

# Projeto de lei “anticrime”: a retomada do arbítrio judicial<sup>(1)</sup>

Adriano Antunes Damasceno e Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes

**Resumo:** Esta breve análise tem como foco a pretensão do chamado “projeto anticrime” de “combater” o fenômeno da criminalidade por meio de alterações nos códigos que servem de estrutura para o sistema penal brasileiro: o Código Penal e o Código de Processo Penal. Pretende-se demonstrar, levando-se em conta que a dogmática jurídica não se encontra descolada de seu tempo e dos discursos transversais que a sustentam, que a proposta legislativa reforça um tema fundante do tecnicismo jurídico brasileiro: o arbítrio judicial.

**Palavras-chave:** Projeto anticrime. Autoritarismo. Tecnicismo jurídico. Arbítrio judicial.

O chamado projeto de lei anticrime tem o objetivo de enfrentar duas questões sensíveis: a criminalidade e a corrupção. Pretende fazer isso a partir de alterações legislativas. Dentro desse discurso mais amplo, esta breve análise tem como foco a pretensão do projeto de “combater” o fenômeno da criminalidade por meio de alterações nos códigos que servem de estrutura para o sistema penal brasileiro: o Código Penal e o Código de Processo Penal. Pretende-se demonstrar, levando-se em conta que a dogmática jurídica não se encontra descolada de seu tempo e dos discursos transversais que a sustentam, que a proposta legislativa reforça um tema fundante do tecnicismo jurídico brasileiro: o arbítrio judicial.

Demarcados os objetivos e a forma como se pretende alcançá-los, é preciso destacar a estreita relação entre o Código Penal e o Código de Processo Penal. Trata-se de dois grandes textos normativos que refletem a primeira materialização ideológica do pensamento político autoritário brasileiro, o Estado Novo (1937-1945), marcado pela aversão a um arquétipo de democracia liberal cujas características podem ser resumidas na separação de poderes e na constitucionalização de direito individuais.

Os Códigos Penal e de Processo Penal são um retrato fiel de seu tempo. Um retrato fiel do pensamento político autoritário brasileiro assumido pelo Estado Novo. São uma nítida manifestação das pretensões técnicas lançadas sobre a legislação no âmbito punitivo. Em entrevista concedida logo após o golpe que instalaria o Estado Novo em 1937, **Francisco Campos** destaca que a legislação deveria ser vista como uma grande “*técnica de controle da vida nacional*” e que, portanto, não poderia ser vista pelo seu caráter político. Não se tratava de algo inédito. A existência de conselhos técnicos, quando ligados ao legislativo, dotava aqueles de funções essencialmente consultivas. No Estado Novo, entretanto, assim como já havia ocorrido na Itália fascista, vinculados ao Executivo, sua função era substituir o processo parlamentar. Em suma, os projetos eram elaborados pelos próprios conselhos técnicos, cabendo ao Executivo acolhê-los e promulgá-los via decretos-lei.<sup>(2)</sup>

Além desses influxos autoritários, os códigos brasileiros sofrem uma notável influência do tecnicismo jurídico italiano,

**Abstract:** This brief analysis focuses on the claim of the so-called “anti-crime project” to “combat” the crime phenomenon through changes in the codes that serve as a framework for the Brazilian criminal system: the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. It is intended to demonstrate, taking into account that the legal dogmatic is not detached from its time and the transversal discourses that supports it, that the legislative proposal reinforces a fundamental theme of the Brazilian legal technicism: the judicial arbitrary.

**Keywords:** Anticrime project. Authoritarianism. Legal technicism. Judicial arbitrary.

pragmaticamente acolhido pelo regime fascista, e que tinha como objetivo central se afastar do positivismo que incorporava ao Direito Penal aspectos antropológicos e sociológicos com o fim de garantir-lhe um status científico. As críticas do tecnicismo jurídico à Escola Positiva podem ser sintetizadas na afirmação de **Arturo Rocco**<sup>(3)</sup> de que os positivistas haviam criado um Direito Penal sem Direito Penal. O propósito dessa afirmação pode ser resumido na tentativa de criar um Direito Penal científico e neutro, afastado das questões políticas.

