

Editorial

Caminhando contra o vento

Há cinquenta anos os militares tomavam o poder de João Goulart e instalavam um governo ditatorial no Brasil. Conquanto este cinquentenário não seja uma data digna de comemoração, também não pode deixar de ser lembrado, porque traz consigo lições que precisam ser revistas por um país que pretende consolidar-se como Estado Democrático de Direito.

O golpe, que teve intenso apoio de setores conservadores da sociedade brasileira, ensinou a supressão de liberdades individuais e de garantias processuais e institucionalizou a tortura, o assassinato, o estupro de civis e diversas outras formas bárbaras de lidar com o *inimigo interno*, tudo quase sempre abafado por um Estado que, de um lado, negava a independência funcional a seus juízes e aparelhava o sistema policial para agir de forma abominável e, de outro, tinha o apoio da grande mídia e calava o jornalismo que ousasse denunciar suas mazelas. Após muitos anos de autoritarismo institucionalizado, os movimentos sociais e a luta popular levaram às eleições diretas, não sem antes se frustrarem com uma anistia costurada para impedir a responsabilização de agentes do Estado e com a não aprovação da Emenda Dante de Oliveira (PEC nº 5/1983). Em fins da década de 1980, a Assembleia Constituinte foi instalada e o processo de democratização político foi formalizado.

Os ventos liberais, portanto, passaram a soprar no governo brasileiro. Surpreende, todavia, observar que, embora a abertura política tenha sido levada a cabo e a Constituição cidadã tenha sido promulgada, resquícios autoritários ainda são encontrados no sistema punitivo brasileiro em enorme medida. A repressão e o recrutamento da atuação estatal não apenas são constatados, mas são desejados pela população inflamada pela mídia sensacionalista que tenciona legitimar o autoritarismo. A organização de uma nova edição da Marcha da Família vem corroborar essa impressão.

Desde 1990, quando da promulgação da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), trilha-se o caminho diametralmente oposto ao que parecia ser a tendência no final do regime militar, uma vez que em 1984 a Lei 7.209 introduzira penas restritivas de direito com o escopo de promover o desencarceramento. Agora, observa-se a expansão desmesurada do Direito Penal, com a criação de tipos sem atenção à subsidiariedade da resposta punitiva, às exigências de segurança jurídica que devem consubstanciar, e tampouco à proporcionalidade das penas. Isso sem mencionar a supressão legal e jurisprudencial de direitos e garantias processuais, especialmente no que tange à execução penal.

Inúmeros exemplos demonstram que o sistema penal caminha contra o vento democrático. Em primeiro lugar, as alterações promovidas na Lei de Crimes Hediondos foram, muitas vezes, desnecessárias e mera reação ao clamor popular sobre fatos de repercussão mediática. No Projeto de Novo Código Penal também houve a tentativa de criação de delitos independentemente da necessidade de intervenção criminal, e se mantém e se incrementa o paradigma falido da prisão como

pena para todo e qualquer delito. Isso sem falar das inúmeras vezes em que se cogita reduzir a maioria penal. Ainda, recentemente, foi apresentado Projeto de Lei para definir o crime de terrorismo, o qual propõe um tipo indevidamente aberto com o claro objetivo de conter manifestações políticas na Copa do Mundo que se aproxima e, se aprovado, prestar-se-á a toda sorte de repressão indevida à dissidência política e mesmo a movimentos sociais constitucionalmente legítimos.

Ao lado da inflação de normas punitivas, observa-se o desenvolvimento do processo penal de emergência. Sob a alegação de proteção da sociedade contra a criminalidade complexa e organizada, direitos e garantias individuais sofrem limitações em investigações, processos e execuções de penas em casos especiais. No Brasil, o maior ícone desse processo foi a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, no ano de 2003, mas diversos outros diplomas trouxeram inovações com vistas a aumentar a efetividade da persecução penal em face dos *inimigos* estatais de ocasião, tendendo-se como justificativa a necessidade de reprimir grupos criminosos que nasceram e se desenvolveram graças à omissão estatal dentro de suas próprias instituições, como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital. Exemplos recentes são a possibilidade de se instituir um colegiado de juízes para julgamento de organizações criminosas (Lei 12.694/2012) e o ataque à independência judicial no Estado de São Paulo promovido pela Lei Complementar 1.203/12, por meio da afronta à garantia à inamovibilidade dos magistrados.

Pior ainda é pensar na frequência com que se obtêm confissões e delações de cidadãos sob tortura em dependências policiais em todo o país, bem como nas execuções extrajudiciais cotidianas que fazem das polícias de São Paulo e Rio de Janeiro as mais violentas de todo o planeta.

A História é pendular e, após o período ditatorial, foram esculpidos na Constituição Federal direitos e garantias individuais para proteger os cidadãos do arbítrio estatal. A prática não pode ser diferente no que tange à persecução criminal: processo penal eficaz é aquele que produz resultado justo com a devida aplicação das garantias na maior medida possível, de modo que o garantismo integra a eficácia do sistema penal e não pode ser deixado de lado.

O ideal de justiça retributiva que vem sendo defendido pelos meios de comunicação e por parcela da população tem servido de apoio ao autoritarismo estatal no âmbito penal, alastrando-se para outros setores do Estado e da sociedade. Passados 50 anos do malfadado golpe militar e quase 30 de regime formalmente democrático, é imprescindível estarmos atentos não só aos avanços como, também, aos retrocessos ocorridos, de modo a continuarmos a caminhada por uma sociedade mais humana, justa e solidária. Assim, antes que seja tarde, é função do IBCCRIM alertar sobre o inadequado uso dos instrumentos punitivos, em defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito que vem sendo conquistado a duras penas.

| Editorial

Novo Manifesto dos Criminalistas Brasileiros contra o PLS 236/12: oposição democrática contra o absurdo codificado _____ 2

Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades
John Zuluaga _____ 3

Punir ou não punir? Algumas pontes entre a justiça de transição e as críticas ao direito penal
Renan Honório Quinalha _____ 4

Quadrilha e afins: da parcimônia ao exagero
Euro Bento Maciel Filho _____ 7

Além das vitrines: reflexões sobre o rolezinho
Rafael Folador Strano _____ 9

Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro
José Danilo Tavares Lobato _____ 10

Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico
Bruno Tadeu Buonicore
David Leal da Silva _____ 12

Delinquência juvenil e suas causas sociais: a teoria da anomia no cenário brasileiro
Patrícia Alcalde Varisco _____ 13

In dubio, pobre do réu
Israel Domingos Jorio _____ 14

Rachel Sheherazade e o "Coitadismo Penal"
Rafael Barros Bernardes da Silveira _____ 15

| Com a palavra, o Estudante

Hans Welzel e a modernização do Direito Penal
Pedro Augusto Simões da Conceição _____ 17

| Descasos

Raimunda
Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal Regional Federal da
3.ª Região _____ 1741
Tribunal de Justiça do Estado do
Rio Grande do Sul _____ 1745

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1746
Superior Tribunal de Justiça _____ 1747
Tribunal Regional Federal _____ 1747
Tribunal de Justiça _____ 1748

Nota da Diretoria: o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais manifesta o mais profundo pesar pelo falecimento do Desembargador **Adauto Suannes**, seu ilustre sócio-fundador e um dos principais inspiradores do trabalho das diferentes gerações de colaboradores e diretores que passaram pelo IBCCRIM em seus 22 anos de história.

Brilhante magistrado e escritor, humanista de rara erudição e sensibilidade, **Adauto Suannes** é responsável por algumas das mais notáveis decisões da Justiça paulista nas últimas décadas, as quais, ao lado de seus escritos, conferências e outras tantas lições, seguem a motivar-nos na incessante luta por um direito penal e processual penal democrático e garantidor das liberdades públicas consagradas pela Constituição Cidadã.

Novo Manifesto dos Criminalistas Brasileiros contra o PLS 236/12: oposição democrática contra o absurdo codificado

Os Professores, Magistrados, Advogados, Defensores, membros do Ministério Público e Juristas que abaixo subscrevem, na ocasião da homenagem à vida e obra do eminente Doutor e Juiz da Corte Constitucional Alemã Winfried Hassemer, em Congresso realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, nos dias 20 e 21 de março de 2014, manifestam seu veemente e inequívoco repúdio ao texto revisado do Projeto de Lei 236, objeto de Parecer de autoria do Senador Pedro Taques, cujo conteúdo é absolutamente incompatível com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O texto que precedia a revisão, produto dos esforços da chamada “Comissão Sarney”, foi, desde cedo e merecidamente, criticado por criminalistas de todo o país, especialmente por suas grosseiras deficiências técnicas, em boa medida determinadas pelo Programa de Política Penal que tem por base, tão conhecido quanto atrasado.

Na tentativa de salvar um Projeto de Lei além de qualquer possibilidade de salvação e após sucessivos encontros com especialistas em Direito Penal, o trabalho de revisão coordenado pelo mencionado Senador vem agora a público e surpreende ao manter inalterado ou mesmo promover e incrementar seus vícios primitivos mais evidentes. Nesse sentido, ao contrário do que afirma, o texto não constitui a síntese das críticas e colaborações científicas que lhe foram dirigidas.

Nele se descobre, infelizmente e mais uma vez, que a classe política brasileira é carente da mínima informação científica em matéria criminal, impedindo qualquer elogio dogmático ao texto. Alguns pontos são graves: no que se refere à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, o texto adota a ultrapassada “teoria da indiferença”, superada há mais de 100 anos e historicamente resgatada pelos juristas nazistas para facilitar a imputação dolosa contra os “inimigos” da “comunidade do povo”, tragédia que agora corre o risco de se repetir como farsa. Mas a filiação a categorias privilegiadas por fascistas – justificada porque “mais precisa”, segundo os termos do Parecer – está longe de esgotar seu conteúdo antidemocrático. De fato, o mesmo se pode dizer em relação à definição de autoria, em que se pretende incorporar a chamada “teoria do domínio do fato” para ampliar o alcance da lei penal e estender aos crimes comuns a figura duvidosa dos aparelhos organizados de poder, que só poderia caber nos regimes políticos autoritários. Temos, aqui, aliás, possível caso de erro legislativo inescusável, pois bastaria ler a obra do autor que desenvolveu a teoria – o celebrado Professor alemão Claus Roxin – para perceber que seu objetivo fundamental é restringir, em vez de estender, o chamado conceito unitário, previsto no art. 29 do atual Código Penal.

Mas não é só: preso à obtusa e reacionária ideia de pena como “vingança social”, o Parecer também pretende justificar a criação de novas hipóteses qualificadoras do homicídio de natureza puramente subjetiva, ataca o princípio da legalidade ao admitir expressões elusivas

como “grave lesão à sociedade” para agravar punições e propõe a criminalização temerária do terrorismo e pormenorizada da eutanásia. Para piorar, em relação ao mais importante ponto do sistema de justiça criminal contemporâneo, distancia-se da pesquisa criminológica das últimas décadas e aumenta a pena cominada ao tráfico para até 21 anos, ao mesmo tempo em que “descriminaliza” o consumo não ostensivo, perpetuando com isso uma Política Criminal de Drogas contraditória, classista, fracassada e perigosamente suscetível a oportunistas oscilações interpretativas.

Esse é, a propósito, o traço distintivo do Projeto, com ou sem revisão: todo e qualquer aparente avanço é imediatamente anulado por uma medida draconiana – por todas, o aumento do tempo necessário para progressão de regime na execução da pena privativa de liberdade, que passa de um sexto para um quarto da pena, mesmo para réus primários em crime doloso.

Da mesma forma, se, por um lado, o Projeto propõe abolir a lei de contravenções, por outro, transforma em crimes a “exploração de jogos de azar” e a “perturbação do sossego”, o que é simplesmente irracional.

