de juntada do laudo pericial 20 dias antes da audiência baseia-se na possibilidade de se requerer a oitiva do perito e dos assistentes técnicos para melhor esclarecer a questão.[55] Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que isso garante "que as partes e o próprio juiz possam, se for o caso, efetivamente pedir esclarecimentos, e ainda realizar as críticas pertinentes".[56]

Tudo isto porque o art. 435 do CPC dispõe sobre a possibilidade de o perito e os assistentes prestarem esclarecimentos em audiência,[57] quando for requeri-

50. Idem, ibidem.

51. Idem, p. 127-128.

52. A doutrina afirma que, "não oferecido o parecer do assistente técnico no decêndio da lei, preclui a faculdade de apresentação do trabalho, sem qualquer outra sanção". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 495.

53. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 486.

54. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2. p. 225.

55. Neste sentido vide MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 354.

56. Idem, ibidem.

57. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que "o pedido de esclarecimentos pressupõe a entrega do laudo e/ou dos pareceres dos assistentes técnicos em juízo". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 411.

do pelas partes, sendo que a petição deve conter as devidas perguntas a serem realizadas a eles em audiência. Esta inquirição visa a uma melhor compreensão do laudo e dos pareceres.

Ensina Humberto Theodoro Júnior que o pedido de esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos em audiência somente deve ser deferido se for apresentado com antecedência, de forma a viabilizar a intimação dos *experts* pelo menos cinco dias antes do ato. Luiz Guilherme Marinoni aduz que "este prazo destina-se a possibilitar ao perito e aos assistentes técnicos prepararem-se adequadamente para prestar os esclarecimentos requeridos pelas partes e/ou pelo juiz".[58] Entretanto, nada obsta seu comparecimento voluntário em audiência.

Além desta possibilidade de inquirição do perito e dos assistentes em complementação ao laudo e pareceres, há aquela prevista no § 2.º do art. 421 do CPC, cuja redação é a seguinte: "quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado".

Sobre esta forma de elucidação de fatos, sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que "a informalidade a que se alude no artigo em comento evidentemente não diz respeito à forma da inquirição do perito e dos assistentes técnicos, uma vez que a inquirição dessas pessoas não pode ser informal".[59]

Não se trata de substituição de laudo e pareceres por inquirição em audiência. Em verdade, aceita-se esta modalidade quando a constatação do fato é demasiadamente simples. Trata-se, portanto, de medida de celeridade processual.

Ainda, segundo o art. 427 do CPC, o juiz poderá dispensar a prova pericial quando for apresentado parecer técnico ou documentos pelas partes na petição inicial ou contestação. Tais pareceres ou documentos devem ser elucidativos para possibilitar que o órgão judicial compreenda as alegações de fato trazidas aos autos.

De acordo com os ensinamentos de Fernando Lehnen, este parecer, apresentado por um assistente técnico extraprocessual, "por seus esclarecimentos, torna suficientemente claro o assunto da lide, passando a ser desnecessária, sob os olhos do juiz, a realização da prova pericial que passaria apenas a servir

58. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 356.

59. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 404.

para acréscimo de gastos e protelação da decisão final".[60] Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sustentam que tal parecer "pressupõe credibilidade".[61]

Sem sombra de dúvidas a parte contrária poderá impugnar o parecer e sua obtenção unilateral.[62] Isto porque há grande diferença entre a prova pericial, produzida sob o crivo judicial do contraditório, e os pareceres apresentados por assistentes técnicos extrajudiciais. Sustenta Luiz Guilherme Marinoni que "enquanto da prova pericial os interessados na formação do judicium participam plenamente em contraditório, alegando e considerando, no laudo obtido por um dos interessados há na realidade apenas um parecer de uma pessoa, que deve ter a especialidade suficiente para proferir um parecer técnico".[63]

Por isso, considerando que o parecer extrajudicial é obtido unilateralmente sem que possibilite que a outra parte impugne a técnica, a metodologia, o profissional ou apresente quesitos, o juiz "deve considerar a diferença de intensidade de participação das partes e, inclusive, estar atento para a circunstância de que o interessado pode ter encomendado o parecer técnico e, assim, ter distorcido o fato para o próprio especialista".[64]

Trata-se, então, de medida que deve ser aplicada com as devidas cautelas, para que não se aniquile o direito de defesa da outra parte.

Portanto, em havendo impugnação fundamentada ao parecer unilateral, não se pode dispensar a produção judicial da prova técnica, afinal, espera-se do juiz um julgamento baseado em prova esclarecedora e idônea.

Em contrapartida à dispensa de perícia e à perícia oral, existem casos que exigem prova pericial complexa, que envolva mais de uma área de conhecimento. Assim, com fulcro no art. 431-B do CPC, pode o juiz nomear mais de um perito para a realização da prova. Consequentemente, como dispõe o mesmo artigo, as partes poderão indicar mais de um assistente técnico. Trata-se de inovação introduzida pela Lei 10.358/2001.

No tocante aos quesitos complementares, tem-se posicionamento da doutrina no sentido de que "a não apresentação de quesitos iniciais não impede a

60. LEHNEN, Fernando. Op. cit., p. 127.

61. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 408.

62. Neste sentido leciona Luiz Guilherme Marinoni: "É claro que o interessado deve ter a oportunidade de impugnar o laudo técnico obtido unilateralmente". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários*... cit., p. 348.

63. Idem, ibidem.

64. Idem, ibidem.

formulação de quesitos suplementares (art. 425, CPC), porquanto uma faculdade não se confunde com a outra – são duas oportunidades diferentes que se encontram coordenadas e não subordinadas, ambas visando a plena densificação do direito fundamental ao contraditório na formação da prova pericial".[65] No entanto, já decidiu o STJ em sentido contrário, cuja ementa se transcreve parcialmente: "a apresentação de quesitos suplementares pressupõe a dos principais, na oportunidade que a lei estabelece".[66]

Ainda, quando o juiz entender que a matéria controvertida não foi devidamente esclarecida, pode determinar a realização de nova prova pericial, consoante disposição contida no art. 437 do CPC. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, a finalidade desta nova prova pericial é "apenas eliminar a perplexidade do julgador, gerada pela prova existente nos autos".[67] Conforme disposição do artigo citado, a determinação pode ser de ofício ou a requerimento das partes.[68] Segundo Humberto Theodoro Júnior, "essa deliberação poderá ser tomada, de ofício ou a requerimento da parte, após a juntada do laudo ao processo, ou em diligência após os esclarecimentos dos peritos em audiência e coleta dos demais meios de prova, desde que persista a dúvida em torno do *thema probandum*".[69] Explana Marinoni que a determinação pode ser de ofício "uma vez que o julgador, objetivando esclarecer a situação fática, tem o poder de determinar prova de ofício".[70]

Trata-se de segunda perícia,[71] que conforme disposição do art. 438 do CPC, "tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira, e destina-se a

65. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 404.

66. STJ, REsp 19282, 1.ª T., j. 18.05.1992, rel. Demócrito Reinaldo, *DJ* 22.06.1992. p. 9728.

67. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 489.

68. Segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, "a determinação de nova perícia por parte do juiz é do seu arbítrio. É possível que a requeiram as partes". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 499.

69. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 489.

70. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruze. *Manual*... cit., p. 358. Isto porque "o juiz moderno, ciente da sua responsabilidade, deve participar ativamente do processo, já que o principio dispositivo não deve ser associado com a instrução da causa, mas antes com as limitações impostas ao julgador em razão da disponibilidade do direito". Idem, ibidem.

71. Pontes de Miranda coloca ponto interessante, ao passo que questiona se "resta saber se, feita a segunda, é possível a terceira, a quarta, etc. A lei fala em 'nova', e não de se-

corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados".[72] Portanto, a nova perícia pressupõe que a anterior não esclareceu suficientemente os fatos, e então, a corrige. Na realidade, "a nova perícia é uma exceção e não uma faculdade da parte, de sorte que o juiz só a determinará quando julgá-la realmente imprescindível diante de uma situação obscura refletida nos elementos de prova dos autos".[73]

Em que pese os arts. 437 a 439 do CPC não terem mencionado a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos nessa ocasião, entende-se que tal oportunidade deve ser garantida às partes já que o próprio art. 439 do CPC dispõe que a nova prova "rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira". Além disso, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, "o perito e os assistentes não poderão ser os mesmos que serviram na anterior".[74]

Importante salientar que esta nova prova pericial não substituirá, anulará ou invalidará a anteriormente produzida.[75] Para Marinoni "a 'segunda' perícia deve ser vista como um recurso, ou como algo 'melhor' que a 'primeira' perícia realizada".[76]

Em verdade, a realização da nova perícia, juntamente com todos os pareceres dos assistentes técnicos, servirá para que o magistrado faça o cotejo e forme seu convencimento.[77] Inclusive o parágrafo único do art. 439 do CPC dispõe que "a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra".

Isto porque, segundo palavras de Pontes de Miranda, "ao juiz é que cabe a livre apreciação".[78] Trata-se da regra contida no art. 131 do CPC, que dispõe

---

gunda. Naturalmente, o juiz somente determinará a terceira, ou outra mais, em casos excepcionalíssimos". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 499.

72. Ensina Pontes de Miranda que "a segunda perícia, ou outra que possa advir, tem de ter o mesmo fito que a primeira no tocante aos fatos ou objeto". Idem, ibidem.

73. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 489.

74. Idem, ibidem.

75. Para Luiz Guilherme Marinoni "é lógico que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual*... cit., p. 360.

76. Idem, ibidem.

77. Neste sentido é a lição de GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 226.

78. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 500.

que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e as circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

4. A PREVISÃO EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS EM RELAÇÃO AO PROCESSO PENAL

4.1 O Direito italiano

As atuais disposições do processo penal italiano foram delineadas com a entrada em vigor do novo Código em 1988. Passou-se a adotar o sistema acusatório, em contraposição ao antigo sistema inquisitório,[79] assumindo-se, ainda, características do sistema adversarial, da *common law*.

Nesse sentido, mostra-se relevante a atuação das partes, em especial na produção probatória. No que diz respeito à perícia, o magistrado pode utilizar as conclusões de um assistente técnico da parte (*consulente tecnico*), ou pode determinar a realização do exame. Assim também, em caso de análise irrepetível, o trabalho do assistente técnico nomeado pelo Ministério Público, na fase das investigações preliminares, tem eficácia similar à da perícia.[80]

O assistente técnico da parte pode atuar em relação a uma perícia já determinada, fora dos casos de perícia (art. 233), e para "questionar o resultado de uma perícia já realizada".[81]

Ao assistente técnico da parte são conferidas amplas possibilidades de atuação,[82] podendo presenciar as atividades dos peritos, formulando questões e observações, e apresentar ao juiz pedidos, observações e reservas (art. 230). O assistente técnico pode "ler os autos do Ministério Público", pode "realizar investigações para buscar e individuar elementos de prova e pode conversar com pessoas capazes de lhe fornecer informações",[83] e, ainda, ter acesso à pessoa, lugar ou coisa objeto da perícia (art. 230).

---

79. TONINI, Paolo, *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 17-18.
80. Idem, p. 184 e 190-191.
81. Idem, p. 188; PISANI et at. *Manuale di procedura penale*. Bolonha: Monduzzi, 1994. p. 249.
82. Da mesma forma, aos peritos é conferida atuação proeminente, sendo-lhes dados poderes de direção e impulso e cabendo-lhes a solução da questão técnica. TONINI, Paolo. Op. cit., p. 185-186.
83. Idem, p. 186 e 189.

De acordo com Paolo Tonini, instaura-se um contraditório entre o perito e os assistentes técnicos das partes.[84]

Os assistentes técnicos podem ser nomeados pelas partes, em número não superior ao de peritos (art. 225), desde a fase das investigações preliminares.[85]

No caso de não ter sido determinada uma perícia, o assistente técnico pode apresentar um parecer, com suas conclusões sobre o exame realizado. Na fase de debates, os assistentes técnicos, assim como os peritos, são ouvidos mediante exame cruzado, de forma similar à testemunha.[86] Não há, porém, para o assistente técnico, a previsão de um dever de relatar a verdade, vez que é considerado auxiliar da parte.[87]

Quanto à atuação do assistente técnico do Ministério Público, além da previsão do art. 233, o art. 359 do CPP italiano permite a nomeação de tais profissionais, na fase das investigações preliminares, "quando for necessário proceder a averiguações relacionadas aos sinais descritivos ou fotográficos e a toda e qualquer operação técnica que requeira conhecimentos específicos", sendo que eles podem participar dos atos de investigação.[88]

O resultado do trabalho deve ser encartado nos autos das investigações, que são encaminhados a juízo. Diferentemente, o trabalho dos assistentes técnicos na fase da audiência preliminar e do juízo pode ser comunicado ou não à outra parte.[89]

No caso de análises irrepetíveis, a serem realizadas na fase das investigações preliminares, o Código determina um controle por parte do investigado. Isso ocorre no caso de o estado do objeto da perícia estar sujeito a modificações, bem como no caso de a análise ocasionar a modificação do objeto da perícia – coisas, lugares ou pessoas. O Ministério Público deve, então, dar ciência aos interessados – investigado, ofendido e defensores –, que possuem a faculdade de nomear assistentes técnicos.[90]

---

84. Idem, p. 184.
85. Idem, ibidem.
86. SIRUCUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1996. vol. 1. p. 406.
87. TONINI, Paolo. Op. cit., p. 189.
88. Idem, p. 191.
89. Idem, p. 190.
90. Idem, p. 191.

Nota-se, portanto, no sistema italiano, a atuação efetiva do assistente técnico, no interesse da parte, enriquecendo o contraditório, desde a fase das investigações preliminares.

4.2 O Direito francês

O Direito francês também dispõe sobre a figura do assistente técnico, que pode ser indicado pelo Ministério Público ou pelas partes.

Cabe ao juiz determinar a realização de perícia, de ofício ou por requerimento do Ministério Público ou das partes, quando haja uma questão de ordem técnica (art. 156, CPP francês). O perito é nomeado dentre uma lista de pessoas físicas ou jurídicas que figurem em uma lista dos tribunais (art. 157, CPP francês).

Assim também, os assistentes técnicos são escolhidos pelas partes dentre os que compõem referida lista (art. 161-1, CPP francês).

Ao determinar a perícia, o juiz fixa a finalidade ou "missão" da análise, correspondente ao exame de questões de ordem técnica, determinando, ainda, o prazo para sua realização. A seguir, é dada ciência da decisão ao Ministério Público e aos advogados das partes, que podem, em um prazo de 10 dias, requerer a modificação ou complementação dos quesitos e indicar assistentes técnicos (art. 161-1, CPP francês).[91]

Tal previsão não se aplica nos casos em que a perícia deva se realizar de forma urgente e não possa ser adiada para depois do prazo de 10 dias, bem como nos casos em que a comunicação prévia possa trazer o risco de entravar o cumprimento das investigações.

A lei francesa não explicita as funções do assistente técnico nem o diferencia do perito, chamando ambos de *expert*.

É prevista a possibilidade de os peritos receberem as declarações de quaisquer pessoas, com exceção do investigado e do assistente de acusação, a não ser que haja autorização judicial (art. 164).

---

91. Segundo ensina Jean Pradel, a possibilidade de indicação de assistente técnico decorreu de uma reforma legal, promovida em 2007. Embora tenha mantido o monopólio do juiz de instrução, em relação à perícia, a Lei propiciou o contraditório nessa espécie e prova, notando-se influência da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem, julgado Cottin *vs.* Belgique. *Manuel de procedure penale*. 14. ed. Paris: Cujas, 2008. p. 452.

Durante o curso da perícia, as partes podem requerer que os peritos realizem certas diligências ou a oitiva de quaisquer pessoas que possam fornecer informações de natureza técnica (art. 165).

Ao final dos trabalhos, os peritos elaboram um relatório, com a descrição das operações e suas conclusões. Em seguida, as partes tomam ciência do documento, podendo apresentar observações e formular pedidos, principalmente a fim de complementar a perícia ou promover contra-perícia.

Também está prevista a possibilidade de o juiz de instrução determinar a apresentação de um relatório provisório, sobre o qual as partes podem apresentar questões, sendo, então, oferecido o laudo definitivo (art. 167-2).

Os peritos ainda realizam uma exposição, em audiência, dos resultados do exame, respondendo às questões do juiz, feitas de ofício ou a pedido das partes.

Vê-se, portanto, no ordenamento francês, a preocupação com a participação da acusação e da defesa na produção probatória, desde a fase do juizado de instrução, acompanhando os trabalhos e formulando questões. Por outro lado, nota-se a cautela com a qualificação dos peritos e sua independência ou idoneidade, formando-se uma lista oficial.

4.3 O Direito chileno

O sistema processual penal chileno foi inteiramente alterado com a edição de um novo código, que passou a vigorar, em todo o território nacional, em junho de 2005.

Por influência do Código Modelo para Ibero-América, foi adotado o sistema acusatório, assim como diversas normas do sistema *adversarial*.

Da mesma forma que em ordenamentos de origem anglo-saxônica, transferiu-se às partes a incumbência de buscar e realizar a prova. Quanto à perícia, o art. 314 previu que o Ministério Público e os demais intervenientes podem apresentar "informes" elaborados por peritos de sua confiança e solicitar sua oitiva na audiência de preparação do juízo oral.

Ressalta-se, contudo, o dever de imparcialidade que deve orientar seus trabalhos, podendo serem feitas perguntas, em audiência, para verificar a idoneidade dos peritos e o rigor técnico e científico de suas conclusões (art. 318).

Podem figurar como peritos do Ministério Público os membros de órgãos técnicos que prestem auxílio em sua função de investigação, seja da polícia, do próprio Ministério Público ou de outros órgãos especializados (art. 321).

Embora as partes devam arcar com os honorários dos respectivos peritos, o Código estabelece que o juiz de garantia pode exonerar a parte do pagamento, quando ela não disponha de meios suficientes ou quando a não realização importar em notório desequilíbrio para a defesa.

O ordenamento também permite a adoção de medidas de proteção, similar às das testemunhas, para peritos ou terceiros que intervenham na produção probatória.

De acordo com Maria Inês Horvitz Lennon, o Ministério Público e os demais intervenientes poderão requerer a elaboração de informes periciais desde o início do procedimento penal. Tais informes devem ser apresentados por escrito ao tribunal, perante o juiz de garantia, para que declare sua admissibilidade como meio de prova.[92]

Durante a etapa de investigação ou na audiência de preparação do juízo oral, os intervenientes podem solicitar ao juiz de garantia que dite as instruções necessárias para que seus peritos possam acessar e examinar os objetos, documentos ou lugares objeto da perícia. O pedido será denegado se for considerado necessário prorrogar tal providência, para proteger o êxito da investigação, na primeira etapa (art. 320).

Na audiência do juízo oral, os peritos são ouvidos segundo as normas do art. 329, que lhes determina uma breve exposição do conteúdo e das conclusões do "informe", seguida da inquirição pelas partes, em exame cruzado.

Observa-se, assim, a atuação proeminente das partes na produção probatória, de sorte que seus assistentes técnicos figuram como os próprios peritos responsáveis pelo exame, a ser apresentado na fase do juízo oral, após a prova ter sido admitida.

5. ANÁLISE CRÍTICA E QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE AS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre debater a natureza do trabalho apresentado pelo assistente técnico e seu papel, diante das disposições trazidas pela Lei 11.690/2008.

No que respeita à perícia, encontram-se posições diversas sobre sua natureza. Ela normalmente é referida como meio de prova,[93] mas também como

92. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Juridica de Chile, 2004. t. II.

93. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 309.

"meio de valoração da prova"[94] e como "algo mais do que simples meio de prova".[95] Na visão de Carnelutti, trata-se de elaboração de provas.[96]

O perito é definido como "uma pessoa que, pelas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos", sendo um auxiliar do juízo.[97]

Do mesmo modo, o assistente técnico é referido como "pessoa dotada de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que traz ao processo informações especializadas, relacionadas ao objeto da perícia", sendo alguém que atua no interesse da parte.[98]

Como semelhança entre peritos e assistentes técnicos, nota-se a atuação destinada a suprir a necessidade de conhecimentos especializados. Entre as diferenças, destaca-se a não tipificação, para o assistente técnico, do crime de falsa perícia, não se sujeitando aos impedimentos e suspeições, vez que sua atuação tem por escopo o auxílio da parte.[99] É o que dispõe também o Código de Processo Civil, conforme mencionado acima.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como o chileno, em que o assistente da parte é o responsável pela elaboração da perícia, no sistema brasileiro, ele atua de forma auxiliar e complementar, cabendo ao perito a apresentação do laudo oficial, além de examinar o objeto da perícia e realizar as operações necessárias. A prova é vista sob a perspectiva do interesse público, cabendo ao Estado sua administração.

De forma tímida, o assistente técnico foi introduzido no processo penal brasileiro com a função de fiscalizar e questionar o trabalho do perito, sendo-lhe conferida apenas a possibilidade de consultar, posteriormente, o material submetido a perícia.

---

94. TONINI, Paolo. Op. cit., p. 184.
95. Tornaghi e Mirabete apud DEZEM, Guilherme Madeira. Op. cit., p. 159.
96. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. vol. V.
97. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários*... cit., p. 317.
98. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 278.
99. Idem, ibidem.

Não obstante, pode-se entender que sua atividade consiste em meio de prova, no sentido de instrumento processual que permite adquirir um elemento de prova.[100] Isso porque não se trata de mera argumentação que se preste a reforçar as alegações da parte. Cuida-se de verdadeiro exame pericial, analisando o objeto da perícia e aplicando à situação concreta as leis científicas e o conhecimento especializado.

Desse modo, não há que se entender o parecer técnico, elaborado por assistente devidamente admitido, como mero documento, a ser livremente valorado. Ademais, prevendo-se expressamente a atuação do assistente técnico, é de se valorar o resultado de seu trabalho de forma diversa do que o parecer que era apresentado por liberalidade da parte, antes da reforma legal.

É certo também, de outro lado, que o trabalho do assistente não consiste em elemento integrante da perícia, pois é feito no interesse da parte e mostra-se facultativo. Entendimento diverso levaria a que a perícia estivesse incompleta no caso de não apresentação de parecer.

Pode-se dizer que o parecer técnico possui características e natureza próprias, não podendo ser enquadrado no conceito de perícia oficial, nem como mero documento, nem como declaração de testemunha.

De acordo com Mariângela Lopes e Fernanda Regina Villares, tratar-se-ia de meio de prova atípico, porquanto não se encontraria estabelecido o procedimento a ser observado, encontrando-se somente a nomeação do meio.[101] Contudo, apesar das falhas legais e da íntima ligação com a perícia, a assistência técnica parece estar minimamente prevista em lei, podendo ser considerada prova típica. Isso porque tem-se a previsão sobre os legitimados para requerê-la, a admissão pelo juiz, a realização em audiência e por meio de parecer, e ainda a faculdade de consulta ao material probatório.

Como meio de prova, o parecer e as declarações do assistente, entendidas como esclarecimentos orais sobre o trabalho, devem ser submetidos ao contraditório, com a possibilidade de questionamento pela outra parte.

A respeito do contraditório, lamenta-se que a lei não tenha previsto, a exemplo dos ordenamentos italiano e francês, a cientificação das partes acerca

100. TONINI, Paolo. Op. cit., p. 130.

101. Manifestação do assistente técnico e a reforma do Código de Processo Penal. Meio de prova atípico. Procedimento. *Boletim IBCCrim*, a. 16, n. 194, p. 14.

da realização da perícia, desde antes da fase processual, com a possibilidade de formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. Em muito poderia ser reforçada a atuação desse profissional se pudesse acompanhar a perícia desde o início, principalmente quando o exame se torna irrepetível, pela alteração do estado do objeto.

Diante da regra contida no art. 155 do CPP, tal prova poderá servir de base à convicção do julgador, como exceção à exclusão dos elementos informativos.

Não é vedado, porém, que essa perícia, quando urgente e imprescindível, seja realizada como prova antecipada,[102] sujeita ao contraditório e perante o juiz, com a participação de assistente técnico. Ao contrário, estaria em consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5.°, LV, CF/1988).

Nesse ponto, insta verificar a questão relativa ao momento da atuação do assistente técnico. A doutrina tem afirmado que sua participação somente é possível na fase judicial, em virtude dos termos do § 5.° do art. 159 do CPP, que menciona "durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia".

Entretanto, parece mais apropriado interpretar tal dispositivo no sentido de que ele visou a definir as faculdades das partes na fase processual. Não, porém, que tenha proibido a admissão do assistente técnico na fase extrajudicial. Deve-se considerar, inclusive, que, em geral, as perícias já se encontram encerradas quando iniciado o processo penal. Dessa forma, com relação à fase judicial, quis o legislador prever o que poderia ser realizado em relação às perícias já prontas, ou seja, a oitiva dos peritos e a indicação de assistente técnico (caso não tenha havido antes) para apresentar parecer e ser inquirido em audiência.

Cuidou-se, portanto, de regulamentar o contraditório diferido, já que normalmente a perícia já foi realizada na fase extrajudicial.

Também não procede a interpretação de que a assistência técnica somente ocorre em juízo, posto que o § 3.° do art. 159 do CPP refere o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado, figuras que apareceriam apenas na fase judicial.

---

102. Antonio Magalhães Gomes Filho, tratando das provas cautelares e antecipadas, destaca sua finalidade de levar à eficiência do provimento jurisdicional principal, assegurando a eficiência da atividade probatória. As provas antecipadas caracterizam-se pela formação da prova com a participação das partes, com a relação processual instaurada. Op. cit., p. 252-253.

Por um lado, o ofendido é figura que participa do inquérito policial, podendo requerer sua instauração (art. 5.°, II, CPP) e diligências (art. 14, CPP), o que se depreende também do art. 201 do CPP, que trata de sua oitiva. Na fase judicial, a vítima aparece como assistente do Ministério Público, conforme art. 268 do CPP, sendo que, após admitida pelo juiz, pode intervir nos atos processuais. Assim, a menção ao ofendido apenas pode remeter à fase do inquérito policial.

Quanto ao acusado, deve-se entender o termo de forma ampla, como utiliza o inc. LV do art. 5.° da CF/1988, garantindo a ampla defesa e o contraditório aos "acusados em geral".

Não cabe ainda afirmar que, pelas figuras referidas, a indicação de assistente técnico no inquérito policial ficaria restrita ao Ministério Público e ao ofendido.[103] A uma, porque, como visto, o investigado estaria abrangido pelo "acusado". A duas, porque a distinção seria inadmissível e inconstitucional, pois que violaria a paridade de armas e a ampla defesa.

A única restrição expressa que se encontra na lei é a atuação após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pericial. Trata-se, porém, de norma descabida, que merece urgente reforma. Como referido, é salutar para a eficiência do exame e para o melhor exercício do contraditório que o assistente da parte possa atuar desde logo, evitando a perda de informações e a alteração do estado do objeto da perícia.

Melhor seria que se tivesse previsto a atuação posterior como exceção, nos casos em que ela pudesse inviabilizar a perícia ou tornar as investigações inócuas, como se observa na legislação francesa.

Quanto aos poderes dos assistentes técnicos, é de pontuar a relevância de se ter previsto o exame do material submetido à perícia, embora não se tenha regulamentado a atividade de tais profissionais de forma mais detalhada, como nos ordenamentos estrangeiros e no processo civil.[104]

---

103. A posição é defendida por Antonio Magalhães Gomes Filho. Idem, p. 278.

104. Não parece, contudo, adequada a previsão de oitivas e outras diligências pelos peritos e assistentes técnicos, como permitem os ordenamentos francês e italiano. Tais atividades são reservadas ao magistrado e se afastam da atuação pericial, da qual se espera a aplicação de normas técnicas ao caso concreto, em lugar da perquirição de situações subjetivas como as versões do fato.

Restou, porém, em aberto a questão sobre o acesso do assistente técnico ao local da perícia, quando não seja aberto ao público, assim como à pessoa submetida a exame. No primeiro caso, a solução pode ser encontrada com a prolação de decisão permitindo o ingresso no local mediante a aplicação analógica das normas pertinentes à busca e apreensão, que admitem a diligência para colheita de qualquer elemento de convicção (art. 240, § 1.º, *h*, CPP).

Também se deve analisar a restrição a que o exame do material pelo assistente seja realizado no órgão oficial na presença do perito oficial. Por um lado, tem-se a imposição de maior dificuldade ao profissional, que não poderá analisar o material com tempo em seu ambiente de trabalho.

De outra parte, não foi esclarecido se o assistente técnico poderá utilizar equipamentos próprios para exame do material. Assim também, não está claro se o acesso deve ocorrer no órgão oficial mesmo quando tenham sido nomeados peritos não oficiais, nos termos do § 1.º do art. 159 do CPP.

Causa ainda dúvida o § 6.º do art. 159 do CPP, posto que apenas menciona "requerimento das partes" para o acesso ao material, não indicando se deverá haver autorização, seja judicial, seja do perito oficial, para a consulta pelo assistente técnico. Tendo em vista a necessidade de preservação da prova e de garantir sua autenticidade, mostra-se recomendável que o acesso seja autorizado pelo juiz.

Nota-se também a falta de determinação quanto ao prazo que o material deve ficar conservado pelo órgão oficial.[105] Antonio Magalhães Gomes Filho, acertadamente, sustenta que a guarda deva se dar até o trânsito em julgado da sentença final, conforme o art. 118 do CPP. Defende o autor que também antes disso poderia haver a dispensa da conservação, se assim se manifestassem as partes.[106] Não se pode olvidar, entretanto, que o material possa interessar a terceiros, inclusive ao ofendido que ainda não tenha se habilitado.

A lei deixou de explicitar se se exige do assistente técnico diploma de curso superior e formação específica na área, como se passou a prescrever para os

105. Denilson Feitoza critica o dispositivo legal que determina a guarda do material, ressaltando que o procedimento atualmente adotado é o seu encaminhamento a juízo. Segundo o autor, a aplicação imediata da norma acarretaria o colapso de boa parte dos órgãos periciais, pela insuficiência de recursos para tanto. *Direito processual penal: teoria crítica e práxis*. 6. ed. Niterói: Impetos, 2009. p. 735.

106. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 278. No mesmo sentido FEITOZA, Denilson. Op. cit., p. 735.

peritos oficiais e nomeados (art. 159, *caput* e § 1.º, CPP). Tendo em vista que não há determinação legal e que o assistente técnico é profissional da confiança da parte, não se mostra cabível a exigência de tais requisitos, sendo possível somente sua inadmissão em caso de desconhecimento evidente do assunto, que possa prejudicar a parte ou causar transtornos aos exames.

Nesse diapasão, destaque-se que a lei não estabeleceu se o assistente técnico pode ser uma pessoa jurídica, como ocorre na legislação francesa e como se admite no processo civil, segundo visto acima. Tendo, porém, referido simplesmente a possibilidade de inquirição dos assistentes técnicos, pode-se entender que não pretendeu o legislador admitir empresas como assistentes, o que também acabaria por contrariar o § 7.º do art. 159 do CPP, que prevê a indicação de mais de um assistente técnico, e mais de um perito, quando a perícia for complexa, abrangendo mais de uma área de conhecimento especializado. Na admissão de uma empresa, diversas pessoas, inclusive de áreas variadas, poderiam atuar, sem controle, e com possível desvantagem para a outra parte.

No que diz respeito à pessoa jurídica, falhou a lei ao não prever a possibilidade de o responsável civil ou a pessoa jurídica que sofre busca e apreensão indicar assistente técnico. O responsável civil, que é chamado a comparecer à audiência preliminar dos Juizados Especiais Criminais (art. 72 Lei 9.099/1995), pode ter interesse, por exemplo, no laudo que avalia o dano, repercutindo no valor da indenização. Do mesmo modo, a empresa que sofre busca e apreensão pode pretender demonstrar, com parecer técnico, a impertinência dos objetos para a investigação ou que não se trata do produto da infração e requerer sua restituição.

A lei não previu expressamente a nomeação de um assistente técnico para cada acusado ou interessado, mas a indicação individual há de ser admitida, em observância à ampla defesa.

Quanto à admissão do assistente técnico pelo juiz, é preciso manifestar que não há regra semelhante no processo civil,[107] não se vislumbrando com clareza sua justificativa.[108] Poder-se-ia ponderar que, por ter acesso às fontes de prova

---

107. Há previsão semelhante no processo penal espanhol, visto que o juiz deve decidir sobre a admissão do assistente técnico após a comprovação pela parte da qualidade de especialista. BARRA, Eladio Escusol. *Manual de derecho procesal – Penal*. Madrid: Colex, 1993. p. 385.

108. Sustenta a doutrina que "em nome da ampla defesa e do contraditório, basilares de um processo legítimo e lícito, a regra prevista no § 4.º deve ser tida como não escrita,

e por consistir em meio de prova, a admissão representaria a verificação da idoneidade e isenção do assistente técnico, visando à busca da verdade. Por outro lado, argumenta-se que, como auxiliar da parte, a ela cabe escolher o profissional de sua confiança. De todo modo, é provável que se tenda a dar aplicação formal ao dispositivo, apenas para registrar e oficializar a atuação do assistente técnico, ressaltando seus deveres éticos para com o processo e o Judiciário, conferindo-se ainda a capacidade para o exercício da função.

Não foi previsto recurso, em caso de inadmissão pelo juiz. No entanto, mostra-se cabível o mandado de segurança, por ser questão afeta à produção probatória, sendo direito líquido e certo da parte requerer e realizar a produção da prova.

Não se encontra definido o momento correto para o requerimento da prova, ao contrário do que ocorre no processo civil. Segundo a doutrina, a indicação do assistente teria lugar no oferecimento da denúncia ou queixa e na defesa preliminar, com os demais meios de prova.[109] Entretanto, há provas, como a documental, que podem ser produzidas posteriormente, sem momento fixo para tanto. Além disso, não se deve descurar da possibilidade de surgir a necessidade de indicação do assistente, por exemplo, após o laudo pronto, a fim de contestá-lo.

Quanto ao momento de apresentação do parecer, a lei restringe-se a afirmar que o prazo deve ser fixado pelo juiz. Ideal é que, já admitido o assistente, o trabalho seja apresentado antes da audiência de instrução, debates e julgamento, para que as dúvidas sejam esclarecidas e se exercite verdadeiro contraditório. De qualquer sorte, o prazo a ser fixado deve ser razoável, evitando o cerceamento da defesa e concretizando-se a garantia do art. 8.°, n. 2, *c*, do Dec. 678/1992 (Pacto de São José de Costa Rica).

Sobre a faculdade de apresentar parecer ou escolher apenas a oitiva do assistente técnico, parece mais lógico que seja apresentado parecer escrito, vez que se faz necessário explicar o método utilizado e as conclusões do exame, permitindo ao juiz valorar o trabalho realizado e avaliar a aplicação do conhecimento técnico, a fim de formar sua convicção. Como se sabe, o juiz não se encontra vinculado ao laudo pericial, sendo de extrema importância a verificação do

---

até que seja decretada a sua inconstitucionalidade pelo STF, futuramente". SILVA, Ivan Luís Marques. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 72.

109. DEZEM, Denilson. Op. cit., p. 174.

raciocínio aplicado pelo perito para o acertamento da questão. Evita-se, assim, a sobreposição do conhecimento técnico às questões jurídicas e à avaliação dos fatos, como se se tratasse da nova rainha das provas.

Deve-se também ponderar, como Guilherme Madeira Dezem, que a mera inquirição, sem o parecer técnico, corresponderia a uma prova anômala.[110]

Por fim, observando-se o direito comparado, insta registrar a positiva previsão de fixação da "missão" ou finalidade da perícia, o que, se adotado em nosso ordenamento, evitaria trabalhos vagos e inúteis aos propósitos do processo penal, bem como laudos inconclusivos. Do mesmo modo, seria conveniente a previsão expressa da gratuidade da assistência técnica para os que não possuem condições de arcar com os honorários do profissional, o que deveria ser provido pelo Estado, dentro da garantia de assistência jurídica gratuita e integral para os desfavorecidos (art. 5.º, LXXIV, CF/1988).

Conclui-se, ao final, pelo avanço representado pela inserção do assistente técnico no processo penal brasileiro, mas também pela existência de diversas questões legais a serem dirimidas para a melhor aplicação do meio de prova.

6. BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. IV.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. vol. V.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998.

BARRA, Eladio Escusol. *Manual de derecho procesal – Penal*. Madrid: Colex, 1993.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria crítica e práxis*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio et al. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

110. Idem, p. 175.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2.

LEHNEN, Fernando. *Estudo jurídico-contábil da prova pericial*. São Paulo: Ed. LTr, 2001.

LENNON, Maria Inês Horvi; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Juridica de Chile, 2004. t. II.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LOPES, Mariângel; VILLARES, Fernanda Regina. Manifestação do assistente técnico e a reforma do Código de Processo Penal. Meio de prova atípico. Procedimento. *Boletim IBCCrim*. a. 16. n. 194. p. 14. São Paulo: IBCCrim, jan. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5. t. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

PISANI et al. *Manuale di procedura penale*. Bolonha: Monduzzi, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV.

PRADEL, Jean. *Manuel de procédure penale*. 14. ed. Paris: Cujas, 2008.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Meios de prova. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: UPS, 1995.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SIRUCUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1996. vol. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova pericial na reforma processual penal brasileira, de Roberto Ferreira da Silva – *RT* 878/424; e
- Considerações sobre a produção da prova pericial no processo penal e suas recentes modificações, de Alexandre Augusto Costa – *RT* 888/460.

55177

4 As decisões processuais penais

Análise crítica do *sistema* atual e tendências da legislação projetada

Éric Alexandre Lavoura Lima

Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Metodista de São Paulo. Assistente Jurídico do TJSP.

Área do Direito: Penal

Resumo: O tema das *decisões processuois penois* mostra-se fundamental ao esforço jurisdicional de pacificação social com justiça. Porém, o legislador de 1941 não lhe conferiu a devida importância, embora tal assunto servisse de imprescindível base às teorias penais dos *recursos* e da *coiso julgodo*. Destarte, partindo de artigos esparsos no texto do Código de Processo Penal, relega-se ao intérprete a tarefa de construir um sistema apto a concatenar, lógica e organizadamente, *despochos, decisões interlocutórios, decisões (com forço de definitivos)* e *sentenços*. As reflexões sobre esse difícil capítulo viram-se revitalizadas pelas reformas promovidas em 2008

Riassunto: Il tema delle *decisioni processuoli penoli* rivelasi fondamentale allo sforzo giurisdizionale di pacificazione sociale con giustizia. Tuttavia, il legislatore del 1941 non ha conferito a questo argomento la dovuta importanza, benché lo servisse di imprescindibile supporto alle teorie penali dei *ricorsi* e della *coso giudicoto*. Così, partendo degli articoli sparsi nel testo del Codice di Procedura Penale brasiliano, all'interprete si è lasciata la costruzione di un sistema che possa concatenare, in un modo logico e organizzato, i *decreti*, le *ordinonze*, le *decisione (che sembrono essere) definitive* e le *sentenze*. La discussione su questa difficile

(principalmente pela Lei 11.719/2008) e pelos projetos legislativos recentes (década de 2000), que pretendem inovar substancialmente o cenário decisório criminal, conferindo-lhe maior operacionalidade prática.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de decisões processuais penais - Despachos - Atos decisórios em sentido estrito - Sentenças penais (ordinárias e sumárias) - Decisões com força de definitivas - Decisões interlocutórias simples - Decisões interlocutórias mistas (não terminativas e terminativas) - PL (Executivo) 4.206/2001 - PLS 156/2009.

materia è stata ravvivata nelle riforme promosse nel 2008 (soprattutto per mezzo della Legge 11.719/2008) e nei proggetti legislativi più recenti (dell'ultimo decennio), che pretendono innovare sostanzialmente il scenario decisorio criminale, conferindole vantaggi pratici-operativi.

PAROLE-CHIAVE: Sistema di decisioni processuali penali - Decreti - Atti decisori *stricto sensu* - Sentenze penali (ordinarie e iniziali) - Decisioni (che sembrano essere) definitive - Ordinanze - PL (del Esecutivo) 4.206/2001 - PLS 156/2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. As decisões processuais penais (ou atos processuais jurisdicionais penais de cunho decisório): 2.1 Despachos (de mero expediente); 2.2 Os atos decisórios em sentido estrito: 2.2.1 Sentenças penais; 2.2.2 Decisões (com força de) definitivas; 2.2.3 Decisões interlocutórias; 2.3 Síntese das *decisões processuais penais* - 3. As *decisões processuais penais* na legislação projetada: 3.1 O PL 4.206/2001, de iniciativa da Presidência da República (Ministério da Justiça); 3.2 O PL 156/2009, de iniciativa do Senado Federal; 3.3 Potenciais proveitos, para os temas das *decisões* e *recursos*, de um diálogo entre os Projetos de Reforma do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil (PLS 166/2010) atualmente em curso no Congresso Nacional - 4. Conclusões - 5. Bibliografia - 6. Projetos de Lei consultados.

1. INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, pode-se conceituar o processo penal como o espaço ideal, gerenciado pelo Estado, em que toma corpo a discussão acerca da imputação de uma infração penal a alguém, irrogação essa que se viu formulada quando do ajuizamento de uma acusação formal. Nessa atividade cognitiva, acusador, juiz e acusado interagem sobre um procedimento legalmente previsto, o qual se vê necessariamente informado, dentre outros princípios fundamentais, pelo *contraditório indisponível*.

Nesse esforço, buscam-se essencialmente a *pacificação da sociedade* (que se viu turbada quando do suposto cometimento do crime) e a *tutela do* status dignitatis *de quem se viu formalmente acusado quando do ajuizamento da denúncia* ou da *queixa-crime* (pessoa essa que deverá ser *condenada*, caso seja demons-

trada sua culpa, ou *absolvida*, nas hipóteses de: (a) provar-se que o fato imputado não ocorreu; (b) concluir-se que, embora tenha se verificado no mundo sensível, tal fato é penalmente atípico; (c) atestar-se que tal indivíduo não teve responsabilidade criminalmente relevante naquela situação; ou, (d) não restar superado o campo da *dúvida* nas hipóteses precedentes).

Todavia, para chegar-se a qualquer desses resultados, é mister a tomada de uma *série de decisões* das mais diversas espécies pelo Estado-juiz, as quais podem ser proferidas desde o acompanhamento (ou controle) jurisdicional da etapa extrajudicial da *persecutio criminis*, passando pela instauração e desenvolvimento da instância instrutória judicial e chegando, finalmente, ao ato que, pondo termo ao procedimento cognitivo jurisdicional, vem a resolver a questão fática trazida à apreciação do Poder Judiciário. Isso sem pensar na etapa executória (ou satisfativa do poder-dever de punir) que segue à condenação penal.

Tão só dessa breve exposição, pode-se perceber que o tema dos *atos decisórios jurisdicionais* certamente desponta, dentre todos os assuntos inerentes à disciplina do processo penal, em evidente posição de destaque. Não apenas por servir de base ao erguimento de um *sistema de recursos e ações autônomas de impugnação*, nem somente por lastrear diversos *regimes de coisa julgada penal material* (com seus manifestos reflexos processuais penais e extrapenais), mas, principalmente, *por servir angularmente ao processo estatal de pacificação social com justiça*.

Ao pretender-se a compreensão e organização lógico-racional dessas modalidades de *atos decisórios* havidos no *iter* do processo penal, qualquer estudioso de medianas cautela e prudência debruçar-se-ia sobre o atual Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689/1941). E, ao fazê-lo, chegará, invariavelmente, a uma *perplexidade*: o legislador processual penal brasileiro valeu-se caoticamente de nomes e qualidades de *atos jurisdicionais decisórios*, sem muita preocupação sistemática.

Essa caótica situação, ao permitir que venha a pairar sobre o assunto uma sombra de *obscuridade*, acaba colocando em situação de pânico tanto aqueles estudantes que principiam a compreender a *arte do processo penal*, como os experientes operadores dessa nobre vertente jurídica.

Como o *caos* não equivale à falta de organização, mas a uma "ordem que não interessa" à civilização,[1] busca-se, pelo presente trabalho, proceder a uma racional organização das *decisões processuais penais*.

1. V. TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *O direito quântico*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 240-247.

Para tanto, cumprindo cartesiana diretriz, buscar-se-á:

(a) *primeiro*, desvelar os *critérios classificatórios* adotados pelo atual Código de Processo Penal;

(b) *em segundo lugar*, mediante a aplicação de tais *standards*, dividir os *atos decisórios* em *categorias* e *subcategorias*, as quais serão especificamente analisadas;

(c) *em um terceiro momento*, utilizando o conhecimento construído sobre cada uma das modalidades de atos decisórios, proceder ao *reagrupamento organizado* (ou *sistêmico*) das *decisões processuais penais* – de modo a possibilitar sua melhor visualização aos operadores do direito, quando buscarem sua impugnação (por *recurso* ou *ação autônoma*) ou, ainda, compreender quais são os seus respectivos *regimes de coisa julgada penal material*;[2] e,

(d) *finalmente*, uma vez erguido um sistema de decisões processuais penais sobre a codificação hodiernamente vigente, *identificar as principais tendências do movimento legislativo reformador*, latente no Congresso Nacional.

2. AS DECISÕES PROCESSUAIS PENAIS (OU ATOS PROCESSUAIS JURISDICIONAIS PENAIS DE CUNHO DECISÓRIO)

José Frederico Marques atribuiu a nomenclatura de *atos processuais jurisdicionais* a todos aqueles atos emanados do órgão jurisdicional dirigidos à regulação do andamento do processo, à preparação da *sentença* e às *decisões* sobre "o pedido e a lide".[3] Ao depois, subdividiu tal categoria em: *atos decisórios*, *atos de instrução* e *atos de documentação*.

Doravante, somente importará a primeira subespécie de *atos processuais jurisdicionais* – os ditos *decisórios*.

Diversamente ao atual art. 162 do CPC[4] – que trouxe pragmaticamente explícita a classificação dos atos decisórios em *sentenças*,[5] *decisões interlocutó-*

2. Todavia, tanto a exposição crítico-analítica das *modalidades recursais* havidas no ordenamento processual pátrio (hodierno e projetado), quanto o específico exame do complexo regime da *coisa julgada penal material*, por serem assuntos deveras profundos e extensos, constituem temas que fogem aos estreitos limites deste artigo.

3. V. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II, p. 81-82. Quanto a esta definição, deve-se atentar às ressalvas técnico-jurídicas feitas pela doutrina quanto à insignificância da *lide* no processo penal e à reduzida importância do *pedido* no fenômeno da ação penal.