Como não poderia deixar de ser, o tecnicismo jurídico passa ao largo do que propõe. Sua relação com o fascismo na Itália e de sua vertente brasileira com o Estado Novo já se mostrariam suficientes para confirmar isso. Mesmo do ponto de vista da construção do saber penal, o tecnicismo jurídico se firma a partir de uma relação de continuidade com o positivismo jurídico e não de ruptura como pretende.

No caso brasileiro, essa relação de continuidade pode ser vista na presença de dois defensores de pensamentos antagônicos – mas não inconciliáveis – nas comissões responsáveis pela elaboração dos códigos: **Nelson Hungria** e **Roberto Lyra**. **Lyra**, árduo defensor do positivismo jurídico, argumentava que salvo no que diz respeito ao criminoso nato e à responsabilidade penal do criminoso louco, tudo quanto sustentado pela escola positiva continuava de pé.<sup>(4)</sup> Já **Nelson Hungria** defendia que uma “*autêntica ciência jurídico-penal*” não poderia ter por objeto indagações experimentais em torno da criminalidade e sim a construção do Direito Penal por meio de normas legais.<sup>(5)</sup>

Analisando-se os códigos, percebe-se que a oposição entre o pensamento de **Nelson Hungria** e **Roberto Lyra** tem caráter secundário quando se observa a normatização de postulados positivistas e os fins implicados a partir de uma retórica do equilíbrio, que já havia entrelaçado positivistas e tecnicistas na Itália<sup>(6)</sup> e é assumida expressamente na exposição de motivos do Código de Processo Penal, por exemplo.

O arbítrio judicial é um ponto central nesse processo de codificação, marcado pela fusão entre positivismo e tecnicismo. **Narcelio de Queiroz**<sup>(7)</sup> afirma que o Código de Processo Penal não poderia ficar alheio ao amplo arbítrio conferido ao juiz pelo Código Penal. Diferente do que ocorrera no regime

nazista ou do que havia proposto **Maggiori**<sup>(8)</sup> sem sucesso na Itália, o arbítrio judicial no Direito Penal continuava vedado em relação às incriminações e sanções penais, mas seria uma exigência em relação à aplicação da pena, como sustenta **Nelson Hungria**.<sup>(9)</sup>

Em relação à aplicação da pena, o Código Penal tentava se afastar a um só tempo da escola clássica e da escola positiva, a quem atribuía um individualismo hipertrofiado e o erro de afastar a gravidade do crime na aplicação da pena, respectivamente.<sup>(10)</sup> Entretanto, o que essa posição demonstrava, sem preocupação em escamotear, era a assunção dos postulados positivistas que interessavam. O foco na figura do “delinquente” não era afastado pelo tecnicismo brasileiro. Ao revés, deixava-se mais clara a opção pela defesa social contra a figura do “criminoso”. O que se afastava era tão somente a catalogação antropológica, substituindo-a pela subjetividade de quem julga. Tratava-se, na verdade, de um positivismo sem qualquer pretensão de racionalidade.

A própria exposição de motivos do Código Penal assenta que para a individualização da pena não era necessário prévia catalogação de espécies de “criminosos”, desde que fosse conferido “*um amplo arbítrio a aplicação das sanções penais*”.<sup>(11)</sup> Em termos semelhantes, **Nelson Hungria** defendia na aplicação concreta da pena uma individualização “experimental” do juiz, objetiva e subjetiva a um só tempo.<sup>(12)</sup>

O arbítrio judicial do Direito Penal articula-se em sintonia com o arbítrio judicial garantido pelo Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à liberdade probatória e de julgamento. O processo penal brasileiro traz um juiz “plenipotenciário”, a quem cabe tanto a iniciativa quanto a intervenção em relação às diligências e provas sem caráter preclusivo, até a proclamação da sentença.<sup>(13)</sup>