O caráter meramente retórico da tentativa de democratização do sistema penal, anunciada como propósito do Projeto de Lei, é igualmente visível na ampliação do rol dos crimes hediondos, no irresponsável desrespeito à proporcionalidade entre penas, bens jurídicos e graus de lesão descritos nos tipos legais; no retrocesso quanto aos casos de descriminalização do aborto; no aumento da pena de quase todos os crimes; na eliminação da prescrição pela pena em concreto depois de transitada a sentença para a acusação; na exclusão da circunstância atenuante especial (hoje prevista no art. 66 do Código Penal); ao impedir a combinação de leis mais favoráveis; ao eliminar a diminuição de pena para fato dolosamente distinto; ao restaurar a antiga categoria da multa temerária, que é tipicamente de direito civil; ao adotar no tocante ao erro a teoria extrema da culpabilidade, já abandonada pela doutrina jurídica universal desde 1975; ao aumentar o valor máximo do dia-multa, considerando que para isso o valor máximo de referência será de 720 dias e não de 360; ao abolir a distinção entre reclusão e detenção e de institutos democráticos como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, teses defendidas sem qualquer prognóstico realista sobre suas consequências humanas e financeiras.

Mas, esforçando-se para soar suficientemente “contemporâneo” e fugir de seu paradoxal anacronismo, o Parecer defende adiante a criação de “novos crimes”, tão desnecessários quanto caricatos, em mais uma demonstração de vulgar adesão ao populismo penal. Assim, diante dos delitos de “stalking”, “bullying”, “corrupção entre particulares” e “crimes cibernéticos” não parece desarrazoado supor o predomínio da vontade de atrair atenção midiática em detrimento do propósito real de efetivamente atualizar o ordenamento jurídico-penal. Nem isso se conseguiu.

Em conclusão, considerando que nenhum avanço eventualmente trazido pelo texto justifica os gravíssimos erros e retrocessos que endossa, aqueles que insistirem em sua tramitação e eventual aprovação prestarão um verdadeiro desserviço à democracia e à ciência jurídico-penal.

Logo, este manifesto, abaixo assinado e abraçado pelo sempre combativo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, não se resume à declaração de inconformismo com um projeto de lei autoritário por parte de juristas politicamente comprometidos com a democracia, reunidos para homenagear um dos maiores expoentes na defesa de um Direito Penal submetido à razão e coerente com a promoção dos direitos fundamentais. À sombra dos 50 anos do golpe militar, esta declaração

pública de repúdio ao absurdo codificado também estende um convite a todos os criminalistas brasileiros, para que resistam intransigentes à escatológica possibilidade de ceder a mais essa tentação punitiva que se gesta no Congresso Nacional: este Código não é digno do povo brasileiro.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2014.

Nota da Coordenação

Os nomes dos signatários do manifesto encontram-se disponíveis para consulta no website do IBCCRIM.

Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades*

(17.02.1940 – 09.01.2014)

John Zuluaga

1. O professor **Hassemer** foi um pensador preocupado em advertir os perigos de um Direito Penal livre das ataduras do Estado de direito. Sintetizou sua reserva e sua preocupação diante dos agudos e sensíveis instrumentos do Direito Penal no conceito de “formalização do controle social” (*Formalisierung der sozialen Kontrolle*), questão chave para discutir acerca da justificação do Direito Penal.

Destacam-se dois momentos na concepção de sua metodologia de análise. Por um lado, seu trabalho de habilitação – “Teoria e sociologia do delito” (1992) – tornou visível a abertura de suas reflexões sobre o Direito Penal para uma perspectiva sociológica. Por outro lado, durante sua carreira como catedrático na Johann Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt, desenvolveu muitas de suas abordagens teórico-penais sob a forma de um Direito Penal constitucional, em todo caso, sempre destacando a importância das clássicas categorias limitadoras do Direito Penal como, por exemplo, o princípio da culpa no contexto de uma discussão orientada pela proporcionalidade e pelo respeito a direitos fundamentais. **Herzog** e **Neumann**⁽¹⁾ realizaram uma síntese das características fundamentais do pensamento de **Hassemer**:

“– Inamovível da crítica fundamental do abolicionismo e discrepante frente às indicações estritas da criminologia crítica em relação ao sofrimento causado pelo sistema de justiça criminal;

– Distante de um paternalismo terapêutico irreflexivo aparentemente progressista na execução da pena;

– Não perturbado pela colocação do Direito Penal como um lado obscuro do poder levada a cabo por Foucault e seus discípulos;

– Claramente distanciado do funcionalismo teórico penal e da racionalidade instrumental em questões de política criminal;

– Firme na crença sobre o indisponível e sobre a determinabilidade do

determinou-se que, com a introdução de modernos métodos de investigação, os órgãos de investigação penal deveriam atender a altas exigências processuais e ter especial consideração pelo perigo potencial (adicional) inerente à intervenção em direitos fundamentais.

Direito Penal, que em sua execução reflete um injusto fragrante;

– Claro na defesa do fundamento liberal do Direito Processual Penal frente à ‘contrarreforma’;

– Decidido por um Direito Penal vinculado à proteção de bens jurídicos, no qual seja preservado o princípio da ultima ratio e o princípio do in dubio pro libertate, que, somente assim, pode ser proporcionalmente justo” (tradução livre).

2. Apesar de sua importante carreira acadêmica, foi muito mais visível para a opinião pública como Magistrado do Tribunal Constitucional alemão, com sede em Karlsruhe. Ali prestou seus serviços desde 1996, sendo Vice-presidente até 2008, momento em que encerrou seu período no referido órgão. Durante sua passagem pelo Tribunal Constitucional alemão, demarcou constantemente a importância de refletir sobre o Direito Penal e Processual Penal para além de cada detalhe da teoria e da prática, mediante perguntas fundamentais como: para que o Direito Penal? De maneira especial, podem-se mencionar algumas sentenças que demonstram a firmeza e a estabilidade de suas reflexões. Por um lado, sua posição isolada contra a punibilidade do incesto (*Inzesverbot*),⁽²⁾ a qual se deu ao final de seu período no Tribunal Constitucional. Na ocasião, opõe-se por meio de um voto divergente, com o qual demonstrou exaustivamente por que a proibição de incesto era inconstitucional do ponto de vista dos fins do Direito Penal e do princípio da proporcionalidade. **Hassemer** sustentou não haver violação a um bem jurídico quando se trata de uma relação voluntária, razão pela qual o tipo era inconstitucional. De outro lado, a sentença relativa à violação de domicílio nos casos de perigo pela demora (*Wohnungsdurchsuchungen in Fällen von Gefahr im Verzug*):⁽³⁾ a faculdade policial de exercer a violação nos casos de “perigo pela demora” havia se convertido em regra na Alemanha dos anos 1990. **Hassemer** reiterou a importância da reserva judicial e realizou uma interpretação estrita do perigo da demora (art. 13 (2) GG). Esta posição foi o suporte fundamental para que o Tribunal Constitucional alemão declarasse, no ano de 2001, inconstitucional o tratamento pouco rigoroso da reserva judicial. Assim também em relação à sentença sobre a interceptação por satélite de supostos autores de fatos puníveis a partir de GPS (*satellitengestützte Überwachung*).⁽⁴⁾ Nessa sentença determinou-se que, com a introdução de modernos métodos de investigação, os órgãos de investigação penal deveriam atender a altas exigências processuais e ter especial consideração pelo perigo potencial (adicional) inerente à intervenção em direitos fundamentais.

Também devem ser mencionadas duas decisões relevantes, nas quais abordou diferentes temas sobre DD.HH. e DIH. Primeiro, a

sentença sobre o Caso Görgülü (*Rechtssache Görgülü*),⁽⁵⁾ na qual processou a discussão sobre os fundamentos metodológicos para a consideração da Convenção Europeia de Direitos Humanos no marco do ordenamento jurídico alemão. Segundo, em seu último ato oficial antes de deixar o cargo no Tribunal Constitucional, a sentença acerca do uso dos aviões AWACS durante a guerra no Iraque em 2003 (*Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO*),⁽⁶⁾ na qual restringiu a competência de decisão militar do executivo e reiterou a importância de discussão parlamentar para a decisão de intervenções militares em conflitos internacionais.

3. Foi agraciado com múltiplos títulos *Honoris Causa*⁽⁷⁾ e o reconhecimento de sua trajetória teve uma escala global. Em 2008 recebeu a *Große Verdienstkreuz mit Stern und Schulterband* por parte da República Federal Alemã, bem como a *Wilhelm-Leuschner-Medaille*, o reconhecimento mais importante que se pode conceder no Estado de Hessen (Alemanha). Depois de seu falecimento, uma das melhores homenagens que se poderia realizar em memória de **Hassemer** passa pela continuidade da abordagem de indagações diretamente relacionadas com o sentido e o fim do Direito Penal e da pena. Em tempos de vigilância absoluta (ex.: NSA) e de narrativas políticas que invocam concepções absolutas de valores constitucionais (ex.: segurança, paz, justiça), vale recordar a razão impassível de **Hassemer** e sua firme luta pelas liberdades dos cidadãos perante o poder estatal.

Notas:

- * Tradução e atualização do espanhol por **Raquel Lima Scalcon**, doutoranda em Direito Penal pela UFRGS. Pesquisadora visitante (2014/1) no Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Publicado originalmente na *Revista Pensamiento Penal*, Edición 164, Argentina,

Asociación Pensamiento penal, 04.02.2014 (disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/winfried-hassemer-discrepante-favor-libertades>>).

- (1) NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix. *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2010, p. IX ss.
- (2) Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2 BvR 392/07, de 26.02.2008. A decisão, na íntegra, pode ser acessada em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html>.
- (3) BVerfG, 2 BvR 1440/00, de 20.02.2001. A decisão, na íntegra, pode ser acessada em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html>.
- (4) BVerfG, 2 BvR 581/01, de 12.04.2005. A decisão, na íntegra, pode ser acessada em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20050412_2bvr058101.html>.
- (5) BVerfG, 2 BvR 1481/04, de 14.10.2004. A decisão, na íntegra, pode ser acessada em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html>.
- (6) BVerfG, 2 BvR 1/03, de 07.05.2004. A decisão, na íntegra, pode ser acessada em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20080507_2bve000103.html>.
- (7) BVerfG, Pressemitteilung Nr. 1/2014 vom 10. Januar 2014. O comunicado de imprensa pode ser acessado em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-001.html>>.

John Zuluaga

Doutorando, investigador vinculado ao Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).
Master of Laws (LL.M.) pela Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).

Punir ou não punir? Algumas pontes entre a justiça de transição e as críticas ao direito penal

Renan Honório Quinalha

Introdução

A discussão em torno da punição (e da impunidade) dos crimes cometidos por agentes públicos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985) não é uma novidade na agenda política da sociedade civil organizada e das Forças Armadas em nosso país.

Desde os primeiros momentos em que nosso autoritarismo já exausto desencadeou a política gradual de distensão e de abertura⁽¹⁾ e em que os movimentos sociais que lutavam pela democratização entraram em cena, o tema da responsabilização criminal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos esteve presente nos embates que marcaram a duradoura e controlada transição política brasileira.

Contudo, foi apenas nos últimos anos que essa discussão ganhou maior amplitude e ultrapassou os restritos círculos de familiares de desaparecidos e de ex-vítimas da ditadura, que sempre mantiveram vivo o trabalho de memória e a reivindicação por justiça. Graças ao incremento de mobilização advindo com o início dos trabalhos investigativos de Comissões da Verdade espalhadas por todo o país, com a ampliação da atuação da Comissão de Anistia, com os escrachos dos movimentos de juventude e com multiplicação das ações penais ajuizadas pelo Ministério Público Federal, entre outros fatores de impulso, o debate sobre o sentido

e o alcance da anistia prevista na Lei 6.683/1979, que chegou ao STF e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou a ocupar um lugar de destaque nos círculos acadêmicos e políticos.

Pode-se dizer que, em todos os foruns e instâncias nos quais o dissenso em torno da interpretação desse dispositivo legal manifestou-se, inclusive nos tribunais, uma gama diversa de argumentos, sobretudo de ordem jurídica, histórica e política, foi mobilizada, conferindo contornos muito complexos às diferentes posições e entendimentos construídos a partir dessa questão.

Diante dessa complexidade, tal questão torna-se impossível de ser trabalhada com profundidade, em todas suas nuances, nos limites do presente artigo. De maneira mais singela, nosso objetivo aqui será enquadrar a reflexão sobre a punição dos autores dos crimes de lesa-humanidade vinculados à ditadura brasileira a partir do conceito de justiça de transição e da reivindicação histórica dos movimentos sociais atuantes no campo da verdade, memória e justiça, dialogando com dois dos principais discursos que têm orientado a defesa da não punição dos crimes da ditadura, quais sejam, por um lado, o de crítica ao direito penal e, por outro, o do garantismo penal.