4. Lei 5.869/1973, alterada principalmente pela Lei 8.952/1994.

5. Até o ano de 2005, a definição de *sentença* trazida pelo legislador no art. 162, § 1.º, do CPC, já se afeiçoava suficientemente clara, pois assentava ser *sentença* o ato decisório

rias[6] e *despachos*[7] –, o legislador processual penal de 1941 não teve qualquer preocupação em evidenciar quais os *critérios* por ele adotados para diferenciar todos os tipos de decisões possíveis de serem tomadas pelo juiz.

Tanto isso é verdade que, para compreender as hipóteses de *decisões processuais penais* hodiernamente existentes, deve-se analisar dois artigos voltados ao estabelecimento do tempo para realização dos atos processuais,[8] outros dois dispositivos que preveem duas espécies recursais,[9] dois artigos atinentes à disciplina do procedimento comum[10] e as normas que compõem o Título destinado ao tratamento da *sentença penal*.[11]

Nesse passo, mister a referência aos estudos de Fernanda Gomes Camacho,[12] a qual, ao enfrentar incidentalmente o tema das *decisões processuais penais*,

---

pelo qual o juiz põe termo ao processo (obviamente, se não houver impugnação), decidindo ou não o mérito da causa.
Todavia, com o advento da Lei 11.232/2005, alterou-se o texto do dispositivo acima mencionado. Segundo a nova redação que lhe foi confiada, são sentenças os atos do juiz que implicam alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. Ou seja, continuam a consistir em atos decisórios que extinguem o processo, com ou sem julgamento do mérito.
Parece que essa modificação, no âmbito extrapenal, não visou a expressar a ciência do legislador acerca da fatídica realidade processual brasileira – em que, no mais das vezes, o término do ofício jurisdicional de conhecimento não se dá na decisão do juiz de Direito, mas em acórdão de Tribunal proferido em grau de recurso (decisão colegiada essa que, em essência, tem os mesmos conteúdo e natureza de uma sentença). Buscou-se, isso sim, afastar do conceito de sentença as hipóteses decisórias doutrinariamente havidas por fronteiriças (tais como a rejeição liminar da reconvenção ou da ação declaratória incidental, previstas, respectivamente, nos arts. 315 e 325, e a decisão da impugnação ao valor da causa, do art. 261 do CPC), para, ao depois, simplificar o sistema recursal.

6. Por *decisão interlocutória*, entendeu o legislador processual civil o ato pelo qual o juiz, na pendência do processo, vem a resolver questão incidente (art. 162, § 2.°, do CPC).
7. O conceito de *despacho* é obtido residualmente, depois da definição das duas modalidades decisórias já referidas. Isso porque o art. 162, § 3.°, do CPC, dispõe serem *despachos* todos os demais atos do juiz praticados, de ofício ou mediante provocação da parte, no curso do processo, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.
8. Arts. 798 e 800 do CPP.
9. Arts. 581, *caput*, e 593, I, II, III, *b*, e § 1.°, do CPP.
10. Arts. 396 e 397 do CPP, com redação ditada pela Lei 11.719/2008.
11. Arts. 381 a 393 do CPP.
12. V. CAMACHO, Fernanda Gomes. *Mutabilidade da sentença penal condenatória: unificação e soma de penas*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), São Paulo, USP, 2002. p. 7-17.

chegou à precisa conclusão de que o atual Código de Processo Penal, em seu desprendimento com o rigor técnico, tratou de conjugar, para fins de *classificação* dessa categoria de atos judiciais, *dois critérios autônomos*, quais sejam: *conteúdo* e *topologia*.

Crê-se que o critério de *conteúdo* também pode ser identificado com a finalidade precípua do ato decisório. Por ele, estabeleceu-se a diferença entre *despachos* e *atos decisórios em sentido estrito* (*decisões* e *sentenças*).

Já o critério da *topologia* tem a ver com o instante processual em que o ato decisório é tomado. A legislação vale-se desse critério para separar as *sentenças penais* das *decisões*, bem como para estabelecer cada uma das subcategorias inerentes a esses dois grupos [*sentenças penais ordinárias* vs. *sentenças penais sumárias* (as últimas, somente de absolvição); *decisões interlocutórias* (simples e mistas, terminativas e não terminativas) vs. *decisões com força de definitivas*].

Isto posto, impende adentrar ao exame particularizado de cada uma dessas espécies de *decisões processuais penais*.

2.1 Despachos (de mero expediente)

O Código de Processo Penal denominou *despachos* todos os pronunciamentos do juiz que se voltam exclusivamente a imprimir ritmo à marcha e contramarcha processual, *jamais* alcançando o mérito da questão penal trazida à apreciação estatal.[13]

Por não apresentarem qualquer carga decisória relevante ao processo, tais atos judiciais são, em princípio, jurisdicionalmente irrecorríveis – somente podendo ser impugnados em casos *excepcionais* (quando, por sua realização indevida ou imperfeita os despachos, implicarem tumulto processual ou *error in procedendo*) e não por *recurso*, mas por *instrumento* de índole *administrativo-disciplinar*, previsto nos regimentos internos dos Tribunais, chamado ora de *correição parcial*, ora de *reclamação*.

Essa ausência de relação entre os *despachos* e o mérito processual também levou a doutrina a agregar ao nome *despachos* o complemento *de mero expe-*

13. Cf. art. 798, § 5.°, *c*, segunda figura, e art. 800, III.
É importante anotar que, em seus outros títulos e seções, o Código de Processo Penal, em manifesta falta de rigor técnico, emprega o termo *despacho* para referir-se a *atos decisórios em sentido estrito*, notadamente *decisões interlocutórias simples*. Isso ocorre, dentre outras hipóteses, no tocante à decretação ou denegação da prisão preventiva (art. 315) e na disciplina do recurso em sentido estrito (art. 581, *caput*).

diente.[14] Todavia, não havendo qualquer subdivisão relevante dessa categoria de atos judiciais, pensa-se ser pragmaticamente supérflua essa adjetivação.

Insta observar, por derradeiro, que, ante a ausência de carga decisória que interesse à solução da controvérsia penal trazida a julgamento ou à correção de eventuais problemas inerentes ao procedimento, os *despachos* não guardam qualquer relevância no concernente à *coisa julgada penal material*.

2.2 Os atos decisórios em sentido estrito

Se os *despachos* não contam com conteúdo decisório relevante ao processo penal, ao seu lado deve repousar outra categoria, voltada precipuamente a englobar todos os atos decisórios cujo conteúdo, *a contrario sensu*, seja processualmente relevante. Para evitar confusões terminológicas, sugere-se seja esta categoria conhecida como *atos decisórios em sentido estrito*.

Destarte, por *atos decisórios em sentido estrito* compreendem-se todas as manifestações do órgão jurisdicional que ostentam conteúdo decisório relevante à instauração, desenvolvimento e encerramento da persecução penal (extrajudicial ou judicial), *com* ou *sem* a resolução da controvérsia penal trazida à análise estatal.

E, de acordo com o Código de Processo Penal (arts. 798 e 800), tal subespécie vê-se integrada pelas *decisões interlocutórias*,[15] pelas *decisões (com força de) definitivas*[16] e pelas *sentenças*.[17]

Neste passo do estudo, necessária se faz uma ilação de índole constitucional que, embora de tão óbvia constatação, diariamente se vê desprezada por muitos doutrinadores e aplicadores do direito (notadamente quanto ao âmbito das *decisões interlocutórias simples*, tais como o ato de recebimento da denúncia, as quais serão analisadas em tópico próprio – 2.2.3.1, infra).

Ao impor, como princípio,[18] aos juízes brasileiros (penais e extrapenais) a *motivação* de suas decisões (sob pena destas verem-se inquinadas de *nulidade*),

14. V. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 60; MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 81-82; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 282; e, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 746-747.

15. Referidas no art. 800, I, segunda figura, e II, do CPP.

16. Citadas no art. 800, I, primeira figura, do CPP.

17. Mencionadas no art. 798, § 5.º, *c*, primeira figura, e nos arts. 396 e 397 do CPP.

18. Na verdade, ao invés de um princípio, parece que a fundamentação das decisões penais é, por um lado, um *dever* a ser cumprido diuturnamente pelo magistrado, e,

o art. 93, IX, da CF/1988,[19] pretendeu referir-se, na verdade, a todas as espécies de *atos decisórios em sentido estrito* mencionadas dois parágrafos acima.

Aliás, conforme a mais recente doutrina processual,[20] tal princípio não busca apenas assegurar o esclarecimento das partes (com vistas a otimizar o exercício do contraditório e possibilitar a impugnação e o controle do ato decisório reputado ilegal pelo Tribunal revisor), mas principalmente demonstrar a qualquer pessoa do povo que o julgador guardou sua esperada imparcialidade e aplicou, ao caso concreto, os ditames da lei e da justiça. É, assim, verdadeiro *fator de legitimação* da atuação jurisdicional.

Assim, para verem-se legitimados, deveriam ser estendidos a todos os atos decisórios ora referidos, ao menos[21] *três* dos elementos lógico-formais impostos à *sentença* pelo Código de Processo Penal de 1941, a saber:

(a) um breve relato do problema que se está a enfrentar (*relatório*): momento em que o julgador demonstra, às partes e à sociedade, conhecer a questão que deverá resolver, em todos os seus aspectos e circunstâncias;[22]

---

de outro, uma *verdadeira garantia* do acusador, do acusado e da cidadania contra o possível arbítrio dessa categoria de agentes públicos estatais.

19. "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...)
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade* (...)" (*grifos nossos*).

20. V. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 68-69; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT. 2001. p. 48-50 e 76-105.

21. O atual Código de Processo Penal, em seu art. 381, VI, ainda estabelece que as sentenças penais conterão, além destes três requisitos, a *data de sua prolação* e a *assinatura do juiz*.
Cuidam-se, à evidência, de elementos aptos a permitir às partes, aos agentes públicos envolvidos na persecução penal e a qualquer pessoa do povo o exercício do efetivo controle do desempenho da atividade jurisdicional, pois, ao firmarem o ato processual no tempo e no espaço (uma vez que a data vem precedida, por praxe, do local de sua tomada), possibilitam a verificação da competência (ou não) do órgão julgador e do útil consumo dos esforços do sistema judiciário (evitando o dispêndio de dinheiro público em casos já maculados pela superveniência de causas extintivas da punibilidade do acusado, tais como a prescrição e a decadência).

22. Todavia, tanto a legislação quanto a jurisprudência têm admitido *exceções* à regra da obrigatoriedade do relatório.

(b) a análise crítico-valorativa dos fatos envolvidos e da parte do ordenamento jurídico que ostenta relevo à questão (*penal* ou *processual penal*) que se pretende resolver (*motivação* ou *fundamentação*): instante em que a autoridade judicial expõe, ao indisponível contraditório, seu raciocínio e suas conclusões, construídos com lastro nos elementos colhidos ao longo da dialética processual e mediante a análise das regras jurídicas aplicáveis; e,

(c) uma síntese das conclusões extraídas quando desse referido exame, contendo o substrato das decisões tomadas (*decisório* ou *dispositivo*).

Passa-se, por ora, ao exame particularizado de cada uma das espécies de decisões que integram a subcategoria dos *atos decisórios em sentido estrito*.

Para tanto, desenvolver-se-á um raciocínio de contínua exclusão lógica, tal como efetuado pelo legislador processual penal de 1941.

2.2.1 Sentenças penais

Hélio Tornaghi[23] leciona que os antigos romanos houveram por bem denominar *sententia* aquilo que o juiz, depois de ouvir tudo o que as partes tinham a dizer, *sentia* acerca da questão que lhe fora proposta, nos limites do pedido do autor e da contrariedade do réu. *Posteriormente*, estendeu-se tal termo a todas as decisões tomadas pelo julgador, estabelecendo-se:

(a) as *sentenças definitivas* (que consubstanciavam o julgamento do mérito da causa trazida à apreciação do juiz);

(b) as *sentenças terminativas* (que punham termo ao processo sem enfrentamento do mérito processual); e,

(c) as *sentenças interlocutórias* (voltadas à resolução dos incidentes havidos durante a pendência do processo).

Exemplo da primeira prática tem-se no art. 81, § 3.°, da Lei 9.099/1995 (que o dispensa nas sentenças criminais proferidas pelo Juizado Especial Criminal).
Em relação à segunda ordem de exceções, tem-se a costumeira praxe processual, convalidada (e, também, implementada) pelos tribunais brasileiros, da ausência de relatório (e, muitas vezes, até de fundamentação), notadamente quando da resolução de questões incidentes ao processo penal.
Impende, a esta altura, firmar certa crítica a essas pragmáticas soluções, pois, ao dispensar o relato daquilo que entendeu o magistrado estar submetido a sua resolução, resta diminuído o âmbito do *controle da atuação estatal*, abrindo-se margem ao arbítrio.

23. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 351-352.

Evidenciando uma preocupação um pouco mais técnica que a dos clássicos, o atual sistema processual penal limitou-se a diferenciar, apenas na denominação, as *sentenças penais* das *decisões*.[24]

Não havendo expressa definição legal de qualquer dessas espécies de atos decisórios, o mesmo Hélio Tornaghi, após holística consulta à redação original do Código de Processo Penal de 1941,[25] apontou, com inegável acerto, que, exceção feita à denominada "sentença de pronúncia",[26] o termo *sentença* somente foi usado para designar os atos judiciais que, encerrando o rito, também importavam a *solução do mérito processual penal*.

Sendo assim, todas as demais resoluções do juiz ao processo – inclusive aquelas que acabam por *extinguir o processo penal* sem *julgamento do mérito* – não seriam classificadas como *sentenças penais*. Pertenceriam, pois, *por exclusão*, ao segmento das *decisões*.[27]

Destarte, segundo a redação original do Código de Processo Penal nacional, *sentenças penais* somente seriam os atos decisórios que, uma vez cumprido o rito e após a avaliação valorativa do quadro probatório e colhidas as alegações das partes, viessem a definir a questão penal trazida ao exame do Estado-jurisdição, mediante a exteriorização de um juízo *condenatório* ou *absolutório*.

Contudo, impende salientar, neste passo, que a Lei 11.719/2008, ao alterar a redação do art. 397 do CPP,[28] acabou por inserir dentre as *sentenças penais*

---

24. *Decisões* que, na dicção dos arts. 798 e 800 do CPP, subdividem-se em *interlocutórias* (*simples* e *mistas*) e (*com força de*) *definitivas*, como se verá nos tópicos 2.2.2 e 2.2.3, infra.

25. Tanto que faz expressa menção a dispositivos constantes de seções diversas deste diploma legal, tais como: arts. 63, 65, 66 e 67, III (todos envolvidos na regulamentação da ação civil *ex delicto*); e art. 593, I (prevê que a impugnação das *sentenças definitivas* se dará pelo recurso de apelação).

26. Ver a redação original dos arts. 373, II, 374, II; 408, § 1.º, 413 a 416, e 564, III, *f*, do CPP.
Tal nome viu-se empregado com manifesta incorreção técnica, pois aquela decisão não tem o condão de encerrar o processo, mas de findar tão somente uma etapa processual (o *sumário de culpa* ou *instrução preliminar*), abrindo-se uma nova fase: o julgamento pelo Plenário do Júri (*iudicium causae*). Cuida-se, assim, de manifesta hipótese de *decisão interlocutória mista* (não terminativa), tal como será explicado no item 2.2.3.2.1, infra.

27. Como consequência dessa falta de técnica do legislador processual penal, emerge a confusão doutrinária acerca do verdadeiro *conteúdo* das denominadas *decisões interlocutórias mistas* e das *decisões com força de definitivas*.

28. "Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

algumas hipóteses de atos decisórios tomados pouco após o ajuizamento da acusação formal, os quais resultarão na denominada "absolvição sumária" do acusado.

Essas "sentenças de absolvição sumária" impedirão seja instaurado o procedimento, como reflexo do juízo de *certeza* sobre:

(a) a existência *manifesta* de *causa excludente da ilicitude do fato* (art. 397, I);

(b) a existência *manifesta* de *causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade* (art. 397, II);

(c) a *evidente atipicidade do fato narrado* (art. 397, III); ou,

(d) a ocorrência de *causa extintiva da punibilidade do agente* (art. 397, IV).

Importante esclarecer, por ora, que, em flagrante crítica à restritiva visão do Código de Processo Penal, a doutrina processual mais moderna, mesmo antes da alteração legislativa havida em 2008, já vinha entendendo por *sentença penal* todo ato decisório tendente a pôr termo ao processo, resolvendo ou não a controvérsia penal por ele veiculada (tecnicamente denominada *mérito*).[29] Tal linha conceitual assemelha-se, em muito, à existente na esfera extrapenal.[30]

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
IV – extinta a punibilidade do agente."

29. No processo civil, Cândido Rangel Dinamarco acolhe tal caracterização, ressalvando, entretanto, que, em virtude do frequente uso do sistema recursal pelas partes, mais correto seria atribuir-se à sentença o *efeito programado* de pôr termo ao processo, ou, de modo mais simples, defini-la como "o ato que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição (no processo de conhecimento, com ou sem julgamento de mérito)". V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. III, p. 651-652.
No âmbito processual penal, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, quando da exposição classificatória dos *atos decisórios do processo penal*, implicitamente seguem este conceito, pois adotam, como primeiro critério organizador, o fato de algumas decisões encerrarem o processo, *com* ou *sem* julgamento do mérito. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 60.
A seu turno, Maurício Zanoide de Moraes, ao caracterizar a *sentença* e o *acórdão* como atos jurisdicionais voltados a julgar "a procedência ou não da imputação inicialmente deduzida em face do acusado ou, por intercorrência de outra causa material ou processual, declaram encerrado o processo sem julgamento do mérito", acaba concordando, implicitamente, com as observações dos quatro professores anteriormente

Ainda analisando, no plano geral, as *sentenças penais*, da leitura dos arts. 593, I, e 416, do CPP, apura-se que tais atos decisórios *sempre* serão impugnados por meio do recurso de *Apelação*.

E, embora não seja escopo da presente investigação científica, insta apenas anotar que *às variadas hipóteses de sentenças penais corresponderão diversos regimes de coisa julgada penal material*, tal como profundamente demonstrado em nossa *dissertação de mestrado*.[31]

Tecidas essas considerações gerais, passa-se ao exame específico das chamadas *sentenças penais*. Para facilitar sua compreensão, tal categoria de atos decisórios ver-se-á dividida em duas subespécies: *sentenças penais ordinárias* e *sentenças de absolvição sumária*.

2.2.1.1 Sentenças penais ordinárias (de *condenação* ou *absolvição*)

Recebida a acusação formal e regularmente desenvolvida toda a atividade probatória nos termos do rito estabelecido na legislação (ordinária ou especial), chega-se a um momento em que o Estado deve proferir um juízo de valor sobre a questão penal que lhe foi proposta para equacionamento, definindo-a.

Por isso, o art. 593, I, do CPP,[32] diz ser a *definitividade* uma qualidade que se resguarda, em sentido próprio, aos atos decisórios (*sentenças penais*) que

---

mencionados. V. MORAES, Maurício Zanoide de. Partes componentes da sentença. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 3. p. 1416-1417.
Já Julio Mirabete, conquanto concorde com a aplicação, ao processo penal, destas definições, acrescenta que a *sentença*, por natureza, é uma declaração de vontade emitida pelo juiz (agente público no exercício de sua função jurisdicional), em que se exprime uma determinação que consiste na concretização da ordem genérica, abstrata e hipotética prevista na legislação. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 482.

30. Já explicitada no item 2, supra. Essa moderna classificação permite a divisão das *sentenças* em *definitivas* (ou seja, aquelas que efetivamente resolvem a controvérsia penal trazida a julgamento) e *terminativas* (consistentes nos atos decisórios que põem termo ao processo penal, sem enfrentamento da questão penal). Tal classificação viu-se recuperada pelos Projetos de Lei comentados nos tópicos 3.1 e 3.2, infra.

31. V. LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), São Paulo, USP, 2008.

32. "Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
(...)."

efetivamente contêm o enfrentamento da controvérsia penal trazida ao Estado-jurisdição por meio do processo-crime.[33]

Chamam-se, pois, essas *sentenças penais* de *ordinárias* porque, além de constarem expressamente do texto do diploma processual penal desde sua redação original, somente serão proferidas no instante processual que *ordinariamente* lhes foi confiado, qual seja, ao final do procedimento penal corretamente instaurado e cumprido.

Dessa atividade de apreciação da imputação penal,[34] *duas* são as soluções possíveis:

(a) a *absolvição* do acusado; ou,

(b) a sua *condenação*.

No atual cenário jurídico pátrio, em conformidade com o art. 386 do CPP, o advento da conclusão *absolutória* será possível toda vez que:

(a) seja provado que o *fato apontado como ilícito penal não ocorreu* (art. 386, I);

(b) reste demonstrado que *tal fato, na verdade, não se qualifica como infração penal* (art. 386, III);

(c) haja a comprovação de que *a pessoa apontada como sua autora não o praticou e/ou não concorreu para que ele fosse praticado* (art. 386, IV);

(d) as provas tragam ao julgador a *certeza ou, ao menos, a* dúvida razoável *acerca da existência de circunstância que exclua o crime ou que isente seu praticante de pena* (art. 386, VI);[35] ou, ainda,

---

33. Insta observar que a expressão "sentença definitiva" vê-se tecnicamente utilizada em outros pontos do Código de Processo Penal (por exemplo, no art. 82) e do Código Penal (dentre outros, o art. 93).

34. Expressão cujo conteúdo se viu definido, em termos mais precisos, ao longo do item 5.2, supra.

35. Aqui se insere, dentre outras hipóteses, o caso em que o acusado, embora tenha praticado o ato delituoso ou infracional, não ostentava, à época dos acontecimentos, condições mentais de entender a ilicitude de seu agir.
Neste ponto, concorda-se com as críticas tecidas por Fernanda Gomes Camacho e Maurício Zanoide de Moraes em relação ao "eufemismo semântico" havido quando do arrolamento, dentre as hipóteses absolutórias, da sentença que impõe medida de segurança ao acusado maior de 18 (dezoito) anos inimputável ou semi-imputável (*absolvição imprópria*). Isso porque, além dessa solução importar evidente restrição à liberdade ambulatorial do acusado (ou seja, conquanto tenha evitado dizer o legis-

(e) os *elementos probantes colhidos sob a égide do devido processo penal* não se prestem *a levar o julgador à certeza acerca da autoria, da materialidade, da tipicidade e/ou da antijuridicidade da conduta irrogada* (art. 386, II, V e VII).

Por outro lado, a solução *condenatória* terá lugar quando, do produto da atividade probatória e argumentativa desenvolvida sob o crivo da estrita legalidade, do contraditório e da paridade de armas, *o julgador convencer-se de que o acusado praticou o fato irrogado, o qual juridicamente se qualifica como infração penal*, sem militar em seu abono qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Por expressa imposição normativa, as *sentenças penais* adotam a estrutura formal destacada no item 2.2, supra, de modo a serem compostas, fundamentalmente, de:

(a) *relatório* (ou *exposição*, art. 381, I e II, do CPP);[36]

(b) *fundamentação* (ou *motivação*, art. 381, III e IV, do CPP); e,

(c) *dispositivo* (ou *decisório*, art. 381, V, do CPP).[37]

---

lador penal, é manifestamente uma sanção jurídico-penal), a referida sentença conta com o atributo da *executividade*, típico das sentenças de cunho condenatório. V. CAMACHO, Fernanda Gomes. Op. cit., p. 16-17; e, MORAES, Maurício Zanoide de. Efeitos da sentença e coisa julgada. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 3. p. 1799; e, LIMA, Éric Alexandre Lavoura. Op. cit., p. 244-245.
Faltou, portanto, coragem e sinceridade ao legislador penal pátrio para reconhecer que mesmo ante a índole terapêutica da medida de segurança, sua imposição constitui evidente sanção penal.

36. Constitui exceção à regra da obrigatoriedade do relatório a sentença proferida no rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais (art. 81, § 3.°, da Lei 9.099/1995). Maurício Zanoide de Moraes esclarece que tal exceção tem lugar em decorrência dos princípios da *oralidade* e da *celeridade*, informativos do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, os quais estabelecem que todo material fático-jurídico deve ser produzido e trazido pelas partes em audiência una, que corre sob a presidência de um juiz. Este, tão logo se finde o referido ato processual, proferirá a sentença. Observa, também, o professor que a dispensabilidade do relatório não implica a vedação de sua realização, mas apenas assegura que "a ausência do relatório não acarretará a nulidade desse provimento jurisdicional". Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Partes*... cit., p. 1417-1418.

37. V. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 4-6; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 484-487; MORAES, Maurício Zanoide de. *Partes*... cit., p. 1416-1498; TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 357-364; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 750-752; e, TUCCI, Rogério Lauria. Sentença pe-

Denomina-se *relatório* a parte da *sentença* em que o magistrado demonstra às partes e à cidadania, mediante sucinta narrativa, ter perfeita ciência dos limites *objetivos* e *subjetivos* da imputação formulada, dos incidentes processuais havidos e do modo como foram equacionados, das alegações formuladas pelas partes quando de sua última manifestação processual e da valoração por elas conferidas às provas produzidas sob a égide do devido processo legal. O *relatório* evidencia, assim, a *maturidade da causa penal*, bem como demonstra às partes que o julgador as ouviu e apreciará, para acolher ou refutar, todos os pedidos formulados em suas manifestações finais.

Uma vez assentadas tais bases, o magistrado, cumprindo o *sistema de livre convicção motivada do julgador*,[38] procederá, na parte subsequente – *fundamentação* –, à concatenação das informações extraídas de todo o acervo probatório, de modo a reconstruir o maior número de enunciados pertinentes e relevantes acerca do fato criminoso supostamente ocorrido e da relação deste para com seu pretenso autor.

Ao final desta seção, já adentrando à parte *dispositiva*, o julgador, em primeiro lugar, chegará a um *enunciado certo* acerca do evento naturalístico que ensejou toda a atividade processual penal desenvolvida pelo Estado-jurisdição (que pode ser denominado por *conteúdo primário do dispositivo da sentença penal, de resultado declaratório*).

Em seguida, ainda no *dispositivo*, mediante um raciocínio lógico-formal, operará o cotejamento do *fato reconstruído* com o direito penal posto (confrontação *fato-norma penal*), externando sua conclusão sobre a subsunção (ou não) da conduta imputada ao preceito primário da norma penal incriminatória (*conteúdo secundário do dispositivo da sentença penal, de resultado condenatório ou absolutório*).

Em sendo *negativo* o resultado de tal processo cognitivo, o acusado quedar-se-á *absolvido*. Caso seja *positivo*, estará o magistrado autorizado a adentrar ao preceito secundário da norma sancionatória, de modo a determinar o montante da pena[39] imponível ao condenado e sua forma de cumprimento.[40]

---

nal – I. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. vol. 68, p. 116-120.

38. Adotado pelo art. 93, IX, da CF/1988 e pelo art. 157 do CPP.

39. Em anos, meses e dias da privação de liberdade e/ou quantidade de dias-multa, bem como a examinar se será cabível a substituição da reprimenda prisional por sanções alternativas ou sua suspensão condicional (*sursis*).

40. Expressa na fixação do regime prisional, nos casos de imposição de pena privativa de liberdade.

A resposta obtida ao final desse silogismo (*absolutória* ou *condenatória* e, neste caso, a qual pena) será sintetizada e comporá o *dispositivo*.

2.2.1.2 Sentenças penais de absolvição sumária

Ocorre que o legislador pátrio, atento à prática forense, veio a perceber que, em algumas atuações excessivas dos acusadores (públicos ou privados), viam-se levadas ao Poder Judiciário situações que, por motivos *de fato* ou *de direito*, já se mostravam, *desde logo*, inaptas a permitir a instauração do procedimento penal ou da relação processual.

De modo a permitir que os magistrados coibissem essas danosas práticas, houve-se por bem, em junho de 2008, alterar os atos rituais previstos para os instantes consecutivos à propositura da *denúncia* ou *queixa-crime* (Lei 11.719/2008), abrindo margem a uma manifestação judicial *absolutória precoce* ou, nos termos da lei, "sumária" (art. 397 do CPP), sempre que se verificar:

(a) a existência *manifesta* de *causa excludente da ilicitude do fato* (art. 397, I);

(b) a existência *manifesta* de *causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade* (art. 397, II);

(c) a *evidente atipicidade do fato narrado* (art. 397, III); ou,

(d) a ocorrência de *causa extintiva da punibilidade do agente* (art. 397, IV).

Convém explicar, desde logo, que tal denominação não foi atribuída ao acaso.

O legislador reformador socorreu-se do *nomen iuris* tradicionalmente confiado à decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri que, atuando como genuíno preparador do processo-crime, reconhece, no ocaso da primeira fase do rito especial do Júri (*sumário de culpa* ou *iudicium accusationis*), ter alcançado um juízo de *certeza* sobre a inexistência do fato imputado, o não envolvimento do acusado no ilícito penal irrogado, a atipicidade de tal conduta ou, ainda, a inequívoca conclusão da incidência de causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. E, como resultado dessa *certeza*, acaba por *absolver* o imputado, impedindo, assim, a submissão da causa ao solene julgamento pelos jurados (segunda etapa daquele procedimento: *iudicium causae*).

Essa *homonímia*, entretanto, ao invés de facilitar o trabalho dos operadores do Direito, somente conturbou ainda mais o cenário da prática forense.

Em primeiro lugar, pois parece equiparar, pelo emprego de *nome comum*, situações processuais manifestamente diversas (visto que havidas em momentos variados de procedimentos diferentes).

Em segundo lugar, porque permitiu fossem mais claramente vislumbrados os equívocos técnicos do legislador de 2008, consistentes em:

(a) ter previsto, dentre as causas de *absolvição sumária*, uma situação tipicamente pertencente ao âmbito das *decisões com força de definitivas*: a ocorrência de *causa extintiva da punibilidade do agente* (art. 397, IV, do CPP);[41] e,

(b) mostrar-se despreocupado para com outras situações relevantes que do mesmo modo inviabilizariam a propositura de qualquer acusação formal séria, quais sejam: a *demonstração inequívoca da inexistência do fato imputado* ou, ainda, *a prova do manifesto não envolvimento do acusado em tal acontecimento*.

Quanto ao lapso descrito na letra *a*, deve-se informar que a hipótese ali destacada terá por inafastável consequência um *regime de coisa julgada penal material* diferente do dispensado às demais situações de *absolvição sumária* – regime esse que será *próprio das decisões (com força de) definitivas* (visto que, nesse *falso caso* de *absolvição sumária*, somente se reconheceu a *falta de importância, para o processo penal, do fato pelo qual aquela pessoa se viu acusada*, em decorrência da extinção de punibilidade).[42]

Relativamente às duas situações ventiladas pela letra *b*, apura-se que, por não constarem expressa e formalmente do rol estabelecido no novo art. 397 do CPP, não seriam, em princípio, causas de *absolvição sumária*. Remanesceriam, assim, dentre as hipóteses ensejadoras de *decisões interlocutórias mistas terminativas de mérito*.

Não obstante essa realidade, novamente com vistas a uma melhoria pragmática do sistema jurídico,[43] afeiçoa-se mais razoável o recurso à analogia (art. 3.º do CPP), de modo a permitir sejam ambas as situações incluídas no nicho destinado pela novel legislação às *sentenças de absolvição sumária*. Tal modificação importará alteração (*supressiva*) de parte da composição do grupo das *decisões interlocutórias mistas terminativas*, tal como se verá mais adiante.[44]

---

41. Como se analisará no tópico seguinte (item 2.2.2, infra).

42. Maiores explicações sobre as *decisões com força de definitivas* podem ser encontradas no tópico 2.2.2, infra.

43. Afastando, assim, eventuais dúvidas práticas sobre o meio recursal apto à impugnação de tais atos decisórios, ou, ainda, quanto a seu regime de *coisa julgada penal material*.

44. As implicações do tema ora analisado sobre as *decisões interlocutórias mistas terminativas* serão expostas, com mais vagar, no item 2.2.3.2.1, infra.

Por fim, importa esclarecer que essas *sentenças de absolvição sumária*, tal como as *sentenças penais ordinárias* expostas no tópico imediatamente anterior a este, também adotam a estrutura formal composta de:

(a) *relatório* (ou *exposição*, art. 381, I e II, do CPP);[45]

(b) *fundamentação* (ou *motivação*, art. 381, III e IV, do CPP); e,

(c) *dispositivo* (ou *decisório*, art. 381, V, do CPP).[46]

2.2.2 Decisões (com força de) definitivas

Além das *sentenças penais* (*ordinárias* e *sumárias*), imperioso destacar-se a existência de uma subespécie de atos decisórios não vinculada ao critério *topologia*, visto que podem ser tomados tanto na pendência da ação penal, quanto em período anterior a sua propositura. São as denominadas *decisões definitivas* ou, melhor, *decisões com força de definitivas*.[47]

Talvez influenciada pelo confuso texto do art. 800, I, do CPP,[48] grande parte da doutrina processual penal pátria costuma identificar tal subespécie decisória com as *decisões interlocutórias mistas*.[49]

---

45. Constitui exceção à regra da obrigatoriedade do relatório a sentença proferida no rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais (art. 81, § 3.º, da Lei 9.099/1995). Maurício Zanoide de Moraes esclarece que tal exceção tem lugar em decorrência dos princípios da *oralidade* e da *celeridade*, informativos do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, os quais estabelecem que todo material fático-jurídico deve ser produzido e trazido pelas partes em audiência una, que corre sob a presidência de um juiz. Este, tão logo se finde o referido ato processual, proferirá a sentença. Observa, também, o professor que a dispensabilidade do relatório não implica a vedação de sua realização, mas apenas assegura que "a ausência do relatório não acarretará a nulidade desse provimento jurisdicional". Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Partes*... cit., p. 1417-1418.

46. V. BRUM, Nilo Bairros de. Op. cit., p. 4-6; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 484-487; MORAES, Maurício Zanoide de. *Partes*... cit., p. 1416-1498; TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 357-364; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 750-752; e, TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 116-120.

47. Prefere-se a segunda nomenclatura para evitar confusão com o emprego técnico-processual da *definitividade* – que, segundo se depreende do art. 593, I, do CPP, vê-se reservado às *sentenças de mérito* (*absolutórias* ou *condenatórias*).

48. Que, em redação deveras lacônica, estabelece o prazo para a tomada tanto das *decisões definitivas* como das *interlocutórias mistas*.

49. Dentre os doutrinadores que estabelecem esta identidade, ver: MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 82-83; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Op. cit., p. 282; TOURINHO FILHO,

Inobstante tal posicionamento teórico, para a correta compreensão dos fenômenos da *coisa julgada penal material* e dos *recursos processuais penais*, pensa-se ser melhor a concessão de autonomia teórico-conceitual a essa particular categoria classificatória.[50]

Sendo assim, esta categoria *não* seria composta por atos decisórios que contam com o atributo da *definitividade* (próprio das *sentenças penais*), mas por *decisões cujos efeitos se assemelham à definitividade*, tal como evidencia a denominação que lhe foi legalmente atribuída.

No processo penal, por atos decisórios com eficácia *semelhante* à da *definitividade*, devem ser compreendidas aquelas decisões que, uma vez tomadas e não havendo mais a possibilidade de sua impugnação, vêm a reconhecer o *desinteresse processual pela(s) questão(ões) veiculada(s) no rito, pondo fim ao procedimento e impedindo ulterior instauração de persecução penal (extrajudicial* ou *judicial) voltada à apuração do(s) fato(s) por eles atingido(s).*

Assim, pode-se dizer que os atos pertencentes a tal grupo *não resolvem* propriamente o mérito processual, mas *fulminam-no.*

Exemplos claros dessa modalidade decisória detectam-se, dentre outros:

(a) nas diversas hipóteses de *reconhecimento da extinção da punibilidade do agente* (previstas, por exemplo, nos vários incisos do art. 107 do CP; no art. 89, § 5.°, da Lei 9.099/1995; e no art. 9.°, § 2.°, da Lei 10.684/2003); e,

---

Fernando da Costa. Op. cit., p. 746-747; e MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 483.

50. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, apercebendo-se da incorreção técnica havida nessa tradicional e singela equiparação, divisam, expressamente, que as *decisões com força de definitivas* podem tanto figurar dentre os atos decisórios que põem termo ao processo sem resolver o mérito (tais como o são as decisões de extinção da punibilidade, de concessão do perdão judicial, as proferidas em *habeas corpus* ou revisão criminal), quanto dentre aqueles que não encerram o processo, mas resolvem questões incidentes (por exemplo, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a unificação da pena e a prorrogação da medida de segurança). Em outros termos: extravasa-se o âmbito das *decisões interlocutórias*. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 60.
Aderindo à visão dos três professores, crê-se que melhor seria, principalmente para a atuação dos aplicadores do Direito, a criação de um *novo sistema classificatório das decisões processuais penais*, apto, dentre outras coisas, a subtrair do âmbito das *decisões interlocutórias mistas* todos os atos decisórios que, sem julgar o mérito processual penal, põem termo ao processo, passando-se a inseri-los em uma nova subespécie a ser acrescida às *sentenças* (paralelamente às *sentenças definitivas*), qual seja: a das *sentenças terminativas.*

(b) na *homologação da transação penal e da composição dos danos civis*, previstas para o Juizado Especial Criminal (arts. 74 e 76, ambos da Lei 9.099/1995).

Importante observar, neste passo, que, como não houve solução alguma acerca do fato trazido à cognição do juízo criminal e de sua autoria, inafastável a conclusão de que, à luz do disposto no art. 5.°, LVII, da CF/1988,[51] as pessoas atingidas pelas *decisões com força de definitivas* continuarão a desfrutar, perante Estado e sociedade, o mesmo *status dignitatis* havido antes da instauração e durante toda a pendência daquele procedimento (qual seja, o *estado de inocência*).

E, ainda, uma vez que não houve o equacionamento fático da causa coberta por *decisão com força de definitiva*, a vedação de seu reexame no âmbito processual penal (*função negativa da coisa julgada penal material*) não possui o condão de impedir seja tal questão posteriormente conhecida na esfera *extrapenal* (art. 67, II, do CPP). E isso se deve ao fato de que o interesse jurídico derivado dessa ocorrência naturalística muitas vezes ultrapassa a perspectiva penal, ensejando, por exemplo, a apuração de eventual responsabilidade civil.

Em suma, as *decisões com força de definitivas* representam, no âmbito processual penal, a solene confissão, por parte do órgão jurisdicional, de que se consumou uma das hipóteses em que o Estado havia declarado que perderia o interesse na persecução e/ou punição da pessoa apontada como autor de um pretenso crime.

Para finalizar o exame desta subcategoria decisória, insta observar que, do ponto de vista da legislação expressa, a impugnação das *decisões com força de definitivas* será feita, em regra, pelo emprego do recurso de *Apelação* (art. 593, II, do CPP; art. 76, §§ 4.° e 5.°, e 82, da Lei 9.099/1995).

Contudo, o ordenamento processual penal brasileiro, desvelando mais uma vez sua atecnicidade, tratou de *amenizar* a influência dessa regra geral, visto que previu, excepcionalmente, a figura do *Recurso em Sentido Estrito* para eventual insurgência contra as *decisões de extinção (ou não) da punibilidade do agente* (art. 581, VIII e IX, do CPP).

2.2.3 Decisões interlocutórias

Por fim, houve por bem o legislador pátrio, em respeito a uma longa tradição jurídica, conservar estabelecida uma subcategoria classificatória destinada

51. "Art. 5.°
(...)
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

a *abranger todos os atos decisórios em sentido estrito residuais*, assim compreendidos aqueles que não se pertencessem aos subgrupos das *sentenças penais* ou das *decisões com força de definitivas*. Fala-se das *decisões interlocutórias*.

Mas de onde provêm tais tradição e denominação?

Hélio Tornaghi,[52] novamente lastreado no estudo do direito da Antiga Roma, esclarece que se atribuiu o nome de *interlocutiones* às decisões tomadas pelo magistrado no intervalo entre as falas das partes (*interlocutio*). Diferentemente da *sententia*, em que o julgador efetivamente externava seu *sentir* sobre a causa que lhe fora trazida a julgamento, por meio das *interlocutiones* resolviam-se as questões incidentes no período antecedente ao exame do mérito.

Rogério Lauria Tucci[53] e Fernanda Gomes Camacho,[54] complementando a lição do mestre fluminense, ainda observam que a noção de *interlocutoriedade* acaba por revelar, *in re ipsa*, a *adoção de outro critério classificatório* diverso daquele de *conteúdo*,[55] qual seja: o momento processual em que tais decisões são tomadas (isto é, sua *topologia*).

E o Código de Processo Penal, ao valer-se da expressão *decisões interlocutórias*, buscou estabelecer uma categoria apta a abranger *todos* os atos decisórios que, sem resolver a controvérsia penal trazida a julgamento, voltam-se a solucionar questões rituais havidas ao longo da persecução penal (*extrajudicial* ou *judicial*), a encerrar etapas do procedimento ou incidentes processuais e, às vezes, a pôr termo à própria relação intersubjetiva criada pelo acolhimento e processamento da acusação formal.[56]

Neste passo, mister anotar que, embora se compreenda a razão histórica da junção do adjetivo *interlocutória* ao substantivo *decisão*, parece que, tecnicamente, essa ligação, hodiernamente, não mais se prestaria a abarcar todos

52. V. TORNAGHI, Hélio Bastos. Op. cit., p. 352, nota 3.

53. Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 109-137.

54. V. CAMACHO, Fernanda Gomes. Op. cit., p. 10.

55. O critério de *conteúdo*, como explicitado no início do presente estudo, permite a distinção entre os *despachos de expediente* e os *atos decisórios em sentido estrito*.

56. No *sistema* definido posteriormente às reformas de 2008, pode-se acrescentar que esses as *decisões interlocutórias* que põem termo à relação intersubjetiva criada pelo acolhimento e processamento da acusação formal (conhecidas por *mistas terminativas*), como será explicado no item 2.2.3.2.1, infra, *não impedirão a ulterior propositura da peça acusatória*, tão logo se veja corrigida a falha formal que motivou a extinção do processo sem julgamento do mérito.

os atos decisórios que podem ter lugar na resolução dos diversos incidentes havidos no *iter* da *persecutio criminis*.

Isso porque, adotada a conceituação latina das *interlocutiones*, tal categoria decisória somente se mostraria apta a englobar, nos extremos do processo penal de natureza condenatória, os atos havidos *entre a primeira locução de uma das partes ao juiz* (o ajuizamento da acusação formal) *e a última locução da outra parte* (a valoração do quadro probatório que antecede a prolação da sentença).

Destarte, *ou* todos os atos decisórios possíveis de serem tomados em data precedente à instauração da fase judicial e em período subsequente ao trânsito em julgado da *sentença definitiva* estariam excluídos desse âmbito, *ou* seu uso encontra-se evolutivamente superado.

E, para resolver tal incongruência, talvez fosse melhor o singelo emprego do termo *decisões*.[57]

Tecidas tais considerações histórico-evolutivas, queda-se evidente a natureza predominantemente *procedimental*[58] desta subespécie de *atos decisórios em sentido estrito*.

Cumpre, a esta altura, esclarecer que, em congruência com essa peculiar natureza das *decisões interlocutórias*, tal categoria decisória nenhuma repercussão terá quanto à *coisa julgada penal material*,[59] somente sendo devida a alusão ao advento da *coisa julgada penal formal* relativamente às *decisões interlocutórias mistas terminativas*.

Ainda é de se frisar que, da leitura atenta aos incisos do art. 581 do CPP, pode-se constatar que o meio *recursal* especial e ordinariamente destinado, no âmbito processual penal, à impugnação das *decisões interlocutórias* é o *Recurso em Sentido Estrito*.[60]

---

57. Mostrar-se-á bastante acertada, portanto, a opção feita pelos redatores do PLS 156/2009, a qual será comentada no item 3.2, infra.

58. Na proporção em que, em regra, as questões resolvidas pelas *decisões interlocutórias* não se relacionam ao *mérito* do processo penal, mas a aspectos do procedimento que precisam ser resolvidos (e cujos efeitos repercutirão) dentro do processo-crime.

59. Isto porque, como sustentado no presente trabalho, a categoria das *decisões interlocutórias mistas terminativas de mérito* viu-se completamente deslocada para o lócus das *sentenças de absolvição sumária*. Maiores explicações podem ser encontradas nos itens 2.2.3.2.1, infra, e no item 2.2.1.2, supra.

60. Em virtude dessa constatação, torna-se possível o estabelecimento de um paralelo procedimental entre o *Recurso em Sentido Estrito*, do processo penal, e o *Agravo*, do processo civil.

Diante da pluralidade de conteúdos possíveis, para melhor entendimento do tema salutar se afeiçoa, neste passo, proceder à separação das *decisões interlocutórias* em duas subcategorias: *simples* e *mistas*.

2.2.3.1 Decisões interlocutórias simples

Eduardo Espínola Filho[61] já divisava, pelos idos de 1950, a existência de *duas subespécies* de *decisões interlocutórias*.

Em sua visão, as *decisões interlocutórias simples* limitavam-se a resolver o incidente processual, sem macular o fundo da causa principal, embora, não raro, tivesse o juiz de, ao tomá-la, adentrar ao exame da essência desta.

No início dos anos 1960, José Frederico Marques,[62] de modo parecido, adotara a *dual divisão* das *decisões interlocutórias*, esclarecendo que por *decisões interlocutórias simples* deveriam ser tomadas todos aqueles atos decisórios voltados a resolver as "questões controvertidas relativas à regularidade e marcha do processo sem pôr-lhe fim".

E esse modelo classificatório viu-se tradicionalmente repetido até os dias atuais.[63]

Destarte, *decisões interlocutórias simples* são todos os atos decisórios voltados a equacionar as eventuais questões incidentais e os problemas exclusivamente atinentes ao procedimento e à marcha processual.

Paradigmas desta subespécie decisória são encontrados, dentre outros, no ato de recebimento da acusação formal,[64] na decretação ou revogação de prisões cautelares e no acolhimento ou rejeição de pedidos de produção de prova.

---

61. V. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1955. vol. 4. p. 43-46.

62. Cf. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 82-83.

63. V. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 747; e, MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 482-483.

64. Impende observar, neste passo, que a jurisprudência pátria tem prestado relevante desserviço no tocante às decisões de admissibilidade da acusação formal.
Sob os falaciosos pretextos de evitar um colapso sistêmico e a intempestiva apreciação do mérito da questão penal e ao pretenso argumento de eliminar a desnecessária repetição de argumentos, tinta (da caneta ou da impressora) e tempo, ao invés de cassar os atos diuturnamente praticados sem uma ou mais das três partes lógicas que deveriam compô-las (*relatório*, *fundamentação* e *dispositivo*), acabam por aceitá-los ou convalidá-los.