Trata-se de uma legislação que acolhe, nas palavras de um de seus autores, um juiz que tem a liberdade de apreciar livremente tanto as provas quanto as definições jurídicas. O juiz é órgão dotado de “plenitude jurisdicional”, o que significa condenar ainda que haja pedido de absolvição ou aplicar penas mais graves que as postuladas.<sup>(14)</sup>

Voltando ao projeto de “lei anticrime”, o que se observa é uma manifesta retomada do arbítrio judicial nos moldes positivistas que sustentaram a estrutura originária dos Códigos Penal e de Processo Penal. Tome-se como referência a proposta de acréscimo de um parágrafo único ao artigo 59 do Código Penal, que confere ao juiz a possibilidade de fixar período mínimo de cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto antes da progressão sem qualquer parâmetro objetivo, apontando como elementos de justificação os mesmos conceitos jurídicos indeterminados da redação originária do art. 52 do Código Penal e mantidos no atual art. 59.

À primeira vista, pode-se sustentar que, em relação à liberdade probatória, o arbítrio permanece sem grandes modificações. Não obstante, um olhar mais atento leva à conclusão de que, para muito além do autoritarismo que marca a redação originária do Código de Processo Penal, o projeto prevê um verdadeiro giro, pois termina por tentar introduzir no processo penal brasileiro, já pouco preocupado com as questões epistêmicas, a condenação sem qualquer relação com as provas, a partir do chamado Direito Penal negocial.

O que se observa, portanto, é que o arbítrio judicial como modo de atuação reitor do sistema penal brasileiro em detrimento de direitos individuais constitucionalmente assegurados, como a ampla defesa e a presunção de inocência, não é novidade. A pretensão “técnica” do projeto resvala no já conhecido pensamento autoritário brasileiro e no tecnicismo jurídico manziniiano assumidamente fascista e que muitos inspirou no Brasil. Mais que uma conclusão, entretanto, necessária uma indagação. Dado o contexto narrado, qual foi a utilidade do arbítrio judicial no cumprimento das promessas formuladas desde 1940 quanto ao “combate” à criminalidade e à “extirpação” dos criminosos?

## Notas

- (1) Parte das ideias desenvolvidas no texto fazem parte de pesquisa de tese de doutorado desenvolvida pelo primeiro autor junto ao programa de pós-graduação em Direito da FND-UFRJ.
- (2) SONTAG, Ricardo. *Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, técnicação da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria*. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. 1998. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). 332 f. Instituto de filosofia e ciências humanas, Unicamp, Campinas, 1998. p. 43-44.
- (3) ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis S.A., 2009. p. 6.
- (4) LYRA, Roberto. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntinho, 1936. p. 80.
- (5) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. I. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 97.
- (6) GLOECKNER, Ricardo J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 377.
- (7) Queiroz, Nercelio de. O novo código de processo penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 458-467. mar. 1943. p. 458.
- (8) MAGGIORI, Giuseppe. Diritto penale totalitario nello stato totalitario. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, XI, p. 140-161, 1939.
- (9) HUNGRIA, op. cit., p. 10.
- (10) HUNGRIA, op. cit., p. 101.
- (11) CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos acerca do projeto definitivo do código penal vigente. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. I. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 266.
- (12) HUNGRIA, op. cit., p. 101-102.
- (13) LYRA, Roberto. Introdução ao estudo do direito penal adjetivo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1995. p. 1576.
- (14) LYRA, op. cit., p. 1577.

**Adriano Antunes Damasceno**

Doutorando em Direito pela FND/UFRJ.

Mestre em Direito e Instituições do

Sistema de Justiça pela UFMA.

Professor da UEMA e da UNDB (licenciado).

Defensor Público – DPEMA.

ORCID: 0000-0002-2103-8863

adridamasceno@yahoo.com.br

**Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes**

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Especialista em Direito Penal Econômico pela

Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

ORCID: 0000-0001-5256-1297

carloshmendes@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 13.03.2019

Versão final: 18.07.2019