Ao invocar o conceito de justiça transicional, nosso intuito é estabelecer uma ponte entre o enquadramento desses crimes à luz do sistema penal brasileiro e os desenvolvimentos recentes dos mecanismos de proteção

de direitos humanos na esfera internacional, deslocando a perspectiva de análise para demonstrar que a decisão sobre punir ou não punir graves violações de direitos humanos cometidas por um regime autoritário não pode ser mais reduzida, na ordem global contemporânea, apenas a uma discussão dogmático-penal segundo os parâmetros consagrados nos ordenamentos jurídicos de cada Estado-Nação, ainda que tais parâmetros integrem uma dimensão importante do debate como se verá.

Por fim, na conclusão, examinaremos como a aparente contradição existente entre uma posição de crítica ao direito penal (até mesmo abolicionista) ou as posições garantistas e a defesa da punição dos crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura pode ser, senão resolvida, ao menos mediada de maneira consequente se considerada à luz de um diálogo que não oponha, mas que concilie, as tensões entre os imperativos do direito internacional dos direitos humanos e as garantias penais liberais, ou seja, forjando-se uma posição que, sem deixar de problematizar o sistema penal e as condições carcerárias, crie alianças entre os atores políticos relevantes para a implementação dessas diversas agendas necessárias para a democratização efetiva do país.

Quais os sentidos em punir os crimes de uma ditadura?

Durante as décadas de 1980 e 1990, diversos cientistas políticos colocaram no centro de suas reflexões os processos de mudanças entre regimes. Apesar de suas singularidades, essas análises compartilhavam entre si um traço fundamental: compreendiam as transições como momentos de contingência política, em que a imprevisibilidade dos jogos de poder e a incerteza quanto aos resultados dos conflitos sociais eram potencializadas.

Ponto a ponto, a invenção – nem sempre democrática – das soluções políticas durante a sucessão entre regimes pode ser pactuada com ampla margem de liberdade, a depender essencialmente apenas dos sujeitos envolvidos e de suas demandas, desde as mais imediatas e pragmáticas – como a não punição dos que estão deixando o controle do Estado – como as mais ideológicas envolvendo diferentes visões de mundo e projetos de país.

No entanto, para esses autores, cuja inquietação maior era garantir as condições de possibilidade para que a transição se consumasse rumo à democracia, o pior cenário seria a regressão autoritária. Daí, inclusive, a presença marcante da cautela e da prudência que caracteriza, profundamente, o pensamento deles, sempre marcado por um rigoroso juízo sobre a conveniência e a oportunidade de a oposição pressionar duramente por mudanças, diante do medo de que se materialize, em virtude de qualquer movimentação excessiva ou indevida, o fantasma da regressão a uma ditadura.

No entanto, se a primeira geração de estudiosos tinha como preocupação central a continuidade das democratizações, o que significa consagrar, em alta conta, o imperativo de evitar uma regressão autoritária, outras preocupações éticas e jurídicas, em um contexto de internacionalização da proteção dos direitos humanos, têm orientado as reflexões no recente campo da justiça de transição.⁽²⁾

Localizado nas fronteiras entre as ciências política e jurídica, tal conceito diz respeito, basicamente, aos desafios da recuperação de direitos e da restauração de regimes democráticos, que não se podem

operar no vazio, mas somente a partir das condições legais e institucionais legadas do regime anterior. Se este foi marcado por uma sistemática e massiva prática de violação aos direitos humanos, com amparo em uma legalidade autoritária, ampliam-se as dificuldades e dimensões em que a transição precisa ser trabalhada.

A depender do tipo de transição e, sobretudo, do poder político residual dos integrantes do regime anterior, tomaram-se medidas de justiça ou mantiveram-se as garantias de impunidade dos autores dessas violações.

Portanto, uma questão central em qualquer transição depois de graves violências diz respeito ao tratamento jurídico conferido aos que, com diversos graus de envolvimento, sustentaram e figuraram como quadros políticos do regime superado. Em regra, estes buscam, quando possível, proteger-se mediante a edição de atos normativos ou então inserem uma cláusula no pacto negociado durante as transições que lhes garanta a almejada impunidade.

A especial atenção conferida à responsabilização criminal dos perpetradores justifica-se porque a decisão de levar os responsáveis a julgamento não se resume a mera questão jurídica, envolvendo apenas institutos, técnicas e prazos processuais. Menos ainda trata somente de conceitos jurídicos como punibilidade, prescrição, graça ou anistia, a despeito de todas essas categorias estarem diretamente implicadas aí.

O direito à justiça figura como o mais delicado desafio de se transpor para que se atinja a plena realização de uma autêntica experiência de justiça transicional, dado o grau de tensão política e social que encerra a decisão de perseguir penalmente anos e até décadas após a redemocratização os crimes cometidos em um contexto de repressão política e de hierarquia militar.

Pode-se dizer que essa decisão condensa variáveis diversas e produz sentidos múltiplos. Colocar determinados grupos no banco dos réus depende, sobretudo, de qual versão da história se quer adotar como oficial e se consagrar na memória coletiva, instituindo um marco claro na mudança entre o velho e o novo governos. Não se trata, assim, apenas de conflitos judiciais terminados por juízos individuais de culpa ou de inocência, em que a discussão central desenvolve-se em torno dos temas da materialidade e da autoria dos crimes de lesa-humanidade.

Do ponto de vista jurídico, esse juízo carrega a tensão entre o direito internacional dos direitos humanos, com os mais caros princípios que sustentam o *jus cogens* e o direito internacional convencional, e a questão das garantias individuais, sobretudo no campo penal, que são do mais alto valor nos Estados constitucionais de feição liberal, tais como o da irretroatividade da lei penal, prescrição da punibilidade, validade de anistias etc.

Ademais, o dilema da penalização dos agentes repressores encerra um conflito entre, por um lado, os imperativos morais assentados comumente de que crimes não devem permanecer impunes e, por outro, a legalidade penal tradicional – que veda a justiça retroativa – e a soberania estatal, dois eixos históricos da afirmação nacional dos Estados.

Em termos políticos, expressa um balanço entre os poderes, opondo a energia do novo regime ao resíduo de poder dos antigos governantes. Além disso, consolida uma verdade publicamente chancelada, em que se converte a versão oficial da história dos acontecimentos, bem como uma caracterização política e moral do regime anterior, que passa a ser visto como injusto e reprovável, colaborando com a estruturação de uma memória eticamente referenciada.

Culturalmente, também reflete a polarização entre, por um lado, os propósitos de reconciliação e pacificação, que trazem implícita certa ideia de perdão e esquecimento, e, por outro, a pressão por reparações econômica e simbólica, cujo pressuposto é o reconhecimento de abusos que foram efetivamente cometidos, trazendo à tona, como elemento central, a impunidade dos agentes responsáveis pela repressão política.

Assim, fica claro que a discussão sobre a punição de agentes de um Estado autoritário, tal qual a ditadura brasileira iniciada em 1964, deve ser lida à luz dessa intrincada rede de significados e disputas que marcam a política do presente e não apenas como uma questão jurídico-criminal.

o dilema da penalização dos agentes repressores encerra um conflito entre, por um lado, os imperativos morais assentados comumente de que crimes não devem permanecer impunes e, por outro, a legalidade penal tradicional – que veda a justiça retroativa – e a soberania estatal

A necessidade de aprofundar o diálogo e as alianças

Por sua vez, as críticas radicais ao sistema penal e as propostas progressistas de mudança delas decorrentes alinham-se no sentido de apontar o caráter seletivo da punição institucional no Brasil, em um contexto marcado por enormes desigualdades sociais e de tratamento perante a lei. A economia política das punições, estratificada por critérios de classe, cor e sexualidade, precisa ser combatida.

Assim, é cada vez mais evidente que o projeto de democratização da sociedade e do Estado brasileiros passa, necessariamente, pela superação da “racionalidade penal moderna” tão assentada em nossa mentalidade e cultura. No entanto, é preciso considerar seriamente que o embate pela superação desse paradigma demanda uma aliança consistente com atores estratégicos que possam dar força social e política a uma proposta de direito penal mínimo ou até mesmo de abolição do direito penal.

A reivindicação contingente e meramente tática de uso do direito penal como instrumento hábil a atender, ainda que com as contradições que esse uso implica em um quadro mais amplo, aos anseios por justiça das vítimas, o reconhecimento de visibilidade a setores perseguidos e a afirmação da dignidade de grupos marginalizados não podem ser iguais ao discurso de setores conservadores que trazem o direito penal ao primeiro plano do controle social e da repressão política em nossa sociedade.

Desse modo, desde que mantida viva a problematização do sistema penal, o pleito de punição dos torturadores (de ontem e de hoje) e dos autores de crimes por motivação homofóbica, machista e racista representa não apenas a reafirmação do direito penal, mas constitui parte de uma luta política mais ampla desses setores no sentido de universalizar as liberdades e ampliar os direitos, desencadeando a possibilidade de enfraquecer os próprios fundamentos que marcam a seletividade do direito penal e sua associação aos jogos de poder que preservam os privilégios das elites e o controle das classes consideradas perigosas.

Sem a criação de laços políticos e de lealdade entre os que veiculam a crítica severa ao direito penal com os diversos movimentos sociais engajados na construção de uma democracia efetivamente plural e com respeito aos direitos humanos, tais como o movimento feminista, LGBT, negro e de familiares de mortos e desaparecidos políticos, não haverá substrato material para que avancem essas propostas. Ao contrário, haverá um afastamento entre a abstração da opinião de recusa total e sem mediações do direito penal e as demandas concretas de atores políticos centrais para os projetos de democratização real.

O debate sobre os usos do direito penal e sobre seu desejável perecimento não pode ser feito descolado dos discursos dos próprios sujeitos interessados e envolvidos nos debates de política criminal. Caso contrário, manteremos uma posição coerente, mas sem dialogar com a realidade existente.

Se todos os crimes em nossa sociedade recebem em troca uma sanção penal, como argumentar para as vítimas da ditadura que, agora que é a vez de apurar os crimes cometidos nesse período, devemos forjar maneiras alternativas de justiça ou manter a impunidade garantida pela interpretação da Lei de Anistia feita pelo STF contrariando decisão vinculante de controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Araguaia (*Gomes Lund e outros*)?

Tal posicionamento carrega um componente autoritário, por não respeitar a autonomia das vítimas para participarem ativamente na construção do horizonte da reparação a que almejam, desde que preservados, obviamente, os limites da legalidade e os direitos fundamentais dos perpetradores das violações.

Não se trata de defender em abstrato o direito penal, mas de assumir as contradições desse posicionamento de defesa tática mantendo sempre a crítica ao sistema penal, sem que se prescindia no presente momento, na falta de alternativas melhores, desse instrumento com toda a legitimidade que ainda, infelizmente, tem em nossa sociedade.

No que se refere às objeções postas pelo garantismo, é preciso ponderar que consagrar princípios formais herdados do liberalismo negando quase um século de avanço do direito internacional dos direitos humanos que aprofundam a proteção do cidadão que inspirou a ideologia liberal é ignorar que, no século XX, o Estado não foi o garantidor de direitos, mas também o principal violador de garantias no campo dos direitos fundamentais. É necessário contextualizar as origens do garantismo penal de proteção do cidadão perante o Estado (e não de impunidade de agentes públicos pelas violações cometidas em uma ditadura) e suas novas feições no cenário da emergência de um cruzamento entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal. Não é possível equiparar os crimes cometidos por cidadãos comuns daqueles praticados massiva e sistematicamente por agentes públicos investidos pelo poder estatal e que são considerados, à luz do direito internacional e da jurisprudência consolidada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como crimes de lesa-humanidade.

O liberalismo no Brasil, exemplo notório de uma “ideia fora do lugar”, sempre esteve bastante distante da prevalente visão ideal das promessas da ideologia liberal e, normalmente, operou até em sentido contrário a esta. O risco que corremos se mantivermos uma recusa ao diálogo e permanecermos apegados às certezas dogmáticas é, em vez de sermos garantistas, acabarmos cúmplices de violações de direitos humanos por não atentar às novas configurações do direito em um mundo que está aprendendo a globalizar não apenas os mercados, mas também a justiça.