Importa, finalmente, ressaltar que, em consonância com a característica típica das *decisões interlocutórias*, todos os atos pertencentes a este subgrupo contam com *eficácia* exclusivamente *endoprocessual*. Ou seja, a força de seu conteúdo ficará encerrada ao procedimento principal instaurado perante a autoridade judiciária, jamais contando com a aptidão de pôr-lhe fim ou influenciando outros ritos, principais ou incidentais.

2.2.3.2 Decisões interlocutórias mistas

Também explica Eduardo Espínola Filho[65] que a doutrina processual pátria, em mais uma manifestação tradicional, sempre vislumbrou existir, paralelamente às *decisões interlocutórias simples*, outro grupo de *decisões interlocutó-*

No mais das vezes, essas manifestações judiciais carecem de *relatório* e de *fundamentação*, resumindo-se à célebre oração "recebo a denúncia de f.", ou, quando muito, em uma infrutífera tentativa de justificação sintetizada no jargão forense "pois vislumbra-se a presença de prova da materialidade da infração e indícios suficientes de autoria" (nem ao menos informa-se a que folhas constariam tais informações).
E, para justificar tal situação de prescindibilidade de *fundamentação*, a essa categoria de atos decisórios atribui-se, confusamente, naturezas jurídicas diversas e contraditórias, tais como a de *despacho de mero expediente* (*TACrimRJ* 46/365), a de *decisão interlocutória simples*, "sem caráter decisório" relevante (por ser mero juízo de admissibilidade – STF, HC 70.763/DF; STJ, RHC 20293/SE; *TACrimRJD* 26/230; e *TACrimRJ* 44/416), a de *decisão interlocutória mista* (*RJTACrim* 36/423) e, até, a de ser *decisão sequer sujeita a recurso* (*TACrimRJD* 28/253).
Qualifica-se tal praxe como desserviço porque, ao invés de contribuir ao aprimoramento do sistema jurídico processual brasileiro, acaba deixando aberta uma *porta* ao arbítrio do *Leviatã* – pois *da parte dispositiva os julgadores raramente se olvidam*!
Crê-se que, caso as decisões judiciais viessem sempre precedidas de um *relatório*, mais fácil seria detectar qualquer equívoco de interpretação do julgador em relação ao pedido formulado pelas partes. E, se nesses houvesse sempre a explicitação dos *fundamentos* (*jurídicos* e *fáticos*) que os embasaram, facilitar-se-ia o exercício do *contraditório* (quer em seu prisma de "ciência bilateral dos atos do processo", quer sob o foco da potencial impugnação).
E, mais. O reconhecimento do *dever de motivação* do ato de recebimento da acusação formal certamente proscreveria do quotidiano judiciário muitos dos procedimentos penais ocos (iniciados por denúncias ou queixas-crime automaticamente recebidas) e dos consequentes *habeas corpus* fundados na manifesta carência de justa causa para a instauração da fase judicial da *persecutio criminis*.

65. Cf. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 43-46.
Importante esclarecer que Eduardo Espínola Filho e muitos de seus contemporâneos e sucessores (dentre outros, Fernando da Costa Tourinho Filho. Op. cit., p. 747 – e Julio Fabbrini Mirabete – Op. cit., p. 482-483), lastreados na péssima redação do art.

rias, as quais, mesclando características de *despacho* e *sentença*, acabavam por consubstanciar a antecipação de uma *decisão final do processo*. Justamente em função deste caráter híbrido, viram-se conhecidas como "*mixtas*".[66]

Em adição a essa lição, José Frederico Marques,[67] na década seguinte, esclareceu que o grupo das *decisões interlocutórias mistas*, a seu turno, poderia ser subdividido em *decisões interlocutórias mistas terminativas* ou *não terminativas*, conforme contassem ou não com a aptidão de dar cabo da relação processual, mas sem resolver o *meritum causae*.

Tomando por base essas considerações evolutivo-doutrinárias, resta evidenciado que as *decisões interlocutórias mistas* consistem justamente naqueles atos judiciais aptos a encerrar etapas e incidentes processuais (*decisões interlocutórias mistas não terminativas*) ou, ainda, capazes de colocar termo ao procedimento penal principal ou à própria relação processual intersubjetiva (*decisões interlocutórias mistas terminativas*).

Principais exemplos de *decisões interlocutórias mistas não terminativas* podem ser encontrados na pronúncia no procedimento especial do Júri, na resti-

---

800, I, do CPP, sustentaram (e continuam a defender) as *decisões com força de definitivas* como sinônimo de *decisões interlocutórias mistas*.

Tal atitude em nada contribuiu para o aperfeiçoamento técnico do tema. Ao contrário, apenas atuou no sentido de conturbar ainda mais o já confuso cenário da classificação das *decisões processuais penais*, induzindo os operadores do Direito a erro, principalmente quanto aos temas dos *recursos penais* e do *regime da coisa julgada penal*.

66. Embora não se negue a manifesta utilidade prática da divisão operada no seio das *decisões interlocutórias*, importante frisar ser merecedor de severas críticas o motivo que levou a doutrina processual penal a atribuir a qualidade "mixta" às *decisões interlocutórias*.

Diz-se isso pois, além da impropriedade do emprego do termo *interlocutórias* para designar algumas decisões que são tomadas *antes* ou *depois* da existência do processo penal ou, ainda, em seus marcos extremos (recebimento da acusação formal e encerramento anormal do procedimento), um ato decisório não pode ser, como sustentaram Espínola Filho e seus contemporâneos, simultaneamente um *despacho* e uma *sentença*. Há, em realidade, um *imenso hiato* entre essas duas categorias de decisões processuais penais, tal como evidenciado nos itens 2.1, supra, e 2.2.1, supra.

Assim, razão assiste a Rogério Lauria Tucci quando vislumbra evidente depreciação técnica na acessão do qualificativo *mista* às *decisões interlocutórias*. V. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 111.

67. V. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 82-83.

tuição (ou não) de coisa apreendida e na conclusão das exceções de incompetência e suspeição.

A seu turno, como paradigmas das *decisões interlocutórias mistas terminativas*, pode-se arrolar o deferimento ou indeferimento do pedido de arquivamento de inquérito policial, a rejeição da denúncia ou queixa-crime e o reconhecimento, posterior ao recebimento da exordial acusatória, da *ilegitimidade ad causam*.

2.2.3.2.1 "Subdivisão" das decisões interlocutórias mistas terminativas?

Todavia, a praxe judiciária não tardou a constatar um equívoco no raciocínio de José Frederico Marques quanto à real configuração e extensão das ditas *decisões interlocutórias mistas terminativas*.

Diz-se isso porque passou a ser verificada, em casos concretos, a existência residual de certas *decisões* ditas *interlocutórias* cujos efeitos, diversamente do sustentado por aquele célebre doutrinador, ultrapassavam o âmbito procedimental, *chegando a macular a própria relação de direito penal material que deu* (ou, em tese, daria) *ensejo à formulação da acusação formal*.

Fala-se, especificamente, na hipótese do *arquivamento do procedimento apuratório preliminar* (dentre os quais desponta o inquérito policial)[68] e da *rejeição da denúncia ou queixa-crime fundamentada em juízo de certeza* acerca do *não envolvimento do acusado no fato imputado, da não ocorrência desse evento naturalístico ou, ainda, da sua manifesta atipicidade*. Explica-se.

Uma vez colhidos, pelo órgão responsável pela persecução extrajudicial, os elementos informativos possíveis, impõe-se a emissão de um relatório que verse sobre as diligências empreendidas, bem como a subsequente disponibilização dos autos então formados ao acusador (arts. 10, *caput* e § 1.º, e 19, do CPP).

Tão-logo tal acusador tenha acesso àquelas informações, deverá adotar uma dentre três posturas:

1. *solicitar ao juiz a devolução dos autos de inquérito à autoridade policial que o presidiu*, para colheita de algum dado por ela não obtido (arts. 10, § 3.º, e 16, do CPP);

---

68. Embora sejam diversos os meios apuratórios preliminares extrajudiciais (tais como o inquérito policial, os textos das comissões parlamentares de inquérito e das comissões disciplinares da Administração Pública, dentre outros), neste trabalho será doravante utilizado, como referência, o *inquérito policial*, por ser o empregado mais comumente e em virtude de sua regulamentação no Código de Processo Penal.

2. *requerer o arquivamento do inquérito policial*, ao entendimento de que os elementos ali constantes não bastam ao oferecimento da acusação (e não se sabe como complementá-los suficientemente) ou, ainda, porque convencido da irrelevância penal da conduta irrogada, de sua inexistência ou de que o investigado certamente não foi seu autor (interpretação dos arts. 18 e 28 do CPP); ou,

3. *oferecer a denúncia ou queixa-crime* (arts. 24 e 30 do CPP).

Embora as três soluções estejam sujeitas ao controle judicial, doravante *interessarão ao presente estudo apenas as duas últimas*. Nessa medida, tomada qualquer uma dessas duas condutas, os autos são irremediavelmente encaminhados ao Poder Judiciário.

Ao juiz competirá, no caso de oferecimento da peça acusatória, averiguar, sem preocupação exauriente, se os elementos de convicção em que esta se baseia levam à conclusão acerca da *aparente* ocorrência de um fato previsto na legislação penal como crime ou contravenção penal, de sua materialidade e da *provável* autoria, da presença das condições da ação penal e dos pressupostos processuais penais positivos,[69] bem como de que os pressupostos processuais penais negativos[70] estejam *ausentes*.

Verificados todos esses itens, quedar-se-á acolhida (ou recebida) a acusação formal.

No caso de pedido de arquivamento, será apurada, *a contrario sensu*, a inaptidão dos autos de inquérito policial (ou de outro procedimento preliminar apuratório) para embasar uma acusação formal, ou pela insuficiência dos dados arrecadados ou pela certeza acerca da irrelevância penal da conduta irrogada, de sua inexistência ou da não autoria.

Em suma: tanto na hipótese de oferecimento da peça acusatória, quanto no caso do pedido de arquivamento do inquérito policial, pode acontecer:

(a) *cenário de dúvida* – quando qualquer dos requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal não resta minimamente provado, fazendo com que o

69. Tais como a preexistência de um órgão jurisdicional constitucionalmente competente para julgar a questão penal e de duas partes (em sentido formal, acusador e acusado) aptas a ocupar cada um dos polos da relação processual.

70. Por exemplo, a ausência de impedimento e/ou suspeição por parte do julgador e do acusador público e não se tratar o caso trazido a juízo de simples repetição de outra hipótese ainda em trâmite perante o Estado-jurisdição (*litispendência*) ou por ele já apreciada anteriormente (*coisa julgada*).

juiz não divise, ao menos como *provável*, a ocorrência do fato penalmente abjeto e/ou da apontada autoria; ou, ainda,

(b) *cenário de certeza* – os elementos informativos extrajudicialmente colhidos levam o órgão jurisdicional à certeza de que:

(b.1) o fato imputado *não ocorreu*;[71]

(b.2) mesmo se verificando o fato, *não é ele típico*;[72]

(b.3) embora típico, a *punibilidade do agente já se encontra extinta*;[73] ou, finalmente,

(b.4) de que, embora verificado e típico o fato, seguramente *a pessoa que foi acusada não o praticou*.[74]

Nesses cenários *a* e *b*, o arquivamento do procedimento apuratório ou a rejeição da denúncia ou queixa-crime serão *imperiosos*.

No entanto, quando se verificar a primeira hipótese acima delineada (*a – cenário de dúvida*) assim que corrigido o lapso, *será possível ajuizar novamente a imputação formal* – tal como evidenciado no art. 18, última parte, do CPP, e na redação original do art. 43, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Já nas diversas possibilidades de superveniência da segunda linha de raciocínio (*b – cenário de certeza*), o julgador chegará, *ab initio*, a um juízo de *certeza a respeito da desnecessidade do processo penal*, o que justifica a inviabilidade do avanço rumo à fase judicial persecução penal.

Por trazerem *certeza* sobre a situação fática investigada (ou, em outras palavras, em virtude de a terem *definido* ou *resolvido*), tais atos decisórios, em respeito aos critérios que nortearam a classificação das *decisões processuais penais*, *jamais* poderiam figurar como *interlocutórios*. Seriam, pois, genuínas *sentenças penais*.

---

71. Hipótese não prevista expressamente no rol estipulado na redação original do art. 43 do CPP (cujo conteúdo viu-se alterado, em conteúdo, pela Lei 11.719/2008, bem como deslocado para o novel art. 395 do mesmo diploma legal). Contudo, costuma-se reputá-la como implícita nesse dispositivo legal, ao argumento de que a não ocorrência do fato implica, à evidência, a falta de interesse na instauração do processo penal.

72. Prevista na redação original do art. 43, I, do CPP.

73. Situação arrolada na redação original do art. 43, II, do CPP, a qual se amoldará, conforme se verá mais à frente, dentre as hipóteses de *decisões com força de definitivas*.

74. Conforme a redação original do art. 43, III, primeira parte, do CPP.

Entretanto, essa divisão de efeitos permitiu nova bipartição decisória, de modo a serem reconhecidas as subcategorias:

1. das *decisões interlocutórias mistas terminativas "de mérito"*[75] (expressas na hipótese *b*, supramencionada); e,

2. das *decisões interlocutórias mistas terminativas "não de mérito"* ou *simples* (que se subsumiriam ao raciocínio manifestado na situação *a*).

Todavia, o cenário ora referido viu-se *modificado* com o advento da Lei 11.719/2008.

Ao alterar a redação do art. 397 do CPP, o novel diploma legal, com inegável acerto,[76] acabou por *retirar* do âmbito das *decisões interlocutórias mistas terminativas "de mérito"* algumas hipóteses de decisão de rejeição da denúncia ou queixa-crime baseadas em um *juízo de certeza* (acima destacadas nos itens b.2 e b.3), atribuindo-lhes, a partir de então, o nome de *sentenças de absolvição sumária.*[77]

Crê-se, assim, como explicitado no tópico 2.2.1.2, supra, que, após a novação do cenário jurídico de junho de 2008, não mais subsiste essa subdivisão das *decisões interlocutórias mistas terminativas*, as quais passaram a ter como *conteúdo exclusivo* aqueles atos decisórios que não permitem a instauração do processo penal ou encerram-no, sem julgamento de mérito, ao reconhecer a ocorrência de vício procedimental sanável ou a dúvida (futuramente suprível) em relação aos pressupostos da acusação formal.

2.3 *Síntese das* decisões processuais penais

Em decorrência de todo o exposto até agora no presente trabalho, tem-se que, segundo a disciplina do Código de Processo Penal de 1941, os *atos ju-*

75. Já seria digna de crítica, do ponto de vista da lógica técnico-processual, a junção das expressões *terminativa* e "de mérito" para qualificar uma mesma *decisão*.
Isso porque, ao longo da evolução do direito processual, chegou-se ao conceito de que as *decisões terminativas* são aquelas que colocam termo ao procedimento *sem resolver* o mérito processual, diversamente do verificado nas *decisões* "de mérito", em que este se vê equacionado.

76. Tal como explicitado no item 2.2.1.2, supra.

77. Diz-se *sumária* tal absolvição porque não terá lugar ao cabo da instrução criminal informada pelas garantias do devido processo penal (como ocorre com as demais sentenças penais, tidas por "ordinárias"), mas *logo depois de ajuizada a acusação formal*, pois se afeiçoa perceptível, desde logo, sua absoluta inviabilidade.

risdicionais de cunho decisório (também conhecidos como *decisões processuais penais*, item 8, supra) subdividem-se em:

(a) *Despachos* (item 2.1, supra); e,

(b) *Atos decisórios em sentido estrito* (item 2.2, supra), categoria que se compõe de:

(b.1) *Decisões interlocutórias*, que se agrupam do seguinte modo:

(b.1.1) *Simples* (item 2.2.3.1, supra); e,

(b.1.2) *Mistas* (item 2.2.3.2, supra), as quais se subdividem em:

(b.1.2.1) *Não terminativas* (item 2.2.3.2, supra); e,

(b.1.2.2) *Terminativas*[78] (item 2.2.3.2, supra).

(b.2) *Decisões (com força de) definitivas* (item 2.2.2, supra); e, finalmente,

(b.3) *Sentenças penais* (item 2.2.1, supra), que, por sua vez, se divide em:

(b.3.1) *Sentenças penais ordinárias* (item 2.2.1.1, supra):

(b.3.1.1) De *absolvição*:

(b.3.1.1.1) *Própria* (art. 386, I a VII, do CPP);

(b.3.1.1.2) *Imprópria* (art. 386, parágrafo único, III, CPP; arts. 96 e ss., CP).

(b.3.1.2) De *condenação* (art. 387, CPP);

(b.3.2) *Sentenças penais sumárias de absolvição* (item 2.2.1.2, supra).

3. AS *DECISÕES PROCESSUAIS PENAIS* NA LEGISLAÇÃO PROJETADA

Depois de todo o explicado até o presente momento, inegável a conclusão de que um sistema decisório penal tão complexo como o atualmente havido no ordenamento processual pátrio não se presta a facilitar a atuação dos operadores do Direito.

Como reflexo da *visão instrumental do processo* e da *evolução sistêmica* experimentada na seara *processual penal* (rumo à efetivação do modelo *acusatório*), diversas *propostas de alteração do Código de Processo Penal* foram formuladas nas últimas décadas, todas elas voltadas a abolir os indesejados resquícios inquisitivos ainda existentes no referido diploma temático (decorrentes do autoritário modelo político vigente em 1941), bem como a tornar mais célere, certo e seguro o procedimento de acertamento dos fatos apontados na acusação formal trazida a juízo.

---

78. Modalidade classificatória que, com o advento da Lei 11.719/2008, viu-se privada da subcategoria das *decisões interlocutórias mistas terminativas de mérito*, a qual, tal como exposto no item 2.2.1.2, supra, foi realocada no âmbito das *sentenças absolutórias sumárias*.

Por ora, analisar-se-ão os dois projetos de reformas do Código de Processo Penal que, do ponto de vista político e acadêmico, ainda se encontram em clara voga, cotejando-os brevemente, quanto ao tema em estudo, com o correlato projeto de reforma do diploma processual extrapenal.

3.1 O PL 4.206/2001, de iniciativa da Presidência da República (Ministério da Justiça)

Em primeiro lugar, deve-se fazer referência ao *PL 4.206/2001*,[79] voltado à alteração do Código de Processo Penal na parte destinada aos *recursos e às ações autônomas de impugnação*, para adequá-lo aos ares do Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988.

Elaborado por iniciativa do Ministério da Justiça, tal projeto legislativo propõe, em seu art. 581,[80] uma simplificação dos *atos decisórios penais*, de modo que estes se restrinjam a:

(a) *sentenças*: assim compreendidos os atos pelos quais o juiz põe termo ao processo, *resolvendo*[81] *ou não*[82] *o mérito processual penal* (art. 581, § 1.º);[83]

---

79. Tal projeto de lei foi elaborado por uma Comissão de Juristas constituída, em janeiro de 2001, pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias, a qual se viu presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover. Seu texto original pode ser localizado, em ambiente virtual, junto à página [www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0EADEB70ITEMID2E-9AFAED92324CBBB8D0E4B70A7FC137PTBRIE.htm].
Importante anotar que, igualmente da lavra dessa notável Comissão, decorreram as Leis 10.792/2003, – voltada à alteração da disciplina do interrogatório – 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 – as quais alteraram, respectivamente, o rito especial do Júri e muitos pontos do procedimento comum (tais como os temas das provas, da suspensão do processo, da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, dentre outros).

80. "Art. 581. Caberá recurso da *sentença* e da *decisão interlocutória*.
§ 1.º *Sentença* é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.
§ 2.º *Decisão interlocutória* é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
§ 3.º São *despachos* os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
§ 4.º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário" (grifos nossos).

81. Reconhece-se, aqui, a existência das *sentenças definitivas*.

82. Neste ponto, cria-se a figura das *sentenças terminativas*.

83. Conceito bastante similar à redação originária do art. 162, § 1.º, do CPC.
Quando em cotejamento com o sistema de decisões processuais penais atual, vê-se que neste conceito de sentença estariam inseridas não apenas as *sentenças definitivas*

(b) *decisões interlocutórias*: correspondentes àqueles atos pelos quais o juiz, no curso do processo, vem a resolver questão incidente (art. 581, § 2.°);[84] e,

(c) *despachos*: categoria residualmente composta dos demais atos praticados pelo juiz no processo, de ofício ou a requerimento da parte (art. 581, § 3.°).[85]

E, assim como se apura na seara extrapenal hodierna, o sistema proposto somente prevê recursos contra as *sentenças* e *decisões interlocutórias* (art. 581, *caput*), configuração bastante lógica, considerando-se que os *despachos*, por não contarem com conteúdo decisório relevante, não mereceriam especial tratamento processual, podendo ser corrigidos por mera revisão *administrativa*, que fica a cargo do próprio juiz (art. 581, § 4.°, *in fine*).

No tocante aos *recursos*, tem-se que as *sentenças* ver-se-iam ordinariamente impugnadas, segundo tal texto normativo, pela *apelação* (art. 593), ao passo que as *decisões interlocutórias* o seriam por meio do *agravo* (arts. 582 e 583), o qual, em regra, adotaria a forma *retida* e, excepcionalmente, a modalidade *de instrumento*.

Tal projeto, apresentado à Câmara dos Deputados em 12.03.2001, foi remetido ao Senado em 27.02.2009, e viu-se ali confrontado com a segunda proposição normativa cuja menção é imprescindível neste instante: o *PLS 156/2009*.

3.2 O PL 156/2009, de iniciativa do Senado Federal

Entregue à Presidência do Senado Federal em 22.04.2009 pela Comissão de Juristas responsável por sua elaboração, tal proposta de Código de Processo Penal viu-se aprovada pelo Plenário daquela Casa Legislativa em 07.12.2010.[86] Desde então, encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados (junto

---

(*sumárias* e *ordinárias*), mas também as *decisões interlocutórias mistas terminativas* e as *decisões com força de definitivas*.

84. Definição semelhante à redação do art. 162, § 2.°, do CPC, e que, no âmbito processual penal, englobaria as atuais *decisões interlocutórias* das subcategorias *simples* e *mistas não terminativas*.

85. Conceito semelhante ao havido no art. 162, § 1.°, do CPC e que, no sistema processual penal atual, encontraria perfeita correspondência junto aos *despachos de mero expediente*.

86. A *redação final conferida pelo Senado ao Projeto de Novo Código de Processo Penal*, que serviu de base à elaboração do presente estudo, pode ser encontrada nos endereços virtuais [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1] (Senado Federal) e [www.camara.gov.br/sileg/integras/831788.pdf] (Câmara dos Deputados). Para visualização das alterações havidas durante a passagem pela "Câmara Alta" do Congresso Nacional Brasileiro, mister cotejar tal texto com aquele originalmente entregue, pelos membros da Comissão, ao Presidente do Senado Federal, o qual está virtualmente disponível junto à página [http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf].

à qual recebeu a denominação de PL 8.045/2010), contando com enorme simpatia das forças políticas pátrias quanto a sua aprovação.

Embora ainda possa ser objeto de alterações, deve-se ressaltar que este projeto legislativo senatorial, nos artigos originalmente destinados à *demarcação geral dos prazos processuais* (art. 140),[87] à *extinção do processo, sem* ou *com julgamento de mérito* (respectivamente, arts. 267 e 268),[88] à *sentença no procedimento comum* (especialmente os arts. 420 a 423)[89] e no *rito especial dos crimes da competência do Tribunal do*

87. "Art. 140. Os juízes singulares darão seus *despachos* e *decisões* dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:
I – de 10 (dez) dias, para as *sentenças*;
II – de 5 (cinco) dias, para as *decisões interlocutórias*;
III – de 1 (um) dia, quando se tratar de *despacho de expediente*" (grifos nossos).

88. "Art. 267. São causas de *extinção do processo, sem resolução do mérito*, a qualquer tempo e grau de jurisdição:
I – o indeferimento da denúncia ou queixa subsidiária;
II – a ausência de quaisquer das condições da ação ou de justa causa, bem como dos pressupostos processuais;
III – a impronúncia."
Art. 268. São causas de *extinção do processo, com resolução de mérito*, em qualquer tempo e grau de jurisdição:
I – as hipóteses de *absolvição sumária* previstas neste Código;
II – a extinção da punibilidade;
III – a aplicação da pena no procedimento sumário;
IV – a condenação ou absolvição do acusado" (grifos nossos).

89. "Art. 420. O juiz poderá proferir *sentença condenatória*, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.
Art. 421. O juiz *absolverá* o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I – estar provada a inexistência do fato;
II – não haver prova da existência do fato;
III – não constituir o fato infração penal;
IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
VI – existirem circunstâncias que excluam a ilicitude ou que isentem o réu de pena (arts. 20 a 23, 26 e 28, § 1.º, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
VII – não existir prova suficiente para a condenação.
Parágrafo único. Na *sentença absolutória*, o juiz:
I – mandará por o réu em liberdade;
II – ordenará a cessação das medidas cautelares provisoriamente aplicadas;
III – aplicará medida de segurança, se cabível."
"Art. 422. Faz coisa julgada no cível a *sentença penal absolutória* que reconhecer:
I – a inexistência do fato;

Júri (arts. 404 e 405)[90] e à *estruturação do sistema recursal* (arts. 473 e 480),[91] deixa clara a adoção de *três modalidades decisórias*, em muito semelhantes às previstas no

---

II – estar provado não ter o réu concorrido para a ocorrência do fato;

III – ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sem prejuízo da responsabilidade civil, quando prevista em lei."

"Art. 423. O juiz, ao proferir *sentença condenatória*:

I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal; as primeiras, desde que tenham sido alegadas pela acusação;

II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Código Penal;

III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV – arbitrará o valor da *condenação civil* pelo dano moral, se for o caso;

V – declarará os efeitos da *condenação*, na forma dos arts. 91 e 92 do Código Penal;

VI – determinará se a *sentença* deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação.

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta" (grifos nossos).

90. "Art. 404. Em seguida, o presidente, dispensando o relatório, proferirá *sentença* que:

I – no caso de *condenação*:

a) fixará a pena-base;

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

c) imporá os aumentos ou as diminuições da pena alegados nos debates, em atenção às causas admitidas pelo júri;

d) observará as demais disposições do art. 423;

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;

f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da *condenação*.

II – no caso de *absolvição*:

a) mandará colocar em liberdade o acusado, se por outro motivo não estiver preso;

b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;

c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Parágrafo único. Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir *sentença* em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 285 e seguintes."

"Art. 405. A *sentença* será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento, devendo os presentes permanecer de pé durante o ato" (*grifos nossos*).

91. "Art. 473. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da *decisão* que:

atual Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973, alterada pela Lei 8.952/1994) e no PL 4.206/2001, quais sejam:

(a) os *despachos*;

(b) as *decisões*; e,

(c) as *sentenças*, que se subdividirão em:

(c.1) *definitivas* (quando, nos termos do art. 268, puserem termo ao rito com julgamento de mérito); ou,

(c.2) *terminativas* (caso venham a extinguir o procedimento sem julgamento de mérito, na forma do art. 267).

Mister anotar, neste passo, que, encerrando tendência iniciada no antigo direito romano,[92] este projeto houve por bem abolir o emprego da *interlocutoriedade* como termo adjunto às *decisões*.

Tal praxe mostra-se inegavelmente acertada, pois o emprego automático e irrefletido desse critério nos tempos atuais mostra-se, para dizer o mínimo, despropositado – notadamente quando se vislumbra que determinados atos integrantes do âmbito das *decisões* podem ser tomados (e, muitas vezes, o são) antes mesmo da constituição do *processo*.[93]

Mais. Seguindo tendência semelhante à consolidada pelo Código de Processo Civil e adotada no projeto que imediatamente lhe antecedeu, apenas

---

I – receber, no todo ou em parte, a denúncia, a queixa subsidiária ou os respectivos aditamentos;
II – indeferir o aditamento da denúncia ou da queixa subsidiária;
III – declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo;
IV – pronunciar o acusado;
V – deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais;
VI – conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo;
VII – decidir sobre produção e licitude da prova e seu desentranhamento;
VIII – recusar a homologação do acordo no procedimento sumário."
"Art. 480. Da *decisão que extingue o processo, com ou sem resolução do mérito*, caberá apelação no prazo de 15 (quinze) dias" (grifos nossos).

92. E explicada no presente estudo, quando da exposição do item 2.2.3, supra.

93. Neste ponto, impende anotar que a redação final conferida pelo Plenário do Senado Federal ao PLS 156/2009, em infeliz atecnia derivada do sistemicamente irrefletido acolhimento de emendas senatoriais, *quebrou a pureza linguística* do emprego isolado do termo *decisão* (sem o complemento *interlocutória* – questionado no mesmo item 2.2.3, supra).
Isso porque, em seus arts. 140, II, e 308, § 2.º, acabou por valer-se do vetusto binômio *decisões interlocutórias*.

são previstos *recursos* das *decisões* (*agravo*, ordinariamente *retido* e excepcionalmente na forma *de instrumento*, conforme o art. 473) e das *sentenças* (que, segundo o art. 480, será de *apelação*).

Assim, intuitiva a conclusão de que os *despachos* remanescem irrecorríveis, ante sua inexpressividade decisória, podendo ser corrigidos, de ofício, em atividade administrativa a ser levada a termo pelo próprio juiz da causa.

3.3 Potenciais proveitos, para os temas das decisões e recursos, de um diálogo entre os Projetos de Reforma do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil (PLS 166/2010) atualmente em curso no Congresso Nacional

Por derradeiro, considerando-se que o *sistema processual civil* também conta com um *projeto senatorial de reforma* em virtuosa marcha perante o Congresso Nacional (PLS 166/2010, recebido, na Câmara dos Deputados, em 22.12.2010, após aprovação pelo Plenário do Senado Federal),[94] há que se divisar a rara e histórica oportunidade atualmente havida de estabelecer-se um (pontual, mas proveitoso) diálogo entre os textos projetados, com flagrante e pragmático escopo de simplificação das terminologias decisórias e de aproximação dos ritos e prazos recursais – o que auxiliaria, e muito, o trabalho dos operadores do Direito brasileiro.

Sustenta-se isso porque, uma vez conectadas as duas linhas de discussão normativa:

(a) ao mesmo tempo em que o processo penal passará a incorporar a prática (e consagrada) trilogia decisória desenvolvida no âmbito civil (*despachos*, *decisões* e *sentenças* – estas, *definitivas* e *terminativas*), poderá auxiliar tal ramo processual a igualmente desvincular-se, vez por todas, do indesejável resquício da *interlocutoriedade* e dos problemas teóricos dela derivados;

(b) anotada a substituição, na qualidade de meio impugnativo das *decisões*, do atual *recurso em sentido estrito* pelo *agravo*, poder-se-ia eliminar do projeto de Código de Processo Penal a previsão ordinária de adoção da sua forma *reti-*

No entanto, como o refrido texto ainda se encontra em trâmite legislativo perante a Câmara dos Deputados, confia-se que uma revisão técnica mais acurada poderá restaurar a tendência de completo expurgo da *interlocutoriedade*.

94. A íntegra do texto apresentado à Câmara dos Deputados (o qual se viu registrado, em tal casa, como PL 8.046/2010) pode ser conferida junto ao sítio: [www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf].

da – a qual, na seara extrapenal, mostrou-se *extremamente contraproducente* em termos de *celeridade* e *simplificação* procedimental (tanto que se viu abolida na disciplina processual civil proposta pelos arts. 969 e ss. do PLS 166/2010) –, remanescendo, apenas, o *agravo de instrumento*; e,

(c) o pragmático estabelecimento de um prazo padrão para todos os recursos extrapenais (15 dias, conforme o disposto no art. 948, § 1.º, CPC) poderia ensejar reflexões científico-políticas acerca da extensão desse caminho ao novo Código de Processo Penal.

4. CONCLUSÕES

1. Para pacificar os conflitos penalmente relevantes emergidos no tecido social, bem como para tutelar o *status dignitatis* de seus cidadãos, o Estado, quando da consolidação de seu sistema de *justiça pública*, assumiu o monopólio do uso da força e reconheceu uma disciplina própria a ser seguida para alcance daquele objetivo: o *processo penal*.

2. A resolução dessas controvérsias de índole persecutória penal trazidas à cognição do Estado-juiz exige deste a tomada de uma série de *decisões*, das mais variadas espécies, desde o controle da atividade pré-processual até seu efetivo posicionamento quanto ao mérito do caso perante si ajuizado.

3. A correta compreensão das modalidades de *decisões processuais penais* legislativamente admitidas mostra-se útil não apenas à construção do *sistema recursal*, mas também à compreensão do fenômeno da efetiva estabilização social, com perenes *paz* e *justiça*, mediante o estabelecimento da *coisa julgada penal* (*formal* e *material*).

4. Diversamente do Código de Processo Civil (que se viu pragmaticamente reformado nas décadas de 1970, 1990 e 2000), o diploma processual penal, embora atualizado, em parte, à "moderna vida democrática", no decorrer ano de 2008, continua a sustentar uma disciplina de *decisões processuais penais* que, aos olhos de grade parte dos operadores do Direito, dificilmente configuraria um *sistema*.

Para compreendê-lo, o intérprete deve, primeiro, despir-se dos pré-conceitos classificatórios – notadamente aqueles recentemente estabelecidos na legislação extrapenal – para, ao depois, em grande esforço histórico-teleológico, buscar compreender os flagrantes equívocos de nomenclatura e funções que conduziram o legislador de 1941 a estabelecê-lo em tais configurações.

5. Assim agindo, chegará à conclusão de que qualquer quadro sério de *decisões processuais penais* (ou "atos decisórios em sentido amplo"), desde que

consentâneo com as práticas judiciárias atuais, consagrará, inevitavelmente, uma dualidade:

5.1 De um lado, prever-se-á uma categoria de *atos sem conteúdo decisório relevante*, os denominados *despachos de mero expediente*, naturalmente irrecorríveis pelo procedimento, mas reversíveis em atividade administrativo-correcional do Judiciário;

5.2 De outra banda, encontrar-se-ão consolidados os *atos com conteúdo decisório relevante* (e, por isso, sujeitos ao *dever de fundamentação* insculpido no art. 93, IX, da CF/1988), os quais podem ser genericamente conhecidos por *atos decisórios em sentido estrito*.

Importante anotar que, para cumprir o mandamento constitucional, as decisões pertencentes a esta subcategoria decisória haverão de adotar em sua estrutura, explícita ou implicitamente, ao menos três elementos lógico-formais: o *relatório*, a *motivação* (ou *fundamentação*) e o *dispositivo* (ou *decisório*).

6. A categoria dos *atos decisórios em sentido estrito* vê-se integrada, no quadro traçado pelo legislador processual penal de 1941 (e pouco alterado pelas reformas de 2008), por três diferentes subespécies, a saber: as *sentenças penais*, as *decisões (com força de) definitivas* e as *decisões interlocutórias*.

7. No *sistema* inaugurado na década de 1940, o termo *sentença* somente foi usado para designar os atos judiciais que, encerrando o rito, também importavam a *solução do mérito processual penal*. Ou seja: toda *sentença penal* terá como *atributo essencial* a *definitividade*.

As *sentenças penais* são ordinariamente impugnadas por meio do recurso de *apelação* (art. 593, I e III, CPP) e seu dispositivo transita *formal* e *materialmente* em julgado.

7.1 São subespécies de *sentença penal*: (a) as *ordinárias* (de *condenação* e *absolvição*); e, (b) as *sumárias* (somente de *absolvição*).

7.1.1 Por *sentenças penais ordinárias condenatórias* compreendem-se aquelas em que, uma vez cumprido o rito em sua inteireza, *o julgador revela ter se convencido:*

(a) de que *o acusado praticou o fato irrogado* (*conteúdo declaratório* ou *primário* do dispositivo do ato decisório processual penal em sentido estrito); e,

(b) de que *tal fato qualifica-se juridicamente como infração penal*, sem a ocorrência de qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade (*conteúdo sancionatório* ou *secundário* do dispositivo do ato decisório processual penal em sentido estrito).

7.1.2 A seu turno, são *sentenças penais ordinárias de absolvição* (art. 386, CPP) aquelas em que, percorrido integralmente o procedimento legalmente instituído:

(a) seja provado que o *fato apontado como ilícito penal não ocorreu* (art. 386, I);

(b) reste demonstrado que *tal fato, na verdade, não se qualifica como infração penal* (art. 386, III);

(c) haja a comprovação de que *a pessoa apontada como sua autora não o praticou e/ou não concorreu para que ele fosse praticado* (art. 386, IV);

(d) as provas tragam ao julgador a *certeza ou, ao menos, a* dúvida razoável *acerca da existência de circunstância que exclua o crime ou que isente seu praticante de pena* (art. 386, VI); ou, ainda,

(e) os *elementos probantes colhidos sob a égide do devido processo penal* não se prestem *a levar o julgador à certeza acerca da autoria, da materialidade, da tipicidade e/ou da antijuridicidade da conduta irrogada* (art. 386, II, V e VII).

7.2 Já as *sentenças penais sumárias de absolvição*, instituídas pela nova redação atribuída ao art. 397 do CPP em 2008 (Lei 11.719/2008), são tomadas quando, por motivos *de fato* ou *de direito*, já se mostre, *logo ao início do procedimento penal judicial*, a inaptidão da acusação formal em permitir a instauração do próprio rito ou da relação processual. Isso ocorrerá:

(a) Segundo a expressa dicção legal (art. 397, CPP), nos casos de:

(a.1) a existência *manifesta* de *causa excludente da ilicitude do fato* (art. 397, I);

(a.2) a existência *manifesta* de *causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade* (art. 397, II);

(a.3) a *evidente atipicidade do fato narrado* (art. 397, III); ou,

(a.4) a ocorrência de *causa extintiva da punibilidade do agente* (art. 397, IV).

(b) Contudo, salutar a observação de que *ao menos outras duas hipóteses* foram olvidadas pelo legislador e mostram-se igualmente aptas a ensejar essa "absolvição sumária", a saber:

(b.1) a *demonstração inequívoca da inexistência do fato imputado*; ou, ainda,

(b.2) *a prova do manifesto não envolvimento do acusado em tal acontecimento.*

8. Por *decisões (com força de) definitivas* têm-se os atos decisórios com eficácia *semelhante* à da *definitividade* – isto é, aqueles que, uma vez tomados e não havendo mais a possibilidade de sua impugnação, vêm a reconhecer o *desinteresse processual pela(s) questão(ões) veiculada(s) no rito, pondo fim ao procedimento e impedindo ulterior instauração de persecução penal (extrajudicial* ou *judicial) voltada à apuração do(s) fato(s) por eles atingido(s).*

Exemplos dessa modalidade decisória detectam-se:

(a) nas diversas hipóteses de *reconhecimento da extinção da punibilidade do agente*; e,

(b) na *homologação da transação penal e da composição dos danos civis*, previstas para o Juizado Especial Criminal.

Tais decisões são impugnadas, em regra, por meio de *apelação* (art. 593, II, CPP), ressalvadas as hipóteses previstas no rol de cabimento do *recurso em sentido estrito* (notadamente aquelas inseridas nos incs. VIII e IX do art. 581, CPP).

9. Por derradeiro, há a subcategoria, residual e complexa, das *decisões interlocutórias*, cuja denominação remonta a uma antiga tradição latina, a qual congrega os atos decisórios voltados à resolução de questões meramente procedimentais. Tal nicho vê-se integrado por duas submodalidades: as *simples* e as *mistas*.

9.1 As *decisões interlocutórias simples* são aquelas voltadas a equacionar as questões incidentais e os problemas exclusivamente atinentes ao procedimento e à marcha processual. Seus exemplos mais claros são:

(a) a admissão ou indeferimento de produção de prova; e,

(b) a decretação ou rejeição de pedido de prisão cautelar.

9.2 Já as *decisões interlocutórias mistas* englobam *duas realidades* procedimentais bastante distintas:

9.2.1 Uma delas, dita *não terminativa*, tendente ao encerramento das etapas do procedimento (por exemplo a pronúncia, no rito do Júri) ou de incidentes processuais (como a decisão do incidente de falsidade);

9.2.2 E, outra, conhecida por *terminativa*, destinada a pôr termo, por falha procedimental, à própria relação intersubjetiva criada pelo acolhimento e processamento da acusação formal, mas sem impedir a ulterior repropositura da ação (tão logo se veja corrigido tal lapso).

Neste ponto, concluiu-se que a reforma promovida pela Lei 11.719/2008, ao criar a categoria das *sentenças de absolvição sumária*, acabou com a subdivisão doutrinariamente criada entre as *decisões interlocutórias mistas terminativas simples* e *de mérito*, visto que concentrou, implícita e explicitamente, naquela nova categoria *todas* as hipóteses das denominadas *decisões interlocutórias mistas terminativas de mérito*.

10. Ciente desse complexo quadro decisório, os projetos de reforma legislativa mais recentes (PL 4.206/2001, de iniciativa da Presidência da República, via Ministério da Justiça; e o PL 156/2009, de iniciativa do Senado), influenciados pela pragmática operacionalidade do sistema erigido na esfera processual extrapenal, passaram a sugerir uma revisão desse cenário.

11. O PL 4.206/2001 adotou, claramente, a mesma concepção norteadora do atual Código de Processo Civil, na medida em que simplificou o sistema de *decisões processuais penais* para abranger apenas três modalidades: os *despachos* (decisões ordinatórias irrecorríveis), as *decisões interlocutórias* (atos decisórios de questões incidentes ao processo, impugnáveis por meio do recurso de *agravo*) e as *sentenças* (atos pelos quais o juiz põe termo ao processo, resolvendo ou não o mérito processual penal, contra os quais se pode interpor *apelação*).

12. O PLS 156/2009 seguiu, em linhas gerais, as mesmas tendências do Projeto que lhe foi imediatamente anterior.

Entretanto, trouxe como marcas distintivas relevantes:

(a) a exclusão do critério da *interlocutoriedade* para denominação das *decisões* (em implícito reconhecimento de que tal categoria decisória não se prende meramente a um critério topográfico, mas de conteúdo); e,

(b) a expressa diferenciação entre os atos decisórios que extinguem o processo, *com julgamento* do mérito (*sentenças definitivas*) e *sem julgamento do mérito* (*sentenças terminativas*).

13. O fato de dois recentes projetos senatoriais de reforma integral dos diplomas processuais civil e penal estarem tramitando simultaneamente, com fôlego político, perante o Congresso Nacional, poderia trazer interessante aproximação técnico-pragmática entre ambas as experiências, notadamente no concernente aos temas das *decisões* e dos *recursos*.

14. Face a tais configurações, pode-se concluir ser *tendência do processo penal a simplificação do quadro de decisões processuais penais*, de maneira a aproximar-se da pragmática construção elaborada na legislação processual civil. Pensa-se que tal redução, facilitará, sobremaneira, a atuação *prática* do direito processual penal.

Todavia, vislumbra-se certo incremento das complicações *teóricas* já naturais à disciplina, notadamente quanto à compreensão do fenômeno da *coisa julgada penal* e de seus efeitos, homogêneos ou heterogêneos, principalmente no que tange às hipóteses hodiernamente denominadas como *decisões com força de definitivas* (as quais, caso vingue o Projeto senatorial, passariam a integrar o rol das *sentenças definitivas*).

5. BIBLIOGRAFIA

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

CAMACHO, Fernanda Gomes. *Mutabilidade da sentença penal condenatória: unificação e soma de penas.* Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), São Paulo, USP, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. III.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1955. vol. 4.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos.* Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), São Paulo, USP, 2008.

LORUSSO, Sergio. *Provvedimenti 'allo stato degli atti' e processo penale di parti.* Milano: Giuffrè, 1995.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide de. Efeitos da sentença e coisa julgada. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 3.

_____. Partes componentes da sentença. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 3.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma.* São Paulo: Ed. RT, 2008.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *O direito quântico.* São Paulo: Max Limonad, 1980.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Sentença penal – I. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.). *Enciclopédia Saraiva do direito.* São Paulo: Saraiva, 1982. vol. 68.

6. PROJETOS DE LEI CONSULTADOS

BRASIL. PL 4.206/2001. Comissão especial de juristas para reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Brasília: Ministério da Justiça, 2001. Disponível em: [www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0EADEB70ITEMID2E9AFAED92324CBBB8D0E4B70A7FC137PTBRIE.htm]. Acesso em: 22.01.2005.

_____. PL 156/2009. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf]. Acesso em: 20.05.2009.

_____. PL 166/2010. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em: 23.04.2011.

_____. PL 8.045/2010 (PLS 156/2009). Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/integras/831788.pdf]. Acesso em: 23.04.2011.

_____. PL 8.046/2010 (PLS 166/2010). Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf]. Acesso em: 23.04.2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Apontamentos sobre os recursos criminais: das noções gerais aos seus efeitos, de Tales Castelo Branco – *RIASP* 8/164;
- Estrutura da sentença penal, de Petrucio Ferreira – *RePro* 98/177;
- Interpretação do direito e retórica nas decisões penais, de Nelson Camatta Moreira e Thiago Fabres de Carvalho – *RT* 823/401;
- Processo e procedimentos penais, de Rogério Lauria Tucci – *RT* 749/485; e
- Sistemas processuais penais, de Cristiano Álvares Valladares do Lago – *RT* 774/441.

Veja também Jurisprudência

- Recurso de apelação conhecido por considerar determinada decisão como de natureza interlocutória mista com força de definitiva – *RT* 702/356.

5517

A TERCEIRA GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA, AS TRÊS FACES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O DEVIDO PROCESSO PENAL

5

GAUTHAMA FORNACIARI DE PAULA

Mestrando pela Direito FGV. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo tem o objetivo de mostrar que questões relativas ao devido processo penal são reflexos da terceira globalização jurídica, cuja fronteira está na relação entre *direito* e *política*. Essas questões são partes do fenômeno da judicialização da política. Considerando o estado da arte do movimento do direito e desenvolvimento e o papel atribuído ao direito considerado como elemento intrínseco do conceito de desenvolvimento, surgem alguns problemas empíricos dignos de novas pesquisas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo penal - Judicialização da política - Direito e desenvolvimento - Pesquisa empírica.

ABSTRACT: This article aims to show that questions concerning criminal due process are reflections of the third globalization of law, whose frontier is the relation between *law* and *politics*, and are parts of the phenomenon of judicialization of politics. Considering the state of the art of the law and development movement and the intrinsic role attributed to law to the concept of development in this moment, some empirical problems have arisen and are worth of new researches in Brazil.