Já é chegada a hora de derrubar alguns tabus nesse campo que têm impedido o efetivo diálogo entre as diferentes posições desse debate, buscando um equilíbrio eficaz e coerente entre a realização da justiça reivindicada pelos grupos sociais em suas lutas por reconhecimento e a crítica transformadora do sistema penal.

Notas:

- (1) Florestan Fernandes caracterizará essas políticas de distensão e abertura como uma “liberalização outorgada” que “revelava, a um tempo, as dificuldades, a fraqueza e a força do regime ditatorial”. FERNANDES, Florestan. *A ditadura em questão*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1982, p. 27.
- (2) Assim, ainda que não se possa traçar um rol taxativo e único sistematizando seu conteúdo, que varia espacial e temporalmente, pode-se afirmar que há um sentido mínimo e um traço comum nessas variadas experiências consubstanciados em cinco eixos fundamentais que se apresentam intimamente imbricados entre si: direito à reparação; investigação dos fatos e responsabilização jurídica dos agentes violadores; direito à verdade e acesso a informações; políticas de memória e reforma das instituições. Para uma análise aprofundada das origens do conceito e sua evolução, ver: QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Dobra/Expressão Popular, 2013.

Renan Honório Quinalha

Mestre e doutorando pela USP.

Membro da diretoria do Grupo de

Estudos sobre Internacionalização do Direito

e Justiça de Transição (Idejust).

Advogado da Comissão da Verdade do Estado

de São Paulo “Rubens Paiva”.

Quadrilha e afins: da parcimônia ao exagero

Euro Bento Maciel Filho

De conceituação relativamente simples e de entendimento fácil, o antigo crime de “quadrilha ou bando” integrava a nossa legislação penal desde o Código de 1940.

Crime plurissubjetivo por excelência, **Nelson Hungria** a ele se referiu como sendo “o *banditismo organizado*”,⁽¹⁾ sendo que, para a sua ocorrência, bastava “o mero fato de se associarem mais de três pessoas (no mínimo, quatro) para o fim de cometer crimes, sem necessidade, sequer, do comêço de execução de qualquer dêstes, isto é, independentemente da atuação do mais ou menos extenso plano criminoso que os associados se hajam proposto”.⁽²⁾

Com o passar dos anos, a sociedade foi se modernizando. As práticas criminosas, por sua vez, foram se adaptando às reformas sociais e também se aprimoraram.

Com efeito, de uns tempos para cá, sobretudo a partir da proliferação dos crimes econômicos e com o aparecimento dos chamados *cybercrimes*, novos conceitos e novas ideias passaram a fazer parte do Direito Penal. Em paralelo a tudo isso, bandos criminosos começaram a se unir, formando grandes conglomerados, verdadeiras sociedades criminosas, altamente especializadas e, em regra, com membros atuantes nos mais diversos escalões do Poder Público.

Surgiam, assim, as chamadas “organizações criminosas”.

Dentro desse contexto, diversos países tiveram de modernizar a sua legislação penal, para que assim fosse possível exercer um combate efetivo e eficaz às novas técnicas criminosas.

Para muitos estudiosos do Direito Penal, o antigo conceito do crime de *quadrilha ou bando* tornou-se ultrapassado e ineficaz para reprimir o crime organizado. Assim, do dia para a noite, muitos operadores do Direito passaram a “perseguir” uma definição jurídica, clara e precisa, para o fenômeno das chamadas “organizações criminosas”.

Em um primeiro momento, diante da falta de uma previsão legal específica, adotamos o conceito de organização criminosa previsto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em 2000, a denominada Convenção de Palermo,⁽³⁾ reconhecida pelo Decreto brasileiro 5.015, de 2004.

Porém, como tal conceito jamais fez parte de nenhuma lei penal incriminadora, tornou-se impossível aplicá-lo na prática, já que, como bem se sabe, “*não há crime sem lei anterior que o defina*”.⁽⁴⁾

Ante a falta de tipicidade do conceito existente na Convenção de Palermo, outra alternativa não restou senão utilizar o conceito já conhecido de *quadrilha ou bando* para as tais “*facções criminosas*” e “*organizações criminosas*”. Evidentemente, essa solução não era a ideal, mas, para que o princípio da legalidade não fosse ferido, era o que se podia fazer.

Atento ao problema, o legislador brasileiro, pródigo em criar leis penais de ocasião e sem um devido estudo prévio, chegou até a editar a Lei 9.034/1995, que dispunha “*sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*”. Ocorre que, apesar da pompa com que aquela lei foi recebida pela sociedade, o legislador se esqueceu de um detalhe extremamente importante, qual seja, definir o que seriam as tais “*organizações criminosas*” e quais seriam as circunstâncias/pressupostos que as iriam diferir da mera “*quadrilha ou bando*”. Por força daquele singelo “*detalhe*”, aquela lei não teve aplicação prática e, com o tempo, foi até esquecida.

Mais um bom tempo se passou, durante o qual as tais “organizações criminosas” ganharam vulto cada vez maior, e, ao menos sob o aspecto legislativo, nada foi feito para traçar uma diferença clara e objetiva entre elas e a mera “quadrilha”. A confusão entre os termos, fruto da falta de previsão legislativa específica, acabava resultando em punições relativamente brandas para réus que, evidentemente, não eram simples “quadrilheiros”, e sim membros de um “agrupamento” de criminosos extremamente organizado, com regras definidas e hierarquia interna.

Buscando resolver a questão de uma vez por todas, a Lei 12.694/2012, precisamente em seu art. 2.º, definiu, pela primeira vez, o conceito jurídico de uma “organização criminosa”.⁽⁵⁾ Porém, repetindo erros anteriores, muito embora a predita lei tenha trazido o conceito, fato é que deixou de prever a pena para aquele que a integrasse ou a financiasse.

Por conta dessa incrível falha legislativa, mais uma vez não restou alternativa senão aplicar, mesmo nos casos em que estivesse comprovada a “organização criminosa”, a pena prevista para o crime de quadrilha ou bando.

Ou seja, apesar de “tipificada”, a punição da “organização criminosa” ainda se confundia com o crime do art. 288 do CP.

Para agravar ainda mais a confusão conceitual e legislativa entre “quadrilha” e “organização criminosa”, eis que, em 2012, sem muito alarde, o legislador penal entendeu por bem criar um novo tipo penal, qual seja, “*constituição de milícia privada*”. Referido delito, previsto na Lei 12.720/2012, foi introduzido no art. 288-A do nosso Código Penal.

O problema daquele novo delito não está apenas na sua redação genérica, e sim, e principalmente, no fato de que fez surgir no nosso ordenamento jurídico novas formas de “agrupamentos criminosos”, sem que os tenha previamente definido de maneira clara, tais como “*organização paramilitar*”, “*milícia particular*”, “*grupo*” e “*esquadrão*”.

De fato, como bem alerta **Luiz Regis Prado**, o art. 288-A é um tipo penal “*extremamente amplo e impreciso, visto que os elementos objetivos normativos não estão em sua maioria expressamente definidos em lei, relegando-se ao julgador a função de preencher o vazio legal, com o fim de determinar, no caso concreto, o que vem a ser cada um dos referidos elementos (por exemplo, milícia privada)*”.⁽⁶⁾

Ou seja, justamente pela imprecisão dos seus elementos normativos, o predito tipo penal está fadado à inaplicabilidade. Ao cabo de contas, qual seria a diferença *legal* entre a tal “*milícia privada*” ou “*grupo*” e a antiga figura da “*quadrilha armada*”? Além disso, o que diferencia um “*grupo*” do art. 288-A do “*bando*” do art. 288?

De toda maneira, apesar das suas imprecisões e lacunas, certo é que, a partir da Lei 12.720/2012, o nosso Direito Penal passou a ostentar outros modos de “agrupamentos criminosos”, que nem sequer têm exata definição jurídica, todos aparentemente diversos tanto da mera “*quadrilha ou bando*” quanto das “organizações criminosas”.

Até então, apesar da profusão de conceitos e do aparecimento repentino de diversas maneiras de “grupos criminosos”, a real verdade é que a única que ostentava um conceito claro, objetivo e previsto em

lei continuava sendo a antiga “*quadrilha ou bando*”. Além disso, as tão conhecidas “organizações criminosas” continuavam carecendo de uma tipificação legal.

Finalmente, em agosto de 2013, foi publicada a Lei 12.850 que, entre outras disposições legais, trouxe uma nova definição para “organização criminosa”,⁽⁷⁾ bem como previu a imposição de pena ao cidadão que a “promova”, “constitua”, “financie” ou dela faça parte.

Porém, em que pese o esforço do legislador em buscar uma solução, fato é que a “nova definição” de organização criminosa deixou muito a desejar. De fato, repetindo erros de tentativas anteriores, o novo conceito está baseado em termos genéricos, de complexo entendimento prático e, o que é mais grave, de difícil comprovação.

Ao cabo de contas, objetivamente falando, o que se pode entender por “associação estruturalmente ordenada”? De outro lado, como uma associação pode ser “estruturalmente ordenada”, ainda que “informalmente”?

O uso dessas expressões, absolutamente genéricas e abertas, dificulta o correto entendimento do conceito e a sua aplicação prática.

Como se não bastasse, a nova Lei 12.850/2013, em seu art. 24, alterou, profundamente, o antigo crime de quadrilha, que, desde então, passou a se chamar “associação criminosa”.⁽⁸⁾

Positivamente, alterar o antigo conceito de quadrilha era algo absolutamente desnecessário.

Com isso, embora até se tenha conseguido traçar a diferença conceitual entre a antiga “quadrilha” e a nova “organização criminosa”, o intérprete acabou perdendo a “corda de salvação”, ou seja, com a profunda alteração do art. 288 do CP, não será mais possível ao aplicador da lei penal utilizar o (antigo) crime de “quadrilha” para resolver confusões legislativas e conceituais a respeito dos modos diversos de “agrupamentos criminosos”.

Levando-se em conta a multiplicação e o surgimento de novas formas de “grupos criminosos”, cujos conceitos, em sua grande maioria, não apresentam redação clara e objetiva, fica fácil perceber que o aniquilamento do antigo crime de *quadrilha ou bando* veio em péssimo momento.

Muitas dúvidas surgirão a respeito do tema, afinal, como se viu, tanto a Lei 12.850/2013 quanto a redação do art. 288-A ostentam inúmeros conceitos vagos, que ainda não apresentam definição jurídica própria. Tal fato, certamente, pode conduzir o intérprete a diferentes entendimentos.

Assim, da antiga parcimônia com que o Direito Penal tratava os crimes plurissubjetivos, época em que a definição clássica de “quadrilha ou bando” era suficiente para resolver praticamente tudo, temos, hoje, um verdadeiro exagero, já que são muitos os conceitos legais para buscar explicar os novos “agrupamentos

criminosos”. E, apesar da profusão de termos e conceitos, muitos deles se confundem e se misturam, de tal modo a impedir a exata compreensão de todos.

No fim das contas, em meio a tanta confusão, fato é que, se bem analisadas as circunstâncias de cada um, o que temos, em verdade, são formas ora mais ora menos especializadas da antiga “quadrilha”. Voltemos, pois, ao antigo art. 288 do CP!

Notas:

- (1) Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 2. ed., 1959, ed. Forense, v.9, p. 175.
- (2) *Idem, ibidem*, p. 177.
- (3) Segundo a Convenção de Palermo, considera-se organização criminosa o “grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (art. 2.º).
- (4) A colenda 1.ª T. do E. STF, ao julgar o HC 96.007/DF, em sessão do dia 12.06.2012, decidiu “trancar” um processo no qual os pacientes respondiam pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inc. VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998. Segundo o voto da Ministra Carmen Lúcia, ficou reconhecida “a atipicidade do crime de organização criminosa, tendo em vista que o delito não consta na legislação penal brasileira”. A decisão foi unânime (ver Informativo 694 do STF).
- (5) “Art. 2.º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”
- (6) Cf. PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, 1ª ed, 2014, ed. RT, v. 6, p. 254.
- (7) “Art. 1.º (...)
§ 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”
- (8) “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.
Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Euro Bento Maciel Filho

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.

Professor de Direito Penal na UNIP/SP.

Advogado.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.ª Secretária: Heloisa Estellita

2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro: Fábio Tófic Simantob

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Além das vitrines: reflexões sobre o *rolezinho*

Rafael Folador Strano

O termo popular que a batiza, a grafia incorreta e a aparente ausência de finalidade da manifestação já denunciam a idade e a classe social daqueles que pretendem promovê-la. Organizados pela internet, os *rolezinhos* consistem em encontros de jovens em *shopping centers*, sem objetivo específico. Em minutos, dezenas ou centenas de adolescentes oriundos da periferia tomam os corredores de tais estabelecimentos, assombrando, ainda que sem motivo concreto, uma classe média que busca no local um refúgio encastelado para os seus delírios de consumo e que, de imediato, projeta naqueles jovens as cenas de arrastão tão comuns nos televisivos vespertinos.

Não tardou para que a “invasão bárbara” provocasse reação. A opinião pública rapidamente se encarregou de rotular os participantes como um bando de “baderneiros”, “jovens sem educação” e que “deveriam estar nas escolas”. Sem qualquer comprovação, os *rolezinhos* foram demonizados, associados à violência, ao uso de drogas e a crimes patrimoniais de todas as espécies, ainda que experiências anteriores⁽¹⁾ tenham escancarado que tais atos são meros desvios da manifestação social, cuja ocorrência se verifica cotidianamente, independentemente da mobilização coletiva.

Seguiram-se, então, cenas de jovens fugindo e apanhando de seguranças privados e policiais militares. O arsenal jurídico também foi posto em ação, logrando obter, quase imediatamente, liminares favoráveis aos estabelecimentos e que proibem a realização de tais manifestações em seus interiores.

Não há como saber se o *rolezinho* é uma réplica, ainda que inconsciente, à postura segregadora de tais estabelecimentos, uma maneira peculiar de diversão ou simplesmente uma forma juvenil de chamar a atenção. Provavelmente o fenômeno cairá em esquecimento em poucas semanas, sendo substituído por algum desses fatos criminais que tanto entretêm o consumidor midiático brasileiro. Ocorre que, mais do que algazarra juvenil, o *rolezinho* e a consequente reação representam uma ilustração bem caricata dos tempos em que vivemos.

Conforme denuncia **Bauman**, o critério de aferição da relevância de determinado indivíduo na sociedade pós-moderna é a “*aptidão de participar do jogo consumista*”.⁽²⁾ Prossegue o filósofo salientando que indivíduos que não detenham tal capacidade se encontram “fora do lugar”, contaminam os demais com a sua “sujeira” e passam a ser tratados como lixo.

Nesse contexto, consumo e lazer se confundem. A diversão é adquirida, utilizada e descartada, encontrando nos *shopping centers* o espaço ideal para tal processo, já que nestes abundam diversão pasteurizada, consumo padronizado e segurança particular e militarizada. Por isso, **Eduardo Galeano** afirma que “*nas mais diversas cidades, nos mais distantes lugares do mundo, os filhos do privilégio se parecem entre si, nos costumes e tendências, como entre si se parecem os shopping centers e os aeroportos, que estão fora do tempo e do espaço. Educados na realidade virtual, deseducam-se da realidade real, que ignoram ou que tão só existe para ser temida ou ser comprada*”.⁽³⁾

Embora seja um ambiente formalmente privado, o *shopping* é veiculado como ambiente de lazer para a família. É, pois, o substituto neoliberal do espaço público, da escola e do lazer que deveriam ter sido garantidos a todos, especialmente aos adolescentes das regiões periféricas.

O problema surge quando a “realidade real” tenta tomar esse espaço. Destituídos de alternativas de lazer e imbuídos de uma necessidade

de consumo que dificilmente se consumará, os adolescentes pobres passam a visualizar o *shopping* sob um prisma dúplice. Ele representa um desejo inalcançável, um ambiente esnobe que os repele e fascina ao mesmo tempo em que se mostra como alternativa lúdica para o tempo ocioso. Aliás, nesse aspecto parece que a opinião pública considera haver dois tipos de ócio, o do pobre e o do rico: pessoas abastadas têm potencial consumidor, logo, podem entrar no *shopping*, “passar o tempo” e sair sem comprar. Já ao excluído não é dado o direito de trânsito em tais locais, pois, de acordo com aquela, “pobre que passeia em *shopping* é vagabundo”.

Sob essa perspectiva, indivíduos provenientes de classes menos favorecidas são indesejáveis no interior dos templos de consumo, eis que inaptos à execução dos objetivos do local. No intuito de expulsá-los, invoca-se o centáurico⁽⁴⁾ e expansivo Direito Penal para a finalidade que lhe é mais peculiar: segregar e excluir.

Ainda que o direito repressor não se materialize formalmente, seu rastro é detectável. É, pois, a sua seletividade racista que determina a perseguição a grupos de jovens pobres e negros, sua violência ínsita que reverbera no cassetete que municia o policial ou no punho do vigilante, por fim, a sua força excludente que varre para longe a sujeira social.

Em termos jurídicos, o Direito Penal se infiltra no Direito Civil impondo a defesa incondicional da propriedade em prejuízo da liberdade de expressão, lazer ou qualquer outro direito garantido aos adolescentes. Ganhando essa nova roupagem, a segregação penal encontra argumentos jurídicos tecnicamente perfeitos, embora frios e excludentes. Restam viabilizadas, dessa forma, as decisões que cerram as portas de espaços “públicos” a jovens que pretendam “dar um *rolezinho*”. Questiona-se, a propósito, qual será o critério para o cumprimento da decisão? Quem determinará qual jovem poderá entrar no estabelecimento? Quais serão as características físicas utilizadas? Tudo leva a crer que a isonomia e a sensibilidade serão deixadas de lado.

A tragédia é anunciada: sensacionalismo midiático, mimetização de preconceitos, reprodução de violência, prisões arbitrárias, periferia sem direitos, jovens incompreendidos, decisões reacionárias, denúncias internacionais etc.

Mais cedo ou mais tarde o *flash mob* dos excluídos será substituído por outro tipo de manifestação e assim se seguirá até que a panela exploda e as prioridades sejam reordenadas. Entender (e não suprimir) os anseios e angústias da juventude periférica deveria ser a primeira preocupação de uma sociedade que se diz emergente.

Notas:

- (1) Vide reação social às manifestações ocorridas nas cidades brasileiras em junho de 2013.
- (2) BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 24.
- (3) GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*. A escola do mundo ao avesso. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 12.
- (4) V. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. port. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Rafael Folador Strano

Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro

José Danilo Tavares Lobato

A vinculação da advocacia à prática do crime de lavagem de dinheiro tornou-se uma fonte de apreensão cada vez mais intensa para a Ciência Penal. **Estellita** expõe acertadamente que a lei brasileira não traz os limites de definição do risco permitido, de modo que o advogado acaba ficando à mercê da própria sorte.⁽¹⁾ Esse risco não é restrito ao sistema legal brasileiro nem se trata de mera conjectura acadêmica. É uma ameaça real, que vai muito além de nossas fronteiras, ao livre exercício da advocacia.

No acórdão 2 StR 513/00, de 04.07.2001, que tratou do julgamento de recurso de revisão contra condenação proferida pelo Tribunal Regional de Frankfurt de um par de advogados que recebera honorários advocatícios sabendo de sua origem ilícita, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) recusou as teses defensivas que argumentavam, fundamentalmente, em favor de uma interpretação restritiva do tipo de lavagem com base na adequação social e do reconhecimento de causa de justificação aplicável ao exercício da advocacia. O BGH expressou que, ao invés de garantir uma exceção aos advogados criminais, a lei, ao regular o crime de lavagem de dinheiro, buscou isolar o autor do crime antecedente.⁽²⁾ Contra esse entendimento, os condenados recorreram ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG). No julgamento das reclamações constitucionais 2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01, a 2.ª Turma do BVerfG declarou que a punição do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro é compatível com a Lei Fundamental alemã quando há o recebimento de honorários conhecendo-se de sua origem ilícita e assentou, também, a obrigação, desde a fase de investigação, dos órgãos de persecução criminal e dos Tribunais de verificarem a especial posição do advogado criminal diante da normativa do crime de lavagem.⁽³⁾ **Bermejo e Wirtz** recordam que, ao argumento de que a cooperação consensual com o representado e de que o descumprimento consciente do comando da Lei tratam de abusos da posição profissional do advogado, o BVerfG decidiu, ao ponderar a importância da defesa criminal para um processo justo dentro do Estado de Direito e a obrigação do advogado de salvaguardar seu múnus, pela reprovabilidade do advogado que age com dolo direto.⁽⁴⁾

Gómez-Jara Díez noticia que tardiamente a Espanha se adequou à Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia por meio da edição da Ley 10/2010, que foi a responsável por incluir os advogados no rol de pessoas dotadas com os deveres de controle e obrigadas a tomar medidas destinadas a impedir a prática de branqueamento de capitais.⁽⁵⁾

Em Portugal, a Lei 25/2008, de 05.06.2008, é o instrumento normativo responsável por dar corpo e vida ao tipo penal de branqueamento de capitais. Essa Lei traz uma extensa regulação da matéria, o que termina por converter o artigo 368.º-A do Código Penal português no ato final de uma longa novela. A Lei 25/2008 estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Essas medidas são relativas à utilização do sistema financeiro, de atividades e profissões criadoras de risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Assim, em Portugal, impõe-se uma série de deveres, como os de identificação, diligência, recusa, conservação, exame, comunicação, abstenção, colaboração, segredo, controle e formação às entidades financeiras e a certas entidades e profissionais. A imposição desses deveres transforma aqueles expressamente elencados na lei em responsáveis por evitar a prática do crime de branqueamento em seu

âmbito de atuação profissional. A lei transforma essas pessoas físicas e jurídicas em garantidores. Ou seja, se, em seu âmbito profissional, deixarem de impedir que o agente, com fins de esconder a origem ilícita de vantagens obtidas na prática dos crimes antecedentes constantes no rol, transfira ou converta essas vantagens, praticarão o crime de branqueamento de capitais por omissão imprópria. O art. 17 da citada Lei portuguesa preceitua que as entidades referidas têm o dever de se absterem “*de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo*”. Este é um dever jurídico que obriga essas pessoas e entidades a evitarem o branqueamento de capitais. Trata-se da conversão do crime de lavagem em um delito omissivo impróprio. Diga-se de passagem, a transferência de responsabilidades no combate à lavagem de capitais aos cidadãos é uma criticável opção política.

E no Brasil? Será que a ampliação do rol do art. 9.º, XIV, pela Lei 12.683/2012, levou-nos a assumir “*la marcha inexorable del delito de blanqueo de capitales por los ordenamientos jurídicos de todo el mundo*”?⁽⁶⁾ Pouco tempo depois da edição da Lei 12.683/2012 já havia quem sustentasse que proteção constitucional à advocacia estaria “vinculada estritamente à administração da justiça”, de modo que as atividades de consultoria jurídica nas áreas comercial, tributária e sucessória, por exemplo, se encontrariam “abrangidas pelos deveres inerentes ao *know your customer*”.⁽⁷⁾ Contudo, a Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que serve de parâmetro comparativo para tal afirmação,⁽⁸⁾ preceitua tão somente que não haverá exoneração se a consulta jurídica for prestada com a finalidade de propiciar a lavagem de capitais. Ou seja, sequer a Diretiva 2001/97/CE chega a tal nível de agressão à advocacia. O item 17 dos Considerandos da Diretiva 2001/97/CE dispõe que o advogado, que presta consulta jurídica ou representa o cliente judicial ou administrativamente, está exonerado da obrigação de comunicação, pois sua atuação se sujeita ao dever de sigilo profissional.

Essa é mais uma das razões que nos levam a entender que a advocacia brasileira não se tornou um agente garantidor encarregado de combater e impedir a lavagem de dinheiro. Certamente, não se faz referência ao “advogado que deixa de ser advogado e vem a ser peça de organização criminosa ou de conluio para a prática dos crimes”.⁽⁹⁾ O advogado que abusa de suas prerrogativas e direitos para se tornar um agente ativo na prática do crime integra um autêntico concurso de pessoas. Nesse caso, tem-se à mão uma autêntica comissão, o que torna desnecessário recorrer à estrutura dos crimes omissivos impróprios. No entanto, dentro do âmbito regular de atuação da advocacia, o advogado atua amparado pelo risco permitido, ou seja, sua conduta é atípica. Neste tocante, costuma-se recordar das ações neutras.⁽¹⁰⁾ Contudo, como já ressaltamos em outras oportunidades, a referência à neutralidade, cotidianidade ou profissionalidade das condutas em nada contribui para a afirmação ou recusa da tipicidade penal.⁽¹¹⁾

A Lei brasileira não impõe os deveres específicos de recusa e abstenção. Os sujeitos submetidos aos mecanismos de controle não são elevados à condição de garantidores no direito brasileiro.