KEYWORDS: Criminal due process - Judicialization of politics - Law and development - Empirical research.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. As três globalizações jurídicas - 3. As três faces da judicialização da política - 4. Uma visão crítica da judicialização da política - 5. O devido processo penal na segunda face da judicialização da política e o debate do direito e desenvolvimento - 6. Uma pauta de pesquisa sobre o devido processo penal no Brasil - 7. Conclusão - 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de mostrar que questões envolvendo o devido processo legal em matéria criminal, ou devido processo penal, inserem-se, contemporaneamente, numa das três faces do fenômeno da judicialização da política, a qual, por sua vez, reflete a terceira globalização do pensamento jurídico, cuja fronteira é a relação entre *direito e política*. Nesse momento, juízes, tribunais e Cortes Supremas adquirem o papel de protagonistas na criação do direito por meio da sua aplicação marcada pelo *neoformalismo* de direito público, tido por teóricos do direito e desenvolvimento como referência para a aferição da qualidade do direito de um país. Nessa fronteira, emergem problemas empíricos a serem investigados no Brasil acerca da atuação esperada do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito quanto ao grau de efetividade a direitos fundamentais.[1]

Na primeira parte, serão expostas as três globalizações do direito desde o século XIX descritas por Duncan Kennedy, um dos fundadores dos *Critical Legal Studies*. Na segunda parte, será exposto o conceito do fenômeno da judicialização da política, conforme a formulação do jurista e cientista político Ran Hirschl. Na terceira parte, será mostrada a análise crítica de Hirschl sobre as consequências da judicialização e, na quarta parte, a sua pesquisa relativa ao devido processo penal. Por fim, na quinta parte, será indicado que tais fenômenos ocorrem na realidade brasileira, ganharam atenção da academia a partir do final dos anos 1990 e podem ser chaves de reflexão úteis para guiar novas pesquisas empíricas sobre o devido processo legal. Espera-se, dessa forma, enriquecer o debate que vem sendo feito por estudiosos das ciências criminais sobre a matéria ante a onipresente discussão do assunto nas arenas públicas.

2. AS TRÊS GLOBALIZAÇÕES JURÍDICAS

Conforme esquema teórico elaborado por Duncan Kennedy,[2] nos últimos 160 anos, houve três globalizações do direito e do pensamento jurídico ocidental. Embora o esquema não consiga captar todos os múltiplos aspectos da

1. Agradeço à Profa. Luciana Gross Cunha, com quem tive a oportunidade de discutir uma versão preliminar do presente artigo e corrigir algumas imprecisões.
2. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University, 2006.

realidade, é útil para refletir sobre a transformação do direito e do Estado durante esse período.

Segundo Duncan Kennedy,[3] a primeira globalização ocorreu entre a segunda metade do século XIX até o início da Primeira Guerra Mundial (1850 a 1914). Na sociedade de mercado, a esfera do indivíduo deve ser protegida contra o arbítrio do Estado, o qual é obrigado a garantir uma segurança mínima para o comércio. É a era do Estado Liberal. O direito era achado na lei, principalmente nos Códigos, e cabia ao juiz deduzi-lo a partir de um ordenamento autônomo, harmônico e sem lacunas – *formalismo*. O principal operador do sistema era o jurista, professor de direito, autor de códigos, de suas modificações e de tratados doutrinários, orientado pela filosofia do positivismo jurídico.

Difundiu-se o pensamento jurídico clássico originado da Escola Histórica Alemã, de maior prestígio à época. Sua concepção central era a da *autonomia da vontade* de indivíduos formalmente iguais e de Estados soberanos. Havia nítida separação entre o direito público e o privado, entre o mercado e o ambiente familiar. O centro do ordenamento era o Direito Privado, *científico* por excelência, guiado pelas ideias de direito subjetivo, vontade e culpa. Os ramos privilegiados eram o direito comercial e o contratual. Os ramos do direito público como o direito penal, administrativo e constitucional seriam *menos científicos* por refletirem demasiadamente as opções morais do espírito do povo. No campo do direito de família, as relações decorrentes do modelo patriarcal não poderiam ser alvo de interferência estatal. A fronteira do direito estava na dicotomia entre *Direito e Moral*.

No plano externo, apenas os Estados eram sujeitos de direito e não podem intervir em assuntos internos uns dos outros. Tal modelo espraiou-se com a colonização de países da periferia do capitalismo pelas potências europeias e pela adoção desse modelo de direito como forma de inserção no mercado internacional dos países periféricos recém-independentes com o apoio das elites locais.

Ainda de acordo com o Duncan Kennedy,[4] a segunda globalização ocorreu pouco antes do início do século XX até o fim da Segunda Guerra Mundial (1900 a 1945). Foi difundida a ideia de direito como instrumento para alcançar fins sociais, com papel complementar às relações de mercado e voltado ao bem-estar social. No plano econômico, as crises do capitalismo justificaram a intervenção do Estado na economia para regulá-la e evitar prejuízos arcados coletivamente pela sociedade como um todo. Além disso, era preciso respon-

3. Idem, p. 25-37.

4. Idem, p. 37-62.

der adequadamente aos conflitos decorrentes das desigualdades reais entre classes sociais e minorias. Era a era do Estado de Bem-Estar Social nos países centrais e do Estado Desenvolvimentista em alguns países periféricos.

O direito passava a ter papel regulatório para gerenciar conflitos e estruturar atividades econômicas, sendo achado em leis especiais e em atos normativos do Executivo, cabendo ao aplicador – agente público e juiz –, a partir dessa nova legislação especial com diferentes racionalidades, aplicá-lo de acordo com a sua finalidade social – *análise consequencialista.* Os principais operadores do sistema eram o legislador e a Administração Pública, criadores da ordem normativa. Ganha proeminência o sociólogo do direito, crítico da adequação das leis à realidade social e autor de estudos orientados pela ideia do pluralismo jurídico.

Difundiu-se o pensamento do Direito Social de origem alemã, mas globalizado por escolas da França. Sua concepção central era a ideia de interdependência entre os sujeitos e de instituições existentes na sociedade, e o reconhecimento, além de indivíduos e do Estado, de diferentes grupos sociais, notadamente os capitalistas, os proletários e as minorias.

Houve uma expansão do direito público. O centro do ordenamento era o Direito Social, guiado pela ideia de bem-estar. Os ramos privilegiados passaram a ser o direito do trabalho, o administrativo, o de família e o internacional. A fronteira do direito residia na dicotomia entre *direito e sociedade.* No plano externo, as Organizações Internacionais passaram a exercer uma influência maior na produção do direito internacional promovendo grau maior de cooperação entre Estados. A concepção social disseminou-se com a ascensão de regimes nacionalistas na Europa e com a incorporação de tais preceitos por países periféricos.

Seguindo a proposta teórica de Duncan Kennedy,[5] a terceira globalização jurídica iniciou-se em 1945 e continua pelos anos 2000. Emergiu após a Segunda Guerra e gradualmente difundiu-se pela implantação de Cortes Constitucionais e do sistema de controle de constitucionalidade (*judicial review*) em grande parte dos países, pela expansão das corporações e organizações não governamentais transnacionais e da prática das organizações internacionais. Engloba o período de auge e crise do Estado de Bem-Estar Social nos países centrais e do Estado Desenvolvimentista em alguns dos países periféricos, além da

5. Idem, p. 63-71. Vale conferir também sobre a "Terceira Globalização" a apresentação de TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal.* New York: Cambridge University, 2006.

ascensão e declínio do modelo neoliberal. No plano do direito, a terceira globalização absorve dois elementos das globalizações anteriores, modificando-os. O primeiro elemento é a análise consequencialista de políticas (*policy analysis*) herdada da segunda globalização. O segundo, é o neoformalismo de direito público (*public law neoformalism*), mutação do formalismo da primeira globalização. A análise de políticas envolve, no processo de decisão, a ponderação de considerações incompatíveis entre si e de conflitos de interesses presentes em problemas jurídicos complexos. Cabe ao aplicador do direito decidir de forma consequencialista. *A policy analysis* é adequada para o julgamento de questões distributivas e de impactos econômicos na sociedade.

De outro lado, o *neoformalismo* envolve um raciocínio dedutivo com referência a direitos, garantias e princípios presentes em textos basilares (tratados e constituições) e, neste campo, é adequada a avaliação da intervenção do Estado na esfera individual nas áreas do direito público, como o direito internacional, o direito constitucional, o direito penal e o direito de família. O principal operador do sistema é o *Poder Judiciário*. Difundiu-se o pensamento constitucionalista decorrente da prática da Corte Suprema dos Estados Unidos. Ganha relevo as ideias normativas de direitos humanos e políticas sociais para conciliar a pluralidade de identidades dos diferentes grupos da sociedade a partir do princípio da *não discriminação*. O centro do ordenamento passa a ser a Constituição e os Tratados internacionais. Os ramos privilegiados passam a ser o direito constitucional, o direito dos negócios e o internacional. A fronteira do direito muda para a dicotomia entre *direito e política*, dado que os juízes devem dar concretude a princípios gerais das constituições e dos tratados na decisão sobre os conflitos que lhes são levados.

No plano do pensamento jurídico ocorre uma multiplicação de filosofias do direito: teorias pós-modernistas, análise econômica, jurisprudência analítica etc. No plano internacional, os blocos comerciais e políticos, os organismos de governança global, o terceiro setor e as cortes internacionais ganham importância. A concepção constitucionalista de raiz americana disseminou-se com o prestígio dos Estados Unidos após a Segunda Guerra e após a Guerra Fria e com a incorporação desse preceito por países periféricos que sofreram reformas legais como exigência para a obtenção de financiamento nas agências internacionais de fomento como o Banco Mundial.

No contexto da fronteira expressa na dicotomia entre direito e política, Duncan Kennedy[6] faz a seguinte observação, digna de nota, sobre o fato de a

6. Op. cit., p. 71, tradução nossa.

proeminência do papel exercido pelo juiz colocá-lo na posição de responder à perene questão de que está ou não fazendo "política por outros meios", dado o seu poder de decisão sobre leis domésticas e acordos decididos por entes soberanos internacionais: "A centralidade do juiz, combinada com o *status* problemático do método jurídico sob as sequelas das críticas e a multiplicação de identidades reivindicantes, coloca um novo problema. No lugar da questão de até que ponto o direito deve ser moral, para o PJC [Pensamento Jurídico Clássico], e a questão da relação entre direito e sociedade, para a corrente social, na consciência jurídica contemporânea a questão é a relação entre direito e política. O juiz simultaneamente representa o direito contra a política legislativa no plano doméstico e contra a política soberana no plano internacional, e deve responder à acusação de que é um usurpador, fazendo 'política por outros meios".

É nessa fronteira do direito que se insere o fenômeno da judicialização da política.

3. AS TRÊS FACES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

De acordo com Ran Hirschl,[7] a judicialização da política é um fenômeno que engloba três processos diferentes: (a) a juridificação linguística da esfera pública; (b) a expansão do judiciário nos campos da definição de políticas públicas e de direitos fundamentais; e (c) a dependência da decisão de controvérsias da megapolítica pelos tribunais – *juristocracia*.

A juridificação linguística da esfera pública significa a colonização desta pelo discurso e procedimentos típicos do direito. O vocabulário e a gramática da lei, dos direitos e da justiça popularizam-se e subordinam a tomada de decisões e as negociações nas instâncias representativas bem como as ocorridas na vida cotidiana dos modernos Estados. Trata-se da "captura" das relações e a expropriação dos conflitos sociais apontada por sociólogos do direito como Günther Teubner e Niklas Luhmann. Questões substanciais do que é justo passam a ser tratadas de maneira procedimental.[8]

A expansão do judiciário no campo da definição de políticas públicas manifesta-se na possibilidade de revisão pelos juízes dos resultados de políticas to-

7. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University, 2008.

8. Idem, p. 121.

madas pela administração pública e pelo poder legislativo, bem como pela re-delimitação de atribuições de diferentes órgãos do Estado. Atuação de agências reguladoras, planejamento urbano, saúde pública, indústria e comércio, tributação, fiscalização pública e outros assuntos são todos submetidos ao crivo judicial sob os imperativos de razoabilidade, equanimidade, transparência e legalidade.[9]

Com relação à *expansão do judiciário no campo da definição dos direitos fundamentais*, os casos mais comuns são os relativos ao devido processo legal em matéria criminal (*devido processo penal*) e aos limites da atuação do Estado na esfera privada em respeito aos direitos civis. Como salienta Hirschl:[10] "Esta crescente expansão jurisprudencial sobre direitos civis tem redefinido os limites da esfera privada nas democracias constitucionais e transformado numerosas *policy areas* envolvendo as liberdades individuais". Destaca-se ainda a ocorrência desse mesmo tipo de judicialização na arena internacional principalmente pela atuação de Cortes Internacionais de Direito Humanos, de organizações internacionais econômicas como a Organização Mundial de Comércio (OMC) e pela regulação dos blocos comerciais como o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Comunidade Andina, a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean) e a Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (Apec).[11] Para Hirschl,[12] essa forma de judicialização é legítima na medida em que encontra balizas nos textos constitucionais a guiar o entendimento de juízes, tribunais e cortes supremas.

A dependência da decisão de controvérsias da megapolítica pelos tribunais ou "juristocracia" é a terceira face da judicialização da política. A megapolítica envolve controvérsias centrais que dividem e definem as sociedades dos diferentes países. Engloba a judicialização: das eleições; da análise das políticas de segurança nacional e macroeconômica dos governos; dos dilemas de justiça restaurativa; da confirmação da mudança dos regimes políticos e da identidade coletiva da nação de um Estado, a razão de ser da sua existência. Essa forma de judicialização transferiu para as Cortes Supremas de diversos países o poder de criação e definição de políticas fora dos quadrantes das leis e da Constituição que não lhes fornecem parâmetros de atuação. Exemplos de judicialização da megapolítica é a decisão sobre o lugar da Alemanha na União Europeia, o futu-

9. Idem, p. 121-122.
10. Idem, p. 121, tradução nossa.
11. Idem, p. 122.
12. Idem, p. 123.

ro do Quebec no Canadá, a validade do pacto pós-apartheid da África do Sul e dos territórios palestinos ocupados por Israel.[13]

Sobre essa forma de judicialização, Ran Hirschl[14] afirmou ser ela o motor que conduz os Estados a uma "juristocracia". Contudo, a judicialização da megapolítica envolveria um déficit democrático na medida em que as Cortes não são compostas por membros eleitos e responsáveis perante os cidadãos:[15] "Enquanto aspectos procedimentais do processo eleitoral figuram dentro das atribuições da maioria das cortes (...) questões como a legitimidade do regime, a identidade coletiva de uma nação e o ajuste de contas com um passado nada admirável de um país, refletem primariamente profundos dilemas políticos e morais, e não dilemas judiciais. Como tais, eles deveriam – ao menos em princípio – ser contemplados e decididos pela própria população, por meio dos seus representantes eleitos e sujeitos à prestação de contas".

4. UMA VISÃO CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No seu trabalho *Towards Juristocracy*, Ran Hirschl questiona as vinculações democráticas e benéficas das origens e consequências políticas do fenômeno da transferência do poder de *policy-making* das instâncias representativas para o poder judiciário, decorrente da constitucionalização de direitos fundamentais e da adoção do sistema de controle judicial de constitucionalidade ao redor do mundo. De acordo com a concepção doutrinária prevalecente e por ele criticada, a *constitucionalização* ter-se-ia originado de movimentos inspirados em valores liberais e igualitários, sendo apta à promoção de justiça comutativa e distributiva. Porém, tais posições careceriam de base empírica para sustentá-las.[16]

Com o objetivo de medir empiricamente as origens e consequências do fenômeno da constitucionalização, Hirschl selecionou quatro países, cujas características favoreceriam o estudo. São eles: Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul. Foram escolhidos por terem passado por processos recentes de constitucionalização: o Canadá em 1982; a Nova Zelândia em 1990; o Estado de Israel em 1992; e a África do Sul em 1996. Além disso, todos eles possuem sociedades profundamente divididas por razões históricas, por assuntos da

13. Idem, ibidem.

14. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

15. HIRSCHL, Ran. The judicialization... cit, p. 123, tradução nossa.

16. *Towards Juristocracy*... cit., p. 01-06.

megapolítica: a questão do Québec e da Federação no Canadá; a do *status* dos Maoris na Nova Zelândia; a do processo de paz e do embate entre secularismo e religião em Israel; e a reconciliação e a reparação do pós-*apharteid* na África do Sul. Ainda a justificar a escolha dos três primeiros, o autor ressalta o fato de todos eles terem sofrido *transições não aparentes*, ou seja, sem grandes rupturas políticas, e de serem democracias representativas com predominância do Parlamento e terem a mesma tradição jurídica de *common law*, o que torna possível fazer comparações do antes e depois da edição dos novos diplomas. A África do Sul, não obstante ter sofrido a transição de um regime autoritário para um democrático, foi incluída como desafio à crítica proposta pelo autor.[17]

Feita a análise comparativa das *origens* das *Bill of Rights* dos países, o autor concluiu que elas não foram frutos de movimentos sociais inspirados pela promoção de valores liberais e igualitários. Na verdade, elas resultaram da ação de elites locais desejosas da *preservação da sua hegemonia*. As elites só concordaram com o movimento de constitucionalização e judicialização da política na medida em que esta poderia resguardar os seus interesses. De fato, a elite política ameaçada cuidou de constitucionalizar seus interesses, livrando-os das vicissitudes das disputas partidárias; a elite econômica fez inserir nas novas cartas a proteção da propriedade, da livre iniciativa e do livre mercado para favorecer sua atividade; e, por sua vez, a elite judicial quis resguardar sua influência política e prestígio internacional.[18]

Quanto à análise das *consequências*, o autor buscou aferi-las, no período desde a edição das novas cartas até 2002, de duas formas: (a) pelo resultado da interpretação judicial segundo princípios do constitucionalismo nos campos das garantias do processo penal, da proteção à esfera privada, dos direitos sociais e dos direitos trabalhistas; e (b) pela análise dos indicadores sociais dos grupos excluídos nas áreas de saúde, educação e habitação. *Os resultados das pesquisas mostraram que no campo dos direitos individuais, houve avanços, com uma jurisprudência limitadora da intervenção do Estado no campo processual penal, na proteção da vida privada, no livre mercado e na livre iniciativa.* Porém, no campo dos direitos sociais, os resultados foram negativos, seja pela consagração da ideia de um Estado-mínimo neoliberal, seja pela ausência de melhoria da qualidade de vida dos grupos excluídos. Ou seja, a constitucionalização e o *judicial review* falharam como formas de promover justiça distributiva. Em relação ao tratamento dos assuntos da megapolítica, o autor verificou que o Ju-

17. Idem, p. 07-10 e 31-49.

18. Idem, p. 07-10 e 50-99.

diciário serviu de refúgio de políticos conservadores para neutralizar o debate e adiar resultados indesejados.[19]

Não obstante a pesquisa de Hirschl ter sofrido duras críticas quanto à sua pretensão de generalizar conclusões negativas acerca da constitucionalização de direitos com base apenas na experiência de quatro países bastante peculiares historicamente,[20] o fato é que seus argumentos e análises são bastante proveitosos para a realização de novos estudos e fornece luz para a reflexão sobre o fenômeno da judicialização da política ao redor do globo. Um desses aspectos a serem aprofundados é a relativa ao devido processo penal.

5. O DEVIDO PROCESSO PENAL NA SEGUNDA FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O DEBATE DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Como dito, no estudo de Hirschl, considerou-se como aspectos positivos relativos à *expansão do judiciário no campo da definição de direitos fundamentais* a formação de uma jurisprudência mais favorável à concretização das garantias do devido processo legal em matéria criminal, com invocação do direito à liberdade e do princípio da dignidade humana, pelas Cortes Supremas dos países que sofreram processos recentes de constitucionalização. Presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, vedação de provas ilícitas, direito ao silêncio, legalidade e duração razoável da prisão cautelar, tratamento digno aos presos, legalidade da busca e apreensão pessoal e domiciliar, direito à defesa técnica por advogado, e todas aquelas que limitam a arbitrariedade no uso da força pelos órgãos do Estado, nas fases do inquérito policial e do processo penal em juízo, adquiriram maior importância após a edição das novas constituições nos países objeto da pesquisa. Proporcionalmente, os casos envolvendo o devido processo penal foram os mais numerosos nas cortes supremas no período analisado: 65% no Canadá; 71% na Nova Zelândia; 58% na África do Sul e 57% em Israel.[21] E alguns dos casos mais emblemáticos citados abaixo, tornaram-se referências do triunfo da proteção dos direitos fundamentais nesses países:[22]

19. Idem, p. 11-16 e 149-210.

20. KLABBERS, Jan. Reviews. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism. *European Journal of International Law*, 16/160; PERJU, Vlad. Book Reviews. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism. *The Modern Law Review*, n. 6. vol. 68. p. 1038-1041.

21. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*... cit., p. 108-109.

22. Idem, p. 118, tradução nossa.

"Os efeitos dos novos catálogos constitucionais de direitos no Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul nas leis governando o devido processo legal têm sido profundos. A constitucionalização de direitos nesses países levou suas respectivas mais altas cortes nacionais para o centro do debate sobre justiça criminal, liberdade pessoal e dignidade humana".

Em Israel,[23] três casos marcaram o início da nova fase. O primeiro foi o de *G'nimmat*, o qual ficou preso aguardando o processo por prazo além do razoável, tendo a corte invocado o princípio da dignidade humana.[24] O segundo foi o de *Nahamias*: questionou-se a duração excessiva de campanas policiais e de interceptação telefônica.[25] O terceiro foi o da *Society for Law Victims*, firmando-se a inconstitucionalidade de lei que previa a prisão administrativa de 21 dias a devedores que demorassem a solver seus débitos.[26] Igualmente representativo foi o caso envolvendo o Serviço Geral de Segurança que se valia de "pressão física moderada" e de outras formas de tortura no interrogatório de árabe-israelenses e palestinos, práticas reprovadas pela Corte.[27] A Corte rechaçou ainda a prática de prisão administrativa de eventuais membros de grupos políticos e paramilitares como moedas de troca em futuras negociações com grupos islâmicos do Líbano.[28] O ápice da jurisprudência ocorreu no julgamento da inconstitucionalidade de dispositivo do direito militar concernente à prisão por 96 horas de soldado sujeito à investigação sem que seja apresentado ao juiz militar.[29]

Na Nova Zelândia[30] casos paradigmáticos foram: o da afirmação do direito de entrevista prévia com advogado, no caso *Noort*,[31] a ser realizado antes mesmo de testes de alcoolemia sanguíneos ou por meio do bafômetro; outros foram o *R.* vs. *Jefferies*, *R.* vs. *A*, e *R.* vs. *Grayson e Taylor*[32] sobre a ilicitude de provas obtidas mediante busca e apreensão policial violadora do direito à pri-

23. Idem, p. 110-112 e p. 242.
24. C.F.H. 2316/95, G'nimmat vs. State of Israel, 49(4), P.D. 589.
25. C.A. 1302/92 State of Israel vs. Nahamias, 49 (3) P.D. 309.
26. HC 5304/92 Society for Law Victims vs. Minister of Justice, 47 (4) P.D. 715.
27. HC 5100/94 Public Committee Against Torture in Israel et al. vs. State of Israel et al 53(4) P.D. 817.
28. ACH 7048/97 Almoni (John Doe) vs. Minister of Defense, 54(1) P.D. 721.
29. HC 6055/95 Sagi Zemach vs. Minister of Defense, 53(5) P.D. 241.
30. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*... cit., p. 112-113 e p. 242-243.
31. Ministry of Transport vs. Noort, [1992] 3 NZLR 260.
32. R. vs. Jefferies [1994] 1 NZLR 290; R. vs. A, [1994] 1 NZLR 429; R. vs. Grayson and Taylor, [1997] 1 NZLR 399.

vacidade; e o *Baingent's case*, cuja novidade foi a possibilidade de obter indenização por violação injustificada do domicílio pela polícia – no caso o endereço de uma família foi erroneamente atribuído ao de um traficante de drogas.

Na África do Sul,[33] o primeiro caso julgado pela Corte foi relativo ao devido processo penal: trata-se do histórico caso *Zuma*, no qual se afirmou que o ônus da prova da culpabilidade do réu recai sobre o Estado,[34] tendo, em julgamentos posteriores, declarado inconstitucionais leis que infringiam esse princípio.[35] Posteriormente, a Corte aboliu a pena de morte[36] e classificou como desumanas e degradantes quaisquer formas de castigo corporal, inclusive no seio doméstico contra crianças e adolescentes.[37] Julgamento no prazo razoável,[38] direito de acesso a autos de inquérito policial[39] e ao recurso a tribunal superior em casos criminais,[40] também foram reforçados pela Corte Sul Africana.

Ainda de acordo com Hirschl, no Canadá[41] não foi diferente. Emblemáticos foram os casos: *Singh*, no qual o imigrante invocava o direito de ser ouvido antes de ser decidido o seu direito ao refúgio;[42] o caso *Askov*, no qual foram fixadas diretrizes para aferir o prazo razoável da duração da prisão no curso do processo, estabelecido entre seis a oito meses, sendo desproporcional o prazo de 23 meses ocorrido no caso analisado;[43] o caso *Stinchcombe*, no qual afirmou-se o direito de o acusado ter acesso a toda a prova colhida pela acusação, sobretudo testemunhos favoráveis ao réu na fase investigatória.[44]

Não obstante o caráter positivo do surgimento de uma nova jurisprudência, Hirschl[45] ressalva que houve situações em que ela não foi capaz de proteger os interesses de indivíduos e grupos vulneráveis da sociedade.

---

33. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*... cit., p. 113-114 e p. 243.
34. S. *vs.* Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC).
35. S. *vs.* Singo, 2002 (4) SA 858 (CC).
36. S. *vs.* Makwanyane, 1995 (3) SA 391.
37. S. *vs.* Williams, 1995 (3) SA 632 (CC).
38. Sanderson *vs.* Attorney General, Eastern Cape, 1998 (2) SA 38 (CC).
39. Vermaas, 1995 (3) SA 292 (CC).
40. Shabalala *vs.* Attorney General, Transvaal, 1996 (1) SA 725 (CC).
41. HIRSCHL, Ran. 2004, p. 114-115 e p. 244.
42. Singh *vs.* Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177.
43. Askov *vs.* The Queen, [1990] 2 S.C.R. 1199.
44. R. *vs.* Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326.
45. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*... cit., p. 118.

É importante ressaltar que o avanço jurisprudencial identificado por Hirschl implica, necessariamente, certa escolha na concepção de interpretação do direito. Dá-se prevalência à interpretação da legislação ordinária específica sob a ótica de princípios gerais e abstratos da Constituição. Princípios do devido processo legal não necessariamente estão refletidos no Código Penal e no Código de Processo Penal dos países, cabendo ao julgador especificá-los no caso concreto.

Essa, aliás, foi o mote da expansão do *judicial review* no mundo ocidental como observou Mauro Cappelletti:[46] conferir ao Judiciário a atribuição de interferir nos atos e políticas do Poder Legislativo e do Poder Executivo de modo a proteger a democracia e os direitos e garantias por meio da afirmação de princípios fundamentais em Constituições escritas rígidas a serem concretizados na prática pelos juízes, anulando-se e invalidando leis e atos com ela incompatíveis.

Essa forma de raciocínio e de atuação judicial vem sendo considerada por teóricos do campo do direito e desenvolvimento como padrão a ser atingido por países que queiram ser desenvolvidos na esfera jurídica. De fato, nos últimos anos, o conceito de desenvolvimento transforma-se. Segundo concepção dos anos 1960, o conceito de desenvolvimento era sinônimo de crescimento econômico. Para aferí-lo, bastava medir o incremento do Produto Interno Bruto e da renda *per capita* de cada país. O direito era considerado mero *instrumento* para atingir aquele fim, ignorando o caráter democrático ou arbitrário da prática institucional. Editadas as regras específicas para aquela finalidade e uma vez obedecidas pelos agentes e garantidas de modo formalista pelo Judiciário, o seu objetivo já estava atingido.

Atualmente, porém, o conceito de desenvolvimento passa a incorporar além do crescimento econômico, aspectos políticos, sociais e jurídicos. O direito, em vez de mero *instrumento*, torna-se elemento *intrínseco*, um fim em si mesmo, como expôs David Kennedy:[47] "Certamente, o direito tem permanecido instrumental e propositivo – o agente da política de desenvolvimento. Ele continua como lugar e veículo para uma complexa *policy analysis*. O direito também continua como repositório dos limites ontológicos da política estatal.

---

46. Judicial review in comparative perspective. *California Law Review*, vol. 58, n. 5, p. 1017-1053.

47. The "rule of law", political choices, and development common sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University, 2006. p. 158-160, tradução nossa.

(...) Ao longo da última década, contudo, o direito torna-se também um fim em si mesmo. O formato do direito torna-se o formato do desenvolvimento. O *rule of law* define o Estado bem desenvolvido. Direitos humanos internacionais definem a liberdade e o florescimento humanos. Como consequência, a implementação de instituições jurídicas e de modelos constitucionais compatíveis tornou-se central à formulação de políticas de desenvolvimento. (...) O foco nas instituições e na construção de Estados no pensamento de desenvolvimento recente também tem considerado o direito como veículo para transformação democrática – reformas jurídicas, eleições, freios e contrapesos entre os poderes e controle de constitucionalidade".

É nesse contexto que têm sido guiadas parte da agenda de pesquisa do campo do direito e desenvolvimento. Exemplo é o destaque dado por José Rodrigo Rodriguez[48] aos papeis da *análise de políticas* e do *neoformalismo do direito público* (ressaltados como elementos da Terceira Globalização Jurídica do item 2 supra), que implicam a busca de "soluções para problemas que envolvem diversos interesses sociais, a partir de um pensamento jurídico que lida com regras e princípios" a serem considerados no processo de pesquisa do "funcionamento das instituições, ou seja, dos mecanismos de tomada de decisão dogmatizados ou não, além dos mecanismos de governança, com base no contexto econômico, político e social".

6. UMA PAUTA DE PESQUISA SOBRE O DEVIDO PROCESSO PENAL NO BRASIL

Comparando-se o quadro teórico acima sobre a fronteira do direito e da política e as faces da judicialização desta, percebe-se que, no Brasil, é possível verificar tanto a ocorrência da juridificação da vida social, como a expansão do judiciário na definição de políticas públicas e de direitos fundamentais e a chamada *juristocracia,* como revelam a produção científica na área desde os anos 1990, a exemplo do que escreveram Loiane Prado Verbicaro,[49] Luiz Werneck Vianna[50] e Oscar Vilhena Vieira.[51]

Exemplo clássico de expansão do Judiciário no campo das políticas públicas são as decisões de concessão de medicamentos interferindo nas políticas

48. Perspectivas para a pesquisa em direito e desenvolvimento. *Cadernos Direito GV 25*, vol. 5, n. 5, p. 105-130.

49. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV 8*, vol. 4, n. 2, p. 309-406.

50. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

51. Supremocracia. *Revista Direito GV 8*, vol. 4, n. 2, p. 441-464.

do Poder Executivo para a saúde pública. Foi o que ocorreu, dentre tantos outros, em recente acórdão do STJ que determinou ao poder público a cessão de remédio de ponta a paciente com câncer (trombocitemia) (RMS 20.110/PR, 2.ª T., j. 19.05.2009, *DJe* 21.08.2009).

Exemplo de julgamento de assuntos da megapolítica é a decisão do STF reconhecendo a constitucionalidade da Lei de Anistia aos crimes praticados por agentes públicos durante a Ditadura Militar (ADPF 153, Pleno, j. 29.04.2010).

Oscar Vilhena Vieira[52] destaca como atuações *supremocráticas* o caso da regulamentação das pesquisas com células-tronco (ADIn 3.510), o da fidelidade partidária (MS 26.603/DF) e a progressão de regime a condenado por crime hediondo (Rcl 4.335), e expõe a ampla agenda de temas submetidos ao Pretório Excelso: "No campo dos direitos fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve etc. Na esfera da representação política, temas como sub-representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, vêm fazendo do Tribunal um coautor do constituinte originário na arquitetura da representação política brasileira. No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, vem discutindo questões como: *restrição à atuação das CPIs*; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; *restrição aos poderes de investigação do Ministério Público*; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição do controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes. Com direto impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real. *Tudo isso sem falar em milhares de* habeas corpus, *mandados de segurança, alguns de altíssima voltagem política e muitos milhares de recursos extraordinários*, que demandam do Supremo decidir sobre uma infinidade de temas constitucionais mais ou menos relevantes. *Na esfera político-criminal, por exemplo, temos assistido ao julgamento de altas autoridades como o ex-presidente Collor e os integrantes do*

52. Idem, p. 450-451.

escândalo do mensalão. O Supremo, por outro lado, também não viu nenhuma dificuldade em discutir a validade de emendas à Constituição, como nas reformas administrativa, previdenciária e do próprio judiciário, chegando, sem qualquer hesitação, a declarar algumas emendas contrárias às cláusulas pétreas, como no caso da extinta CPMF. *Em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma 'última palavra' do STF*".

No tocante ao devido processo penal, um problema de pesquisa relevante, diante do contexto da importância dos fenômenos descritos acima, seria o de investigar se há avanços com relação à proteção dos direitos e garantias no Brasil, a partir da jurisprudência do STF.

No estudo *Towards Juristocracy* de Ran Hirschl, como visto no item 5 supra, o autor enxergou na mera jurisprudência uma manifestação de progresso. Todavia há de se indagar, especificamente no caso brasileiro, o quanto a jurisprudência do STF é realmente garantidora de direitos individuais e o quanto ela é seguida pelas instâncias inferiores. Ademais, dado o quadro de desigualdade social do país e a precariedade da assistência jurídica gratuita, dificilmente está assegurada à maior parte da população brasileira uma persecução penal em que haja equilíbrio entre acusação e defesa. Outra dificuldade a ser aprofundada é a possível ocorrência de falta de respeito a precedentes judiciais no próprio STF, como indicou recente estudo sobre a *ratio decidendi* do Tribunal, envolvendo casos de diferentes matérias, que foi elaborado por Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso.[53]

Uma iniciativa para evitar que o STF fosse *supremo* apenas no nome, foi a introdução no ordenamento constitucional (art. 103-A, incluído pela EC 45/2004) e infralegal (Lei 11.417/2006) da súmula vinculante, podendo a Corte, de ofício ou mediante provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do judiciário e à administração pública. Na área penal foram editadas por enquanto quatro súmulas: Súmula Vinculante 11 sobre o uso de algemas,[54] e que já possui reclamação para sua revogação; Súmula Vin-

53. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV 9*, vol. 5, n. 1, p. 21-44.

54. "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado."

culante 14 sobre acesso a autos de inquérito policial por advogado;[55] Súmula Vinculante 24 sobre tipificação de crime tributário;[56] e Súmula Vinculante 26 sobre a progressão de regime em crime hediondo e a possibilidade de exame criminológico.[57]

É inegável a vontade de influenciar a matéria do devido processo penal pela Corte Suprema em nível nacional. Evidência disso é a extensa pauta temática sobre matéria criminal pendente de julgamento pelo Plenário que envolve, dentre outras, as seguintes matérias objeto de *habeas corpus* e de recursos criminais:[58]

1) Progressão em casos de crimes hediondos;

2) Poder de investigação pelo Ministério Público;

3) Competência para o julgamento do crime de trabalho escravo;

4) Extensão do princípio da individualização da pena;

5) Dosimetria da pena na sentença condenatória;

6) Natureza da ação penal nos crimes de estupro;

7) Poder de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito ante o princípio da separação de Poderes;

8) Crimes eleitorais;

9) Prisão domiciliar;

10) Prerrogativa de foro para magistrado aposentado;

11) Apuração de ilícitos praticados por policiais civis pelo Ministério Público;

---

55. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

56. "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."

57. "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.° da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico."

58. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. Pautas do Plenário. Pauta Temática. Matéria Criminal. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/pauta/listarPautaTematica.asp?numero=7]. Acesso em: 04.10.2010.

12) Possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos crimes hediondos;

13) Uso de algemas;

14) Crime de uso de entorpecente por militar (art. 290 do CPM);

15) Pena acessória de perda do cargo a crimes militares;

16) Natureza da sentença de transação penal.

Interessante ainda seria a produção de conhecimento sobre a jurisprudência do STF concernente ao devido processo penal antes e depois da promulgação da Constituição de 1988. A hipótese é a de que os resultados sejam semelhantes aos verificados pelo mencionado estudo de Hirschl. Como possíveis indicadores de que os resultados são positivos pode-se mencionar a existência de julgados que: não admitem a hipótese de denúncia genérica, sem a descrição detalhada da conduta de cada um dos acusados para responderem a uma ação penal (HC 93.683);[59] consagram a inviolabilidade de domicílio no local de trabalho e o reconhecimento da prova ilícita por derivação (HC 93.050);[60] e reconhecem o excesso de

59. "*Ementa:* Habeas Corpus – *Constitucional e processual penal – Crime societário – Apropriação indébita de contribuição previdenciária – Inépcia da denúncia: imputação genérica e ausência de nexo de causalidade – Prejuízo ao exercício da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF).* A jurisprudência do STF evoluiu no sentido de que a descrição genérica da conduta nos crimes societários viola o princípio da ampla defesa. É inepta a denúncia pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária quando fundada tão somente na circunstância de o paciente constar do quadro societário da empresa. É necessário o mínimo de individualização da conduta e a indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, sem o que fica impossibilitado o exercício da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF). Ordem concedida" (HC 93683, 2.ª T., j. 26.02.2008, rel. Min. Eros Grau, *DJe* (074) 25.04.2008, ement. vol. 2.316-07, p. 1419).

60. "Ementa: Fiscalização tributária – Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial – Inadmissibilidade – Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5.º, XI) – Subsunção ao conceito normativo de *casa* – Necessidade de ordem judicial – Administração Pública e fiscalização tributária – Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela Constituição e pelas leis da República – Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar – Prova ilícita – Inidoneidade jurídica – *Habeas Corpus* deferido – Administração tributária – Fiscalização – Poderes – Necessário respeito aos direitos e garantias individuais dos contribuintes e de terceiros – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria

de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os Poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei' (CF, art. 145, § 1.°), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. *A garantia da inviolabilidade domiciliar como limitação constitucional ao poder do Estado em tema de fiscalização tributária – Conceito de* casa *para efeito de proteção constitucional – Amplitude dessa noção conceitual, que também compreende os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional: necessidade, em tal hipótese, de mandado judicial (CF, art. 5.°, XI).* – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.°, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de *casa* revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4.°, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, 'embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita' (Nelson Hungria). Doutrina. Precedentes – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.°, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF) – O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do *privilège du préalable*, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. *Ilicitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais* – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso

sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5.º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1.º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo STF, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. *A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree): A questão da ilicitude por derivação.* – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos *frutos da árvore envenenada*) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de

prazo da prisão cautelar em razão da demora injustificada do curso do processo (HC 98.621).[61]

Saliente-se que a produção de conhecimento deveria estender-se aos demais Tribunais e juízos de primeira instância para se aferir o grau de efetivação dos postulados do *due process* pelo território nacional. A hipótese é a de que há uma discrepância entre o STF e os demais graus de jurisdição: enquanto o primeiro seria *neoformalista*, os segundos seriam *formalistas*. É dizer: o primeiro está na era da terceira globalização jurídica, e os segundos estariam na primeira. Quanto maior o número de pesquisas, maior será a compreensão do funcionamento da justiça criminal no Brasil a embasar eventuais reformas institucionais necessárias à efetivação de direitos fundamentais como exigência de uma concepção compreensiva da relação entre direito e desenvolvimento.

7. CONCLUSÃO

Na primeira globalização jurídica, seguindo a terminologia de Duncan Kennedy explorada no item 2 supra, a fronteira do direito estava na relação entre

---

direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária – *A questão da fonte autônoma de prova* (an independent source) *e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedentes do STF* (RHC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – *Jurisprudência comparada (a experiência da suprema corte americana): casos Silverthorne Lumber Co.* vs. *United States* (1920); *Segura* vs. *United States* (1984); *Nix* vs. *Williams* (1984); *Murray* vs. *United States* (1988)', v.g." (HC 93.050, 2.ª T., j. 10.06.2008, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* (142) 01.08.2008, Ement.vol. 2.326-04, p. 700).

61. "*Ementa: Processo penal.* Habeas Corpus. *Prisão preventiva. Excesso de prazo. Instrução criminal. Encerramento. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Princípio da dignidade da pessoa humana. Duração razoável do processo. Violação.* I – O encerramento da instrução criminal não afasta a alegação de excesso de prazo, se a duração da segregação cautelar for abusiva. II – Viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à duração razoável do processo o encarceramento do paciente por quase sete anos sem que haja previsão de julgamento da causa. III – O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a demora no curso processual não for atribuível à defesa. IV – Ordem concedida" (HC 98.621, 1.ª T., j. 23.03.2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* (071) 23.04.2010, ement. vol. 2.398-02, p. 421, *RB*, vol. 22, n. 559, 2010, p. 37-39).

direito e moral, o raciocínio jurídico era formalista e o principal operador era o catedrático. Na segunda globalização, a fronteira passou a ser a relação entre direito e sociedade, o raciocínio era consequencialista e os principais operadores eram o administrador público, o legislador e o sociólogo do direito. Na terceira globalização em curso, a fronteira está na relação entre direito e política, o raciocínio passa a ser consequencialista e neoformalista e o principal operador é o juiz. Nessa fronteira, emerge o fenômeno da judicialização da política nas suas três faces, tal como apontado por Ran Hirschl (itens 3 e 4 supra): juridificação da vida social; expansão judicial na definição de políticas públicas e de direitos fundamentais; e a juristocracia. Na face de definição judicial de direitos fundamentais está o devido processo penal. Será que o Judiciário brasileiro tem dado efetividade a estes direitos em consonância com o neoformalismo da terceira globalização apontado como parâmetro de qualidade por teóricos do direito e desenvolvimento? Quais as características da atuação do Judiciário com relação ao devido processo penal no Brasil? Eis um problema de pesquisa ainda não devidamente explorado e esclarecido a demandar a produção de estudos empíricos que qualifiquem o debate público.

8. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. Pautas do Plenário. Pauta Temática: Matéria Criminal. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/pauta/listarPautaTematica.asp?numero=7]. Acesso em: 04.10.2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. *California Law Review*. vol. 58. n. 5. p. 1017-1053. Berkeley: UC Berkeley School of Law, oct. 1970.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University, 2008.

KENNEDY, David. The "rule of law", political choices, and development common sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University, 2006.

KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University, 2006.

KLABBERS, Jan. Reviews. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism. *European Journal of International Law*. n. 16. p. 160-163. Helsink: University of Helsink, 2005.

PERJU, Vlad. Book Review. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism. *The Modern Law Review*. n. 6. vol. 68. p. 1038-1041. Cambridge: Harvard Law School, nov. 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perspectivas para a pesquisa em direito e desenvolvimento. *Cadernos Direito GV 25*. vol. 5. n. 5. p. 105-130. Rio de Janeiro: Direito GV, set. 2008.

TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University, 2006.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV 8*. vol. 4. n. 2. p. 389-406. São Paulo: Direito GV, jul.-dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV 8*. vol. 4. n. 2. p. 441-464. São Paulo: Direito GV, jul.-dez. 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV 9*. vol. 5. n. 1. p. 21-44. São Paulo: Direito GV, jan.-jun. 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais, de Dalton Santos Morais – *RePro* 180/55;
- Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica, de Nina Beatriz Ranieri – *RDCI* 36/135;
- Do "estado liberal" ao "estado social" – O caso do direito privado?, de João Alberto Schützer del Nero – *RDCI* 41/97;
- O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo, de Letícia Balsamão Amorim – *RDCI* 52/91.
- Politização do judiciário e a judicialização da política. A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça, de Dircêo Torrecillas Ramos – *RDCI* 33/68;

- *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, de Marcos Alexandre Coelho Zilli, São Paulo, Ed. RT, 2003.

Veja também Jurisprudência

- Agravo regimental na suspensão de liminar que entende admissível a determinação do regular cumprimento de políticas públicas preexistentes pelo Judiciário: *RT* 901/105.

5519

ESTRUTURA SOCIAL E ANOMIA

1

Aspectos da criminalidade contemporânea, analisados a partir de obras de Durkheim, Merton e Young

DOMINGOS BARROSO DA COSTA

Mestre em Psicologia pela PUC-MG. Especialista em Criminologia e Direito Público. Professor universitário e Assessor Judiciário.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Desvios e, logo, crimes são comportamentos *normais* em qualquer agrupamento social, como concluiu Durkheim. Porém, isso não quer dizer que o aumento crescente dos índices de criminalidade não seja sintoma de um estado patológico da sociedade em que tenha sido constatado. Indica, sim, que as causas do fenômeno devem ser procuradas, primeiramente, na própria estrutura social em que se manifesta, como sugeriu Merton. A partir dessas considerações e do trabalho desenvolvido por Jock Young, procura-se descortinar a complexidade do fenômeno crime e a falácia dos discursos que pregam seu controle a partir de pura repressão, os quais expõem, em seu reverso, o emprego do sistema penal como instrumento a serviço de estratos dominantes, na gestão das contradições do capitalismo de consumo.

ABSTRACT: Deviant behaviour and, consequently, criminality, is normal in any social group, as Durkheim concluded. But that does not mean that the growing increase in the crime rate is not symptom of a pathological state of the society where it is found. What it does mean is that the causes of this phenomenon must be sought, primarily, in the very social structure where it manifests itself, as Merton suggested. From these considerations and from the work that Jock Young carried out, one tries to unveil the complexity of the phenomenon crime and the fallacy behind the arguments that defend controlling it using only repressive measures, which expose, on the other hand, the use of the penal system as an instrument in the service of the rulling classes, in managing the paradoxes of consumer capitalism.

PALAVRAS-CHAVE: Estrutura social - Criminalidade - Capitalismo de consumo - Anomia - Sistema penal.

KEYWORDS: Social structure - Criminality - Consumer capitalism - Anomie - Criminal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A *normalidade* do fenômeno crime - 3. O caráter criminógeno da sociedade de consumo: 3.1 O contexto brasileiro: 3.1.1 Algumas reflexões sobre os recentes episódios que marcaram a repressão ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro - 4. Considerações finais - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Algumas *verdades*, diante de sua persistente e difundida denegação, a partir de esforços que só terminam por confirmá-las, devem ser sempre relembradas, de modo a melhor orientar os que se dedicam à análise das dinâmicas e elementos sobre os quais se constroem. Uma dessas *verdades* sempre carentes de resgate refere-se à necessária abordagem da criminalidade[1] como fenômeno *normal* e *esperado* em qualquer cultura,[2] ponto certo de que se parte para concluir que seus *excessos* e *variações*, portanto, devem ser primeiramente associados às peculiaridades que marcam a estrutura social em que se manifestam. Aliás, "hoje, como outrora, temos muito que aprender sobre os processos pelos quais as estruturas sociais geram as circunstâncias em que a infração dos códigos sociais constitui uma reação 'normal' (isto é, que pode ser esperada)" (MERTON, 1970, p. 204).

Com isso, quer-se dizer que, antes de ocupar-se de leis e mecanismos póstumos de repressão a determinadas formas de desvio, como a criminalidade, devem aqueles que seriamente tomam esse fenômeno como objeto de seu trabalho e estudo debruçar-se sobre suas *causas*, as quais não se podem reduzir a questões legislativas. Ou seja, como soa óbvio, sabendo-se que os efeitos da lei incidem sobre – e, logo, após – o fato, é de se cuidar primeiramente das causas deste, até mesmo para que se possam estabelecer as melhores estratégias para sua contenção em níveis aceitáveis, inclusive no âmbito legislativo. Em síntese, antes do crime legalmente definido há o desvio, na condição de fenômeno social.

---

1. Toma-se a *criminalidade* como modalidade de *desvio*, conceito sociológico mais abrangente que diz de condutas não conformistas, contrárias em relação aos padrões gerais de comportamento admitido.
2. Mesmo porque a criminalização é uma das formas de reação social, um *rótulo* legal dado a condutas tidas por desviantes, como há muito já se destacava com a teoria do *labelling approach*.

A obviedade dessa constatação autoriza concluir que a inversão da abordagem somente pode servir a outros interesses, que não os de melhor tratar a questão. É o que se verifica, por exemplo, nos movimentos eleitoreiros que, à sombra da bandeira de combate à criminalidade, vinculam a solução da questão ao simples recrudescimento da lei penal. Matematicamente falando, dir-se-ia da propagação da crença numa fórmula simplista – algo mágica – do tipo:

2/1 (Leis Penais – rigidez e número) = 1/2 (Criminalidade)

É claro que acima apenas se faz uma exposição simbólica, assaz crítica da ideia pronta que se difunde numa relação inversamente proporcional que haveria entre o aumento do número e da rigidez de leis penais em relação ao avanço e expansão da criminalidade. Assim, com certa ironia,[3] procura-se denunciar o discurso fácil, simplista que se incute na população no que diz respeito ao trato de questões como violência e criminalidade, ao que se procede com nítidos fins eleitoreiros, dentre outros, não menos espúrios. Afinal, associando-se a solução dessas questões à lei, na *quantidade* e *qualidade* de que se disse, é claro que se há de concluir – de forma não menos simplória – de que nossa salvação em relação à criminalidade depende mormente daqueles que fazem as leis, as quais, pela lógica exposta, quanto mais incriminadoras e rígidas, melhor.

Como se pode ver, portanto, tão simplória equação de solução da criminalidade, embora nada *real*, mostra-se muito útil, principalmente se propagandeada a uma massa passiva e acrítica, que, com muito alarde midiático, termina por associar automaticamente o aumento da rigidez e do número de leis penais à redução da criminalidade. Cria-se, dessa forma, uma espécie de *folclore*, que falseia a realidade e *legitima* as ineficazes políticas públicas as quais, em vez de buscar minimizar desigualdades econômicas e sociais profundas – que são a causa maior de crimes como furtos, roubos, *sequestros-relâmpagos* e tráfico, como se verá –, se apresentam de forma *tópica*, como remédios hábeis a curar problemas sociais que seriam *simples*. A manifestação mais comum dessas medidas públicas de segurança, no âmbito Executivo, dá-se através da contratação de policiais, da compra de armas e veículos bélicos, sempre marcadas pela pirotecnia. Por conta do Poder Legislativo fica a criação alardeada de novos tipos incriminadores e o recrudescimento da lei penal, apresentados como pa-

3. A ironia recai sobre o reducionismo da equação, expressa na forma matemática, com o que propositalmente se imitam os recursos usualmente empregados por teóricos para impressionar os leigos que acompanham a exposição de suas ideias, como se tais símbolos contivessem a verdade em si, o que produz consideráveis efeitos, especialmente sobre aqueles que pouco sabem do assunto e, a partir de fórmulas, podem aderir a um posicionamento sem precisar criticá-lo.

naceia para todos os males, como se as normas tivessem o poder mágico de sair de sua abstração para, como em um milagre, solucionar questões reais.

"A falácia cosmética concebe a criminalidade como um problema superficial da sociedade, tópico, que pode ser tratado com aplicação do unguento apropriado, e não como uma doença crônica da sociedade como um todo. Esta atitude engendra uma criminologia cosmética, que vê a criminalidade como uma mancha possível de ser removida do corpo com o tratamento adequado, pois, sem ela, esse corpo é saudável e tem pouca necessidade de reconstrução. Essa criminologia se *distancia* das instituições nucleares e profere soluções técnicas, segmentárias. Por isto, ela inverte a causalidade: a criminalidade causa problemas para a sociedade, em vez de a sociedade causa o problema da criminalidade" (YOUNG, 2002, p. 191).

Ocorre que tais *miraculosas* medidas não reduzem a criminalidade que, no máximo, migra para áreas menos vigiadas, comprovando que políticas de pura repressão não são suficientes ao controle da criminalidade, mesmo porque, em regra, incidem após a prática dos delitos.[4] A eficácia desse controle da criminalidade depende – como sempre dependeu – de muitas outras instâncias, hoje em crise, como a família e a comunidade. Se diferente fosse, o trato legalmente recrudescido do tráfico de drogas e dos crimes definidos como hediondos, a criminalização específica do que se convencionou chamar *sequestro-relâmpago*, dentre outras medidas, seriam suficientes para conter a criminalidade no Brasil. Mas, definitivamente, não é isso que se observa. Pelo contrário, nada há que contenha o avanço da violência e da criminalidade neste país, como se observa há pelo menos 20 anos.

Destaque-se que com o discurso de *normalidade* que aqui se vai construindo não se faz apologia da criminalidade. Pelo contrário, busca-se fomentar um olhar que se direcione às causas do problema, evitando-se as *evasivas fisiológicas*[5] que usualmente impedem seu real enfrentamento, em detrimento dos interesses da coletividade. Nesse sentido, inclusive, mostram-se atuais as considerações de Durkheim:

---

4. Quanto à criação de novos tipos incriminadores e ao recrudescimento da lei penal, além de não se fazerem causas eficientes na redução da criminalidade, são corrosivas à já tão abalada legitimidade do Direito Penal. Afinal, essas medidas trazem em si uma promessa que não são capazes de cumprir, com o que incrementam a sensação difundida de impunidade, além de expor a radical incapacidade do Direito Penal de, sozinho, resolver questões sociais complexas.

5. De *fisiologismo*.

"Aliás, por o crime ser um facto de sociologia normal, não se segue que não se deve odiá-lo. Também a dor não tem nada de desejável; o indivíduo odeia-a tal como a sociedade odeia o crime e, no entanto, ela depende da fisiologia normal. Não só deriva necessariamente da própria constituição de qualquer ser vivo como desempenha um papel útil na vida, pelo que não pode ser substituída. Seria, pois, desnaturar singularmente o nosso pensamento apresentá-lo como uma apologia do crime. Não nos ocorreria sequer protestar contra uma tal interpretação se não soubéssemos a que estranhas acusações e a que mal-entendidos nos expomos, quando se tenta estudar objectivamente os fatos morais e falar deles numa linguagem que não seja a do vulgo" (2010, p. 101).

É claro que muito da sensação de pânico diante do aumento da criminalidade deve-se à exploração midiática da questão, nem sempre feita com isenção ou, mesmo, com ética. Assim, por ser lucrativo o tema, não é de assustar o aumento do número de apresentadores de bordões moralistas, que não se cansam de exibir à exaustão imagens reais da prática de crimes, especialmente os violentos, com o que convertem em espetáculo tragédias cotidianas, despertando o interesse da população que ao final do noticiário experimenta sua catarse diária. Ou seja, numa representação ideal, após assistir ou ter notícia de fatos violentos, o sujeito passivo da informação sente-se aliviado por estar sentado em seu sofá, por não ter sido a vítima da vez, enquanto ouve do comunicador a confirmação de seus padrões morais em bordões pré-fabricados, sentindo-se, enfim, seguro.

"Não há dúvida de que a imensa competição pela audiência fez aumentar grandemente a taxa em que são feitas tentativas de desencadear pânicos, mas se quisermos entender essa proliferação, devemos olhar tanto para a demanda quanto para a oferta. O nível de insegurança ontológica das plateias numa sociedade pluralista torna extremamente atraente essa revelação do desvio seguida pela reafirmação dos limites da moralidade" (Young, 2002, p. 48).

Frise-se, inclusive, que o pior desse processo é o fato de realimentar as já mencionadas abordagens simplistas da questão, fomentando discursos não raro fundados em soluções cada vez mais violentas para o problema da criminalidade. Assim é que, do alto de um senso-comum acrítico, personagens que nunca estudaram o tema não têm pudor em converter o Estado em instrumento de vinganças particulares, a partir do que defendem a pena de morte, a prisão perpétua ou trabalhos forçados como solução para a criminalidade. Sequer percebem que, fosse a lei penal suficiente para conter a criminalidade, seria o Brasil um dos países mais pacíficos do mundo, já que tem em seu ordenamento jurídico algumas milhares de condutas incriminadas.

2. A NORMALIDADE DO FENÔMENO CRIME

Como já antecipado, em qualquer análise que se faça sobre criminalidade, é necessário partir da premissa de que se trata de um fenômeno inerente a qualquer agrupamento social. Como afirma Durkheim:

"O crime não se observa só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os actos assim qualificados não são os mesmos em todo o lado; mas sempre e em toda a parte existiram homens que se conduziam de modo a incorrer na repressão penal. Se, pelo menos, a taxa de criminalidade, ou seja, o quociente entre o número anual de crimes e o da população tendesse a baixar, à medida que as sociedades passam dos tipos inferiores para os superiores, poderia crer-se que, apesar de permanecer um fenômeno normal, o crime tende, no entanto, a perder este caráter. Mas não temos nenhum motivo para acreditar na realidade desta regressão. Muitos factos parecem antes demonstrar a existência de um movimento no sentido inverso" (2010, p. 96).

A esse respeito, inclusive, merecem destaque teses que atribuem a um *desvio* o nascimento do que se entende por cultura,[6] como a defendida por Freud, em *Totem e tabu*. Na obra, o clássico autor credita o surgimento de agrupamentos sociais minimamente estruturados ao que se pode tratar por *morte do Pai*. Diz-se, pois, do assassinato do macho predominante por seus descendentes, com a posterior constituição de clãs, organizados simbolicamente em torno do *totem* – erguido como representação do morto – e do *tabu* – que proibia a repetição do parricídio e os atos sexuais com as fêmeas que também descendessem do *de cujus*, ou seja, o incesto.[7]

Aliás, primeiramente, há de se afirmar que o desvio é uma tendência inerente ao próprio sujeito inserido num agrupamento social, no sentido de marcar sua individualidade frente ao coletivamente imposto, afirmando uma sua ordem. Funciona o desvio, assim, como tentativa, não raro desesperada, de o

6. É sabido que muitas das teorias sobre o que seria a origem da cultura surgem a partir de mitos, os quais frequentemente se fundam em atos desviantes (nesse sentido, vale conferir *Genesis* 2, bem como os mitos gregos de Crono e Zeus). Contudo, deve-se destacar que isso não as invalida, mesmo porque, em se tratando de cultura, tudo é simbólico, ordem na qual se insere o mito.

7. Cumpre dizer que não se tem a pretensão de resumir a estas considerações o que diz Freud em *Totem e tabu*.

sujeito impor-se ao mundo que o abriga, com o que busca não se sufocar sob o peso de uma ordenação *normalizante* e igualadora, que o ameaça em sua singularidade. Apresenta-se o desvio, enfim, como uma das formas de o sujeito inscrever sua identidade única no corpo social, significando e singularizando sua existência.

Diante disso, é de se concluir que o desvio, o crime, não são apenas fenômenos *normais*, mas, mais que isso, imanentes à cultura, impassíveis, assim, de supressão absoluta, dada a própria condição desviante do sujeito e as pressões sociais ordenadoras, sempre tendentes a expandir-se. Resumindo a exposição de Durkheim (op. cit., 2010, p. 97-99), se, em termos materiais, o crime/desvio diz de uma conduta violadora de um valor conscientemente partilhado pela coletividade, a absoluta supressão de um dado comportamento criminoso/desviante obrigaria ao reconhecimento de que o valor por ele violado foi de tal forma incorporado por cada um dos indivíduos a ponto de neles imobilizar qualquer impulso determinante de sua ofensa. Porém, caso isso ocorresse em relação a um certo número de condutas, outras, apesar de antes toleradas, enquanto contrárias à moral prática corrente, passariam a ser tratadas com mais severidade – criminalizadas, por exemplo – e assim por diante, num movimento expansivo de superposição de círculos concêntricos, do menor para o maior.

"Eis porque apenas se censura o desonesto, enquanto o ladrão é punido. Mas se este sentimento se torna mais forte, a ponto de fazer calar em todas as consciências a propensão que inclina o homem ao roubo, tornar-se-á mais sensível às lesões que até esse momento só o atingiam ligeiramente; reagirá, portanto, contra elas com mais vivacidade; serão alvo de uma reprovação mais enérgica que fará passar algumas delas de meros erros morais a crimes. Por exemplo, os contratos desonestos ou executados desonestamente, que não originam uma reprovação pública ou reparações civis, tornar-se-ão delitos" (DURKHEIM, 2010, p. 98).

Frise-se, inclusive, que, sendo *normais*, os comportamentos criminosos/desviantes indicam uma sociedade sã em sua intrínseca dinamicidade de evolução. Podem, assim, por exemplo, representar uma antecipação do devir moral de uma determinada cultura, como também permitir o diagnóstico de *estados patológicos* de que eventualmente padeça. Com isso, pretende-se acrescentar que, embora o crime seja indicativo de uma sociedade sã, o aumento desproporcional de comportamentos delitivos, por sua vez, está longe de sê-lo. Pelo contrário, aponta para crises sociais a serem enfrentadas.

"Não há, portanto, fenômeno que apresente de maneira mais irrefutável todos os sintomas da normalidade, dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida colectiva. Transformar o crime numa doença

social seria admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivo; seria eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico. Pode, sem dúvida, acontecer que até o crime tome formas anormais, é o que acontece quando, por exemplo, atinge uma taxa exagerada. Efetivamente, não há dúvida de que este excesso é mórbido. O que é normal é simplesmente que exista uma criminalidade, contanto que atinja e não ultrapasse, para cada tipo social, um certo nível que talvez não seja impossível fixar de acordo com as regras precedentes" (DURKHEIM, 2010, p. 96).

Posto isso, transitando do subjetivo ao social e desde que em padrões razoáveis, é de se constatar a *normalidade* do desvio – e, logo, do crime –, enquanto fenômeno inerente à dinâmica de evolução cultural, principalmente no que concerne a transformações de padrões morais. De outro ângulo, embora seja o crime/desvio inerente a qualquer sociedade, o aumento desmesurado das taxas de criminalidade indica problemas cujas causas devem ser procuradas primeiramente na estrutura do corpo social em que verificadas, mesmo porque "se quisermos entender como a sociedade desmorona, temos que compreender como ela se mantém" (YOUNG, 2002, p. 217).

3. O CARÁTER CRIMINÓGENO DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Considerada sua importância enquanto instrumento de compreensão das dinâmicas sociais, pode-se afirmar que o pensamento de Robert Merton – construído num *continuum* em relação aos estudos desenvolvidos por Durkheim em *As regras do método sociológico*, que é referência para este estudo – ainda é pouco invocado por sociólogos, juristas e outros profissionais que se ocupam do estudo de fenômenos como a criminalidade. Afinal, há pouco mais de 70 anos, ainda em 1938, Merton deu o primeiro passo para o que se convencionou chamar *virada sociológica* na criminologia. Deslocou o olhar que buscava um indivíduo criminoso – próprio à Escola Positiva, que teve em Lombroso um de seus principais nomes –, voltando-o para os fatores criminógenos inerentes às estruturas sociais.

Sensível aos rumos que tomava a sociedade americana, o sociólogo já identificava como a estrutura e funcionamento daquele modelo social influenciava o comportamento dos sujeitos nele imersos. Assim, de forma precursora, demonstrou como uma sociedade focada no alcance de determinadas metas culturalmente impostas pode determinar a *normalização* de condutas a princípio tidas por desviadas/criminosas.

"A cultura norte-americana contemporânea [1938] parece aproximar-se do tipo polar em que ocorre grande ênfase sobre objetivos de êxito sem a ênfase equivalente sobre os meios institucionais. Evidentemente seria irreal asseverar que a riqueza acumulada permanece sozinha como um símbolo do sucesso, assim como seria irreal negar que os norte-americanos lhe atribuem um lugar saliente em sua escala de valores. Em grande parte, o dinheiro tem sido consagrado como um valor em si mesmo, além e acima de seu gasto a troco de artigos de consumo ou de seu uso para o aumento de poder. O 'dinheiro' é peculiarmente bem adaptado a tornar-se um símbolo de prestígio. Conforme Simmel salientou, o dinheiro é altamente abstrato e impessoal. Não importando como é adquirido, fraudulenta ou dentro das instituições, pode ser usado para adquirir os mesmos bens e serviços. A anomia da sociedade urbana, em conjunção com essas peculiaridades do dinheiro, permite que a riqueza – cujas origens podem ser desconhecidas da comunidade em que vive o plutocrata ou, quando conhecidas, podem ser purificadas pelo decurso do tempo – sirva como símbolo de elevado status. Ainda mais, no Sonho Norte-americano não há ponto de parada final. A medida de 'sucesso monetário' é convenientemente indefinida e relativa" (MERTON, 1970, p. 208-209).

Como se verifica, nada mais próprio à compreensão considerável de determinados aspectos da sociedade contemporânea, que se consolida a partir de um verdadeiro culto ao consumo, a ponto de se ter na condição de consumidor verdadeiro pré-requisito à integração social dos indivíduos. Pode-se afirmar, portanto, que, com seu *Estrutura Social e Anomia* (1938), Robert Merton estabeleceu um dos referenciais primeiros para a compreensão dos elementos autofágicos que permeiam os modos de conformação e funcionamento de uma sociedade que tem no consumo sua principal meta, do que doravante se ocupará, com especial enfoque na questão da criminalidade. Em síntese, já em 1938, o sociólogo americano denunciava os efeitos criminógenos de uma cultura que impunha a todos, igualitariamente, padrões de consumo elevadíssimos, sem, contudo, distribuir de forma equânime o acesso aos meios legítimos de alcance desse fim.

Nesse sentido, merecem destaque as seguintes considerações do autor:

"A cultura pode ser tal que induza os indivíduos a centralizarem suas convicções emocionais sobre o complexo de fins culturalmente aplaudidos, com muito menos apoio emocional sobre os métodos prescritos para alcançarem essas finalidades. Com tais ênfases diferenciais sobre os objetivos e sobre os procedimentos institucionais, os últimos podem ser tão viciados pela tensão em alcançar os objetivos, que o comportamento de muitos indivíduos fique su-

jeito apenas a considerações de conveniência técnica. Neste contexto, a única pergunta significativa é a seguinte: qual dos processos disponíveis é o mais eficiente a fim de apossar-se do valor culturalmente aprovado? O processo mais eficiente do ponto de vista técnico, quer seja culturalmente legítimo ou não, torna-se tipicamente preferido à conduta institucionalmente prescrita. À medida que se desenvolve este processo de amaciamento das normas, a sociedade torna-se instável e aparece o que Durkheim denominava 'anomia' (ausência de norma)" (MERTON, 1970, p. 207).

Trata-se de uma combinação letal e inflamável de privação relativa e individualismo, que constitui um processo de inclusão cultural e exclusão social, muito bem trabalhado por Jock Young, ao investigar e expor os fenômenos que marcam a conturbada transição ainda não concluída entre a Modernidade e o que denomina Modernidade Recente (2002).

"Este livro fala sobre dificuldade e diferença. Observa a rápida esgarçadura do tecido social do mundo industrializado no último terço do século XX, mapeando o crescimento do individualismo e das demandas de igualdade social emergentes do bojo das forças de mercado que permearam e transformaram todos os cantos e recantos da vida social. Comenta a lenta mas constante erosão do respeito, tanto na política como na vida pública, na sala de aula ou na família. Trata-se de um movimento que parte de uma sociedade inclusiva de estabilidade e homogeneidade para uma sociedade excludente de mudança e divisão" (YOUNG, 2002, p. 11).

A partir do declínio de valores que marcavam o caráter inclusivo e a coesão da sociedade moderna, Young cuida do que vai se consolidando como um modelo de sociedade calcado no individualismo e no consumo; no afastamento do Estado das relações de mercado, que permite o aumento do fosso de desigualdade que bem caracteriza o solapamento do Estado Social pelas políticas neoliberais.

Ou seja, ainda que com denominações diferentes, trabalha Young com a dinâmica de transição entre um modelo de sociedade que se estruturava à imagem dos processos de produção que a sustentavam para uma que se mantém dependente do consumismo, o que está diretamente vinculado à crescente automação, especialmente observada a partir da década de 70 do século passado. Enquanto naquele modelo, espelhando o método fordista de produção, preponderavam ideais de ordem, disciplina e estabilidade, a sociedade de consumo funda-se justamente na precariedade, na satisfação imediata dos erráticos desejos e no individualismo.

"Reduz-se assim o trabalho seguro qualificado e de salários estáveis no seio da firma, ao passo que uma proporção considerável da força de trabalho é 'ter-

ceirizada', mediante contratos curtos com firmas pequenas ou pessoal sem vínculo empregatício. Apesar do deslocamento generalizado da indústria manufatureira para a indústria de serviços, esta última não chega a estar propriamente isenta de automação. A 'reengenharia' das indústrias de serviço, como bancos, comunicações e seguros, leva ao uso de programas de computador cada vez mais sofisticados, o que permite às empresas eliminar camadas inteiras de administradores e colarinhos-brancos de baixo escalão (ver HEAD, 1996). O efeito resultante do enxugamento da produção e da reengenharia é acabar com a proporção relevante dos empregos de renda média e engendrar um sentimento de *precariedade* nos que antes estavam seguros" (YOUNG, 2002, p. 25).

A crescente automação observada especialmente a partir da década de 70 do século XX determinou um deslocamento dos sujeitos alocados nas linhas de produção, os quais passaram a ocupar novos espaços principalmente no setor terciário, na prestação de serviços, tendo também incrementado os números do mercado informal. Assim, de indivíduos diretamente engajados nos processos de produção, converteram-se em sujeitos cuja importância passou a ser medida pela capacidade de consumo dos excessos produzidos pela automação. Ou seja, se antes o sujeito se via integrado à comunidade enquanto *produtor*, atualmente isso se dá através da condição de *consumidor*, o que já desvela uma inversão no plano macro, de uma sociedade de *meios* – produção – para uma que privilegia os *fins* – consumo.

Ocorrida num contexto de expansão globalizada das políticas neoliberais, como já antecipado, as transformações acima trabalhadas constituem fatores de catalisação do avanço da criminalidade. Afinal, deram-se no processo de substituição de um modelo de Estado Social – em alguns casos, de Bem-Estar Social (*Welfare State*) –, ativamente engajado na produção de igualdade, para um modelo de Estado mínimo, que se desobriga das questões sociais e da regulação de mercado, passando a ocupar-se tão somente da segurança, numa versão policialesca que reedita o modelo liberal sem, entretanto, contar com as bases filosóficas que fundaram esse modelo.

Assim, numa sociedade que privilegia o consumo, mas não cuida de assegurar o acesso igualitário às vias institucionalmente legítimas para o alcance dos fins impostos, se não há uma instância superior para cuidar do balanceamento das desigualdades econômicas e sociais, só se pode esperar que os efeitos deletérios dessa situação produzam-se de forma incontida. Ou seja, diante dos meios difusos de inclusão de todos os sujeitos numa cultura que impõe o consumo como forma de integração social, os excluídos quanto às possibilidades de legitimamente atingirem o fim imposto, ao experimentarem uma *privação relativa* aos que têm à disposição os meios de atingir os padrões de sucesso e fe-

licidade difundidos, não hesitarão em prosseguir sua busca de reconhecimento social pela via criminosa.

Sabe-se que o sujeito tem sua identidade outorgada pela sociedade em que se inscreve, o que evidencia a força das afirmativas acima construídas, no sentido de desvelar o potencial altamente criminógeno do processo de privação relativa, inclusão cultural e exclusão social descrito, máxime em se considerando que os parâmetros morais que na Modernidade garantiam ordem, disciplina e estabilidade esfacelam-se na Modernidade Recente,[8] tragados pelo individualismo do consumismo difundido.

Expõe-se, assim, a dinâmica de expansão da delinquência, especialmente daquela que se materializa em comportamentos que visam ao ganho patrimonial. Dada a pressão cultural, há de se salientar que as fontes de tais ganhos passam a não interessar, na medida em que se mostram imprescindíveis, verdadeira *conditio sine qua non* ao alcance da meta imposta, qual seja o consumo, que é garantia do reconhecimento social e, em última instância, de uma identidade.[9] Em consequência dessa lógica perversa, explodem as taxas de crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas e, também, dos chamados crimes do *colarinho-branco*, aqui abrangidas as mais diversas formas de corrupção e fraudes, cada vez mais difundidas e muito pouco apuradas.

3.1 O contexto brasileiro

No Brasil, a situação exposta ganha especiais contornos, principalmente ao se levarem em conta as peculiaridades que marcam a construção da nossa história. Colonizados por uma nação de mentalidade mercantilista – pré-capitalista –, aqui não se sedimentou a cultura essencialmente protestante de elevação pelo trabalho, a qual impulsionou o desenvolvimento da indústria como meio ordenado de produção. Pelo contrário, a mão de obra escrava, que por muito tempo sustentou este país, conduziu à desvalorização do trabalho, talvez ainda hoje considerado, por muitos, como esforço próprio àqueles privados de liberdade, instrumentalizados pelo interesse de terceiros.

---

8. Ou Pós-modernidade, como preferimos, por entendermos que melhor significa um tempo que é posterior à Modernidade, mas que ainda tem nesta sua principal referência. Ou seja, a Pós-modernidade indica um período transicional, referenciado em relação à Modernidade, uma vez que não possui princípios ou marcas suficientes a iluminá-la, distinguindo-a do período anterior, ao qual ainda se atrela.
9. Afinal, *pecunia non olet* (o dinheiro não tem cheiro), como respondeu o Imperador Vespasiano a seu filho, Tito, que questionava a tributação sobre o uso de banheiros públicos.

Repetindo a mentalidade de nosso colonizador, estabeleceu-se uma cultura de valorização de grandes lucros a custo de pouco, do mínimo ou de nenhum esforço.[10] Ou seja, desde a base do processo de formação da cultura que hoje se entende por brasileira percebe-se a ênfase nos fins, pouco interessando os meios escolhidos para seu alcance. Daí o arraigado gosto por *aventurismos*, loterias e, até mesmo, por atividades que desafiem a lei, mas rendam bons lucros, como outrora foi o caso do tráfico negreiro e, hoje, é o do tráfico de drogas.

Aliás, sem ter arraigado o espírito do trabalho ordenado próprio da indústria – que só veio a se instalar com sucesso no Brasil a partir do século passado –, observa-se que nossa relação com autoridades, bem como nossa noção de limites, disciplina e hierarquia não ficou tão bem estabelecida quanto nos países que passaram por todas as fases do processo de industrialização. Em razão disso, pode-se afirmar inclusive que houve, no Brasil, uma *espécie* de *passagem direta* da Pré-modernidade para a Pós-modernidade, principalmente em se considerando que é da essência da modernidade o desenvolvimento dos meios racionais e ordenados de produção, sem dúvida um dos principais símbolos dessa era.[11]

Interessante observar que a Pós-modernidade, seus relativismos quanto a valores éticos ou morais, e sua destacada ênfase na riqueza – em última análise, no consumo que a representa –, em muito se identifica com a Pré-modernidade, o que explica o rápido e cômodo ajuste da meta neoliberal de globalização no Brasil. Em consequência disso, verifica-se a progressiva decadência dos valores modernos que começavam a se difundir no país – devido à recente industrialização, como dito –, o que viabiliza a emersão dos propósitos que marcaram nosso processo de colonização predatória, como a negação da lei enquanto limite geral e a sede por vantagens e privilégios a qualquer custo.

---

10. "A Lisboa de Fernão Lopes, a de muitas e desvairadas gentes, a Lisboa manuelina, torna-se, segundo um testemunho vincado de amargo exagero, uma 'capital de fidalgos ociosos, de plebeus, mendigos e de rufiões'. Ela se estagnou sem o viço e a atividade de outro tempo, intermediando os bons negócios dos países industriais com as colônias. A camada superior, perdida na sua pompa de promessas, desdenha o trabalho e a produção, tais como entendidos pelas nascentes virtudes burguesas. A Revolução Industrial passou longe de suas praias, com seu ar escuro, incompreendida pelo lucro fácil das expansões ultramarinas" (FAORO, 2001, p. 105).

11. "Pode-se afirmar, pois, que o Brasil foi levado pela globalização a uma transição quase direta entre o que se pode chamar de Pré-modernidade e a Pós-modernidade, estruturas cujos valores fundantes não são tão contraditórios, o que explica, em parte, uma adesão sem questionamentos mais aprofundados à falta de ordem que caracteriza a nova conformação social, que se funda e expande a partir do consumo, se possível, desregrado" (COSTA, 2009, p. 56).

Cenário e condições adequadas para o avanço da violência e da criminalidade que assola o país, com destaque para a que visa ganhos materiais, em especial a partir do final da década de 80 do século passado. Roubos, latrocínios, furtos, corrupção, assim como toda sorte de condutas que gravitam em torno do tráfico de drogas, tornaram-se questões quotidianas, motivando intensos debates acerca do tema, ao qual se confere um trato que nem sempre prima pela crítica ou se desenvolve com ética.

Como já antecipado, violência e criminalidade tornaram-se um grande negócio. Uma verdadeira fonte de pauta e lucros para os meios de comunicação que, com a exibição de imagens e a divulgação de fatos cada vez mais bárbaros, fomentam uma torpe disputa pela atenção do público. Grande negócio para o setor empresarial de segurança privada e, também, para os políticos de plantão, que fazem dessa cruel realidade seu palanque eleitoral, a partir de discursos simplistas e propostas de soluções mágicas, que só demonstram sua completa incapacidade e despreparo para lidar com tão complexa questão.

Uma explícita incompetência revelada pela excessiva criação de leis, principalmente punitivas, numa prodigalidade legiferante que, por seu revés, desvela perversas manobras de manutenção de um *status quo* sedimentado em histórica desigualdade social, além da radical incapacidade de um povo de se conduzir dentro de limites éticos. Esbanjamento que faz do ordenamento jurídico brasileiro verdadeiro cipoal de leis cada vez menos inteligíveis e efetivas, as quais cinicamente se busca legitimar a partir de demandas sociais falseadas pela opinião publicada, que neste país é confundida com o que se toma por opinião pública.

Leis completamente dissociadas dos costumes e ideais da sociedade sobre a qual recairá são inócuas no plano concreto e, devido à insistência do legislador pátrio em produzi-las é que temos, no Brasil, um sem número de leis que *não pegam*. Resultado disso, um ordenamento jurídico cada vez mais desacreditado e menos efetivo, o que tem por corolário a alarmante sensação de impunidade que assusta a população e incentiva comportamentos delitivos.

À sombra de todo esse processo, evidencia-se a ilegitimidade do sistema penal, criado e mantido não para proteger a sociedade, mas tão somente para garantir a paz de uma elite que se alimenta da desigualdade social. Em detrimento dos investimentos em educação, saúde e saneamento básico, que se vinculam às reais *causas* do aumento da criminalidade de que ora se cuida, o aparato punitivo tem sido incrementado, com destaque para o aumento do investimento nas polícias, às quais caberia o combate primeiro e de forma igualitária[12] às milhares de condutas incriminadas pelo ordenamento jurídico-penal

12. Já que a lei deveria se aplicar a todos, indistintamente (art. 5.º, *caput*, da CF/1988).

brasileiro. Sistema penal que tanto reprime o roubo, quanto a sonegação fiscal e a corrupção passiva, mas cujos cárceres estão repletos dos que praticam aquele e livres dos autores destes delitos, revelando uma preferência das autoridades na seleção dos que serão punidos.

E ainda que se concentrem as forças repressivas no combate aos furtos, roubos e tráfico de drogas – crimes tipicamente perpetrados por agentes oriundos das classes sociais economicamente vulneráveis –, pode-se observar que isso não é suficiente a fazer cessar o avanço dessas práticas, o que corrobora a inaptidão do sistema penal em conter a massificação de comportamentos delitivos a que se assiste. Por trás desse cenário, distingue-se o motivo dessa absoluta incapacidade: a contenção das condutas criminosas sempre dependeu muito mais do controle social garantido por padrões morais, pela família e pela comunidade que do aumento de leis penais ou do investimento em polícia.

"O repertório padrão de intervenções para reduzir a criminalidade inclui, na linha de frente: a polícia, a comunidade, a família, a economia e o sistema educacional. Todas essas variáveis foram enfraquecidas na modernidade recente. A comunidade tornou-se menos coesa. A proposta de reafirmar os valores comunitários falha em confrontar como devemos atingir este sonho nostálgico, enquanto as políticas de reabilitação no seio da comunidade são mero otimismo, ou manobras cínicas que deixam pacientes psiquiátricos perambulando pelas ruas ou ex-infratores privados de apoio e sustento. A aptidão de prover empregos com perspectivas e segurança de longo prazo, capazes de inserir as pessoas na ordem social, depende de forças globais fora do âmbito do governo central e mais ainda do local" (Young, 2002, p. 197).

Tal sistema extrajurídico de controle – e não um sistema penal eficaz, frise-se – também justifica os baixos índices de violência e criminalidade na Modernidade, se comparados aos do período atual, considerando-se que os consistentes valores e a coesão social observados naquele período barravam a disseminação de condutas delitivas, em especial as que objetivassem ganhos materiais a qualquer custo – das quais se cuida neste estudo, já que responsáveis pela sensação de *anomia* e insegurança contemporaneamente experimentada.

3.1.1 Algumas reflexões sobre os recentes episódios que marcaram a repressão ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro

A vivificar tudo o que se disse até agora, cabem algumas reflexões sobre os dramáticos episódios que marcaram o *espetáculo* do combate ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Aliás, em correção, necessária se faz uma melhor delimitação da abordagem, uma vez que o que se viu não foi repressão ao tráfico

de drogas no Rio de Janeiro, mas pontuais, espetaculosas e truculentas ações policiais de repressão ao tráfico em determinadas comunidades carentes da capital fluminense.

Feitos os esclarecimentos, passa-se às considerações que devem ser trabalhadas a partir de um contexto singular, que, dentre outras circunstâncias, se constitui de uma situação já há muito insuportável, determinada pelas omissões do Estado em ocupar os espaços tomados pelo tráfico nas comunidades carentes em questão; pela exposição internacional de ações criminosas na capital fluminense – o que levantava sérias questões sobre as reais possibilidades de o Rio de Janeiro sediar as Olimpíadas e o Brasil, a Copa do Mundo;[13] e pela recente e aclamada exposição do filme *Tropa de Elite 2*, que tem por personagem principal um ex-comandante do Bope, justamente o já tão famoso Batalhão de Operações Policiais Especiais da Polícia Militar carioca, que ganhou ainda mais evidência na invasão das comunidades.

Marcados esses pontos referenciais e no reverso do que se exibiu, primeiramente há de se destacar que a situação só atingiu os níveis alarmantes desde muito experimentados em razão de uma historicamente sedimentada omissão do poder público em ocupar os espaços que progressivamente foram sendo tomados pelo poder paralelo, no caso, do tráfico de drogas.[14] Aliás, omissão é eufemismo, quando se tem consciência de que a ocupação desordenada e a expansão da criminalidade nas comunidades em questão só se deram por terem sido as autoridades públicas coniventes com a situação, ao longo de décadas. Ou seja, medidas anteriores, além de menos drásticas e violentas, poderiam ter sido mais eficazes no controle do problema, impedindo que a situação tomasse as proporções atuais.

Ainda nesse primeiro momento de reflexão é de se ressaltar que as ações policiais se limitaram a determinadas comunidades pobres do Rio de Janeiro, o que, como se sabe, está longe de significar o controle do tráfico de drogas naquela cidade ou naquele Estado. Aliás, para quem se debruça com o mínimo de crítica sobre o tema, fica claro que a repressão penal é absolutamente ineficaz na contenção do comércio de drogas. Trata-se, pelo contrário, de fator que

13. Destaque-se o episódio em que famoso hotel carioca foi invadido por vários criminosos armados, em 21.08.2010.

14. Não se pode aqui esquecer das milícias, problemas muito maiores que o tráfico, pelo simples fato de substituírem o Estado em sua função mais básica, que é a de garantir segurança.

potencializa os lucros auferidos com a atividade, cuja ilegalidade termina por fomentar o emprego de violência em seu exercício e em sua contenção.

Por esses e por outros motivos trabalhados alhures,[15] divide-se com Paulo Queiroz a seguinte conclusão:

"Paradoxalmente, a repressão arbitrária ao comércio de entorpecentes somente interessa ao próprio traficante, pois é ela, a repressão, que lhe assegura a viabilidade dos negócios e a extraordinária lucratividade. O tráfico ilícito de entorpecentes, enfim, tal qual o conhecemos, e com tão assustadora aparência, é, no fundo, um monstrengo concebido e gerado pelo próprio sistema penal" (1998, p. 116).

O uso – e, logo, o comércio – de drogas é comportamento *normal* em qualquer sociedade, basicamente em virtude das mesmas razões já expostas para explicar a *normalidade* do desvio. Contudo, no caso da droga, deve-se ainda destacar seu caráter alienante e entorpecente, tratando-se de meio parcialmente eficaz para, ainda que por breves momentos, trazer prazer, aliviar angústias e dores inerentes à existência humana. Segundo Freud, tratando da intoxicação química como meio hábil ao alcance desses efeitos:

"O mais grosseiro, embora também o mais eficaz, desses métodos de influência é o químico: a intoxicação. Não creio que alguém compreenda inteiramente o seu mecanismo; é fato, porém, que existem substâncias estranhas, as quais, quando presentes no sangue ou nos tecidos, provocam em nós, diretamente, sensações prazerosas, alterando tanto, também, as condições que dirigem nossa sensibilidade, que nos tornamos incapazes de receber impulsos desagradáveis.

(...)

O serviço prestado pelos veículos intoxicantes na luta pela felicidade e no afastamento da desgraça é tão altamente apreciado como um benefício, que tanto indivíduos quanto povos lhes concederam um lugar permanente na economia de sua libido. Devemos a tais veículos não só produção imediata de prazer, mas também um grau altamente desejado de independência do mundo externo, pois sabe-se que, com o auxílio desse 'amortecedor de preocupações', é possível, em qualquer ocasião, afastar-se da pressão da realidade e encontrar refúgio num mundo próprio, com melhores condições de sensibilidade" (FREUD, 1997, p. 26-27).

Diante dessas considerações, caberia, portanto, refletir acerca do que vem a ser mais danoso à sociedade: os efeitos provocados pelo uso de drogas ou a vio-

15. COSTA, Domingos Barroso da. Descriminalização do comércio de entorpecentes: não seria este o caminho? *Boletim IBCCrim*. vol. 13. n. 160. p. 7-8. São Paulo: IBCCrim, mar. 2006.

lência, a corrupção policial e todos os outros crimes fomentados pelo tráfico de drogas, cuja repressão penal cada vez mais se revela como um exercício de *enxugar gelo*. Inclusive, deve-se frisar que é isso que converte o combate policial ao tráfico na *guerra particular* já trabalhada em documentário nacional.[16] Em suma, não havendo possibilidade de se controlar a questão através do sistema penal, a repressão policial do tráfico transforma-se numa querela privada entre os traficantes, que atiram contra os policiais, e os policiais, que atiram contra os traficantes. E só, puro desperdício de vidas e dinheiro público.

Posto isso, partindo-se do pressuposto de que o uso e o comércio de drogas não deixarão de ocorrer[17] – especialmente se as tentativas de seu controle se fizerem pela repressão –, se o tráfico foi controlado nas comunidades, é de se concluir que agora acontece no *asfalto*[18] ou em cidades vizinhas, que passarão a abastecer o mercado consumidor da capital fluminense. Aliás, para quem não se dobra a hipocrisias e visões ingênuas, fica claro que muito do turismo da cidade do Rio de Janeiro – especialmente o de estrangeiros – não se deve apenas às belezas naturais da proclamada *Cidade Maravilhosa*, mas também ao fácil acesso que se tem à prostituição e às drogas.[19]

Quanto à *espetacularização* das operações policiais nas comunidades cariocas, dada a inevitabilidade do tráfico de drogas e a impossibilidade de seu efetivo controle, só se pode deduzir que é um caso clássico das chamadas medidas *para inglês ver*. Ou seja, tanta pirotecnia só se justifica na medida em que se observam as ações repressivas com o olhar crítico de quem é ciente da conveniência política de uma resposta contundente à criminalidade naquele momento, com o que se exibia para o mundo e para o Brasil a eficiência com que a polícia – especialmente o Bope – garantia a segurança do Rio de Janeiro,

16. LUND, Katia; SALLES, João Moreira. *Notícias de uma guerra particular*. [documentário] São Paulo: Videofilmes, 1998-1999. 2 vídeos-discos (aprox. 56 min.): NTSC: son., cor.

17. Seja por questões existenciais, seja por questões econômicas, uma vez que as cifras movimentadas pelo tráfico e por atividades a ele vinculadas pelo mundo são relevantes, nada havendo que indique o desinteresse por esse comércio. A esse respeito, vale conferir interessante entrevista, publicada em 2003 pela revista *Caros Amigos* (edição 70, p. 31-37), concedida por promotores paulistas do Gaeco – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado –, dentre eles José Carlos Blat.

18. Nas áreas regularmente urbanizadas.

19. E isso, cabe observar, não acontece só no Rio de Janeiro, mas em muitos outros Estados da costa brasileira, como se pode constatar através de simples passeios noturnos por suas orlas.

colocando bandidos para correr. Pronto: o Rio de Janeiro está *limpo* e seguro para sediar as Olimpíadas e a Copa do Mundo.

Contudo, a menos que todas as etapas da produção e comércio de drogas transcorressem no interior das comunidades pobres cariocas, cabe questionar quantos e quais foram os grandes traficantes neutralizados fora da comunidade; ou o que fez a polícia para impedir a entrada de drogas – que agora deve estar mais valorizada – e armas naquela cidade, naquele Estado.

São perguntas que no Brasil não vão se calar enquanto os cárceres permanecerem repletos de praticantes de furtos, roubos e dos chamados pequenos traficantes, mas vazios dos autores de peculato, corrupção passiva, concussão, desvio de rendas públicas etc. Não se calarão enquanto não for explicada a desviada edição de súmula vinculante reguladora do uso de algemas após a prisão de diversos figurões da política nacional. Enfim, são perguntas que não se calarão enquanto o sistema repressivo estatal for utilizado na administração e contenção de uma parcela específica da população, justamente a composta por aqueles que podem ser descritos como consumidores falhos (BAUMAN, 2008, p. 75), perpetuando-se a função que Adam Smith entendia como a única legítima ao governo: a de "defesa do rico contra o pobre, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não têm propriedade alguma" (apud ARENDT, 2010, p. 274).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, cabe questionar o porquê de tanto assombro e perplexidade diante da barbárie quotidiana. Afinal, impõe-se admitir, como visto, que o fenômeno mórbido de expansão da violência e da criminalidade é mesmo inerente aos mecanismos que estruturam o modelo social contemporâneo. Assim, furtos, roubos, drogadição, tráfico de drogas, sonegação fiscal e todos os tipos de corrupção são comportamentos *normais*, realmente esperados numa sociedade que cultua o individualismo e se mantém a partir da difusão de padrões de sucesso material, traduzidos no imediato do consumo, sem, contudo, se ocupar em reduzir as desigualdades sociais ou distribuir de forma equânime as possibilidades de acesso aos meios legítimos de alcance das metas culturalmente privilegiadas.

"Primeiro, os incentivos para o êxito são inculcados pelas normas estabelecidas da cultura e em segundo lugar, as vias disponíveis para o acesso a este objetivo, são tão limitadas pela estrutura de classe, que não resta outra saída senão apelar para os desvios de comportamento. É a *falta de entrosamento* entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais

legítimos para 'entrar no dinheiro' é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível, em todos os níveis, a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia de 'oportunidades iguais para todos', o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e parcos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação da utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes" (MERTON, 1970, p. 219).

Só para ilustrar, vale dizer que as condutas descritas, inclusive, inserem-se na tipologia de modos de adaptação individual elaborada por Merton: os comportamentos criminosos/desviantes, como *inovação* (adesão às metas culturais e recusa dos meios institucionalizados de seu alcance), enquanto a drogadição, como *retraimento*[20] (recusa tanto das metas culturais quanto dos meios institucionalizados de seu alcance).

E não há leis penais ou repressão policial que possam, como num passe de mágica, solucionar tão arraigado problema. Violência, criminalidade e sociedade de consumo retroalimentam-se numa relação *simbiótica*, razão pela qual é na estrutura desse modelo social que devem ser buscadas as *causas* e, logo, as possíveis repostas aos problemas indicados. Afinal, seria contraditório esperar contenção de impulsos agressivos, solidariedade, ou segurança nas relações em uma sociedade que se mantém justamente pelo império da satisfação imediata, desregramento, insegurança e culto ao presente.

Consoante já trabalhado, sendo a tendência ao desvio inerente à constituição subjetiva, a contenção de impulsos primários de pronta satisfação depende de um sistema bem tramado de controle social, anterior ao sistema penal, sendo que este só deve atuar subsidiariamente. Ou seja, somente uma teia social coesa, de oportunidades bem distribuídas, que dê segurança ao sujeito e lhe forneça princípios orientadores minimante partilhados é capaz de justificar o adiamento de satisfações, diante da probabilidade de vir a atingi-la num futuro, através dos meios legítimos postos à sua disposição.