Em termos dogmático-penais, isto é, sem discutir questões atinentes à inconstitucionalidade, o ponto chave consiste em saber se as pessoas inseridas no novo rol do art. 9.º, XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro, foram alçadas à condição de garantidores nos termos do art. 13, § 2.º, *a*, do Código Penal. As pessoas físicas e jurídicas sujeitas a mecanismos de controle possuem apenas os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. A Lei brasileira não impõe os deveres específicos de recusa e abstenção. Os sujeitos submetidos aos mecanismos de controle não são elevados à condição de garantidores no direito brasileiro. Os arts. 10 e 11 da Lei 9.613/1998 impõem somente os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. Estes não são deveres de garantia de evitação do resultado nem há a imposição de outros deveres em nossa legislação. Recordemos que o art. 13, § 2.º, *a*, do Código Penal, equipara a omissão à ação apenas quando presentes as obrigações de cuidado, proteção ou vigilância.

Com acerto, **Greco Filho** e **Rassi** ao esclarecerem que “os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado”, de modo que não configuram participação criminal.⁽¹²⁾ Disso se extrai que as condutas acessórias que circundam a ação de lavagem dinheiro são necessariamente atípicas?! A negativa se impõe. Prevalece a lógica ordinária da teoria do concurso de pessoas. Além do preenchimento dos requisitos do tipo objetivo, exige-se dolo direto, ou seja, consciência e vontade de prestar o auxílio que o autor demanda para o cometimento de seu crime de lavagem de dinheiro. Não há maiores dificuldades. Ainda que estes concorrentes atuem de modo negligente ou com imperícia violando o dever objetivo de cuidado que deveriam levar em consideração no momento da realização da conduta, nenhum fato típico será praticado. Não existe participação culposa em crime doloso e também não há qualquer previsão na legislação brasileira de tipos culposos de lavagem de capitais. O problema reside na definição da punibilidade ou não do dolo eventual. Caso se entenda possível a reprovação do dolo eventual, o problema nos remontará à conhecida dificuldade de se distinguir o dolo eventual da culpa consciente,⁽¹³⁾ o que, todavia, foge aos propósitos deste estudo. Neste tocante, **Silveira** lança algumas luzes acerca da problemática ampliação do conceito de dolo eventual a partir da teoria da cegueira deliberada.⁽¹⁴⁾

De todo modo, o que deve estar assentada é a impossibilidade de se criminalizar aprioristicamente o exercício da advocacia. No Brasil, a Lei não transformou o advogado em um garantidor nem trouxe qualquer previsão destinada a converter a lavagem em um tipo penal culposos. Essa assertiva não nos leva à conclusão de que haja uma imunidade absoluta ao advogado. Este será responsabilizado criminalmente sempre que abusar com dolo direto de sua condição profissional para se tornar cúmplice ou coautor. Para tanto, não é necessário ir muito longe, já que a Teoria do Concurso de Pessoa oferece as premissas necessárias para a resolução do problema. O que permanece em aberto e deve ser refletido

pela Ciência Penal brasileira refere-se à reprovação do dolo eventual. Há boas razões de política criminal que justificam a não reprovação do recebimento de honorários advocatícios de origem ilícita mediante a prática de uma conduta fundada no dolo eventual.

Notas:

- (1) ESTELLITA, Heloisa. Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>>. Acesso em: 19 jan. 2014.
- (2) BUNDESGERICHTSHOF. *Urteil vom 4. Juli 2001 - 2 StR 513/00 - Landgericht Frankfurt am Main*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2001-7&Seite=7&nr=21352&pos=218&anz=237>>. Acesso em: 28 jan. 2014.
- (3) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. 2.BvR-1520/01-2.BvR1521/01. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>. Acesso em: 28 jan. 2014.
- (4) BERMEJO, Mateo G.; WIRTZ, Georg. Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?. In: ZIS, 10, 2007, p. 403.
- (5) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: ¿Garante de Estado o defensor del cliente? *Boletim IBCCRIM*, 246, p. 22, ago. 2012.
- (6) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Op. cit.*, p.11.
- (7) GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, 246, p. 10, ago. 2012.
- (8) GRANDIS, Rodrigo de. *Op. cit.*, p. 9.
- (9) GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, 246, p. 14, ago. 2012.
- (10) RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Direito penal econômico - advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.151 e s.
- (11) Cf. LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 99-123; LOBATO, José Danilo Tavares. Ações neutras – algumas notas corretivas para o debate brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, 216, p. 14, nov. 2010.
- (12) GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Op. cit.*, p.14.
- (13) Cf. SANTOS, Humberto Soares de Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (Org.). *Temas de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.
- (14) Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, 246, p. 3-4, maio 2013.

José Danilo Tavares Lobato

Mestre, Doutor e Pós-doutor em Direito.

Professor adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel

Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanño Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Carolina Ziccardi Teixeira de Carvalho, Antonio Carlos Bellini Júnior, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Fabiano Yuji Takayanagi, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Indaiá Lima Mota, José Carlos Abissamra

Filho, Leopoldo Stefanño Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sámia Zattar, Stephan Gomes Mendonça e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editorioplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tranco-chave)
www.ibccrim.org.br

Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico

Bruno Tadeu Buonicore e David Leal da Silva

A sociedade contemporânea é marcada por profundas alterações na qualidade das relações entre os homens e destes com as instituições modernas. O elemento que tem se demonstrado central nessas transformações é a tecnologia. O advento da tecnologia, inerente ao nosso atual modo de vida, tem muito a dizer sobre a formação de uma nova disposição das estruturas sociais. Nas palavras de **Albert Borgmann**: “*Se o aumento da tecnologia tem sido, como eu tenho afirmado, o evento mais importante do período moderno, então o tipo de atenção pública que ela tem recebido deve nos dizer algo importante sobre a qualidade da nossa vida social e política*”.⁽¹⁾

O avançar da tecnologia, nas mais diversas searas do conhecimento, tem provocado o desenvolvimento de uma particular maneira de pensar tecnicista. O saber tecnológico, esse modo de perceber o mundo e o homem, vem influenciando, significativamente, a gestão política dos conflitos sociais. Esse impacto da tecnologia pode ser perigoso quando o cinismo da burocracia racionalizada sufoca qualquer espaço de reflexão. Na falta de uma meditação mais profunda sobre a vida humana, e toda a complexidade das relações que a cercam, as instituições acabam sendo nada mais do que espaços dissimulados de reprodução de sua própria verdade. Corremos o risco, assim, de cair nos chamados “tempos escuros” apontados por **Hannah Arendt**: “*Quando nós pensamos em tempos escuros, e nas pessoas vivendo e se movendo nele, nós temos que levar em conta essa camuflagem emanada e fomentada pela ‘Instituição’ – ou pelo ‘Sistema’ tal como foi chamado*”.⁽²⁾

Nesse sentido, ao passo que as forças produtivas tecnológicas alcançam níveis extraordinários, esse processo acaba por devorar qualquer natureza de reflexão que se furte a cadeia de significantes própria da lógica tecnicista, o pensamento que calcula. A esse respeito, o filósofo alemão **Martin Heidegger** constrói importantes apontamentos. Em conferência realizada em homenagem a Conradin Kreutzer, distinto compositor clássico e seu conterrâneo, em 1955, este filósofo nos oferece uma belíssima reflexão sobre a técnica contemporânea e sua relação com o homem. Este texto, que passa aqui a ser por nós trabalhado, integra a obra *Serenidade (Gelassenheit)*.

Em sua reflexão, o filósofo tece peculiares provocações ao pensar tecnológico, ou pensamento que calcula, atualmente tão impregnado no existir humano. Com este norte teórico, **Martin Heidegger** vai contrapor ao pensamento tecnicista que calcula o pensamento que medita. Este último, capaz de questionar o sentido das coisas mesmas e do homem, em toda sua riqueza e complexidade subjetiva, parece hoje sucumbir diante da simplicidade sedutora do pensamento que calcula. A constatação desse fato, que segundo o autor deriva do poder oculto da técnica moderna, nos arremessa para um espaço acrítico de pensamento que parte de circunstâncias já dadas, chegando a finalidades, igualmente, predeterminadas. Nas palavras do autor, esta disposição do pensamento atual: “*nos mantém aleijados de uma meditação sobre a época atual*”.⁽³⁾

Desse modo, a reflexão perde espaço, rapidamente, para a ânsia do cálculo, para a estatística que, cinicamente, parte de intenções acabadas. Ao contrário do que ocorre com o sedutor pensamento que calcula, o pensamento que medita é árduo, doloroso, demorado e não acompanha a lógica redutora de complexidade dos sentidos prontos da estatística. O pensamento que medita, proposto por **Martin Heidegger**, provoca-nos a sairmos de uma zona de conforto em que ficamos apegados

unilateralmente a uma representação. No caminho de resgate de uma dimensão reflexiva do humano, o filósofo nos leva para além da cadeia de significados prontos do cálculo, da estatística.⁽⁴⁾

No sistema da justiça penal, esta dimensão reflexiva sobre o fenômeno criminal parece ceder espaço, rapidamente, ao pensamento que calcula. Nesse movimento, a política atuarial norte-americana tem representado papel protagonista. Conforme **Maurício Dieter**, essa maneira de gerir e pensar os conflitos sociais adota a abordagem da estatística fria, trabalha com dados, comparação de valores numéricos e prognósticos de riscos dos suspeitos.⁽⁵⁾ Trata-se de política criminal que, ao catalogar o indivíduo, reduz a complexidade do fenômeno criminal e ignora a dimensão reflexiva do ser humano, restando este reduzido à categoria de coisa. Este pensamento que calcula vem, a partir dos anos 1980, influenciando, sobremaneira, tanto o agir das agências penais brasileiras como nossa produção intelectual na área da criminologia. Ao transferir para o critério matemático da estatística toda problemática da criminalidade humana, o pensamento que calcula desvincula toda uma realidade social de seus aspectos determinantes, que se revelam em signos não numéricos.

A política atuarial, esta manifestação do pensamento que calcula na criminologia, ressignifica o sistema penal com a noção de risco. O risco deve ser entendido como uma modalidade de governo, de certos conflitos, em que se parte da predição à prevenção. É uma abordagem bastante comum no campo da saúde pública. Trata-se de uma tecnologia utilizada, por exemplo, em programas para *imunizar* grandes grupos de pessoas em relação a alguma doença.⁽⁶⁾ Para os operadores atuariais, dentro do âmbito da justiça penal, nesta lógica de cálculo de risco, a incapacitação e o afastamento terão a função de reduzir as taxas de criminalidade. O que se pretende é gerir um segmento da população por meio da prisão.⁽⁷⁾ Não é por acaso que as prisões são classificadas de acordo com o seu nível de segurança e as sanções são baseadas em termos de gestão eficiente do risco – a incapacitação seletiva.⁽⁸⁾

O argumento da incapacitação é lógico e calculado, permitindo o uso de novas tecnologias de prevenção de risco: vigilância, segregação urbana e a penitenciária como gestão do excesso negativo. A política criminal atuarial incorpora novas tecnologias no sistema de justiça criminal. Força os agentes da repressão a se adaptarem à sua lógica. Os trabalhadores do sistema (carcereiros, médicos, psicólogos, policiais, promotores, advogados e juízes) têm de atuar como bons gestores, pois estão ameaçados de perder espaço para técnicos mais competentes no uso eficiente dessa racionalidade do cálculo.