Inexistindo esse mínimo de segurança que inclusive garante a efetividade da lei, inverte-se a metáfora dos círculos concêntricos construída no tópico 2, a propósito da impossibilidade de existir uma sociedade sem crimes/desvios.

---

20. "Pertencem a esta categoria algumas das atividades adaptativas dos psicóticos, artistas, párias, proscritos, errantes, mendigos, bêbados crônicos e viciados em drogas. Eles renunciaram aos objetivos culturalmente prescritos e o seu comportamento não se ajusta às normas institucionais. Isto não quer dizer que em alguns casos a fonte de seu modo de adaptação não seja a própria estrutura social que eles efetivamente repudiaram, nem que sua própria existência dentro de uma área não constitua um problema para os membros da sociedade" (MERTON, 1970, p. 227).

Quer-se dizer, pois, que, se, em termos materiais, o crime/desvio diz de uma conduta violadora de um valor conscientemente partilhado pela coletividade, quanto mais se esmaecerem esses valores capazes de garantir coesão a um corpo social, mais se imporá o individualismo e, portanto, menos haverá freios a conter a tendência à satisfação imediata de impulsos de qualquer natureza, o que conduz a um estado de anomia, de repressão alguma. Nem é preciso muito esforço para se concluir que esse é o caminho a que conduz um modelo de sociedade que recusa qualquer princípio de solidariedade, estabilidade ou segurança, com o que se aproxima muito mais da barbárie do que daquilo que se entende por cultura. E, nunca é demais dizer que não serão a lei ou o sistema penal suficientes a interromper esse ciclo.

O crime é fenômeno complexo, que demanda análise sob diversas perspectivas, as quais considerem o contexto em que se dá. Assim, tratando-se de fenômeno cultural, diante do crime – ou do desvio –, hão de ser investigados aspectos subjetivos, sociais e legais, sem *simplismos* ou *naturalizações*. E ainda mais complexo fica se observado no contexto de uma sociedade por si só complexa, que cada vez mais se fragmenta, convertendo-se em multidões geograficamente concentradas.

Com isso, quer-se evidenciar mais uma vez o quão falaciosos mostram-se os discursos que pregam o aumento do recrudescimento e do número de leis penais como solução para a expansão da violência e da criminalidade. Para além de abafar debates responsáveis acerca do problema e assim protelar o encontro de alternativas, tais discursos escamoteiam a realidade da utilização perversa do sistema penal para fins de segregação, de controle do refugo social, por exemplo, em razão de condições étnicas ou econômicas.[21]

Com o abandono dos fins assistenciais próprios ao modelo de Estado Social – ou do Bem-Estar Social –, adota-se o aparato estatal de repressão como instrumento cômodo e econômico de controle das contradições fomentadas, mas não desejadas, pelo próprio capitalismo de consumo, que se faz garantido pelas políticas globalizadas do neoliberalismo.

---

21. Nesse sentido, afirma De Giorgi:
"O controle do desvio enquanto legitimação aparente das instituições penais constitui, pois, uma construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais de sua própria dominação. As instituições de controle não tratam a criminalidade como fenômeno danoso aos interesses da sociedade em seu conjunto; ao contrário, por meio da reprodução de um imaginário social que legitima a ordem existente, elas contribuem para ocultar as contradições internas ao sistema de produção capitalista. Em outras palavras, numa sociedade capitalista o direito penal não pode ser colocado a serviço de um 'interesse geral' inexistente: ele se torna, necessariamente, a expressão de um poder de classe" (2006, p. 36).

Fechando o círculo de desenvolvimento deste texto, deve-se destacar, portanto, o objetivo de se apontar, através da *normalidade* do fenômeno, o quanto a lamentada e temida criminalidade mantém de simbiótico em relação à sociedade capitalista de consumo. Com isso, desvela-se a ineficácia e o fisiologismo que se mascaram no embuste de discursos punitivos, construídos a partir de fórmulas fáceis e úteis na cooptação de uma massa acrítica de apoiadores.

Discursos que, além de omissos, revelam-se ativamente danosos, especialmente à legitimidade do sistema penal, que, na medida em que não cumpre as funções que dele se espera, perde em credibilidade. Enfim, numa apropriação contextualizada do dito popular, *vão-se os anéis e os dedos, também*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

COSTA, Domingos Barroso da. *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Domingos Barroso da. Descriminalização do comércio de entorpecentes: não seria este o caminho? *Boletim IBCCrim*. vol. 13. n. 160. p. 7-8. São Paulo: IBCCrim, mar. 2006.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 11. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

_____. *Totem e tabu*. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

LUND, Katia; SALLES, João Moreira. *Notícias de uma guerra particular* [documentário]. São Paulo: Videofilmes, 1998-1999. 2 vídeos-discos (aprox. 56 min.): NTSC: son., cor.

MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sociologia do revanchismo e a criminologia da transgressão, de Jock Young – *RBCCrim* 87/344;
- O tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 83/185;
- Política criminal populista, de Frederico Figueiredo – *RBCCrim* 70/100; e
- Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural, de Jeff Ferrell – *RBCCrim* 82/339.

5518C

2 LENÇO NO PESCOÇO, FUZIL NO BOLSO

Uma análise da criminalidade e do direito penal a partir de malandros cantados na música popular brasileira

JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS

Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: No presente trabalho empreende-se uma análise de fenômenos criminais a partir de canções da Música Popular Brasileira, sobretudo os sambas que retratam o personagem do malandro. O objetivo da pesquisa foi analisar em que medida a figura do malandro, presente nas canções brasileiras, pode refletir a configuração do crime e do Direito Penal de determinada época. Outrossim, por meio das mudanças por que passou a conformação deste personagem, é possível constatar alterações históricas da criminalidade e sua repercussão no Direito Penal brasileiro. A relevância deste trabalho emerge da necessidade de interseção do Direito com outros campos do saber. Assim, acredita-se contribuir para a aproximação do Direito com a realidade social, tornando-o capaz de responder de maneira mais adequada aos anseios e necessidades da comunidade para a qual se volta.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade – Música popular brasileira – Malandro – Seletividade.

ABSTRACT: This paper undertakes an analysis of criminal phenomena through songs of Brazilian Popular Music, especially the sambas that define the character of the *malandro*. The research objective was to study in what stage the figure of the *malandro*, present in Brazilian songs, can portray the configuration of crime and criminal law at the time. Likewise, through the changes on the character's form, it's possible to find historical alteration in crime and its repercussion on Brazilian criminal law. This paper's relevance emerges from the need of correlation between Law and other fields of study. Thus, it's believed that a contribution is made for the approaching of Law and social reality, making it capable of solving in a more accurate way the desires and needs of the community which it turns to.

KEYWORDS: Crime – Brazilian popular music – *Malandro* – Selectivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. "Por que cantar?" - 3. "Aquela tal malandragem..." - 4. "A nata da malandragem" ou "malandro é malandro, mané é mané" - 5. "O malandro tá na greta, na sarjeta do país": 5.1 "Quem trabalha é quem tem razão, eu digo e não tenho medo de errar" - 6. Controle penal da malandragem - 7. "Eis o malandro na praça outra vez..." - 8. Outros novos malandros - 9. Conclusão - 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ao discorrer sobre a ideologia dos discursos dos sistemas penais, Eugenio Raúl Zaffaroni chama a atenção para o papel da formação dos operadores dos órgãos judiciais. Constata o penalista uma densa massificação do ensino, acarretada, dentre outros fatores, pela redução da bibliografia, que resulta em "uma adestrada incapacidade para vincular fenômenos e, em geral, uma degradação tecnocrática do direito que, escassamente, supera o nível exegético de preparação de empregados com título".[1]

Não dista esta situação da realidade vivenciada hoje em nosso país. A proliferação dos cursos de Direito, ocasionada, em grande parte, pelas atrativas opções de empregos e salários a que podem ter acesso bacharéis em tal curso, tornam-no cada vez mais técnico e profissionalizante. As interseções com outros campos do saber, outras ciências, são gradativamente marginalizadas, relegadas à inutilidade de tudo o quanto não é manifestamente jurídico. Prende-se, assim, ao domínio de uma suposta utilidade, voltando a produção bibliográfica, muitas vezes, às exigências do vantajoso mercado de obras jurídicas.

Seguiremos, neste trabalho, um caminho diverso. O que ora afirmamos é que as leis não se bastam, e que o Direito não é construído apenas por textos normativos, doutrinários e jurisprudenciais. Estudar Direito exige "precisão e rigor científico", afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, "mas também abertura para o humano, para a história, para o social".[2] Assim, é sempre possível buscar novas fontes, novas ideias, novas relações, ora redescobrindo algo já existente, ora buscando o Direito onde menos se espera encontrá-lo. E, neste misto de crimes e notas musicais, esperamos, através deste trabalho, clarear fenômenos e semear ideias, contribuindo, assim, para a compreensão do Direito em

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 133.

2. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 22.

um contexto mais amplo, através de sua percepção em fenômenos comumente tidos como irrelevantes para o meio jurídico.

2. "POR QUE CANTAR?"

Em obra sobre o *Novo direito penal,* datada de 1972, Roberto Lyra tece interessantes considerações acerca da configuração deste ramo jurídico. Em palavras quase poéticas, ressalta o "conteúdo humano", a "palpitação social" e a "intensidade dos dramas" com que trabalham os penalistas.

"O Direito Penal visita museus e arquivos, frequenta lançamentos e inaugurações. Preocupa filosofias, religiões, ciências, artes, técnicas, serviços",[3] assevera o jurista. "Perpassa, por todos os casos e fases, a majestade da dor humana que qualquer um pode decifrar nas legendas da letra, do som, da imagem."[4]

Verifica-se, assim, a importância de dados sociais, culturais, artísticos, dentre outras manifestações que provêm da sociedade, para a construção e compreensão da ciência penal. Um Direito Penal que se funda na dignidade da pessoa humana não pode afastar-se de tudo quanto circunda o homem, reduzindo-o a expressões pronominais. Pelo contrário, deve "tatear o fremir, o crispar e o gemer do homem dentro da sociedade"[5] posto que desta extrai seu objeto de estudo, e a ela voltam-se seus fins. Aliás, pertinente, neste sentido, a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni:

"O saber penal não se nutre unicamente do conhecimento da lei penal, porque ninguém pode interpretar o objeto que uma ordem do saber põe dentro do seu horizonte de projeção, sem valer-se de dados e sem submeter-se a condicionamentos de seu saber, os quais provêm de âmbitos que não só estão fora desses limites, como também dele se encontram inegavelmente afastados."[6]

Desponta, então, a relevância das mais variadas formas de expressão humana para o alcance dos horizontes de projeção do saber penal. Da análise dos textos legais e doutrinários escapa, muitas vezes, o sentido e o alcance da norma, bem como a percepção da sociedade acerca do sistema penal. É válido ressaltar que, nem sempre, a produção doutrinária de determinada época é atenta ao contexto histórico vivenciado. Em pesquisa publicada na *Revista Bra-*

3. LYRA, Roberto. *Nôvo direito penal.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. vol. 1, p. 20.

4. Idem, ibidem.

5. Idem, p. 56.

6. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 113.

sileira de Ciências Criminais, o historiador Carlos Henrique Aguiar Serra nos remete a essa conclusão. Afirma que a produção jurídico-penal das principais revistas do período estudado "descola-se da reflexão acerca da realidade social, envolvendo-se pouco com as questões mais cadentes do acontecer social".[7]

Dessa forma, não se pode desprezar a importância das manifestações artísticas para o estudo do Direito. Sobre as relações entre estes dois campos, ensina Mônica Sette Lopes:

"O direito tem uma eficácia criadora. A vida que ele se apropria é a mesma que prende o ser humano ao mundo, mas ele a reinterpreta e traduz seus movimentos para a previsão de padrões de comportamento que indicam o modo de ser próprio.

A arte também reinventa e reinterpreta a humanidade. Entretanto a traduz numa linguagem diversa, variegada, livre, que se abre para a compreensão, num círculo, a partir do foco do observador."[8]

A música, por sua vez, constitui elemento relevante para a compreensão da sociedade. Se a arte imita a vida, ou a vida que imita a arte, não é possível definir. O certo é que ela revela a vida, o homem, com certa fluidez e sensibilidade que falta ao Direito. Por isso, Direito e Música podem caminhar juntos: se nas letras das canções são retratados temas relativos ao objeto de estudo da ciência jurídica, pode o jurista buscar, através destas músicas, compreender o Direito, a forma como ele atua na sociedade e a visão que esta possui acerca dos fenômenos jurídicos.

Dantas,[9] discorrendo sobre o discurso poético, o apresenta como resultado de uma tensão dialética entre a linguagem e a realidade. O poeta popular – a quem o autor equipara os compositores populares – assume relevância nesse contexto, uma vez que "acolhe fatos e pessoas muitas vezes esquecidos pela história oficial".[10] Abordam, assim, "a história que não acontece", das possibilidades, dando voz a personagens marginalizados, tais como prostitutas, vadios, bêbados, homossexuais etc.

Empreenderemos, neste trabalho, uma análise fundada nas letras das canções, partindo da ideia de que estas estão mais próximas das transformações

7. SERRA, Carlos Henrique. Revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964. *RBCrim* 72/209.

8. LOPES, Mônica Sette. *Uma metáfora: música e direito*. São Paulo: Ed. LTr, 2006. p. 147.

9. DANTAS, José Maria de Souza. *O canto e a canção: MPB*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1988. p. 20.

10. Idem, ibidem.

em curso na sociedade. Focaremo-nos no papel de destaque assumido, neste sentido, pela música popular brasileira. Sua presença forte e constante permite que, através dela, conheça-se muito do passado e do presente do Brasil. Aliás, é de se ressaltar que esta forma de produção discursiva, por sua maior difusão e permeabilidade, é capaz de captar vozes, imagens e percepções que escapam ao Direito, mas que são relevantes para sua formação, bem como para seu estudo.

Conforme assevera Dantas,[11] a música popular brasileira investiga o real, permitindo um considerável acréscimo de conhecimento e de vivência por meio da palavra. Pertinente, então, a reflexão desenvolvida por Helena Bomeny:

"A música, a meu ver, expressão maior e mais pura da manifestação da cultura, será sempre, no caso do Brasil – país de larga, bem-sucedida e reconhecida tradição musical –, reveladora dos instantes de afirmação de nossa identidade como nação, como grupo ou como povo (...).

O que escapa dos livros, o que não conseguimos capturar com nossos artifícios racionais mais herméticos, desliza com desenvoltura e pontaria certeira nas notas dos compositores antenados com o mundo cotidiano, os tão propalados processos sociais, com os arranjos (e desarranjos políticos) e, por fim, e mais importante, com o movimento afetivo-emocional das pessoas comuns."[12]

Arremata a autora que "a música tem esse dom de transporte sem fronteira, sem censura, sem constrangimento",[13] revelando, como nas lendas, muita coisa verdadeira acerca da sociedade que reflete.

O samba, por sua vez, constitui documento representativo de determinada época. Ensina Cláudia Matos que as letras de samba por muito tempo constituíram o principal, senão o único documento verbal que as classes populares do Rio de Janeiro produziam autônoma e espontaneamente. Através delas, então, vários segmentos da população habitualmente relegados ao silêncio histórico impuseram sua linguagem e sua mensagem a ouvidos frequentemente cerrados à voz do povo.[14] Possuía, assim, um papel de agente unificador e mantenedor da identidade sócio-cultural, em especial da comunidade negro-proletária.

---

11. Idem, ibidem.

12. BOMENY, Helena. Os dezessete e setecentos. In: CAVALCANTE, Berenice; STARLING, Heloísa Maria Murgel; EISENBERG, José (orgs.). *Decantando a República – inventário histórico e político da canção popular moderna brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2004. vol. 2: Retrato em branco e preto da nação brasileira. p. 135.

13. Idem, ibidem.

14. MATOS, Cláudia. *Acertei no milhar: malandragem e samba no tempo de Getúlio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 23.

Foi através do samba, portanto, que o malandro – representando, sobretudo os negros e proletários urbanos – fez-se conhecer pelas classes dominantes. O samba malandro empreende um papel de relativização das alegrias e tristezas vivenciadas pelo povo, aproximando a ficção da crônica social e apresentando, assim, íntimas relações com o contexto histórico vivenciado.

Restringiremos nosso estudo, então, a essa figura que habita o imaginário do povo brasileiro, e cuja presença faz-se constante em diversas canções: o malandro. Este personagem é retratado de diferentes formas em diferentes épocas, o que evidencia sua relação com o momento histórico em que é apresentado. Emerge, então, como representativo de determinado contexto, especialmente quando associado à música popular. Por isso, a partir do estudo deste conjunto – canções que abordam o tema da malandragem, em especial dos "sambas malandros" – pretendemos trazer à tona alguns pontos relativos ao Direito Penal brasileiro, revelando, assim, a relação deste com a música popular brasileira.

3. "AQUELA TAL MALANDRAGEM..."

Chapéu de lado, tamanco arrastando, lenço no pescoço, navalha no bolso. A descrição apresentada por Wilson Batista, na canção *Lenço no pescoço,* somada ao terno branco e sapato bicolor refletem o estereótipo do malandro que habita o imaginário nacional. Este personagem perpassa toda a história da música popular brasileira, sendo tema, inclusive, de análises literárias e sociológicas. Constitui, assim, mais que mera representação folclórica e artística: através da análise da *malandragem*, podemos estudar também traços do povo brasileiro, de sua cultura e, porque não, do Direito pátrio.

Cláudia Matos assevera que o malandro constitui "uma metáfora coletivamente instituída e formalizada por alguns: um mito",[15] que encarnaria uma utopia comunitária e, ao mesmo tempo, procederia a uma crítica velada da sociedade. DaMatta, por sua vez, abordando a temática dos mitos e rituais, assevera que estes, bem como os personagens, "são criações sociais, refletindo ambos os problemas e dilemas básicos da formação social que os engendram".[16] Assim, afirma o autor que o mito e o ritual seriam "dramatizações ou maneiras cruciais de chamar a atenção para certos aspectos da realidade social, facetas

15. Idem, p. 186.

16. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro.* 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 40.

que, normalmente estão submersas pelas rotinas, interesses e complicações do cotidiano".[17]

Verifica-se, por outro lado, que o discurso malandro é marcado pela ambiguidade e dialogia e é justamente por meio destas características que ele evidencia e problematiza o universo que reflete. Como ser que se situa na fronteira, entre afirmação e negação, verdade e fantasia, licitude e ilicitude, articula o malandro o limite entre dois mundos sem, contudo, pertencer a nenhum. Proveniente de classes baixas mostra-se, todavia, como uma caricatura do burguês, transita na fronteira das classes sem, no entanto, cruzá-la. Evidencia-a, porém, expondo a contradição e desarmonia existente na sociedade, colocando em questão, por meio de uma linguagem "de fresta", valores essenciais da ideologia pequeno-burguesa.

Assim, apresentando-se escorregadia e ambivalente, a palavra malandra conserva sua eficácia, utilizando-se da prerrogativa que Gilberto Vasconcelos lhe reconhece: a descrição crítica dos sintomas de evolução histórica.[18] Estes constituem fatos do cotidiano, pequenos acontecimentos da vida comunitária que, contudo, são repletos de significados. Reflete, então, as histórias que se passam em seu mundo, através de um discurso marginal e relativizado, pelo qual fala, sobretudo, a comunidade negro-proletária das décadas de 20 e 30. Nas palavras do jornalista Juarez Barroso, o registro social empreendido pelos sambistas que tematizam a malandragem "não reflete um tipo de visão sobre uma época. Ele é sua própria época".[19] Ou, como cantava Noel Rosa, em *Não tem tradução*, "tudo aquilo que o malandro pronuncia, com voz macia, é brasileiro, já passou de português".

A análise do personagem ora escolhido não se revela, portanto, despiciendа. A cultura da malandragem está inserida em um contexto histórico, político, social, e, portanto, também jurídico. Não é estranha a associação dos malandros à delinquência, seja em práticas contravencionais que remontam à malandragem das décadas de 20, 30 e 40, seja os malandros de "contrato, gravata e capital", cantados por Chico Buarque em referência à criminalidade econômica. Não se pode olvidar, também, do malandro que habita o universo do crime organizado, do tráfico de drogas e crimes correlatos, a que se referem músicas mais atuais.

17. Idem, p. 42.
18. MATOS, Cláudia. Op. cit., p. 211.
19. Idem, p. 214.

Neste sentido, Jessé Souza nos chama a atenção para as *metamorfoses do malandro*. Afirma o sociólogo que a tematização deste personagem apresenta pelo menos três fases subsequentes. A primeira delas seria a "fase heroica", de exaltação da malandragem, perceptível por meio de uma grande variedade de músicas que enaltecem *o malandro pra valer*. Este seria "uma espécie de síntese da brasilidade".[20] Sagaz, esperto, transitaria entre a licitude e a ilicitude, buscando sempre a maior vantagem com o menor esforço.

A segunda fase representaria a "desconstrução do malandro". O personagem é retratado de forma decadente, não mais glorificado e exaltado como em outros tempos. Conforme afirma Souza, "aqui o malandro não é mais o rei do morro, o barão da ralé ou a quintessência da brasilidade".[21]

A terceira fase do malandro seria, enfim, seu "instante de desvanecimento". Já não existiriam malandros, bem como manés, sendo todos agora, "elos de uma corrente maior e impessoal",[22] resultante de uma criminalidade organizada que mistura *mocinhos* e *bandidos*, policiais e infratores, na qual não é possível distinguir o papel assumido por cada ente.

Enveredaremo-nos, então, na análise dos malandros em dois contextos: o apogeu e a decadência da *nata da malandragem*, retratada, especialmente, em sambas das décadas de 30 e 40; e os malandros atuais, refletidos em músicas a partir dos anos 70. A escolha se justifica em virtude do contraste verificado entre estas e aquelas figuras, que refletem, também, diferenças na criminalidade de cada período abordado.

4. "A NATA DA MALANDRAGEM" OU "MALANDRO É MALANDRO, MANÉ É MANÉ"

Na clássica definição de Antônio Cândido, o malandro se situa na "dialética entre a ordem e a desordem".[23] Roberto Goto[24] o define como aquele que

20. SOUZA, Jessé. As metamorfoses do malandro. In: CAVALCANTE, Berenice; STARLING, Heloísa Maria Murgel; EISENBERG, José (orgs.). Op. cit., p. 47.

21. Idem.

22. Idem, p. 48.

23. CÂNDIDO, Antônio. Dialética da malandragem. Disponível em: [www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/leitura/DIALETICA_MALANDRAGEM.rtf]. Acesso em: 13.10.2008.

24. GOTO, Roberto. *Malandragem revisitada: uma leitura ideológica de "Dialética da malandragem"*. Campinas: Pontes, 1988. p. 101.

habita os intervalos da estrutura social. Não se enquadrando na ordem legal nem se extraviando fora dela, estaria posicionado "entre" o cidadão comum e o bandido.

Situa-se, o malandro, assim, num tênue limite entre a licitude e a ilicitude, valendo-se do famoso *jeitinho brasileiro* para levar vantagem. Segundo DaMatta, o personagem ora analisado possui "uma capacidade sutil, audaciosa e, acima de tudo, inteligente de manipular todas as leis, regulamentos, fórmulas, portarias, regras e códigos em seu próprio benefício".[25]

Não se pode deixar de associar o apogeu da malandragem com o período histórico em que ele se deu. Momento de intensificação do processo de industrialização, na década de 30 tem-se um aumento considerável da população urbana e proletária. A ordem social mantém-se hierarquizada e excludente, e as condições de trabalho são, via de regra, precárias. É neste contexto que surge a figura do malandro, como aquele que recusa as condições de trabalho e a ordem vigente. Interessante a reflexão desenvolvida por Ruben Georgen Oliven, que assim descreve o surgimento da malandragem:

"Neste processo de aclimatação do favor ao contexto urbano industrial, o jeitinho, o galho-quebrado, o pistolão, a panelinha e a malandragem são instituições fundamentais. Todas estas práticas implicam, de diferentes formas, a burla da perspectiva universalista contida na ideologia burguesa. Elas significam que a lei é feita para os inimigos e o trabalho para o otário.

(...)

Como se sabe, o fim da escravidão no Brasil não significou o surgimento de uma sociedade mais aberta, mas a continuidade do padrão de dominação oligárquica. Mesmo com a intensificação da industrialização, o trabalho assalariado não se tornou uma forma de qualificação, pois a ordem social continua sendo fortemente excludente. Assim, a malandragem, ao recusar o trabalho assalariado, se configura numa alternativa – transformada em estratégia de sobrevivência – numa sociedade que marginaliza o trabalhador, não lhe assegurando condições de viver decentemente do fruto de seu labor."[26]

A "fase heroica" da malandragem, por sua vez, é claramente perceptível através de músicas que exaltam o personagem, associando-o a uma figura es-

25. DAMATTA, Roberto. O carnaval como um rito de passagem. In: _____. *Ensaios de antropologia estrutural*. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 154 apud OLIVEN, Ruben George. *Violência e cultura no Brasil*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 34.

26. OLIVEN, Ruben George. Op. cit., p. 31.

perta, porém, dócil, que é alheio ao mundo do trabalho sem, contudo, ser associado necessariamente ao mundo do crime. Assim é a clássica representação do malandro realizada por Wilson Batista, em *Lenço no pescoço*:

"Meu chapéu de lado/ Tamanco arrastando/ Lenço no pescoço/ Navalha no bolso/ Eu passo gingando/ Provoco e desafio/ Eu tenho orgulho/ Em ser tão vadio/ Sei que eles falam/ Deste meu proceder/ Eu vejo quem trabalha/ Andar no miserê/ Eu sou vadio/ Porque tive inclinação/ Eu me lembro, era criança/ tirava samba-canção/ Comigo não/ Eu quero ver quem tem razão."

Nesta mesma linha de representação destacam-se canções como *Conversa de Botequim*, de Noel Rosa, *A volta do malandro*, de Chico Buarque e *Malandro é malandro, mané é mané*, de Bezerra da Silva.

O malandro, nestas canções, opõe-se a valores inerentes à sociedade burguesa. Primeiramente, vislumbra-se uma recusa ao trabalho. Tal recusa decorre, todavia, de um descrédito e desilusão relativamente às compensações oferecidas pela atividade laborativa. Devido à posição subalterna que lhe é reservada na sociedade, a sina do trabalhador honesto e dedicado seria o confinamento dentro da pobreza, não sendo visualizada qualquer hipótese de mobilidade social. Daí a associação entre operários e "otários".

Dessa forma, os valores consagrados pela ideologia dominante, responsável pela marginalização do trabalhador, deveriam ser excluídos do espaço do samba, substituídos por outros que proporcionassem alguma valorização das classes retratadas nas canções: o malandro, a vadiagem, a orgia, as festas e, inclusive, o próprio samba, conforme se verifica nas canções abaixo:

"Se eu precisar algum dia/ De ir pro batente/ Não sei o que será/ Pois vivo na malandragem/ E vida melhor não há/ (...) O trabalho não é bom/ Ninguém pode duvidar/

Oi, trabalhar só obrigado/ Por gosto ninguém vai lá" (*O que será de mim*, Ismael Silva).

"Ai patrão/ Sou um homem liquidado/ No meu barraco chove/ Meu terno está furado/ Ai patrão/ Trabalhar não quero mais/ Eu não sou caranguejo/ Que só sabe andar pra trás" (*Nasci cansado*, Wilson Batista e Henrique Alves).

Decorre, daí, a fase "heroica" ou de "exaltação", conforme a definição de Jessé de Souza. A contraposição entre trabalho e malandragem é marcante: enquanto esta representaria uma vida desejável, o trabalho constituiria um ônus que, contudo, sequer apresentaria as contraprestações esperadas: embora já cansado, o proletário continua sem casa, com comida escassa e o terno furado. O trabalho é, assim, equiparado a "andar pra trás". O malandro, por

isso, empreenderia pequenos expedientes, valendo-se, inclusive, da prática de atividades ilícitas para sobreviver.

Esta fase de valorização da malandragem, todavia, tem seu declínio, sobretudo com o início do governo Vargas. As mudanças nas diretrizes políticas, e também da legislação penal neste período é refletida nas letras das canções, em especial na alteração do tratamento conferido ao malandro, conforme abordaremos a seguir.

5. "O MALANDRO TÁ NA GRETA, NA SARJETA DO PAÍS"

O governo Vargas e a política estado-novista foram decisivos para uma mudança significativa na abordagem conferida ao malandro. A instituição de uma ideologia do culto ao trabalho e uma política ao mesmo tempo paternalista e repressiva relativamente à cultura popular fizeram com que o malandro, até então exaltado, caísse na clandestinidade. Embora não tenha deixado de habitar a fronteira entre as classes, posto que mesmo internalizando a caricatura de pequeno-burguês continuou perseguido por agentes da "lei e da ordem", esta polarização foi enfaticamente atenuada. Ao malandro caberia assumir os valores burgueses impostos pelo regime, de valorização do trabalho e abandono da vida "vadia" ou então manter-se em sua posição marginal porém, agora, mais duramente repreendida e criminalizada. Foi necessário, então, tirar o lenço do pescoço e largar a navalha, como sugere Noel Rosa em *Rapaz folgado*:

"Deixa de arrastar tamanco/ Pois tamanco nunca foi sandália/ Tira do pescoço o lenço branco/ Compra sapato e gravata/ Joga fora essa navalha que te atrapalha/ Com o chapéu de lado deste rata/ Da polícia eu quero que escapes/ Fazendo um samba-canção/ Já te dei papel e lápis/ Arranje um amor e um violão/ Malandro é palavra derrotista/ Que só serve para tirar/ Todo valor do sambista/ Proponho ao povo civilizado/ Não te chamar de malandro/ E sim de rapaz folgado."

O controle foi acentuado e, sobretudo devido à criação do DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda, esta mudança fez-se sentir nas letras das canções. A alusão aos malandros de outros tempos, avessos ao trabalho, era proibida e censurada. Estes eram associados à criminalidade e subversão, e deveriam ser duramente reprimidos por meio do aparato policial. Como forma de manutenção de seu discurso e de sobrevivência, o malandro assume, então, nova feição: compra sapato e gravata, rebusca o vocabulário e, inclusive, passa a recusar a associação à malandragem. Vislumbra-se, então, um processo de decadência dos velhos malandros, sendo substituído por uma nova figura: o malandro regenerado.

A música *O malandro n. 2*, que integra o musical *Ópera do malandro*, de Chico Buarque, ambientado no governo de Vargas, retrata a decadência do personagem, ao afirmar que "o malandro tá na greta/ na sarjeta do país, e quem passa/acha graça, na desgraça do infeliz". A "morte" do malandro é, assim, transferida para o plano físico. A canção nos remete, todavia, à decadência daquele malandro que, na dureza/senta à mesa do café/bebe um gole de cachaça/ acha graça/ e dá no pé, cantado em *O malandro n. 1*, logo no início do musical. Todavia, ao fim da música, o compositor nos dá indícios que o malandro, apesar de tudo, não encontrou ainda seu fim, uma vez que "ele ainda se move" (o cadáver/ do indigente/ é evidente/ que morreu/ no entanto/ ele se move/ como prova/o Galileu). O personagem adquire, então, novas feições, ressurgindo com um discurso regenerado, em virtude das diretrizes políticas e criminais a que é então submetido.

5.1 "Quem trabalha é quem tem razão, eu digo e não tenho medo de errar"

Na década de 40, o conceito de malandragem passou por uma significativa mudança, na medida em que mudou a forma de a sociedade e o governo encararem tal personagem. O *jogo* do malandro torna-se ilícito, seu proceder e seu discurso caem na ilegalidade. É necessário, então, cobrir-se de novos adereços, com padrões e valores burgueses, para atingir a respeitabilidade que se esperava do samba e escapar de uma ordem social que reprimia, cada vez mais, aqueles que se colocavam à sua margem.

O personagem se sujeita, então, a uma mudança de atitude, sobretudo com o abandono da boemia e o início de uma vida regrada e honesta. O trabalho surge como o elemento de redenção – adotando a ideologia dominante, o malandro dedica-se ao labor, em busca de uma possibilidade de ascensão sócio-econômica. Tal mudança é perceptível na música *Bonde São Januário*, de Wilson Batista, em cuja letra são cultuados valores opostos aos cantados pelo mesmo compositor alguns anos antes (por exemplo, em *Lenço no pescoço*):

"Quem trabalha é que tem razão/ Eu digo e não tenho medo de errar/ O bonde São Januário/ Leva mais um operário/ Sou eu que vou trabalhar/ Antigamente eu não tinha juízo/ Mas resolvi garantir meu futuro/ Vejam vocês/ Sou feliz, vivo muito bem/ A boemia não dá camisa a ninguém/ É, digo bem."

Verifica-se, assim, o surgimento do *malandro regenerado*, que reconhece o valor do trabalho em contraposição ao desvalor da boemia. Encena-se, então, uma atitude bem comportada, revelando, mesmo que dissimuladamente, a imposição do comportamento adotado. Nesse mesmo sentido, a canção *Se*

não fosse eu, também de Wilson Batista, composta em 1941 em parceria com Haroldo Lobo:

"E hoje posso provar minha idoneidade/ Eu tenho até carteira de identidade/ Usei navalha salto alto/ Lenço no pescoço/ Mas hoje/ Hoje eu sou bom moço."

Em outras canções são retratados os resultados da mudança de comportamento do malandro: valoriza-se não o trabalho em si, como forma de construir a dignidade do homem, mas sim o resultado proveniente deste labor. O malandro regenerado é apresentado como bem-sucedido e feliz com sua vida disciplinada, como em *O bonde piedade*, de Geraldo Pereira e Ari Monteiro (gravada em 1945) e *Eu trabalhei*, de Roberto Roberti e Jorge Faraj:

"A princípio meu ordenado/ Era pouco e muito trabalho/ Aguentei o galho e o tempo passou/ Agora fui aumentado/ Passei a encarregado/ A minha situação melhorou" (*O bonde piedade*).

"Eu hoje tenho tudo que um homem quer/ Tenho dinheiro automóvel e uma mulher/ Mas para chegar até o ponto em que cheguei/ Eu trabalhei trabalhei trabalhei/ Eu hoje sou feliz/ E posso aconselhar/ Quem faz o que já fiz/ Só pode melhorar/ E quem diz que o trabalho/ Não dá camisa a ninguém/ Não tem razão não tem não tem" (*Eu trabalhei*).

Todavia, mesmo em sua fase regenerada, não escapa o malandro da associação à delinquência. Talvez por seu passado vadio que, embora veladamente, ainda marca sua imagem, ou porque sua mudança de comportamento não é vista com credibilidade e segurança pelo poder instituído. O controle da malandragem é realizado não somente por meio de diretrizes políticas, mas, também – e é o que se mostra mais relevante neste trabalho – através do sistema penal.

Com o advento do Estado Novo, a malandragem, bem como seu discurso, passou a ser duramente reprimida, seja por meio da censura que fez com que mudasse o perfil das canções, seja por meio da política criminal repressiva e autoritária que transformou o malandro em um delinquente nocivo à segurança pública e à paz social.

Mesmo vestido com outras roupas, assumindo signos e padrões de comportamento burgueses, o malandro ainda trazia consigo vestígios de seu proceder passado. Assim, acabava, vez ou outra, caindo nas mãos da polícia, mesmo injustamente. Embora tentasse se justificar, alegando sua regeneração, não raro via-se vítima de um sistema em que suas escusas não eram suficientes para afastá-lo da sua posição de marginal, conforme se verifica nas canções abaixo:

"Senhor delegado/ Seu auxiliar está equivocado comigo/ Eu já fui malandro/ Hoje estou regenerado/ Os meus documentos/ Eu esqueci mas foi por distração (comigo não)/ Sou rapaz honesto/ Trabalhador, veja só minha mão (sou tecelão)/ Se ando alinhado/ É porque gosto de andar na moda/ Se piso macio/ É porque tenho um calo que me incomoda (na ponta do pé)/ Se o senhor me prender/ Vai cometer uma grande injustiça (na Lapa)/ Amanhã é domingo/ Tenho que levar minha patroa à missa (na Penha)" (*Senhor Delegado*, Moreira da Silva).

"Seu Martins Vidal, eu moro no Lins e sou o tal/ Que há muito tempo exerço uma fiel profissão/ Eu não sou mais aquele antigo trapalhão/ Esse otário foi roubado em Copacabana/ Há muito tempo eu não vou em cana/ E não saio de casa há uma semana/ Seu Zé, por favor, olhe a minha feição/ E diga aí pro doutor se sou o verdadeiro ladrão/ O otário me olhou, me tornou a olhar/ Ficou encabulado, ficou meio encafifado/ Senti a mão no meu ombro, um barulho de chaves e eu encanado/ Vou apelar pr'um magistrado porque um advogado, é, não adianta nada/ Pois há tempos atrás eu fui o Morengueira, o rei da trapalhada/ Retratos e fichas tenho na Central, em todo lugar/ Fiz, no duro, juro, muito chefe de família chorar/ Mas hoje em dia, eis porque me desespero/ Posso ver a maior galinha morta ali, não quero/ Pinta brava como sou, sei o que acontece/ Quando a gente não se abre, não resolve/ Tem que assinar o processo, artigo 399/ De repente uma voz, do Zé dos Anzóis, quase dou um acesso/ Chegou a hora fatal, vou assinar o meu mal, que injusto processo/ Eu finjo não ouvir, mas o chefa me chama, me abate o coração/ Meu Deus que horror, pela décima vez vou visitar a detenção (...)" (*Averiguações*, Moreira da Silva).

"Fui intimado a comparecer a vara criminal/ Mas isto agora é que foi mal/ Não sei a razão desta intimação/ Se não matei, nem sou ladrão/ Acho que o Senhor Juiz está enganado/ Deram-lhe o nome trocado/ Acabei de crer que sou mesmo pesado/ Não posso viver sossegado/ No dia marcado eu compareci, falei com um doutor/ Devia ser o promotor/ 'Rapaz, o seu caso está um pouco encrencado/ Quem é o seu advogado?'/ Eu respondi, 'Nem sequer sei o motivo da minha presença neste conselho de sentença./ Pois eu sou, ora se sou, pobre mas trabalhador/ Pode crer nisso, seu Doutor?'/ 'Mas é que seu processo tá difícil de resolver/ Enfim, vou ver se pode ser anulado/ Logo depois deve ser arquivado'/ 'Pra eu ficar mais conformado'/ 'Logo após reunir o conselho di-lho a ordem do dia/ José Cordeiro de Faria, condenado a dez anos de prisão/ Porque voltou a orgia/ Trabalhador, mas de que é que tem valia'" (*Vara criminal*, Moreira da Silva).

As três canções acima têm em comum a referência a uma injusta atuação do sistema penal diante do malandro. Se antes este era vadio – o que, por sinal, é por ele confessado – já não mais faria parte do mundo da delinquência. To-

davia, ainda assim era submetido ao aparato policial e judicial. Vislumbra-se, então, a inutilidade do engajamento do malandro no sistema da "ordem" e do trabalho, posto que, mesmo com a mudança de comportamento, permaneceu marginalizado dentro desse sistema, não escapando à arbitrariedade dos poderosos.

Dessa forma, verifica-se que não só medidas de caráter político – como a censura imposta pelo DIP ou as campanhas de valorização do trabalho e do trabalhador – eram utilizadas a título e controle de condutas "indesejadas". A polícia, o sistema judiciário e, portanto, o sistema penal assumem um papel relevante nesse contexto, posto que se prestam – mesmo em diferentes épocas e lugares – à tarefa do controle social institucionalizado, através da repressão advinda do monopólio estatal da violência.

6. CONTROLE PENAL DA MALANDRAGEM

É clássico o entendimento que o Direito Penal atua selecionando bens jurídicos de maior relevância para a sociedade e, a partir daí, tipificando condutas que lesionam ou expõem a risco estes bens. Sustenta-se, então, que a atuação deste ramo do Direito deve ser mínima, subsidiária e fragmentária, entrando em cena apenas quando o conflito não possa ser resolvido satisfatoriamente por meio de outros ramos jurídicos. Isso porque, por deter o monopólio quase exclusivo da sanção mais severa existente no ordenamento jurídico – a restrição da liberdade e, em alguns lugares, da própria vida – a atuação penal reveste-se de maior gravidade, interferindo, de forma mais incisiva, na esfera privada do indivíduo.

Outrossim, não se pode negar que a carga negativa advinda da intervenção penal supera em muito suas consequências fáticas. A estigmatização decorrente da sujeição criminal acompanha o indivíduo submetido a este processo. A condenação, assim, apresenta efeitos que vão além daqueles previstos nas leis penais. Aliás, o simples fato de ser réu em um processo penal – mesmo que o resultado seja a absolvição – já é suficiente para marcar e estigmatizar o sujeito.

A escolha das condutas a serem criminalizadas, por outro lado, é resultado de uma política criminal que varia conforme o tempo e espaço. Esta apresenta função de guia e de crítica e consiste, conforme ensina Zaffaroni, "na ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela".[27] Não se pode

27. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 114.

olvidar, contudo, que a política criminal, assim como a ciência jurídica, se vale de uma ideologia que, por sua vez, pode encobrir, ocultar ou mesmo criar realidades, "privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere perigosas ou negativas para ela".[28]

Emerge, então, um papel de controle exercido pelo sistema penal. Embora as condutas criminalizadas sejam resolvidas por um meio institucional comum, é certo que, individualmente, cada uma apresenta um significado social distinto. Assim, o delito não seria uma realidade social individualizável, mas uma "construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e acerca de outras".[29] Haveria um processo de seleção das pessoas classificadas como "delinquentes", e não simplesmente uma seleção de ações e condutas qualificadas como tais.

Zaffaroni define o controle social como a "influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo".[30] Este controle pode ser exercido tanto por meios difusos e menos evidentes, como os meios de comunicação de massa, a educação, as manifestações artísticas, etc., como por meios mais específicos e institucionalizados, como o sistema penal Por meio deste sistema, por sua vez, é empreendida uma criminalização seletiva dos marginalizados, seja para conter os demais integrantes desta mesma classe, seja para garantir a sensação de tranquilidade dos setores hegemônicos.

A análise empreendida anteriormente das canções que retratam o fenômeno da malandragem é exemplificativa da atuação do controle social tanto difuso quanto institucionalizado. O primeiro é manifestado por meio das canções que, após o início do Estado Novo passaram a refletir a ideologia defendida pelos setores hegemônicos. Vargas buscou apoio nos sambistas para conquistar a simpatia das massas ao mesmo tempo em que as letras que não interessavam ao governo eram progressivamente censuradas. A malandragem passou, então, a ser abordada como subversiva e improdutiva, sendo cultuada, ao contrário, a vida regrada e o trabalho como preferíveis. Paralelamente, contudo, intensificavam-se o controle exercido pelo Estado sobre as manifestações culturais do povo. Dessa forma, vislumbra-se que as canções populares – especialmente o samba – eram vistas como importante meio de controle e veiculação da ideologia oficial.

---

28. Idem, p. 60.
29. Idem, p. 58.
30. Idem, ibidem.

Todavia, também o controle social institucionalizado teve impactos substanciais na mudança do perfil do malandro. A criminalização e estigmatização do personagem fizeram com que fosse, pouco a pouco, desconstruído no imaginário popular. As condutas a ele associadas, contrárias aos interesses da burguesia e a um projeto de valorização do trabalho oficialmente instituído, passaram a ser mais duramente reprimidas. A vida boêmia, ou de qualquer forma associada à vadiagem era reprimida também por meio do sistema penal, uma vez que este, por seu poder punitivo, poderia revelar-se mais eficaz. Verifica-se, então, uma criminalização voltada antes às pessoas dos "malandros", com o fim de reprimir todo seu proceder, do que a condutas que lesionassem sobremaneira bens jurídicos relevantes na sociedade à época.

A lei penal, por sua vez, cumpre o papel de orientar a atuação do sistema, fixando um âmbito dentro do qual há o processo de criminalização. Embora este possa por vezes ultrapassá-la, pela análise dos dispositivos legais aufere-se os bens que são tidos como mais caros para a sociedade em dado momento.

Vale lembrar que foi no período ora estudado – mais especificamente em 1941 –, que entraram em vigor o Código Penal (Dec.-lei 2.848/1940), o Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689/1941) e a Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941), vigentes até os dias atuais. Por certo, estas leis não foram imunes à ideologia prevalecente e foram determinantes, também, para a definição do tratamento penal conferido aos malandros.

Francisco Campos, um dos mentores intelectuais do Código Penal de 1940 interpretava-o como "um instrumento adequado para a repressão do crime".[31] Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o mesmo Ministro acentua o objetivo de "maior eficiência e energia contra os que delinquem", clamando por uma "rigorosa e expedita aplicação da justiça penal" contra o indivíduo "que vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade". Verifica-se, então, o caráter marcantemente autoritário, compatível com a política da época.

Outrossim, o Código Penal conferiu significativa proteção ao patrimônio, criminalizando, ainda, condutas atentatórias contra os costumes e o ultraje público ao pudor. A Lei de Contravenções Penais, por sua vez, traz previsões nitidamente atinentes à ideologia de valorização do trabalho e direcionadas a determinado grupo de pessoas, como *provocação de tumulto, conduta inconveniente* (art. 40), *perturbação do trabalho ou do sossego alheios* (art. 42), *jogo de*

31. SERRA, Carlos Henrique. Op. cit., p. 211.

azar (art. 50), *jogo do bicho* (art. 58), *vadiagem* (art. 59), *mendicância* (art. 60), *embriaguez* (art. 62) etc.

A música *Hino de Duran*, de Chico Buarque, e que faz parte do musical *Ópera do malandro* pode apresentar-se como uma síntese das ideias aqui apresentadas. A *Ópera* se passa durante o governo de Vargas e o eu-lírico da canção mencionada – Duran, favorável ao governo e que sustenta orgulhosamente seu *status* de trabalhador e cumpridor de seus deveres legais – dirige-se a um malandro, acentuando todo o discurso criminalizador e estigmatizante desenvolvido sobre o personagem:

"Se tu falas muitas palavras sutis/ Se gostas de senhas sussurros ardis/ A lei tem ouvidos pra te delatar/ Nas pedras do teu próprio lar/ Se trazes no bolso a contravenção/ Muambas, baganas e nem um tostão/ A lei te vigia, bandido infeliz/ Com seus olhos de raios X/ Se vives nas sombras frequentas porões / Se tramas assaltos ou revoluções/ A lei te procura amanhã de manhã/ Com seu faro de dobermam/ E se definitivamente a sociedade/ só te tem desprezo e horror/ E mesmo nas galeras és nocivo,/ és um estorvo, és um tumor/ A lei fecha o livro, te pregam na cruz/ depois chamam os urubus/ Se pensas que burlas as normas penais/ Insuflas agitas e gritas demais/ A lei logo vai te abraçar infrator/ com seus braços de estivador/ Se pensas que pensas estás redondamente enganado/ E como já disse o Dr. Eiras/ vem chegando aí, junto com o delegado/ pra te levar..."

Essa letra apresenta a ideologia jurídico-penal que fez com que o malandro fosse reprimido e progressivamente abandonasse o cenário urbano que era por ele habitado. Tratado como um tumor que deveria se extirpado, não escapou aos braços fortes da lei penal.

O mito, todavia, sobreviveu. E ressurge, posteriormente, com novas feições. Mais uma vez, contudo, a malandragem não é dissociada da criminalidade e, por esta razão, analisaremos, a seguir, "os novos malandros", e sua relação com o fenômeno criminal na atualidade.

7. "EIS O MALANDRO NA PRAÇA OUTRA VEZ..."

"Aquela tal malandragem, não existe mais", prenuncia Chico Buarque nos idos da década de 70. Na canção *Homenagem ao Malandro*, o compositor relata que, ao tentar fazer "um samba em homenagem à nata da malandragem", deparou-se com uma nova realidade: aquele malandro, cantado nos sambas primordiais, "aposentou a navalha", casou-se, tem filhos, emprego. Não há mais aquele ser da liminariedade, da *dialética entre a ordem e a desordem*, como descreveu Antônio Cândido. Tal figura foi varrida do cenário cultural e subs-

tituída por um *novo perfil de malandragem*, mais condizente com as atuais circunstâncias sócio-econômicas.

Surgem, então, os "malandros de colarinho branco", conforme apresentado na letra de "Homenagem ao Malandro":

"Eu fui fazer um samba em homenagem/ à nata da malandragem, que conheço de outros carnavais/ Eu fui à Lapa e perdi a viagem/ que aquela tal malandragem não existe mais/ Agora já não é normal, o que dá de malandro/ regular profissional, malandro com o aparato de malandro oficial/ malandro candidato a malandro federal/ malandro com retrato na coluna social/ malandro com contrato, com gravata e capital, que nunca se dá mal/ Mas o malandro para valer, não espalha/ aposentou a navalha, tem mulher e filho e tralha e tal/ Dizem as más línguas que ele até trabalha/ Mora lá longe chacoalha, no trem da central."

Essa canção, na qual Chico Buarque apresenta um *novo perfil da malandragem*, consiste numa "espécie de atestado de óbito do 'malandro pra valer'".[32] Deste resta-nos tão somente "uma imagem (ou imagens), muitas vezes pintada com as tonalidades da nostalgia e de um certo romantismo, atingindo por vezes colorações quase folclóricas".[33] Entram em cena, então, os *novos malandros*.

O personagem atual, conforme retratado na música de Chico Buarque, adquire outra feição, ligada mais à associação com o crime do que com a posição marginal e excluída. O malandro de "antigamente" transitava entre o lícito e o ilícito, utilizando de artifícios e estratagemas para sobreviver sem precisar submeter-se ao trabalho pesado e desvalorizado que lhe cabia na sociedade. O de hoje também mistura atividades lícitas com ilícitas, utilizando-se destas para obter vantagens vultosas que, mesmo com suas profissões valorizadas e com relevo social, não atingiriam. O malandro de antes carregava consigo um estigma que ia além dos delitos que cometiam. Os de hoje, embora possam praticar crimes de elevado impacto, pertencem às classes mais bem favorecidas e, também, são menos (ou quase nada) estigmatizados. São os malandros de "contrato, gravata e capital", que "nunca se dá mal".

Os delitos, sobretudo, são outros. As transformações pelas quais passaram a sociedade culminaram em novas situações para as quais o Direito Penal clássico não apresenta resposta. Surgem novos bens que, embora estranhos

32. ROCHA, Gilmar. "Eis o malandro na praça outra vez": a fundação da discursividade malandra no Brasil dos anos 70. *Scripta*, vol. 10, n. 19, p. 108-109.

33. Idem, ibidem.

ao legislador de 1940, reclamam por proteção jurídica. Novos bens jurídicos acarretam, todavia, também novas condutas lesivas, que apresentam o desvalor inerente às ações delituosas. É nesse contexto que surgem, por exemplo, os crimes contra a ordem econômica e tributária. Pertinentes, então, as considerações de Silva-Sanchez:

"A delinquência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo o caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of powerfull.*"[34]

Assim, verifica-se que resposta penal aos crimes econômicos é, por certo, diferida. A impunidade em que resultam muitas dessas condutas, acentuada pelo alarde normalmente empreendido pela imprensa, gera um descrédito na atuação da Justiça e, sobretudo, uma revolta por parte da população, em especial dos grupos sociais que estão submetidos a maiores processos de criminalização. Vê-se institucionalizado o tradicional *jeitinho brasileiro* porém em proporções cada vez maiores. Nesse sentido, a música *Pega Ladrão!*, de Gabriel, O Pensador:

"(...) Tira esse malando do Poder Executivo!/ Tira esse malandro do Poder Judiciário!/ Tira esse malandro do Poder Legislativo!/ Tira do poder que eu já cansei de ser otário!/ Tira esse malandro do Poder Municipal!/ Tira esse malandro do governo estadual!/ Tira esse malandro do governo federal!/ Tira a grana deles e aumenta o meu salário!/ "– Tá vendo essa mansão sensacional?/ Comprei com o dinheiro desviado do hospital/ – Ah! E o meu cofre cheio de dólar?/ É o dinheiro que seria pra fazer mais uma escola/ – Precisa ver minha fazenda! Comprei só com o dinheiro da merenda!/ – E o meu filhão? Um milhão só de mesada!/ E tudo com o dinheiro das crianças abandonadas/ – E a minha esposa não me leva à falência/ Porque eu tapo esse buraco com o rombo da Previdência/ – Vossa excelência, cê não viu meu avião?/ Comprei com uma verba que era pra construir prisão!/ – E a superlotação?/ – Problema do povão! Não temos imunidade? Pra nós não pega não."

Assim, verifica-se que, não obstante a denominação de *malandros*, estas figuras apresentam características diferentes. A estigmatização não se mostra tão

34. SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. Série: As ciências criminais no século XXI, vol. 11, p. 76-77.

presente e a repreensão às condutas ilícitas praticadas se dá antes por parte da população do que pelo Estado e, em especial, pelo sistema penal.

8. OUTROS NOVOS MALANDROS

Conforme já apresentado anteriormente neste trabalho, Jessé de Souza, discorrendo sobre as *metamorfoses do malandro*, retrata esse personagem em três momentos distintos. O terceiro momento seria seu "instante de desvanecimento": já não existiriam malandros, sendo estes, agora, elos de uma corrente maior e impessoal. Assevera o autor que "o crime na sua face monopolista e organizada mistura bandido e polícia, morro e asfalto, soldado e general do morro. Todos somos vítimas de um algoz abstrato e sem rosto".[35]

Também João Cézar de Castro Rocha, em ensaio sobre a caracterização da cultura brasileira contemporânea,[36] afirma que o conceito de malandragem, tal como desenvolvido por Antônio Cândido e Roberto DaMatta envelheceu, sendo atropelado pela violência que atinge toda sociedade. A Dialética da Malandragem, classicamente definida por Antônio Cândido como a "dialética entre a ordem e a desordem", e consubstanciada na figura plástica e multifacetária do malandro, é substituída por um novo modelo: a dialética da marginalidade.

Esta é alicerçada em uma ordem na qual o conflito já não pode mais ser mascarado sob a aparência de um convívio "carnavalizante".[37] A violência passa a ser o denominador comum, retratada em produções variadas (músicas, romances, filmes, programas de televisão etc.), e através da qual é desenhada uma nova imagem do país. Assim, diferentemente das teorias de Cândido e DaMatta – que, segundo o ensaísta, apresentam formas de mediação social –, na dialética da marginalidade não se busca conciliar as diferenças, mas sim evidenciá-las, "recusando-se a improvável promessa de meio-termo entre o pequeno círculo dos donos do poder e o crescente universo dos excluídos".[38] Nesse contexto, marginal representa também a parcela da população que se

35. SOUZA, Jessé. Op. cit., p. 48.

36. ROCHA, João Cezar de Castro. *Dialética da marginalidade – Caracterização da cultura brasileira contemporânea*. Disponível em: [www.midiaindependente.org/pt/blue/2004/03/275292.shtml]. Acesso em: 10.10.2008.

37. Referência à obra de *Carnavais, malandros e heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*, de Roberto DaMatta.

38. ROCHA, João Cezar de Castro. Op. cit.

apresenta "à margem" no que se refere aos direitos mais elementares, não possuindo, assim, conotação pejorativa.

Conclui Rocha, então, que a dialética da marginalidade "tem como alvo o dilema coletivo e se caracteriza por um esforço sério de interpretação dos mecanismos de exclusão social, pela primeira vez realizado pelos próprios excluídos".[39] Eis, então, um processo de definição da própria imagem, através de manifestações culturais.

Verifica-se, assim, uma nova tematização, presente nas mais diversas formas de manifestações artísticas atuais. A violência, o medo, os discursos de segurança pública, seja relativo à criminalidade de massa ou organizada, tornam-se objeto de constantes discussões nas mais diferentes esferas – ora retratados realisticamente, ora eivados de traços marcantes de sensacionalismo. A figura do *malandro*, todavia, subsiste, fazendo-se presente – embora com contornos diversos – nessa nova realidade.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad, discorrendo sobre os crimes patrimoniais hodiernos, apontam características da sociedade atual que influenciam sobremaneira no fenômeno da criminalidade:

"O alargamento da exclusão social; a desmontagem do Estado-nação; a colocação dos meios de comunicação social em defesa do fundamentalismo de mercado; a criação de uma sociedade de valores hedonistas na qual poucos têm acesso aos bens materiais, mas todos são instados a dela participar; a violência, como resultado do esgarçamento do tecido social e sua dramatização contagiadora para efeito de produção do sentimento de insegurança coletiva e individual etc."[40]

Vive-se, assim, com uma constante sensação de medo e insegurança face aos riscos presentes na sociedade. O crime, sobretudo quando associado à violência, assume papel de destaque neste contexto. Clama-se por maior controle, por mais segurança, pelo combate aos agentes do crime, que se consubstancia, conforme assevera Beatriz Vargas, na metáfora da guerra contra o crime, do combate policial contra o criminoso sendo que, hoje em dia, tal guerra tem seu alvo principal no tráfico de drogas e na figura do traficante, o inimigo público número 1.[41] Também a criminalidade de massa, composta sobretudo por

39. Idem.

40. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 773.

41. VARGAS, Beatriz. Sobre segurança pública, violência, Sherlock Holmes e Capitão Nascimento. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Ci-*

delitos patrimoniais – em especial furtos e roubos – assusta grande parte da população, que exige, assim, respostas imediatas, consistentes em leis mais severas e um modelo de segurança pública rigoroso, resultando em uma política criminal pouco compatível com um Estado Democrático de Direito.

O malandro não desceu do morro. Não mudou o padrão de vida. O retrato, todavia, é bem diferente. A navalha foi substituída pelos fuzis e outros armamentos, e o desejo de obter vantagens, mesmo que de forma ilícita, reveste-se agora de caráter mais enfático e violento. Não há mais aquele ser que *anda de viés*, transitando entre a licitude e a ilicitude. O malandro de hoje assumiu definitivamente uma posição. E, tal qual o personagem dos tempos idos, orgulha-se de sua condição.

Contudo, talvez seja refletido, atualmente, não mais nas letras dos sambas como nas décadas de 20, 30 ou 40. Pois o samba, sim, mudou, e não se apresenta mais com o mesmo caráter popular de suas origens. "Hoje em dia o mundo do samba parece ter dissolvido quase completamente suas fronteiras e se descaracterizado enquanto formação sócio-cultural ligada a uma comunidade especificamente proletária e negro-mestiça",[42] afirma Cláudia Matos. Por isso, sem abandoná-lo, é possível verificar também um caráter de autorrepresentação em outras canções que, atualmente, se apresentam como mais *populares*, como o *rap*, o *hip-hop* e o *funk*.

Carlos Roberto Oliveira – mais conhecido por Dicró – nos dá um retrato do malandro dos dias atuais. Na canção *O malandro*, o compositor "sobe o morro", e tenta argumentar com um jovem traficante sobre as desvantagens de sua opção pelo crime.

"O *malandro morre cedo*/ Mas faz o que quer/ Muito ouro, muita grana e muita mulher/ Eu disse pra ele, não é bem assim/ De repente sua vida vai chegar ao fim/ *E o malandro então me respondeu*/ *Que não abre mão de seu trêsoitão*/ *Prefere morrer com vinte anos*/ *Do que com sessenta bancando o peão*/ É, e saiu gingando pro meio da favela/ Nem lhe deram atenção/ Foi pra cima da laje, com fuzil no alto/ Muito bolado, cantando o refrão/ Bora, que daqui a pouco/ A gente vai ter uma nova eleição/ Vamos eleger um sujeito honesto/ Pra dar fim nessa situação/ O primeiro emprego/ São os governantes que têm que arrumar/ Mas infelizmente eles não fazem nada/ E a malandragem é que tem que ajudar/

---

dadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67-68.

42. MATOS, Cláudia. *Acertei no milhar: malandragem e samba no tempo de Getúlio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 36.

[*o malandro discursa, em ritmo de* rap] *Só dizem que eu sou vagabundo/ Porque eu ajudo o meu povo a viver/ E na favela, eu sou o bamba/ Eu sou o lado mais fraco da corda/ Que sempre arrebenta/ E sempre caio na caçamba/* Com certeza, se eu passar/ dos vinte é sorte/ Várias vezes já me livrei da morte/ Mas fazer o quê, se não tem outro jeito/ *Tô sem estudo e também/ quero ser direito/* Tem político envolvido/ Tão cheio de maldade/ É! E eu que sou bandido/ E se morasse em Copa/ De frente pro mar/ Meu carro importado/ [Segunda voz:] Ninguém ia notar/ Mas eu não fabrico/ Fuzil, oitão, escopeta, HK/ Granada, bazuca e beretá/ Só sei que tudo isso entra pelo cais/ [Segunda voz:] Quem traz?/ Não sei, só sei que é sagaz/ [Segunda voz:] E você?/ Hã! Eu? Só sei que controlo o gás/ [Segunda voz:] Pra eles tanto faz/ Mas meu tempo é curto/ Eu vou vivendo como dá/ E se eu falar demais.../ [Segunda voz:] Caveirão vem te pegar/ Depois recrutam outro/ Pra ocupar o meu lugar/ E o meu bacuri, quem vai sustentar?/ Minha velha tá doente/ e tem remédio pra comprar/ Então, pro sanguessuga/ Eu to sem sangue pra doar/ E ainda tá faltando/ Um arrego pra acertar/ Ah, hahaha/ [Segunda voz] Pára com isso, rapaz/ *Eu quero sair, Dicró, mas vou pra onde?/* Os nossos governantes/ não estão nem ligados/ *É polícia, é bandido/ todo mundo abandonado/ Tá ligado, aliado/* [Segunda voz discursa] E o povo tá/ Com medo de sair de casa, até porque/ Bala perdida só acha inocente/ Mas vamos levar fé nesse governo/ A coisa vai melhorar/ Deus é brasileiro."

Na música apresentada, o malandro é identificado com o traficante, que é tido como um dos principais inimigos da sociedade. O tráfico, todavia, é tratado – pelo malandro – como única alternativa à sua sobrevivência: *Eu quero sair, Dicró, mas vou pra onde?* A falta de perspectiva é refletida na afirmação de que "não tem estudo", do descaso dos governantes, pelo que, a vida no tráfico, mesmo reconhecidamente efêmera, é a opção para suprir as necessidades

Vislumbra-se, por outro lado, uma dualidade de valorações da figura do malandro. Da mesma forma que o personagem de *Lenço no pescoço*, cantado por Wilson Batista foi confrontado por Noel Rosa, que sugeriu não fosse chamado malandro, "mas sim rapaz folgado", existem visões positivas e negativas sobre o atual personagem – remontando à velha dicotomia malandro-otário. As positivas geralmente são sustentadas pelos próprios, enquanto as negativas por pessoas que os rodeiam.

Assim, há também canções que exaltam o malandro-traficante, ressaltando o papel social que este cumpriria na favela, por assumir funções que, não obstante deveriam resultar de políticas públicas, dependem da atuação dos "líderes do morro". Por exemplo, *Malandro consciente*, de Bezerra da Silva:

"Malandro, você toma conta da favela/ É você que espanta a fera que vive assombrando a gente/ É que você é o malandro consciente/ (...) Você ajuda

a nossa comunidade/ Não deixa que o nosso salário de miséria/ Mate de fome os filhos da gente/ Você dá leite para as crianças/ Remédio para quem está doente/ E comida para os mais carentes/ Ainda dá uma segurança total/ Aquilo que a favela nunca teve/ Que é assistência social (...)/ Parabéns bom malandro."

Por conseguinte, é inegável a perspicácia dessas letras ao retratar posições hoje sustentadas pela sociedade acerca do crime e do criminoso. Tal hipótese é corroborada pela análise de depoimentos dos próprios sujeitos identificados como malandros, ou que habitam o "terreno da malandragem". É nítida a proximidade com os retratos desenhados nas canções.

Nesse sentido, vale mencionar a pesquisa desenvolvida por José Ricardo Ramalho, publicada sob o título *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*.[43] O autor retrata o fenômeno criminal a partir da ótica de seus próprios agentes – mais especificamente de encarcerados. Da análise dos relatos apresentados, vislumbra-se a relevância assumida por dois conceitos: *massa do crime e malandragem*.

O primeiro consiste em um conjunto de normas de "proceder" daqueles que integram *o mundo do* crime. Neste ínterim, o *malandro* constitui a figura principal da *massa do crime*, reunindo as qualidades tidas como positivas e ideais para os presos: a experiência decorrente da prática de muitos delitos; a habilidade para escapar sempre da polícia; o cumprimento das regras do "proceder" da *massa*; a não "caguetagem" (delação aos policiais de atos irregulares praticados por outros presos); a solidariedade para com os companheiros etc.[44] Conforme afirma o pesquisador:

"No *mundo do crime*, o *malandro* era a figura principal. Ser *malandro* era ter adquirido uma série de características próprias de quem pertencia à *massa*, principalmente no que se refere à experiência e ao 'conhecimento' de suas regras de procedimento. Quando os presos qualificavam o *malandro* em *malandro positivo* e *malandro negativo* estavam se referindo ao contexto do procedimento ou das relações entre os membros da *massa*, embora os presos tivessem restringido este aspecto às regras do 'proceder' dentro da cadeia (...). O *malandro positivo* (ou *bom malandro*) se caracterizava por cumprir as regras do 'proceder' da massa, era o que adiantava 'pro lado dos outros presos', e assim se tornava

43. RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*. 3. ed. São Paulo: IBCCrim, 2002.

44. Idem, p. 77.

uma pessoa benquista na *massa*. O *malandro negativo* era imediatamente identificado como *cagueta*, que só fazia 'prejudicar os outros', que atrasava o 'lado dos outros' e que pelo seu próprio 'proceder' desrespeitava profundamente as *leis da massa*."[45]

Corroborando tal explanação, os depoimentos de alguns dos presos entrevistados:

"O malandro é um cara que é marginal nato, mas aqui na cadeia ele tem um procedimento, ele tem uma certa conduta. Então é ele é um cara que não cagueta. Se ele pede 2 pacotes de cigarro emprestado, ele paga certo. Se ele é um camarada respeitável, que veio da massa, esse é o malandro.

(...)

O malandro mesmo é aquele que pratica a delinquência, assalto, roubo, tudo quanto é tipo de criminalidade. Esse é o verdadeiro malandro."[46]

É enfatizada, ainda, uma contraposição entre *bons* e *maus* malandros, que nos remete, em princípio, à música *Malandro é malandro, mané é mané*, composta por Bezerra da Silva, e já analisada anteriormente. Nesta canção, aos malandros são associadas características positivas, diferenciando-o do *mané*, que seria, na linguagem dos presos, o *falso malandro*.

"E malandro é malandro/ Mané é mané/ Podes crer que é/ Malandro é malandro/ E mané é mané/ Podes crer que é.../ Malandro é o cara que sabe das coisas/ Malandro é aquele que sabe o que quer/ Malandro é o cara que tá com dinheiro/ E não se compara com um Zé Mané/ Malandro de fato é um cara maneiro/ Que não se amarra em uma só mulher.../ E malandro é malandro/ Mané é mané/ Podes crer que é/ Malandro é malandro/ E mané é mané/ Podes crer que é.../ Já o Mané ele tem sua meta/ Não pode ver nada que ele cagueta/ Mané é um homem que moral não tem/ Vai pro samba, paquera e não ganha ninguém/ Está sempre duro é um cara azarado/ E também puxa o saco prá sobreviver/ Mané é um homem desconsiderado/ E da vida ele tem muito que aprender..."

Assim, o *falso malandro* reúne características que se opõem àquelas valorizadas pela *massa*. O verdadeiro malandro, por sua vez, já dominava as "leis da massa", e não precisava ficar mostrando qualidades.

"A malandragem aqui tem uma série de tipos. Um fala que é malandro e não é malandro, é aquele tal que cagueta, que eles tratam de cabra. (Cabra?)

45. Idem, p. 75.

46. Idem, p. 75-76.

É. Nego que só serve pra atrapalhar a vida dos outros, fica caguetando o companheiro de xadrez, fica prejudicando... (Caguetando como?) Por exemplo, eles não podem ver nada que se passa dentro da cadeia que eles já correm no ouvido do chefe de disciplina, uma coisa ou outra."[47]

A dualidade bons/maus malandros faz-se presente, também, em canções atuais. Todavia, assume configuração diferente. Enquanto nos depoimentos apresentados constata-se a apreciação do malandro sob uma ótica do próprio criminoso, sendo aquele valorado conforme os padrões da *massa* e do *mundo do crime*, nas canções a visão é distinta. O *malandro pra valer* é retratado distante do mundo do crime, lembrando, inclusive, o *malandro regenerado*, já analisado anteriormente. Seguem algumas músicas em que essa situação pode ser constatada:

"Um bom malandro não leva sacode/ Niguém é bicho caro/ Meliante réu culpado/ São milhões de culpados/ Sistema mostra assim (...)/ *Hoje me lembrei do bom malandro/ Que as drogas e o sistema levou também* (...)/ Presenciei o fim/ O bom malandro um dia disse assim:/ Subiu com a lata na cabeça/ você nem trisca, irmão/ Televisão que não é sua/ Deixa quieto ladrão/ Compromisso aqui é isso/ Faça chuva ou faça sol eu permaneço nisso (...)/ Sei lá se recusou a traficar/ Como pôde ver a mãe chorar/ A molecada passando fome eis a lei do homem/ O bom malandro só sofre nunca morre permanece sempre nobre" (*Bom malandro*, Guind'art 121).

"*Tu pensas que és malandro/ Que malandro é esse que apanha para viver?*/ A tua sorte é que a galera ainda gosta de você/ *Acerte teus passos que é para o corpo não ir ao chão*/ Pra não se arrepender não, não (...)/ *Essa é pro vacilão, pro vaçilão, podes crer*/ Vou mandar pro vacilão, pro vacilão, podes crer/ Tu pensas que és malandro/ Que malandro é esse que apanha para viver? (*O vacilão*, Cidade Negra).

"Hei, malandro/ *Malandragem mesmo é saber viver, malandro*/ Cuidado nessa vida onde tu anda/ E o que você vai fazer, malandro/ Eu conheci um cara/ Que se achava malandro/ Andava cabuloso, embecado, cheio de moral/ No movimento com um cano (...)/ *Mas esse cara, ironia do destino/ Foi achado como um bicho num terreno baldio*/ E eu pergunto do que adiantou/ A dor do parto da sua mãe e o suor do teu pai/ Ao ver uma vida tão jovem que eles/ Criaram brutalmente jogada e jaz/ Será que você não entende/ É isso que Babilônia quer/ É ter você como um fora da lei/ Pra te jogar numa prisão/ E te apagar como um bicho qualquer" (*Malandro*, Reação).

47. Idem, p. 69.

Nessas três canções verifica-se a oposição entre um suposto malandro e o malandro de verdade. Na primeira, permeada por um tom nostálgico, constata-se uma série de qualidades associadas ao *bom malandro*. Este, todavia, constitui apenas uma lembrança, uma vez que *levado pelas drogas e pelo sistema*. Os que não "entram nessa vida" acabam, todavia, sendo por ela anulados. Na segunda, o malandro é contrastado com o *vacilão*, que muito se parece com o *mané*.

A terceira letra, bem como a anterior, aconselha um suposto malandro a abandonar "a vida onde anda". A "vida do crime" mostra-se como inevitavelmente efêmera e indigna, pelo que deveria ser deixada antes que o suposto malandro fosse levado por este destino fatalista.

"Reza aquela lenda que malandragem não tem/ Malandro que é malandro não fala pra ninguém/ *Antigamente era a seda, hoje a camisa é larga*/ A noite começa em qualquer lugar/ E acaba é na Lapa/ *O que era calça branca, agora virou bermudão/ Mas continua o anel, a pulseira e o cordão* (...)/ (É isso que tu qué pra tua vida parceiro/ fuma um e tira onda, encher o bolso de dinheiro/ Malandro que é malandro tem a cabeça feita/ e a tal história da procura da batida perfeita?) (...)/ Malandro que é malandro/ Chega de pilantragem/ O *rap* é com samba/ Então aumenta que tá bom/ E esse sim.../ É o malandro de verdade (...)/ Malandro isso, malandro aquilo.../ Vê só quem fala/ Se fosse um tempo atrás eu carregava a navalha (...)" (*Um filme malandragem*, Marcelo D2).

A música de Marcelo D2, além da ambiguidade de malandros já analisada nas anteriores, traz outros aspectos interessantes. Em primeiro lugar, é estabelecida uma comparação entre os "malandros de antes" e os "malandros de hoje". "Antigamente era a seda, hoje a camisa é larga; o que era calça branca agora virou bermudão/ Mas continua o anel, a pulseira e o cordão; se fosse um tempo atrás eu carregava a navalha". Vale lembrar que os trajes sempre foram um importante elemento identificador do malandro. Da mesma forma, as roupas identificam o suposto malandro atual: a camisa de seda foi substituída por alguma que "é larga", a calça branca pelo bermudão. Permanecem, contudo, o cordão, anel e a pulseira, como símbolos de afirmação e ostentação de uma pretensa riqueza.

Outro elemento que vale ser ressaltado, e que também configura um paralelo com os "malandros de antigamente", é a referência que o compositor faz ao *rap*. Assim como a malandragem dos tempos idos tinha no samba seu *locus* e seu discurso, hoje o *rap* assume, em partes, esse papel. O samba não é deixado de lado, o que é evidenciado pela referência à Lapa e à conjugação dos dois estilos musicais: "O *rap* é com samba/ Então aumenta que tá bom". Emergem,

todavia, outros ritmos que constituem meios de auto-representação, de veiculação da imagem que se tem da sociedade e, também, de afirmação social.

9. CONCLUSÃO

Verifica-se, por tudo quanto exposto, que a figura do malandro não constitui apenas pretérito folclore em nossa cultura. Subsiste ainda hoje, tendo passado por várias fases, conforme o contexto vivenciado: o malandro exaltado, reprimido, regenerado... O certo é que não perdeu seu caráter de representatividade, inclusive em relação à criminalidade de cada época, posto que, direta ou indiretamente, sempre esteve a ela relacionado.

Hoje o discurso malandro é mais difuso. Porém não perdeu seu aspecto elementar. Embora tenhamos nos referido aos "malandros de colarinho branco", o discurso da malandragem continua sendo representativo das classes menos favorecidas, marginalizadas – devendo tal expressão ser compreendida, conforme aduz Rocha,[48] também como referência à população que se apresenta "à margem", excluída da efetivação de seus direitos fundamentais.

Assim, embora possa o medo ser, atualmente, um grande fantasma que a todos assombra, e a violência ser vista como iminente e rotineira, não se deve pensar, todavia, em medidas simplesmente de controle e repressão. As canções apresentadas nos auxiliam ver o "problema" sob outra ótica: uma visão interna, de quem vive mais próximo a esta realidade, confrontando-se com ela diariamente, em uma tensão constante entre crime e "vida honesta". Embora aquele seja, muitas vezes, o meio mais hábil a garantir a subsistência, já que se apresenta como forma de suprir as necessidades básicas não atendidas por meio do trabalho lícito, nem todos recorrem às atividades delituosas.

Dessa forma, a partir dos discursos analisados, pode-se chegar a uma conclusão comum: a questão da criminalidade – sobretudo de massas – transcende o universo estrito do Direito Penal. Não bastam a edição de novas leis, o agravamento das sanções, a construção de novos presídios ou a instituição de outros meios de controle repressivos. A política criminal não pode ser identificada com a segurança pública. Deve-se buscar soluções que, todavia, não se restrinjam a medidas rigorosamente penais, mas, sim, que abranjam todas aquelas necessárias e suficientes à efetivação dos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente mas tantas vezes negligenciados pelo sistema penal.

48. ROCHA, João Cezar de Castro. Op. cit.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOMENY, Helena. Os dezessete e setecentos. In: CAVALCANTE, Berenice; STARLING, Heloísa Maria Murgel; EISENBERG, José (orgs.). *Decantando a República – inventário histórico e político da canção popular moderna brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2004. vol. 2: Retrato em branco e preto da nação brasileira.

BUARQUE, Chico. *Ópera do malandro*. São Paulo: Livraria Cultura, 1978.

CÂNDIDO, Antônio. Dialética da malandragem. Disponível em: [www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/leitura/DIALETICA_MALANDRAGEM.rtf]. Acesso em: 13.10.2008.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. O carnaval como um rito de passagem. In: _____. *Ensaios de antropologia estrutural*. Petrópolis: Vozes, 1973.

DANTAS, José Maria de Souza. *O canto e a canção: MPB*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREIRO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 70. p. 100-132. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2008.

GOTO, Roberto. *Malandragem revisitada: uma leitura ideológica de "Dialética da malandragem"*. Campinas: Pontes, 1988.

LOPES, Mônica Sette. *Uma metáfora: música e direito*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

LYRA, Roberto. *Nôvo direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. vol. 1.

MATOS, Cláudia. *Acertei no milhar: malandragem e samba no tempo de Getúlio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Solange Ribeiro. *De mendigos e malandros: Chico Buarque, Bertold Brecht e John Gay – uma leitura transcultural*. Ouro Preto: Ed. Ufop, 1999.

OLIVEN, Ruben George. *Violência e cultura no Brasil*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

PEREIRA, Flavia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 51. p. 105. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2004.

PINTO, Manuel da Costa. Lirismo e resistência. Entrevista com Adélia Bezerra de Meneses. *Revista Cult*. edição 69. Disponível em: [http://revistacult.uol.com.br/novo/dossie.asp?edtCode={0000000F-0000-

0000-0000-000000000000}&nwsCode={EFF77609-158F-42E3-9C98-E7CD4E76F800}]. Acesso em: 05.02.2009.

RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*. 3. ed. São Paulo: IBCCrim, 2002.

ROCHA, Gilmar. "Eis o malandro na praça outra vez": a fundação da discursividade malandra no Brasil dos anos 70. *Scripta*. vol. 10. n. 19. p. 108-121. Belo Horizonte, 2.° sem. 2006. Disponível em: [www.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20070621145500.pdf]. Acesso em: 10.10.2008.

ROCHA, João Cezar de Castro. *Dialética da marginalidade – Caracterização da cultura brasileira contemporânea*. Disponível em: [www.midiaindependente.org/pt/blue/2004/03/275292.shtml]. Acesso em: 10.10.2008.

SALES, Sheila Jorge Selim. Alguns aspectos da contribuição de Edwin H. Sutherland à criminologia. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. vol. 1. n. 7. p. 161-170. Brasília, Ministério da Justiça, jan.-jun. 1996.

SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. Série as ciências criminais no século XXI, vol. 11.

SERRA, Carlos Henrique. Revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 72. p. 207-252. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2008.

SOUZA, Jessé. As metamorfoses do malandro. In: CAVALCANTE, Berenice, STARLING, Heloísa Maria Murgel; EISENBERG, José (orgs.). *Decantando a República – inventário histórico e político da canção popular moderna brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2004. vol. 3: A cidade não mora mais em mim.

VARGAS, Beatriz. Sobre segurança pública, violência, Sherlock Holmes e Capitão Nascimento. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A globalização e as transformações no direito penal, de Tatiana Viggiani Bicudo - *RBCCrim* 23/97; e
- Malandro: o personagem principal do crime, de Gessé Marques Júnior - *RBCCrim* 16/98.

55181

1 Uma análise histórica da imposição do medo do Direito Penal aos setores subalternos da população brasileira

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa, a partir da perspectiva histórica, a imposição do medo do Direito Penal aos setores subalternos da sociedade brasileira, de forma a contribuir, por um lado, para a manutenção da violência estrutural inerente ao modelo de formação dessa sociedade, pautado no autoritarismo e na submissão dos desvalidos à vontade dos detentores do poder econômico, e, por outro, a garantir a imunização penal dos grupos sociais que ocupam, nesta estrutura, espaços privilegiados de poder. Ou seja, procura-se demonstrar que o medo do Direito Penal, ainda hoje serve como instrumento de reprodução da configuração de relações sociais excludentes e autoritárias que estão enraizadas na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direito penal - Medo - Seletividade - Exclusão social.

Abstract: The article examines, from a historical perspective, the imposition of fear on criminal law to the subaltern sectors of Brazilian society in order to contribute, on one hand, on the maintenance of the structural violence inherent in the training model of the company, based on authoritarianism and submission of the disadvantaged people by the holders of the economic power, and, by the other hand, to ensure the immunization of criminal groups which occupy, in this structure, privileged spaces of power. That is, it is demonstrated that the fear on criminal law is still used as an instrument to reproduce the configuration of exclusionary and authoritarian social relations that are rooted in Brazilian society.

Keywords: Penal law - Fear - Selectivity - Social Exclusion.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A disciplina dos corpos indóceis na construção da ordem burguesa no Brasil – 3. A imposição do medo do Direito Penal e a implantação (e manutenção) do modelo neoliberal – 4. Considerações finais: notas sobre a construção imagética do medo do Direito Penal – 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da análise de dois momentos históricos fundamentais da história nacional pretende-se demonstrar como o medo *do* Direito Penal opera no Brasil como instrumento de controle e disciplina social das classes populares que vão de encontro aos interesses das hegemonias conservadoras. O primeiro momento analisado é o período pós-abolição da escravatura, quando se busca implantar no país, a partir da Proclamação da República, a ordem burguesa – fazendo surgir a figura do "malandro" ou "vadio" para representação e identificação dos "inimigos" da "ordem e do progresso". O segundo momento contextualizado inicia no período no qual se começa a implementar no país o modelo neoliberal, notadamente a partir da década de 80 do século XX, estendendo-se até os dias atuais – quando, mesmo tendo por norte a persecução à macrocriminalidade representada pela figura do "traficante", o sistema penal brasileiro deixa clara a cada intervenção a sua seletividade, justificando, por meio de uma suposta defesa da sociedade em face deste tipo de crimes, a sua atuação truculenta em relação àqueles que são historicamente perseguidos pelo "braço armado" do Estado brasileiro.

A escolha destes dois períodos históricos decorre da compreensão de que, dentro da periodização estabelecida por Batista (2002) – segundo o qual se pode distinguir quatro sistemas penais brasileiros, quais sejam: o colonial-mercantilista, o imperial-escravista, o republicano-positivista e o contemporâneo, denominado pelo autor de sistema penal do capitalismo tardio –, são os dois últimos que permitem demonstrar de forma mais transparente como o sistema penal opera de modo seletivo contra os espólios da escravidão, revelando-se, nesse ponto, o verdadeiro e real poder por ele exercido, qual seja, o seu poder positivo, configurador da realidade social.

Considerando o exposto, serão abordados os principais aspectos dos "sistemas penais" brasileiros, com ênfase nos dois acima indicados, de forma a demonstrar como a figura do "vadio" da incipiente república (tópico 2) transmutou-se, na contemporaneidade, na figura do "traficante" (tópico 3), legitimando, assim, o incremento da antiga truculência do sistema punitivo nacional

– por meio inclusive de estratégias de construção imagética do terror (tópico 4) – contra sua clientela habitual: as camadas subalternas da população.

2. A DISCIPLINA DOS CORPOS INDÓCEIS NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM BURGUESA NO BRASIL

Os sistemas penais denominados por Batista (2002) de colonial-mercantilista e imperial-escravista foram marcados por uma intervenção punitiva que se dava sobre o próprio *corpo* da sua clientela, composta precipuamente pelos escravos e trabalhadores livres pobres. A compreensão do *público* como uma mera continuação do *privado* – decorrente da tradição ibérica denominada por Max Weber (1999) de *patrimonialismo* – significava uma intervenção punitiva pública pautada nas práticas penais do espaço do senhor.

Com efeito, a estrutura descentralizada com que se dava o exercício do poder dos senhores proprietários de terras instituiu espaço profícuo para a implantação de tiranias privadas, uma vez que a autoridade dos senhores escravocratas era absolutamente inquestionável: "Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica" (HOLANDA, 2007, p. 80). A própria justiça estatal tinha um alcance limitado, dado que "o poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas" (CARVALHO, 2003, p. 21), onde o senhor imperava absoluto.

Ou seja, no período colonial, como salienta Batista (2002), as Ordenações Manuelinas (datadas de 1521) e Filipinas (datadas de 1603) constituíam apenas um pano de fundo para o exercício pouco – e às vezes não regulamentado – do poder punitivo que era delegado aos donatários pelo rei.

Com a independência do País, segundo Carvalho (2003), não se introduziu nenhuma mudança radical na sua estrutura política e na sua forma de organização social, justamente em virtude da força da cultura política colonial e do fato de que o processo de declaração da independência foi conduzido de forma bastante pacífica, uma vez que foi resultado de negociações entre a elite brasileira, a Coroa portuguesa e a Inglaterra. O povo assumiu, nesse processo, uma postura de simples espectador, tanto que a notícia da independência só chegou a alguns lugares meses depois da sua declaração. Para o referido autor (2003, p. 28), "a tranquilidade da transição facilitou a continuidade social".

E a já referida "invasão" do público pelo privado, em que pese ser fruto do período em que a sociedade brasileira ainda era essencialmente rural, não foi suplantada com o processo de urbanização do País iniciado a partir da declaração da independência. Isso porque, com a formação dos centros urbanos,

os cargos relativos à vida citadina (carreiras burocráticas, profissões liberais etc.) foram sendo paulatinamente ocupados pelos próprios aristocratas rurais e seus descendentes que, transportados para as cidades, carregaram consigo "a mentalidade, os preconceitos e, tanto quanto possível, o teor de vida que tinham sido atributos específicos de sua primitiva condição" (HOLANDA, 2007, p. 82).

No que tange à legislação penal do período imperial, destaca-se a inspiração liberal do Código Criminal de 1830, sob inspiração de brasileiros que estudavam Direito em Coimbra onde tiveram contato com obras dos iluministas e tentaram transportar para o país dito ideário. No entanto, como a base da economia brasileira permanecia sendo a monocultura latifundiária sustentada pela mão-de-obra escrava, verifica-se que o referido Código, em que pese a inspiração iluminista, não representou uma significativa modificação no que tange aos instrumentos de punição das camadas representadas pelos escravos e pelos homens livres e pobres.

A propósito, deve-se destacar que a Constituição de 1824, outorgada pelo imperador, não contemplava em seus dispositivos "o escravo ou o homem livre e pobre, mas apenas aqueles que, a partir de rendas estipuladas, teriam acesso aos diferentes níveis de participação política", ao passo que o Código Criminal "abrangia todos os segmentos sociais" (NEDER, 2007, p. 185). Assim, mesmo sob a influência ideológica do liberalismo, o Código Criminal de 1830 mantinha um sistema de penas cruéis voltado precipuamente aos escravos, com destaque para a manutenção da pena de açoite prevista no seu art. 60, "humanizada" no que diz respeito à limitação do número de açoites, cujo número máximo não poderia ultrapassar o de cinquenta por dia/escravo.

É por isso que os bacharéis brasileiros da época, em que pese a "contaminação" ideológica de cariz iluminista decorrente da sua formação, representavam, na visão de Neder (2007, p. 187-188), "os expoentes de uma classe que se sustentou à base do açoite, no controle social direto e repressivo do cotidiano dos escravos", razão pela qual afirma a sobredita historiadora (2007, p. 191) que, mesmo parecendo, à primeira vista, que se buscava com a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1830 negar a herança colonial e rural, "toda a estrutura política e jurídica do Império permaneceu fundada nas mesmas bases anteriores: o latifúndio agro-exportador e o trabalho escravo".

Estabelece-se, assim, com a transposição dos ideais liberais para o domínio brasileiro, a seguinte equação: afirmação dos direitos de liberdade para as classes dominantes *versus* manutenção da opressão sobre os setores subalternos, como decorrência da manutenção do trabalho escravo como base de sustentação das elites.

Com as rupturas significativas ocorridas no Brasil entre os séculos XIX e XX, representadas pelo fim do trabalho escravo (1888) e do regime monárquico (1889), houve reflexos na forma como se estruturou o controle social sobre as camadas vulneráveis da população.

De acordo com Neder (2009, p. 18), a partir de então:

"Exige-se modernização técnica e de procedimentos para punição, seguindo os ventos das inovações aplicadas pelas políticas liberalizantes relativas aos direitos (de cidadania e direitos humanos) nas formações históricas das duas margens do Atlântico, desde fins do século XVIII; e, ao mesmo tempo, quer-se uma política de controle e disciplinamento das classes populares rígida, autoritária e altamente repressiva."

Verifica-se, portanto, uma interpenetração do ideário burguês com permanências históricas da cultura política do Antigo Regime e do escravismo, "que deu suporte a uma prática jurídico-política e a uma afetividade absolutista, que desafiaram a racionalidade do capitalismo e seu ideário, que se queria implantar" (NEDER, 2009, p. 20).

Constata-se, assim, nesse período, um certo afinamento das elites brasileiras com a política europeia de organização da justiça criminal (modernização, ainda que conservadora), mas a estrutura social até pouco tempo calcada na escravidão segue sendo responsável pela manutenção de mecanismos arcaicos de manutenção do poder destas elites.

O cotejo entre o Código Penal republicano de 1890 e a Constituição de 1891 deixa clara essa dinâmica: ao passo que o primeiro foi marcado por traços eminentemente repressivos, em especial no que diz respeito aos chamados "Crimes contra a liberdade de Trabalho", a segunda foi informada por princípios liberais, o que resta claro a partir da leitura dos dispositivos referentes à declaração dos direitos dos cidadãos. Quer dizer, à inclusão na cidadania por meio da Carta Constitucional correspondia a exclusão por meio do Código Penal sempre que estivesse ameaçada a "liberdade de trabalho" (NEDER, 1995).

Além disso, deve-se atentar para o fato de que o surgimento de um Código Penal em momento anterior à Constituição republicana evidencia, como observa Flauzina (2008, p. 82), que "o fim do regime de trabalhos forçados reclamou prioritariamente um instrumento de repressão, deixando para segundo plano uma carta de declaração de direitos e princípios que regulamentasse a vida em sociedade".

Torna-se possível, portanto, a afirmação de que a substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre redundou na formação de uma estrutura de classes na qual a classe dominante – então representada pelas oligarquias cafeeiras

ligadas à área mais dinâmica do ponto de vista econômico da sociedade brasileira da virada do século XIX para o século XX – procurou deter a manutenção do monopólio da repressão sobre as camadas inferiores – então representadas precipuamente pelos ex-escravos – e mesmo sobre os setores dominantes não hegemônicos, mantendo a "normalidade" e a "ordem" por meio do controle dos "desvios" (NEDER, 1995).

Nesse sentido, destaca Chalhoub (2001, p. 67) que "a lei de 13 de maio era percebida como uma ameaça à ordem porque nivelava todas as classes de um dia para o outro, provocando um deslocamento de profissões e de hábitos de consequências imprevisíveis". É por isso que, segundo o autor (2001, p. 66-67), nos debates travados em 1888 na Câmara dos Deputados, a preocupação maior era com o combate à ociosidade, dada a compreensão de que "a Abolição trazia consigo os contornos do fantasma da desordem", sendo frequentes as reivindicações no sentido de uma maior proteção à propriedade e à própria segurança individual, "ameaçadas pelas 'hordas' de libertos que supostamente vagavam pelas estradas a 'furtar e rapinar'".

O pano de fundo destes debates era o consenso firmado quanto ao caráter dos libertos,

"Em geral pensados como indivíduos que estavam despreparados para a vida em sociedade. A escravidão não havia dado a esses homens nenhuma noção de justiça, de respeito à propriedade, de liberdade. A liberdade do cativeiro não significava para o liberto a responsabilidade pelos seus atos, e sim a possibilidade de se tornar ocioso, furtar, roubar etc. (...) Esses vícios seriam vencidos através da educação, e educar libertos significava criar o hábito do trabalho através da repressão, da obrigatoriedade" (CHALHOUB, 2001, p. 68).

Para tanto, precisava-se de uma justificação ideológica para o trabalho obrigatório para as classes populares, a qual vai ser buscada a partir da concepção do trabalho enquanto elemento de ordenação da sociedade, sendo uma retribuição, pelo trabalhador, à sociedade, de tudo aquilo que ela lhe garante, a exemplo da segurança, dos direitos individuais, da liberdade etc. Outrossim, estabelece-se um liame entre trabalho e moralidade, pautado na compreensão de que quanto maior a dedicação do indivíduo ao trabalho, maiores os seus atributos morais (CHALHOUB, 2001).

É exatamente em virtude disso que o Código Penal brasileiro promulgado em 1890, ou seja, dois anos após a abolição da escravidão, exerceu, na falta de uma legislação que regulasse as relações de trabalho entre as classes dominantes e subalternas, a função de Direito do Trabalho, com um viés repressivo e autoritário (NEDER, 1995; NEDER e CERQUEIRA FILHO, 2006).

Com efeito, o fato de o Brasil viver um momento de constituição de um mercado de trabalho "livre" no bojo do processo de implantação do capitalismo no país, redundou na ênfase dada ao ideal burguês do trabalho. O indivíduo, neste contexto, ou era trabalhador ou era vadio e, consequentemente, perigoso, devendo, portanto, ser reprimido.