Nesse cenário, percebe-se, no campo da criminologia pós-crítica, um vazio teórico-reflexivo, uma sobrevalorização da estatística em que qualquer reflexão filosófico-teórica, sobre o sistema criminal, representa um entrave à gestão eficiente de um sistema de cálculo em que o empírico basta por si mesmo. Assim, o pensamento que medita, que reflete sobre o humano, é devorado, no campo criminológico, pela voracidade de um discurso que não exige fundamentação, um discurso em que os números falam, cinicamente, por si. Nesse sentido, a reflexão de **Martin Heidegger** parece adequada a nos provocar a deixar para trás a zona de conforto do signo numérico no caminho de resgatar, no campo criminológico, uma perspectiva reflexiva mais profunda sobre o fenômeno criminal em toda sua complexidade.

Notas:

- (1) BORGMANN, Albert. *Technology and the character of contemporary life. A philosophical inquiry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1984, p. 78.
- (2) ARENDT, Hannah. *Menschen in finsternen Zeiten*. München: Verlag Piper, 2001, p. 8.
- (3) HEIDEGGER, Martin. *Gelassenheit*. Pfullingen: Verlag Günter Neske, 1959, p. 15-24.
- (4) *Idem, ibidem*.
- (5) DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese Apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2012, p. 8-9 e 21-22.
- (6) O'MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 21.
- (7) FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law. In: NELKEN, David (Org.). *The Futures of Criminology*. Londres: Sage, 1994, p. 175.
- (8) FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan (1992). The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, 30(4), p. 449-474.

Bruno Tadeu Buonicore

Mestrando em Ciências Criminais e Especialista
em Ciências Penais pela PUC-RS. Bolsista Capes.
Advogado.

David Leal da Silva

Mestrando em Ciências Criminais e Especialista
em Ciências Penais pela PUC-RS. Bolsista Capes.
Advogado.

Delinquência juvenil e suas causas sociais: a teoria da anomia no cenário brasileiro

Patrícia Alcalde Varisco

O crescente índice de criminalidade, aliado à recorrente sensação de impunidade que assola a sociedade brasileira, faz reascender na população ideias totalitárias com relação a qualquer um que cometa uma infração. Nesse interim, os direitos e garantias fundamentais tão almejados pelas gerações passadas e frutos de intensas lutas populares são marginalizados, passando-se a ecoar clamores de punição severa e absoluta. Como consequência, o tema da redução da maioridade penal passa a vigorar em debates calorosos, ganhando força através do exibicionismo midiático cada vez que se noticia a participação de crianças e adolescentes na prática de crimes.

Dessarte, para que haja uma solução eficaz em relação ao aumento de atos infracionais e da própria criminalidade, é imprescindível que se compreenda os fatores causadores da delinquência juvenil, de forma que se possa atuar nas verdadeiras origens do ato infracional.

O fenômeno da delinquência juvenil é complexo e formado por diversos fatores que influenciam no comportamento desviante de um jovem. Dentre as teorias de comportamento delinquente, a que se amolda ao cenário da delinquência juvenil brasileira é a Teoria da Anomia, desenvolvida por **Robert Merton** (1938).

A anomia,⁽¹⁾ conceito inicialmente introduzido por **Durkheim** na obra *The division of labor in society* (1933),⁽²⁾ tem como premissa o fato de a delinquência ser causada primordialmente por elementos sociais. Não se olvida que fatores pessoais e situacionais do jovem não possam influenciar na sua escolha pelo desvio comportamental; no entanto, é a falta de estrutura e desorganização das instituições sociais o maior responsável pelo ato infracional.

Dois são os fundamentos da Teoria de Merton: fins culturais (*culturally defined goals*) e meios institucionalizados (*institutionalized means*). Segundo o autor, existem certos objetivos sociais e culturais que a sociedade estabelece como referências de aspiração para uma vida bem-sucedida. **Merton** exemplifica o sucesso econômico como um dos principais objetivos a serem almejados. De outro lado, são também determinados pela sociedade quais os meios moralmente aceitáveis para se perseguir tais objetivos, os quais coincidem com as condutas permitidas pelo ordenamento jurídico.

A conformidade é a adaptação do comportamento individual de acordo com os mandamentos da vida em sociedade. O indivíduo almeja os fins sociais e possui os meios necessários para seu alcance,

conformando-se com as normas jurídicas impostas. Nesse caso, não há qualquer desvio comportamental.

No entanto, quando o indivíduo assimila os objetivos sociais, porém não possui meios institucionalizados para alcançá-los, acaba ocorrendo um desvio comportamental.⁽³⁾

É de dizer que a sociedade acaba por impor objetivos a serem almejados sem, contudo, prover oportunidades igualitárias para alcançá-los, forçando os jovens a encontrar meios desviantes para atingir o *status* social. Na chamada inovação, dá-se ênfase ao sucesso social sem, no entanto, seguir as regras jurídicas impostas para alcançá-lo.

Pois bem. Basta analisarmos o perfil do menor autor de ato infracional brasileiro para percebermos a similaridade entre as causas apontadas pela Teoria de Merton e a nossa realidade. Segundo uma pesquisa realizada entre menores autores de ato infracional na cidade de Uberlândia/MG, determinou-se o perfil socioeconômico do adolescente reincidente como possuindo uma renda *per capita* de R\$ 250,00 e residindo em áreas afastadas, desprovidas de lazer, cultura e diversão em bairros periféricos.

Percebe-se, portanto, que o cenário brasileiro dos menores autores de ato infracional pode ser explicado pela Teoria da Anomia, demonstrando-nos que as verdadeiras causas da delinquência juvenil são decorrentes da própria negligência do Estado/sociedade para com os jovens de baixa renda.

Outrossim, quando se debate acerca da redução da maioridade penal, esquece-se que crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento e se enxerga apenas a punição, sem se preocupar com as consequências que tais atos trarão ao menor e, indiretamente, à própria sociedade. Pelas lentes da Teoria da Anomia, tem-se que o Estado, como verdadeiro representante da sociedade, deve prover educação, saúde e os meios básicos de subsistência para crianças e adolescentes, de forma a provê-los com os meios necessários ao seu correto desenvolvimento e formação.

A insistência na punição isolada, sem caráter de reabilitação, é um ciclo vicioso. A falta de organização social leva à delinquência e esta é encarada pela sociedade como uma anormalidade ao invés de uma consequência direta do nosso sistema de organização. Assim, ao punir isoladamente o jovem, não estamos provendo os meios necessários para que ele escape do ciclo da violência e construa um futuro diferente. Pelo contrário, estamos inserindo-o no mesmo sistema caótico de onde veio, sem qualquer chance de reabilitação e ressocialização.

Com isso em mente, nos Estados Unidos, os projetos denominados de comunitários abordam a delinquência de um ponto de vista coletivo, apontando a falta de instituições reguladoras e de meios legítimos para obtenção de fins culturais como os principais alvos a serem combatidos. Como exemplo de experimentos que visam reinserir o jovem na sociedade, focando na família e na escola para sua reabilitação, tem-se o Experimento Provo e a Terapia Multissistêmica (Multisystemic Therapy). Outrossim, as avaliações dos projetos comunitários têm demonstrado que estes são tão eficazes quanto a institucionalização no controle da reincidência.

Se considerarmos as atuais condições das Fundações de Atendimento Socioeducativo, as quais, em sua maioria, não possuem sistemas adequados para promover a reabilitação do jovem e, muitas vezes, acabam por inserir ainda mais o menor na delinquência, a alternativa apresentada por programas comunitários mostra-se mais apta a combater as verdadeiras causas do ato infracional.

Dessa feita, o investimento em programas que provenham melhor qualidade de vida aos jovens, reinserindo-os na sociedade com os meios necessários a alcançar as metas culturais, deve ser priorizado em detrimento de medidas privativas de liberdade, focando-se sempre na criança e no adolescente como pessoas em fase de desenvolvimento.

Referências

- DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society*. New York: The Free Press, 1933.
- SHOEMAKER, Donald J. *Theories of delinquency: an examination of explanation of delinquent behavior*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MERTON, Robert K. Social structure and anomie. *American Sociological Review*, n. 3, 1938, p. 672-682..

SANTOS, Márcia Ferreira; SILVA, Maria Izabel da. Adolescente autor de ato infracional: uma análise dos reincidentes/reiterados em medidas socioeducativas em Uberlândia/MG. *Revista da Católica*, Uberlândia, v. 3, n. 5, jan./jul. 2011. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo18.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2013.

Notas:

- (1) A palavra tem origem grega: a + nomos. 'A' significa falta de, ausência; 'nomos' tem o significado de lei, norma. Portanto, significa a ausência ou falta de normas.
- (2) Durkheim se refere à anomia quando relata seu estudo sobre a divisão do trabalho social, não realizando nenhuma relação direta com o crime ou delinquência juvenil.
- (3) Merton classifica os desvios delinquentes como decorrentes de quatro formas de adaptação: inovação, ritualismo, retraimento e rebelião. O ritualismo ocorre quando o indivíduo se conforma com as normas e renuncia à ascensão social, não buscando os fins sociais estipulados. Já o retraimento pode ser visto na mendicância ou nos usuários de drogas, quando se encontra um escape da vida societária, rejeitando-se os meios e fins culturais. Na inovação, como já referido, dá-se ênfase aos fins sociais sem, contudo, seguir as regras jurídicas impostas para alcançá-lo. Por fim, na rebelião, não só rejeitam-se as normas e fins culturais, mas também se busca substituir novos padrões sociais.

Patrícia Alcalde Varisco

Graduanda pela Faculdade de Letras da PUC-RS.

Pesquisadora na área criminal e delinquência juvenil através de intercâmbio nos Estados Unidos – University of Miami.
Advogada.

In dubio, pobre do réu

Israel Domingos Jorio

14

Aproxima-se o momento em que acadêmicos de Direito se referirão ao clássico brocardo *in dubio pro reo* como um mero dito de culturas jurídicas arcaicas. A crescente desvalorização das obras doutrinárias de qualidade, desenvolvidas por pesquisadores e cientistas do Direito, em paralelo à ascensão da preferência pelos manuais preparatórios para concursos públicos, elimina gradualmente do campo do Direito as pretensões reflexivas e transdisciplinares e suspende os necessários diálogos com a Filosofia, a Sociologia e a Criminologia. Vivenciamos uma época de adoecimento do senso crítico, que, se não for propriamente estimulado e alimentado, definhará até a morte.

Alia-se a isso, para criar um quadro ainda mais preocupante, uma verdadeira veneração pela jurisprudência. As opiniões e análises detidas de estudiosos são depostas em prol do pragmatismo jurisprudencial, direto, conciso, não raras vezes despreocupado com embasamento teórico. Se é bem verdade que ainda há julgados, em todas as instâncias, que são verdadeiras aulas de Direito, não há como negar que outros existem como sintomas de um decisionismo arrogante, em que, na melhor das hipóteses, se encontra como respaldo da razão de decidir *algum outro julgado* de um tribunal superior.

O estudante de Direito que, hoje, deixar de consultar as obras doutrinárias mais abalizadas e se dedicar a uma pesquisa processual e jurisprudencial, certamente terá em mais alta conta e prestígio o brocardo latino *in dubio pro societate*. Seu opositor, o *in dubio pro reo*, já não figura tanto nas folhas processuais quanto nas páginas de livros empoeirados. Não importa que a maioria dos países – e entre eles se encontra o Brasil – consagre, em nível constitucional, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade, caso se prefira). O fato é que, mesmo dentro

dos ordenamentos em que vige esse notável princípio emancipatório e garantista, a dúvida tende a se resolver em favor da sociedade.

“Em favor da sociedade?” Que ganho tem a sociedade com a condenação de um inocente? Digamos mais: que benefício ela auferirá com a condenação *dubiosa*? Em um primeiro momento, quando a prestação de contas é dada, homenageia-se a segurança e louva-se a eficiência punitiva. Mas o fato é que tais condenações representam um imenso vazio. No fim, não se sabe se foi punido o culpado, ou horrendamente injustiçado o inocente, e aquele agora tem assegurada de vez sua impunidade. Condenações destituídas da mais límpida certeza são como um veneno que sorrateiramente intoxica, pouco a pouco, o corpo social.

A maioria dos nossos opositores retrucaria: “Não vige na fase da condenação o princípio do *in dubio pro societate*. Este só se aplica nas fases da denúncia e da pronúncia”. Engodo retórico ou doce ilusão? Vejamos.