Sobre essa preocupação com o "combate à ociosidade", Chalhoub (2001, p. 65) salienta que a transição do trabalho escravo para o trabalho livre implicou uma necessidade de reajustamento do universo mental das elites dominantes no que diz respeito à questão do trabalho, uma vez que, com a escravidão, dita questão era escassamente problematizada, uma vez que os senhores eram proprietários dos escravos. Portanto, "o mundo do trabalho estava obviamente circunscrito à esfera mais ampla do mundo da ordem, que consagrava o princípio da propriedade".

No entanto, com a abolição da escravidão, impossibilitou-se o suprimento de força de trabalho aos empreendimentos econômicos por meio da propriedade dos escravos, colocando-se, então, o grande problema: transformar o liberto, dono de sua força de trabalho, em um trabalhador disposto a vender sua capacidade laboral ao capitalista empreendedor, de forma a continuar a acumulação de riquezas dos senhores/patrões (CHALHOUB, 2001).

Deve-se salientar, ainda, de acordo com Neder e Cerqueira Filho (2006), que a extinção do tráfico negreiro, em 1850, representou um fator de estabilização demográfica da massa escrava, o que implicou uma longevidade maior dessa população. Como decorrência disso, surge a Lei dos Sexagenários, em 1885, que colocou em liberdade os velhos escravos, os quais passaram a engrossar as fileiras de mendigos e indigentes nas cidades brasileiras, aumentando assim os protestos e a revolta escrava.

O referido quadro agravou-se com a abolição da escravidão, quando os ex-escravos, embora disponíveis ao mercado de trabalho livre, foram excluídos da maioria das profissões que exigiam um certo grau de alfabetização/qualificação, sendo-lhes reservados "trabalhos vis, mal pagos e sem promessas de ascensão social" (NEDER e CERQUEIRA FILHO, 2006, p. 28). Ou seja, "o negro passou de escravo a trabalhador livre, sem mudar, contudo, sua posição relativa na estrutura social" (CHALHOUB, 2001, p. 88).

Outro fator que contribuiu para a exclusão social da população negra foi a imigração europeia: as classes dominantes viam o negro como um mau trabalhador, ao passo que no imigrante branco enxergavam uma possibilidade de aceleração da transição para o sistema capitalista, razão pela qual os empreendedores da época, ao contratarem trabalhadores, assumiam posturas dis-

criminatórias em detrimento dos negros. Ademais, o fomento da imigração representava o "embranquecimento" da população nacional, ou seja, fator preponderante para o progresso diante da compreensão da raça branca como superiora e da raça negra como degenerada e, portanto, um entrave para o desenvolvimento nacional (CHALHOUB, 2001).

Diante desse quadro, verifica-se que as medidas repressivas da época voltavam-se, por um lado, para a imposição da ideologia burguesa do trabalho, e, por outro, para o controle e a disciplina da população ex-escrava. Na verdade, o primeiro objetivo servia como instrumento de encobrimento ideológico do segundo, afinal, foi aquilo a que Chalhoub (1996; 2001) denomina de "medo branco" que se instaurou no país no período pós-abolição – decorrente do medo de uma possível insurreição negra diante das precárias condições de vida na qual viviam as massas ex-escravas – que dirigiu as estratégias antecipatórias da afirmação de uma codificação penal repressiva. O medo das elites de perder "as rédeas do controle sobre a população negra", destaca Flauzina (2008, p. 82), "passou a ser a plataforma principal das investidas de cunho repressivo".

Como assevera Malaguti Batista (2003, p. 37):

"Esse medo branco que aumenta com o fim da escravidão e da monarquia produz uma República excludente, intolerante e truculenta com um projeto político autoritário. Essa foi sempre a síndrome do liberalismo oligárquico brasileiro, que funda a nossa República carregando dentro de si o princípio da desigualdade legítima que herdara da escravidão."

Com efeito, como destaca Neder (2007, p. 184), a "fantasia absolutista" da possibilidade de um controle absoluto de tudo e de todos não foi processada no Brasil nem mesmo com a abolição da escravidão e a instituição da república:

"Persistimos, no Brasil, com um legado, uma herança do absolutismo português, com a fantasia absolutista do controle social (policial) absoluto sobre os espaços urbanos (na verdade, o controle absoluto sobre a massa de ex-escravos, de seus descendentes afro-brasileiros, e de trabalhadores urbanos, de um modo geral). Donde a ênfase nas campanhas de lei e ordem, ainda discutidas e implementadas pelas polícias no Brasil no tempo presente."

Cumpre salientar que todo o discurso jurídico brasileiro da época buscava legitimidade no pensamento europeu, onde a Criminologia emergia enquanto ciência, com o escopo de, por meio de um discurso dotado de cientificidade – ao lado da Sociologia e da Psicologia –, garantir a hegemonia burguesa em face do movimento operário europeu. Em *terrae brasilis*, as teses então propaladas pela Criminologia europeia, em especial aquelas que sofriam influência do racismo-biologista de corte epistemológico lombrosiano, foram assimiladas

e reelaboradas, fazendo surgir o "criminoso brasileiro", o qual "ganhou novos adereços, relacionados às teses da miscigenação racial e às elucubrações sobre a presença de ex-escravos de origem africana nas cidades brasileiras" (NEDER e CERQUEIRA FILHO, 2006, p. 27).

É, portanto, da soma desses fatores – necessidade de imposição do "controle" da população de ex-escravos por meio do trabalho e "medo branco" de uma possível insurreição negra – que, à luz da criminologia racista-biologista "à la brasileira", surge a figura do "malandro", ou seja, do "vadio", como primeira figura perseguida majoritariamente pelo sistema punitivo brasileiro (NEDER, 1995). É por isso que o Código Penal de 1890 tipifica como crime, em seu art. 399, a vadiagem, e, no art. 206, criminaliza a greve.

Ou seja, a tipificação da vadiagem e da greve representa uma tentativa das classes dominantes da época de impor àquela população, por meio do Direito Penal, a "ordem social". A criminalização da vadiagem representa uma individualização das manifestações consideradas "contrárias à ordem", perpetradas precipuamente pela população de ex-escravos, admitidas em um espaço bastante restrito do mercado de trabalho. Ademais, com a criminalização da vadiagem e da greve busca-se disciplinar os corpos dos trabalhadores – agora livres – para o trabalho fabril, diante do estabelecimento de uma economia de mercado.

Portanto, pode-se afirmar que "a penetração da ideia de trabalho, no quadro de estruturação da sociedade de classes, surgiu acompanhada de seu par contrário: a malandragem, que envolveu aqueles que não se enquadraram na nova ordem" (NEDER e CERQUEIRA FILHO, 2006, p. 29).

Merece atenção, no entanto, o fato de que a ociosidade só era vista como um aspecto negativo – e portanto digno de repressão – quando associada à pobreza, uma vez que o ocioso que possuísse meios de garantir sua subsistência não era considerado um perigo à ordem social. Diferente, no entanto, é o caso da união da ociosidade à pobreza, que afetam o senso moral, deturpam o ser humano e conduzem à criminalidade. É por isso que Chalhoub (2001, p. 75) salienta existirem "uma má ociosidade e uma boa ociosidade": a primeira, por ser característica das classes pobres, merece repressão, ao passo que a segunda, por ser características das elites, é compreendida como um "atributo".

Portanto, a tipificação da vadiagem visava, por um lado, garantir que, mesmo com a abolição da escravidão, os negros continuassem sujeitos ao trabalho, e, por outro, garantir o controle dessa população, por meio da "estratégia da suspeição generalizada, com os afro-brasileiros vistos como suspeitos preferenciais" (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 38).

É dessa época o surgimento no debate parlamentar brasileiro do conceito de "classes perigosas" enquanto sinônimo de "classes pobres", demonstrando a compreensão de que "o fato de ser pobre torna o indivíduo automaticamente perigoso à sociedade", uma vez que "os pobres apresentam maior tendência à ociosidade, são cheios de vícios, menos moralizados e podem facilmente 'rolar até o abismo do crime'" (CHALHOUB, 2001, p. 76).

A partir da análise da destruição, comandada pelas autoridades da época, do cortiço *Cabeça de Porco*, na cidade do Rio de Janeiro, em 1893, Chalhoub (1996) analisa como se deu o surgimento do conceito de "classes perigosas" como sinônimo de "classes pobres" no Brasil. A origem da expressão "classes perigosas" é buscada pelo referido autor (1996; 2001) na obra da autora inglesa Mary Carpenter, que compreendia nesta terminologia aquelas pessoas que já tivessem entrado em contato com o sistema penal, ou mais especificamente com a prisão, em decorrência do fato de terem optado por obter o sustento próprio e de suas famílias por meio de delitos contra o patrimônio e não por meio do trabalho.

No Brasil, os parlamentares do período histórico enfocado, inspirados pela leitura de autores europeus, dão à concepção restrita de classes perigosas esboçada por Mary Carpenter um alargamento que vai ao encontro de suas preocupações com a "ociosidade" dos ex-escravos, fonte frequente de riscos e insegurança para as elites.

A pobreza e a (má) ociosidade, portanto, são os dois grandes problemas a serem combatidos à época da implantação da ordem burguesa no País, como pressuposto para a "ordem e o progresso", considerando-se o risco que essa "soma" apresentava para a sociedade. O mundo da ociosidade e do crime, no universo ideológico das classes dominantes brasileiras no ocaso do regime monárquico e durante a República Velha, encontra-se em posição diametralmente oposta ao mundo do trabalho e da virtude, ou seja, da ordem. É por isso que a repressão à ociosidade é eleita como estratégia primeira de manutenção da ordem.

Portanto, o medo de uma possível insurreição por parte dos setores subalternos da população passou a ser combatido por meio da imposição do medo do Direito Penal, instrumento de controle e disciplina. Afinal, a eficácia das instituições de controle social – destaca Neder (1995, p. 33) – "se funda na capacidade de intimidação que estas são capazes de exercer sobre as classes subalternas, mais propensas a cometer 'delitos'".

Assim, a equiparação conceitual equivocada traçada pelas elites do período enfocado entre "pobreza" e "periculosidade" serve como fundamento para, a

partir da constatação da pobreza de um indivíduo, inferir sua potencial periculosidade e, portanto, a necessidade de seu constante controle por parte do aparato penal estatal.

E o fato de alguns cidadãos serem considerados "mais suspeitos" do que outros decorre justamente da posição subalterna ocupada pelas massas ex-escravas no período, a demonstrar que o fato de o surgimento do conceito de "classes perigosas" como sinônimo de "classes pobres" coincidir com o período pós-abolição não é, na verdade, pura coincidência, mas decorre justamente de uma necessidade maior de justificar o controle dessa população, já que estava inviabilizado o recurso às políticas de dominação típicas do cativeiro. A "teoria" da "suspeição generalizada" – na expressão de Chalhoub (1996) e Malaguti Batista (2003) – é então utilizada para levar a cabo esse controle.

É exatamente essa suspeição generalizada, portanto, que passa a legitimar a histeria das primeiras administrações republicanas no que tange ao controle dos espólios da escravidão, razão pela qual afirma Flauzina (2008, p. 88), que o sistema penal da Primeira República, "como toda a burocracia estatal, cultiva o saudosismo da 'segurança' dos tempos do escravismo".

Torna-se, assim, possível a afirmação de que as raízes ibéricas do sistema jurídico-penal brasileiro são responsáveis pela criação de uma estrutura punitiva voltada precipuamente contra os setores subalternos da população, considerados enquanto ameaça constante à "ordem" imposta pelos setores dominantes. Os mecanismos de punição privados levados a cabo pelos senhores de escravos para submissão forçada destes ao trabalho, nesse sentido, representam o modelo a ser seguido pelo controle social formal que será instituído no Brasil.

Portanto, o sistema punitivo brasileiro já nasce com uma missão bem definida: segregação e, sempre que esta for insuficiente, eliminação dos riscos representados pela existência das classes perigosas, missão esta que vai seguir imutável por todo o período histórico subsequente e que será implementada com o advento das reformas neoliberais operadas no País no final do século XX e albores do século XXI, como se demonstrará a seguir.

3. A IMPOSIÇÃO DO MEDO DO DIREITO PENAL E A IMPLANTAÇÃO (E MANUTENÇÃO) DO MODELO NEOLIBERAL

De acordo com Neder e Cerqueira Filho (2006), quando se analisam as instituições do sistema penal brasileiro, verifica-se que a cultura jurídica e política destas instituições não têm sofrido alterações substanciais desde a época da implantação da ordem republicana no país. A partir da década de trinta do

século XX, em que pese a industrialização do país, verifica-se, no campo penal, reminiscências do período anterior. Isso fica claro, principalmente, a partir da análise do Código Penal de 1940 e do tecninicismo jurídico que lhe subjaz, o qual "circunscreve a atividade do jurista à elaboração e interpretação dos tipos penais" (FLAUZINA, 2008, p. 89). Ou seja, o tecnicismo jurídico incorporado pelo legislador penal de 1940 "isola o penalista numa torre de marfim", visto que tal expediente metodológico "não passa de um positivismo jurídico legitimador do sistema penal e cego perante seu real desempenho e suas funções" (BATISTA, 2002, p. 153).

Com isso, a questão da seletividade sócio-racial é "varrida para baixo do tapete", uma vez que o tecnicismo ínsito ao Código Penal de 1940 "promove a assepsia completa da raça no texto legal", razão pela qual, mesmo com uma "fachada de neutralidade e objetividade" no que diz respeito à criminalização primária que passa a ser assumida a partir de então, "a arquitetura punitiva elege as agências da criminalização secundária e os redutos da criminalização terciária, como os espaços para reprodução dos mandamentos da criminologia positivista" (FLAUZINA, 2008, p. 89) anunciada desde o nascimento da República, consoante explicitado no tópico precedente.

Portanto, mesmo com a "nova roupagem" assumida pelo sistema penal a partir do Código Penal de 1940, o projeto político que orienta a sua atuação segue sendo o mesmo desde a proclamação da República: o controle e o disciplinamento das classes populares – leia-se "perigosas". A única mudança que se verifica é que a seletividade sócio-racial ínsita à atuação do sistema punitivo brasileiro, a partir da assepsia da raça no texto legal, tornou-se assunto tabu, diante da construção, a contar da década de 20 do século XX, do mito da existência, no Brasil, de uma "democracia racial" onde todos são iguais e coexistem na mais perfeita harmonia.

Como refere Flauzina (2008, p. 89-90):

"Se a enunciação do racismo foi vedada e todas as suas expressões mais nítidas foram jogadas para baixo do tapete, o discurso racista criminológico não poderia mais ser assumido de maneira aberta. Mesmo assim, seguiu vigoroso na orientação das práticas punitivas na direção dos corpos negros, pelo implícito do formalmente aceito, o subterrâneo das práticas inconfessáveis."

Enfim, como aduz Zaffaroni (2001, p. 40), mesmo não existindo uma formulação teórica latino-americana que explicite publicamente esta tese, expressa-se com sinceridade – mas em voz baixa – em quase todos os círculos acadêmicos que "a lei é boa para conter os excessos, mas só a lei não nos leva a nada porque não se pode acabar com os negros".

Portanto, o tecnicismo jurídico característico do Código Penal de 1940 demonstra que nenhuma mudança radical se operou em relação à seletividade do sistema punitivo brasileiro. Pelo contrário, apenas torna possível a constatação de que ele está *estruturalmente* montado para atuar de forma *seletiva*, uma vez que seus "órgãos executivos têm 'espaço legal' para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem" (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Em razão disso, pode-se asseverar, de acordo com Andrade (1997), que a tipificação da conduta delituosa não se exaure no momento normativo, nem tampouco a aplicação da norma ao caso concreto constitui um exercício de mera lógica formal; pelo contrário, a lei penal configura um marco abstrato de decisão dentro do qual as agências do sistema penal gozam de uma ampla margem de discricionariedade. Destarte, trata-se de suposição errônea aquela propalada pelo discurso jurídico-penal segundo a qual a prática da infração penal enseja a aplicação automática da pena, isto porque "entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc.), medeia um complexo e dinâmico processo de refração" (ANDRADE, 1997, p. 260).

Esta seleção *quantitativa* levada a cabo pelo sistema penal foi revelada principalmente a partir do novo papel relegado ao estudo das estatísticas criminais pela Criminologia Crítica, em especial no que tange à questão da criminalidade de colarinho branco e da cifra oculta da criminalidade. As estatísticas criminais sempre serviram como ponto de apoio das investigações criminológicas, uma vez que revelam a atividade da polícia, do Ministério Público, dos Tribunais e das instituições penitenciárias no "combate à criminalidade". No entanto, com a revelação da criminalidade de colarinho branco e da cifra oculta da criminalidade, passou-se a duvidar do valor de verdade das estatísticas criminais no que pertine à quantificação da criminalidade "real", afinal, constatou-se que "nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação" (ANDRADE, 1997, p. 262-263).

Assim, antes de se apresentarem como fonte de estudo da criminalidade em si, as estatísticas criminais transformaram-se em um hábil instrumento para a investigação da lógica do controle social levado a cabo pelo sistema penal, uma vez que, a partir da constatação de que elas representam a criminalidade – em especial aquela praticada por pessoas de alto prestígio social, ou seja, a de colarinho branco – de um modo muito inferior à sua cifra oculta, foi possível

demonstrar que as sobreditas estatísticas acabam por distorcer a distribuição da criminalidade nos grupos sociais. Em função disso, cria-se uma falsa impressão de que ela é um atributo exclusivo das classes menos privilegiadas, legitimando, consequentemente, a atuação do sistema penal sobre tais estratos sociais (ANDRADE, 1997).

Ademais, ao revelar que a criminalidade real é infinitamente superior àquela apontada pelas estatísticas criminais, o estudo da sua cifra oculta permitiu chegar-se à conclusão fundamental de que a imunidade e não a criminalização é a regra no funcionamento do sistema penal e que todos os princípios ou valores sobre os quais o sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça etc.) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados, razão pela qual estes argumentos passaram a ser largamente utilizados pelas correntes abolicionistas, para as quais um sistema que rege apenas casos esporádicos é absolutamente desnecessário (HULSMAN, 1993).

Além da seletividade *quantitativa* do sistema penal, que deriva justamente de sua incapacidade operacional de seguir a planificação do discurso jurídico-penal, pode-se falar também em uma seletividade *qualitativa*, ou seja, pautada pela "especificidade da infração e as conotações sociais dos autores (e vítimas), isto é, das pessoas envolvidas" (ANDRADE, 1997, p. 266).

Com efeito, o fato de a clientela do sistema penal brasileiro ser composta quase que exclusivamente por pessoas pertencentes aos estratos sociais economicamente hipossuficientes – o que leva Flauzina (2008) a falar na monotonia cromática das massas encarceradas e dos corpos caídos no rastro da intervenção do sistema punitivo – demonstra que existe não um processo de seleção de condutas criminosas, mas sim de pessoas que receberão o rótulo de "delinquentes". Tal seletividade qualitativa deve-se ao fato de que, em sociedades desiguais, os grupos detentores da maior parcela do poder possuem a capacidade de impor ao sistema uma impunidade praticamente absoluta das suas próprias condutas criminosas, visto que "os tipos penais têm uma relação direta com os bens jurídicos que as camadas dominantes da sociedade pretendem preservar" (STRECK, 1998, p. 37).

Dado o caráter seletivo com que se dá a atuação das agências que integram o sistema penal, pode-se afirmar que o seu exercício de poder visa, antes do combate à criminalidade, à contenção de determinados grupos humanos que, diante da configuração socioeconômica, traduzem-se em inconvenientes sociais. Essa seletividade é pautada em estereótipos que, geralmente associados às pessoas mais pobres, reforçam as desigualdades sociais, uma vez que operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeita-

bilidade dominante e em desvalor dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime (ou seja, das chamadas "classes perigosas") (ANDRADE, 1997).

Destarte, o etiquetamento do indivíduo enquanto delinquente está intrinsecamente relacionado à posição social por ele ocupada, de forma que, segundo a lição de Baratta (2000, p. 32):

"Las personas vulnerables y sin ningún poder social que sufren lesiones de sus derechos económicos y sociales (derechos 'débiles', como señala la teoría de los derechos fundamentales), por parte del Estado o de la sociedad, se convierten de tal modo en potenciales agresores de los derechos fuertes (integridad física, derecho de propiedad) de los sujetos socialmente más protegidos."

Do até aqui exposto, torna-se possível afirmar que, no Brasil, se pune não para defender a sociedade do mal representado pela criminalidade, através da prevenção geral ou especial de novas condutas delitivas, mas sim para se conformar cada estrato social no lugar que lhe é atribuído pelo sistema de produção vigente e o código social por ele instituído.

Portanto, o Código Penal de 1940, em vigor por mais de cinco décadas, traz consigo, por trás da máscara de "neutralidade" do tecnicismo jurídico, toda a carga de preconceito racial ínsita à sociedade brasileira escravocrata, o que se revela precipuamente com a seletividade criminalizante do sistema punitivo que a partir dele se estrutura.

E com as reformas neoliberais que se verificam na sociedade brasileira nas últimas décadas, essa seletividade assume proporções incomensuráveis, visto que, a partir delas, somam-se à população historicamente perseguida pelo sistema punitivo na condição de espólio da escravidão os contingentes populacionais que são banidos do mercado de trabalho e da sociedade de consumo porque não dispõem de meios de participação efetiva. Ou seja, são consumidores falhos para os quais só resta a segregação, tanto pela via da marginalização social e espacial, quanto por meio do encarceramento em massa e da eliminação pura e simples a partir da intervenção violenta do sistema punitivo.

Vislumbra-se, portanto, uma substituição do Estado keynesiano por um modelo de Estado que Wacquant (2007, p. 31) denomina de "neo-darwinista", uma vez que se baseia na competição e celebra a responsabilidade individual irrestrita, tendo como contrapartida a irresponsabilidade coletiva, ou seja, política.

Neste sentido, alerta Streck (2008) para as consequências nefastas do "enxugamento" do Estado Providência em decorrência do avanço das políticas neoliberais em países que, como o Brasil, não tiveram um modelo de Estado tal. Para o autor (2008, p. 25-26), em decorrência justamente da grande desigualdade social ainda existente no Brasil, apresenta-se o seguinte dilema:

"quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe"!

Diante do quadro que se apresenta, verifica-se uma verticalização crescente do tecido social, a partir da qual os setores hegemônicos tendem a se tornar cada vez mais ricos, uma vez que desfrutam das oportunidades disponibilizadas pela ampliação dos mercados, enquanto os estratos economicamente hipossuficientes mergulham cada vez mais na miséria, o que é agravado pelo fato de estarem destituídos de sistemas públicos de proteção social.

Tem-se, portanto, a marginalização social de grandes contingentes populacionais, o que se torna flagrante a partir da análise dos cinturões de pobreza das grandes cidades brasileiras, que dispensa maiores esforços no sentido de demonstrar que há um projeto de expulsão da pobreza dos centros urbanos.

A estética das grandes cidades brasileiras demonstra que enquanto os bairros centrais são valorizados e se transformam em objeto de investimentos urbanísticos, as áreas marginais são caracterizadas pela crescente degradação, transformando-se em áreas de "risco" responsáveis por gerar um crescente e difuso sentimento de medo. A ampliação do número de integrantes das "classes perigosas" em decorrência da pauperização e do enxugamento do Estado de Bem-estar – se é que é possível falar, no Brasil, em enxugamento de um modelo de Estado que nunca existiu –, e a sua acumulação em "áreas de risco", transforma-as em um "gigantesco Zumbi" – na expressão de Malaguti Batista (2003) – que assombra a "civilização", legitimando "a engenharia de um controle penal cada vez mais sofisticado" (FLAUZINA, 2008, p. 99).

Esse controle das classes perigosas por meio do Direito Penal rearma-se diante do processo de expansão vivenciado por esse ramo do Direito diante dos "medos" da contemporaneidade, muitos deles frutos justamente da pauperização decorrente do esvaziamento do conteúdo social do Estado.

Diante desse contexto, "concentrar o medo numa parte da população que pode ser nomeada, reconhecida e localizada é absolutamente estratégico", uma vez que "parece não haver alternativa na administração do medo privatizado que leve às suas causas reais, que são difusas e globalizadas" (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 97-98). Por isso, não causa espanto o fato de que, em uma sociedade como a brasileira, este "culpado" seja buscado dentre os setores subalternos, fonte inesgotável de insegurança desde os primórdios da história do País.

Surgem, portanto, a partir do quadro esboçado, as novas "classes perigosas" brasileiras, compostas por aquelas pessoas que, segundo Bauman (2009, p. 22), passam a ser:

"Consideradas incapacitadas para a reintegração e classificadas como *não-assimiláveis*, porque não saberiam se tornar úteis nem depois de uma 'reabilitação'. Não é correto dizer que estejam 'em excesso': são *supérfluas* e excluídas *de modo permanente* (trata-se de um dos poucos casos permitidos de 'permanência' e também dos mais ativamente encorajados pela sociedade 'líquida')."

São, portanto, os consumidores falhos os representantes atuais das classes perigosas, uma vez que são carecedores do dinheiro necessário para a inclusão e ao mesmo tempo criam uma demanda que não pode ser atendida de maneira lucrativa pela indústria do consumo, pois dependem de uma responsabilidade pública que cada vez mais se esvai. Ao passo que "os consumidores são os principais ativos da sociedade de consumo (...), os consumidores falhos são os seus passivos mais irritantes e custosos" (BAUMAN, 2005, p. 53).

A pobreza não configura mais uma reserva de mão-de-obra barata. Ela é uma massa de indivíduos sem destino, porque absolutamente inúteis. São seres supérfluos e a possibilidade de sua inclusão é remota, o que os transforma em fontes de riscos para os incluídos. Afinal, "num mercado totalmente organizado em torno da procura do consumidor", em um contexto social onde o que importa é "manter essa procura permanentemente insatisfeita", cria-se como critério de "reordenamento" social "a aptidão e a capacidade de consumo", razão pela qual os consumidores falhos passam a ser considerados enquanto "novos impuros". É por isso que eles precisam ser segregados, inocuizados, afastados dos consumidores, enfim, destituídos de poder, de forma a manter incólume a "pureza da vida consumista" (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 79).

Com isso, a fantasia absolutista de um controle absoluto dos corpos indóceis de que fala Neder (1995; 2007) é repristinada na contemporaneidade a cada intervenção do sistema penal brasileiro sobre sua clientela preferencial. Não se pode olvidar, que, dentre as estratégias de que lançam mão as sociedades contemporâneas para tratar aquelas situações e/ou condutas que consideram indesejáveis, ofensivas ou ameaçadoras à "ordem", identificadas por Wacquant (2007, p. 21) como sendo a *socialização*, a *medicalização* ou a *penalização* dos conflitos sociais, esta última serve como instrumento de encobrimento ou invisibilização dos problemas sociais a respeito dos quais o Estado já não pode mais ou não se preocupa mais em tratar de forma mais profunda. Por essa razão, como já afirmado no capítulo precedente, a prisão passa a servir como "lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado".

Há, portanto, uma relação de complementaridade entre a destruição do Estado Social – que no Brasil não passou de um mero simulacro, como aduz Streck (2008) – e a hipertrofia do Estado Penal. Para Malaguti Batista (2003,

p. 79-80), "as políticas de segurança 'tolerância zero' e suas versões miméticas tupiniquins são prova viva disso, na busca da ordem urbana contra a impureza dos camelôs, flanelinhas e mendigos".

Com efeito, há no Brasil um modelo de ordenamento social onde à delinquência levada a cabo pelas classes perigosas é atribuído o papel de criação de medo e insegurança e "isto significa construir um consenso social através do medo e da insegurança visando a adoção de políticas repressivas e opressoras contra as classes populares e segmentos não-privilegiados" (DORNELLES, 2008, p. 37-38).

É necessário, portanto, impor o medo do Direito Penal, uma vez que a partir do momento em que o Estado se exime de suas tarefas de agente social do bem-estar, abre-se a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação àquelas condutas transgressoras da "ordem" perpetradas pelos grupos que ameaçam esta "ordem". Outrossim, impõem-se iniciativas por parte do Estado que respondam às demandas das classes que se integram à esta "ordem" no sentido de se sentirem mais seguras em tal contexto (DORNELLES, 2008).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o medo é gerenciado pelo empreendimento neoliberal no sentido de criar um ambiente propício para uma atuação do sistema penal pautada na administração, controle e eliminação dos setores da população em desafeto com os interesses hegemônicos, viabilizando a reprodução das assimetrias estruturais inerentes à formação da sociedade brasileira (FLAUZINA, 2008).

Nesse sentido, na contemporaneidade, pode-se afirmar que no Brasil o "crime organizado" e o "tráfico" representam as justificativas ideológicas de todo um processo de reforma legislativa em prol do recrudescimento punitivo em face deste tipo de criminalidade. No entanto, o que ocorre na realidade é que dito recrudescimento punitivo não opera contra a macrocriminalidade, mas incrementa a persecução penal às classes populares. Como destaca Batista (2002, p. 148):

"O estatuto criminal da droga inventou um motivo fantasticamente plástico, capaz de substituir a guerra fria na realocação imperialista de continentes suspeitosos, capaz de conceder uma sobrevida à medicalização da conduta infracional que nem o positivismo criminológico mais estulto jamais imaginara, capaz de reinventar o sabá depois do iluminismo, porém principalmente capaz de alavancar doses gigantescas de vigilância e controle social penal sobre os filhos da pobreza, os únicos que se dispõem aos riscos letais que este comércio ilegal acarreta."

Assim, a partir da justificativa ideológica de combate ao "crime organizado" e ao "narcotráfico", o sistema punitivo busca inspirar a confiança dos setores

hegemônicos da sociedade, e, para isso, se rearma na "luta" contra seu alvo preferencial histórico, representado pelas classes subalternas, cujos contingentes crescem assustadoramente diante do avanço do neoliberalismo e da precarização das condições sociais decorrentes de um modelo de Estado cada vez mais cauíla em termos de bem-estar social.

Como destaca Baratta (2000), ao passo que o Estado deixa de garantir a segurança dos direitos de um certo número de "sujeitos" vulneráveis, pertencentes a grupos sociais marginais, a política criminal os reencontra como "objetos" de uma certa forma de política social, que não busca garantir seus direitos, mas sim reforçar a segurança de suas vítimas potenciais.

Hoje, como no período de implantação da ordem burguesa no País, as elites conservadores utilizam-se da disseminação do medo e da insegurança diante da possibilidade do "caos" representado pelo avanço do "crime organizado" e do "narcotráfico", para detonar estratégias de disciplinamento e neutralização das massas empobrecidas. O que interessava no período da implantação da ordem republicana no Brasil era reprimir a "vadiagem" para garantir que a ordem burguesa e a vontade das elites se concretizassem, diante do "medo branco" de uma possível insurreição escrava. Hoje, o que interessa é a manutenção do modelo neoliberal de ordenação da sociedade, e, para tanto, a repressão aos "traficantes" é a justificativa encontrada para a inocuização dos setores que ameaçam esse modelo, porque são absolutamente supérfluos e porque sua existência somente serve para onerar os cofres públicos.

Daí a afirmação de Malaguti Batista (2003) no sentido de que no Brasil as classes dominantes sempre se utilizaram do medo como estratégia para a derrota das forças populares, associando suas vitórias ao caos e à desordem. Para a referida autora (2005, p. 369):

"A difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de disciplinamento e controle das massas populares. O tipo de ordenamento introduzido pela escravidão em nossa formação sócio-econômica não foi abalado nem pelo fim da escravidão, nem pela República, nem na 'transição democrática' com o fim da ditadura militar implantada após o golpe de 1964."

Portanto, longe de corresponder à plataforma que a sustenta, qual seja, a perseguição dos grandes produtores e comerciantes dos produtos ilícitos, o tráfico de drogas é uma atividade que, por sua grande penetração no imaginário como atividade altamente reprovável, serve de sustentáculo ideológico para o avanço do controle penal sobre os alvos efetivos do sistema (MALAGUTI BATISTA, 2003). Com isso, o sistema penal brasileiro encontrou "efetivamente,

nesse domínio, a nova desculpa para prosseguir com a velha batalha" (FLAUZINA, 2008, p. 104).

Demonstra-se, assim, que o fato de o sistema penal brasileiro voltar-se majoritariamente contra os setores subalternos da população para reprimi-los e subjugá-los, infundindo-lhes o terror, serve para garantir a manutenção de uma ordem social pautada em uma rígida hierarquização. Nesse sentido, torna-se possível falar em uma construção imagética do terror da pena e dos agentes do sistema penal, tema objeto do tópico que segue.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: NOTAS SOBRE A CONSTRUÇÃO IMAGÉTICA DO MEDO DO DIREITO PENAL

A seletividade que pauta a atuação dos órgãos que integram o sistema penal brasileiro, conforme se procurou evidenciar nos tópicos precedentes, demonstra que a principal função por ele desempenhada na contemporaneidade não é diversa daquela que sempre desempenhou na sociedade brasileira: servir como instrumento de controle e de disciplina das classes subalternas, infundindo-lhes terror, de forma a preservar a segurança e os interesses das classes hegemônicas.

Nesse sentido, torna-se possível também a afirmação de que a difusão contemporânea de imagens de "caos urbano" e de "guerra social generalizada", principalmente pelos meios de comunicação de massa, está associada à necessidade da classe hegemônica exercer o seu poder de dominação das classes subalternizadas. Quer dizer, a hegemonia depende da criação de uma atmosfera de medo dos "pobres", dos "criminosos", dos "negros favelados", enfim, depende da criação da imagem das "classes perigosas", dos "inimigos internos", de forma a justificar, no bojo do discurso do paradigma da segurança cidadã, a necessidade de o sistema punitivo se "rearmar" de forma a manter um controle eficiente sobre essa clientela.

A propósito, deve-se levar em consideração o fato de que, como nos lembra Bauman (2009, p. 55), "o 'capital do medo' pode ser transformado em qualquer tipo de lucro político ou comercial", uma vez que "a exposição das ameaças à segurança pessoal é hoje um elemento determinante na guerra pelos índices de audiência dos meios de comunicação de massa (incrementando assim o sucesso dos dois usos, político e mercadológico, do capital medo)".

Dois casos amplamente divulgados pela imprensa nacional servem para ilustrar a forma seletiva e truculenta como o sistema punitivo age em relação aos espólios da escravidão. O primeiro deles refere-se ao caso dos dois irmãos

adolescentes negros William e Cristian Flores, de 17 e 24 anos, respectivamente que, ao se encaminharem ao local onde prestariam o vestibular para o curso de Engenharia Mecânica na UFRGS, em Porto Alegre, decidiram, a dois quarteirões do prédio, correr para evitar um atraso, uma vez que faltavam poucos minutos para o fechamento dos portões. No entanto, por pertencerem a uma classe considerada "suspeita" e "perigosa" – leia-se: homens adolescentes negros –, no meio do caminho os irmãos foram detidos por três policiais armados, em função do fato de estarem correndo, razão pela qual perderam a prova do vestibular (PETRY, 2005).

Um segundo exemplo, que também constitui um perfeito retrato desta seletividade do sistema punitivo brasileiro, aliada ao tecnicismo jurídico com que se dá a atuação dos seus agentes, encontra-se no documentário *Justiça* (2004), da diretora Maria Augusta Ramos. Na primeira e impactante cena do filme, a câmera posicionada em uma sala de audiência do Foro Central do Rio de Janeiro presencia um interrogatório cujo "roteiro" parece ter sido concebido por Kafka. O réu, em uma cadeira de rodas, uma perna amputada e a outra seriamente comprometida "por um problema nas artérias", responde às perguntas do juiz, atônito diante da acusação pela prática de furto mediante escalada (!). O fato de ter sido preso em "flagrante" pela polícia torna despiciendo afirmar que o acusado se trata de um homem jovem, pobre e negro, que estava passando pelo local onde três "elementos" – essa é a expressão utilizada pelo próprio réu – haviam acabado de furtar uma residência. Ou seja, era muito provável para os agentes policiais que um homem jovem, pobre e negro, ainda que preso a uma cadeira de rodas, fosse o autor do crime de furto qualificado pela escalada do muro da residência.

O juiz, na referida cena, do alto da sua torre de marfim – na expressão de Batista (2002) –, após interromper arbitrariamente a narrativa do réu com um sinal de "pare" com a mão esquerda e um lacônico "tá bom", dita para o escrevente a "versão oficial dos fatos" que integrará os autos do processo. Após perguntar ao acusado "o que você faz da vida", o magistrado traduz a trágica história do acusado, permeada por arbitrariedades e violência policial, da seguinte forma: "que não é verdadeira a acusação (ponto e vírgula) que não praticou o fato narrado na denúncia (ponto e vírgula) que não conhecia os três elementos que passaram correndo."

E o encerramento apoteótico da cena, antes de aparecer com letras garrafais no centro da tela a palavra que dá nome ao documentário, ocorre quando o juiz finalmente se dá conta da situação do acusado: ao pedir ao magistrado "autorização" para transferência para um hospital, visto que estava em uma cela superlotada (79 presos) do "xadrez", onde sequer conseguia evacuar sem

ser humilhado pelos companheiros de cela – porque precisava se arrastar pelo chão –, o réu é inquirido pelo juiz: "o que você tem, tá doente?". Após tomar ciência do estado de saúde do réu – e mais: saber que ele já se encontrava naquele estado quando da sua prisão em "flagrante" – o juiz salienta a necessidade de recomendação médica para que ele possa deferir a requerida remoção para um hospital, premiando os espectadores com a frase: "isso é assunto médico, não é assunto de juiz".

Os referidos exemplos servem para demonstrar que a construção de estereótipos e a criação de uma atmosfera de medo ao seu redor configura um instrumento de criação de consenso em torno das práticas do bloco dominante do poder, que permite a reprodução, no marco da escala de valores dominantes, das relações de (re)produção do *status quo* social brasileiro. Trata-se de um discurso que parte da ideia da existência do "caos", apontando para a necessidade de restabelecimento da "ordem", colocando como pressuposto para a consecução deste objetivo a "guerra" contra os responsáveis pela desordem.

E, em um ambiente de "guerra", concessões à violência do Estado contra os "inimigos" são feitas, o que leva Copetti (2000, p. 66) a asseverar que:

"As lesões, os homicídios, as sevícias, os tormentos, as torturas, os castigos físicos, as violências sexuais, praticadas quando os perseguidos encontram-se nas mãos do Estado, revelam a existência de uma violência institucionalizada, cujo ocultamento torna-se cada vez mais uma atividade de extrema dificuldade para os componentes do *establishment* estatal penal. Dentre estes fatos, o mais notório é a morte, e a deslegitimação do discurso e do sistema penal por ele proporcionada ultrapassa os limites teóricos, não só pela sua fácil percepção, mas, principalmente, porque atinge diretamente a consciência ética humanista."

Em um contexto tal, assevera Batista (1997a, p. 129), torna-se possível falar em uma "política criminal com derramamento de sangue", afinal, quando se constata que a polícia executa, mensalmente, um número constante de pessoas, bem como que ditas pessoas possuem uma mesma extração social, faixa etária e etnia, "não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado".

Efetivamente, os setores estigmatizados da população brasileira são as principais vítimas das políticas de "lei e ordem" e de "caça ao inimigo", o que resta claro a partir da forma como ocorrem as incursões policiais nos bairros populares e o clima bélico que lhes subjaz, tornando possível equipará-las às invasões militares contra um território estrangeiro ou uma zona de guerra. Por

meio dessas operações policiais, o Estado busca reafirmar sua autoridade com intensidade, e para esse objetivo vale tudo: tropas derrubando portas de casas e intimidando seus moradores ao atirar indiscriminadamente, escolas fechadas, humilhações públicas e prisões ilegais, execuções sumárias, restrições arbitrárias à livre circulação etc., tudo ao som de "cânticos de guerra" do tipo daqueles entoados pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia carioca, trazidos ao conhecimento do "grande público" por Soares et al (2006, p. 8):

> "Homem de preto,
> Qual é sua missão?
> É invadir favela
> E deixar corpo no chão.
> Alegria, alegria,
> Sinto no meu coração,
> Pois já raiou um novo dia,
> Já vou cumprir minha missão.
> Vou me infiltrar numa favela
> Com meu fuzil na mão,
> Vou combater o inimigo,
> Provocar destruição."

Diante deste contexto, Neder (1994) salienta que a difusão de imagens do terror como espetáculos de sangue é fundamental para a disseminação do medo. Para a referida autora (1994), o sistema penal brasileiro sempre trabalhou com a produção imagética do terror, o que pode ser visto como uma "bagagem" das imagens de morte e terror trazidas pela Inquisição ibérica.

Essas imagens constroem alegorias do poder que garantem uma forma de organização social rígida e hierarquizada, na qual "as classes subalternas mais que compreender, a nível da razão, foram (e seguem sendo) levadas a ver e a sentir o seu lugar na estrutura social" (NEDER, 1994, p. 9). Quer dizer, alegorias do poder são construídas por meio das imagens para difusão de medo e terror. E é justamente em virtude disso que "os novos inimigos da ordem pública (ontem terroristas, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte" (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 84).

Neder (1994, p. 20) faz uma interpretação analógica entre os efeitos de internalização ideológica da teatralidade do poder nas praças públicas – a exem-

plo dos autos de fé da Inquisição – com o papel desempenhado na contemporaneidade pela imprensa sensacionalista que explora, estampando-o em bancas de jornal, o terror dos corpos mutilados:

"Se os autos-de-fé constituíram-se em momentos de purificação da fé, representavam também situações onde expunham-se as atrocidades possíveis de serem praticadas (mutilações, fogueiras etc.) geralmente contra grupos étnico-culturais marginalizados, excluídos (judeus, hereges e bruxas). Presentemente, pensamos que à medida em que as estratégias de controle social autoritárias, que organizavam o *modus vivendi* na cidade e o *modus operandi* nas instituições de controle social formal (Polícia e Justiça), vêm-se esgotadas com o alargamento das conquistas democráticas, esta imprensa sensacionalista está a cumprir um papel inibidor-repressivo, exibindo um horror cotidiano. Com a produção imagética do terror apresentando diariamente mutilações e com a presença de um discurso minudente, detalhista, das atrocidades sofridas pelo 'condenado', a *banca de jornal* como a *praça* oferece às classes subalternas, comprovadamente consumidoras preferenciais desta imprensa sensacionalista (de mau gosto para as elites), elementos de controle social informal, de alguma forma eficaz."

Se as classes subalternas vêm avançando e ocupando os espaços públicos destinados somente aos "incluídos", é necessário impor limites, mostrar a que elas estão sujeitas caso insistam em ultrapassar as fronteiras socialmente instituídas, enfim, mostrar-lhes que seguem rígidas as barreiras da hierarquização social.

A imposição do medo do Direito Penal cumpre, portanto, com essa função, diante de uma realidade social pautada por aquilo a que Bauman (2009) denomina de "mixofobia" – medo de misturar-se –, muito bem ilustrada, no Brasil, a partir de episódios como os famosos "arrastões" nas praias cariocas na década de 1990, assim como de fatos isolados e *sui generis*, como, por exemplo, a "invasão" de um *shopping center* carioca por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto no ano 2000.[1] A forma como ditas "invasões" desses espaços "seguros" destinados aos "consumidores" foram tratados pelas autoridades de segurança e pela mídia é um exemplo de como o sistema penal reage diante de eventuais afrontas à ordem pelas classes subalternas, impondo-lhes o medo como forma de mantê-las no lugar que lhes foi destinado pela estrutura social.

1. Para uma visão mais completa de como ditos episódios foram tratados pela mídia e pelo sistema punitivo, ver Malaguti Batista (2003).

Da mesma forma, eventos como aquele que ficou conhecido como o "Massacre do Carandiru", em 1992, que resultou na morte de 111 presos da casa de Detenção de São Paulo, e as recentes e constantes invasões de favelas cariocas em nome da "guerra contra os traficantes", demonstram que a violência e a truculência por parte dos agentes do sistema penal são legitimadas quando se trata de imposição da "ordem" às classes subalternas.

E o espetáculo produzido pela mídia em torno do terror produzido pelo sistema penal diante desses casos serve para produzir efeitos de intimidação e desmobilização política sobre essa população, razão pela qual a mídia pode ser vista, no Brasil, como um grande instrumento de propaganda do sistema penal, sendo, portanto, elemento indispensável para o seu exercício de poder.

Desse modo, trabalhando com o "capital do medo", os meios de comunicação de massa são responsáveis pelo desencadeamento de campanhas de "lei e ordem" sempre que o poder configurador do sistema punitivo encontra-se ameaçado.

Assim, ao demonstrar às classes subalternas aquilo a que elas estão sujeitas, o sistema punitivo, por meio de um "ritual de reforço"[2] que inclui a sua divulgação *ad nauseam* pela mídia, traz às consciências populares as diferenças necessárias às rotinas sociais em situações em que a igualdade é intolerável (DAMATTA, 1997).

Se se acredita que existe uma "ordem" de verdade na qual cada um tem o seu lugar social demarcado, a produção imagética do terror do Direito Penal acaba por revelar sua real e repugnante função: perseguição, controle e estigmatização das camadas subalternas da população.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 29. p. 27. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.

2. Para Damatta (1997), os ritos de ordem ou de reforço são aqueles em que são celebradas relações sociais, mantendo-se suas diferenças e hierarquias. Tais rituais reforçam de forma taxativa quem são os atores e espectadores, e não há a menor possibilidade de troca de lugares.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. vol. 20. p. 129. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997a.

_____. Os sistemas penais brasileiros. In. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002. vol. 1.

_____. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 4. p. 145-154. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997b.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial*. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

_____. *Trabalho, lar e botequim: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da* belle époque. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2001.

COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 28. reimp. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

Justiça. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: Luís Vidal, Niek Koppen, Jan de Ruiter e Renée Van der Grinten. Edição: Virgínia Flores, Maria Augusta Ramos e Joana Collier. 2 DVDs (100 min.). São Paulo: Mais Filmes, 2004.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Você tem medo de quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 53. p. 367. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2005.

NEDER, Gizlene. Cultura, poder e violência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*. n. 1. p. 17-30. São Paulo, 2009.

_____. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995.

_____. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Em nome de Tânatos, aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: _____. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

_____; Cerqueira Filho, Gisálio. *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PETRY, André. Negro correndo? É ladrão... 2005. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/260105/andre_petry.html]. Acesso em: 02.06.2010.

SOARES, Luiz Eduardo; Batista, André; Pimentel, Rodrigo. *Elite da tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. 3. ed. rev. e ampl. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. 13. reimp. Trad. José Medina Echavarría e outros. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo, de André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – *RBCCrim* 87/277; e
- O papel do medo no e do direito penal, de André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – *RT* 888/440.