Primeiramente, não são poucos os casos em que a condenação, embora não mencione expressamente o *in dubio pro societate*, o incorpora como *ratio decidendi*. São fartas as condenações com base em *presunções*. Ora, o uso de *presunções*, no Direito Penal e Processual Penal, é sempre preocupante. Que dizer das frequentes *presunções absolutas* com as quais lidamos hodiernamente? Porte ilegal de arma. Perigo abstrato. Ponto. Direção sob efeito de álcool. Perigo abstrato. Não importa se a condução era normal. Presume-se o perigo para a coletividade. E ponto.

Toda *presunção absoluta*, além de logicamente ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, é uma ode ao *in dubio pro societate*. E a coisa fica pior com as fórmulas matemáticas: “beber + dirigir = assunção

do risco de matar”. Homicídio com dolo eventual. Isso quando o resultado, tão somente por sua tragicidade, não convoca o dolo eventual – o verdadeiro *curinga* do punitivismo moderno. Se o acidente envolveu muitas vítimas fatais; se a boate estava superlotada e morreram muitos jovens; se a quantia de dinheiro aparentemente “lavada” era muito elevada; dolo eventual é sempre a melhor opção. Há, efetivamente, *certeza da assunção do risco* em todos esses casos? Ou se presume assumido o risco a partir de uma conduta demonizada pela mídia e pelas agências punitivas? Na dúvida, que se defenda a sociedade, em prol do perigoso “bem comum”.

Incomoda, também, a justificação do oferecimento de denúncias e a prolação de pronúncias sob a alegação de uma suposta obediência ao *in dubio pro societate*, folcloricamente vigorante nessas fases da persecução criminal. Tudo bem: cedamos, *por ora*, com relação à fase da denúncia. De fato, muitas vezes não terá o membro do *Parquet* uma convicção inicial, mas essa convicção pode vir a se formar durante o processo. Nos casos em que existam fortes indícios de culpa, mas em que não haja ainda certeza, que se ofereça denúncia. Aí está o estreito limite do *in dubio pro societate*. Mas o que vemos ocorrer é o oferecimento de denúncias, em uma ou duas laudas, com base em escassos ou inexistentes elementos probatórios, para que o acusado “possa” se defender durante o processo. E como fará para defender-se *do processo*?

Nenhuma versão do *in dubio pro societate* vem se mostrando mais nociva, no entanto, do que aquela que se refere à pronúncia. Nossa afirmação é textual e categórica: havendo dúvida, não deve o promotor pedir a pronúncia, tampouco pode o magistrado proferi-la. A pronúncia, muito ao contrário do que se pensa, exige, sim, juízo de *convicção*. Submeter ao júri um acusado, sem ter formada a convicção de sua culpa, é um gesto de lavar as mãos de fazer inveja a Pôncio Pilatos. Veja-se a leviandade: um promotor e um juiz, pessoas esclarecidas, experientes e técnicas participam de toda uma instrução processual, e chegam ao seu final com dúvidas sobre a culpa do acusado. Será que *sinceramente*

esperam que as dúvidas se dissipem *no plenário*? De um lado, temos os *peritos*, que atuaram em todo o processo; de outro, os *leigos*, que somente presenciarão o espetáculo público que é o júri. Terão esses últimos melhores condições do que os primeiros para avaliar a situação do acusado? Toda pronúncia, nesses casos, deveria terminar assim: “Pronuncio. A voz do povo é a voz de Deus”.

O que nos resta considerar é: por que o *in dubio pro reo* incomoda tanto? Sinceramente, é simples entender a inquietação e o desconforto que a dúvida traz aos atores do processo. Principalmente ao juiz, pressionado pela proibição do *non liquet*. Mas essas inquietações não têm lugar no processo penal. Um juiz, em causas cíveis, tributárias e trabalhistas, por exemplo, se chegar ao fim do processo com dúvidas, certamente estará coberto de razões para consternar-se, diante da latente possibilidade de ser injusto. No caso do processo penal, isso simplesmente não existe. Quando um juiz chega ao fim de um processo criminal com dúvidas, não precisa *decidir*. Sua decisão já está tomada, imposta pelo próprio sistema. *Absolvição*. O *in dubio pro reo* retira do magistrado todo o peso que a decisão potencialmente injusta lhe traz. O justo, no caso da dúvida, é sempre a absolvição. Se isso contribui, de alguma forma, para a impunidade, não é culpa de absolutamente ninguém. Porque o juiz é humano, e tem limitações. Porque somos todos humanos, e temos, todos, a chance de ocupar um dia o banco dos réus. Porque a injustiça de se levar um inocente à prisão não é compensada pela condenação de cem culpados. Isso não é poesia: é o espírito político de um Estado Democrático de Direito que elegeu como um de seus pilares principiológicos a dignidade da pessoa humana.

Israel Domingos Jorio

Professor de Direito Penal da Faculdade de
Direito de Vitória – ES – FDV.

Professor da Escola do Ministério Público do Espírito Santo.
Advogado.

Rachel Sheherazade e o “Coitadismo Penal”

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Nas últimas semanas as declarações da jornalista Rachel Sheherazade, âncora do Jornal do SBT, geraram enorme repercussão. O episódio que deu origem a toda polêmica aconteceu na cidade do Rio de Janeiro, onde um jovem suspeito de roubo foi espancado e amarrado nu a um poste por suas supostas vítimas.

Ao comentar o evento, Sheherazade fez declarações contundentes: descreveu a situação de “violência endêmica” pela qual passa o país, e afirmou ser compreensível que o “cidadão de bem” tomasse a atitude noticiada, diante de um “Estado omissivo, uma polícia desmoralizada e uma justiça falha”, verdadeiramente uma “legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado contra um estado de violência sem limite”. Ao final, convidava aqueles que se “apiedassem” do “marginalzinho” que fizessem um favor ao país e “adotassem um bandido”.

E não pararam por aí suas declarações. Em matéria publicada na *Folha de S.Paulo* intitulada “Rachel Sheherazade: ordem ou barbárie?”,⁽¹⁾ veiculada em 11.02.2014, a jornalista voltou a tecer suas considerações sobre a segurança pública. Ela inicia seu texto negando a relação entre criminalidade e a estrutura socioeconômica. Segundo defende:

“Há quem tente explicar a violência, a opção pela criminalidade, como consequência da pobreza, da falta de oportunidades: o homem fruto de seu meio. Sem poder fazer as próprias escolhas, destituído de livre-arbítrio, o indivíduo seria condenado por sua origem humilde

à condição de bandido. Mas acaso a virtude é monopólio de ricos e remediados? Creio que não”.

E completa: “Na propaganda institucional, a pobreza no Brasil diminuiu, o poder de compra está em alta, o desemprego praticamente desapareceu... Mas, se a violência tem relação direta com a pobreza, como explicar que a criminalidade tenha crescido em igual ou maior proporção que a renda do brasileiro? Criminalidade e pobreza não andam necessariamente de mãos dadas”.

Em seguida, Sheherazade voltou a descrever o cenário de violência ostensiva no país, criticar a atuação governamental no combate à criminalidade e afirmar a vulnerabilidade do cidadão de bem em face do Estado omissivo em lhe oferecer a desejada segurança pública.

Por fim, a apresentadora cunhou o termo “coitadismo”, que usou para qualificar a legislação penal, “mãe permissiva para todos os criminosos”. O ECA foi apelidado de “Estatuto da Impunidade”. A conclusão a que chega é que “No Brasil às avessas, o bandido é sempre vítima da sociedade. E nós não passamos de cruéis algozes desses infelizes”.

A violência é um tema exaustivamente explorado pela mídia. A criminalidade é definitivamente um dos assuntos que mais interessam à população em geral e o palco midiático, principalmente o televisivo, tem enorme visibilidade e impacto sobre os indivíduos. A todo momento a mídia bombardeia seu público com declarações desta natureza,

comentando a situação da segurança pública e as medidas que deveriam ser tomadas para combatê-la.

Nesse contexto, conforme destacou **Corcioli Filho** em artigo recente para este periódico: “[...] *não faltam opiniões, e de todas as origens, a respeito do melhor caminho a se percorrer para enfrentar o tal problema da criminalidade contemporânea. Porém, parece ser ainda necessário observar que para que uma opinião pudesse, no cenário público, ser minimamente considerada em matéria de criminalidade ela deveria ser proferida por alguém minimamente iniciado nos estudos de criminologia*”.⁽²⁾

A questão não é cercear o debate sobre a criminalidade, limitando-o a academia, mas destacar que toda essa discussão sobre política criminal tem que ser realizada por critérios bem fundamentados. O direito penal e suas garantias não são questão de predileção. E quais são os fundamentos utilizados por Sheherazade?

Todo o discurso da jornalista se constrói na separação entre “bandidos” e “homens de bem”, e nesse cenário o direito penal é a carta de garantias dos bandidos. Esse entendimento inverte a lógica principiológica do sistema penal – um sistema de garantias do indivíduo perante o Estado, para impedir que este exerça arbitrariamente seu direito de punir (*jus puniendi*). Infelizmente, o discurso de Sheherazade não é isolado. A literatura jurídica criminal tem observado os efeitos do discurso midiático sobre a opinião pública, provocando uma progressiva mudança na concepção do direito penal. Conforme destaca **Silva Sánchez**:

“Em concreto, se tende a perder a visão deste [o direito penal] como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como ‘Magna Charta’ da vítima aparece junto à clássica da ‘Magna Charta’ do delinquente”.⁽³⁾

Sheherazade enfatiza a existência de um estado de calamidade, de violência total, o que, em grande medida, intensifica a sensação de insegurança na população. A criminalidade se torna um problema concreto que exige uma medida imediata do Estado, com uma resposta enérgica do sistema punitivo. Também ganha destaque o discurso da impunidade e da justiça falha, mencionados pela apresentadora. O “cidadão de bem” escuta esse discurso e o reproduz, clamando por “justiça”. A demanda por uma resposta satisfatória contra a insegurança é imediata, e as garantias do Direito penal se tornam um obstáculo para que os “bandidos” sejam punidos. Com precisão, observa **Bechara**:

“De fato, ao estruturar-se tal demanda social, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, referidas garantias, dentre as quais destacam-se os próprios princípios penais fundamentais e os elementos da teoria geral do delito, relevam-se, no novo contexto, como demasiadamente rígidas, opondo-se, assim, à solução efetiva dos casos concretos”.⁽⁴⁾

O discurso midiático é cativante, e, mais do que tudo, insistente. Sua reprodução causa um prejuízo enorme e provoca o “abandono no núcleo principiológico do Direito Penal a tão duras penas conquistado, em prol de um punitivismo retrógrado”.⁽⁵⁾

Em suma, Sheherazade fundamenta suas conclusões numa concepção de Direito Penal invertida, em que os indivíduos devem lutar para a supressão de garantias penais na tentativa de combater um estado de violência alegado e intensificado pela mídia. Com isso, estes indivíduos ignoram que estão abrindo mão de suas garantias em face do poder de punir exercitado pelo Estado. E como esse discurso se sustenta? Criando uma divisão social que segrega “homens de bem” e “bandidos”.

Essencialmente, o sistema penal é um instrumento de controle social que reflete os valores da vida social ao mesmo tempo que tenta condicionar o comportamento dos indivíduos. De certo que o direito penal seleciona quais são os valores que serão merecedores de sua tutela e não protege indiscriminadamente nenhum atributo. Quem define quais são esses valores? A história conta que o sistema penal é um produto ideológico, que reflete os interesses da “classe dominante”.⁽⁶⁾ Com precisão, apontam **Zaffaroni** e **Pierangeli** que “[...] o direito é sempre a expressão do poder da classe

dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas”.⁽⁷⁾

Nesse contexto, o sistema penal é altamente seletivo – nos atributos que irá tutelar, nas condutas que irá criminalizar e nos indivíduos que irá tratar com maior rigor – já que todos esses atributos são determinados pelas classes economicamente dominantes, que têm maior influência política, legislativa e midiática.

Esse sistema penal seletivo valoriza em demasia os crimes contra o patrimônio, tendo em vista que estes delitos são os que atingem mais diretamente a liberdade econômica e o acúmulo de capitais. Assim, repercute o discurso, reproduzido pela mídia, que cria o “criminoso padrão”, ou como denomina Sheherazade o “bandido”. Este indivíduo é estereotipado como “*pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades*”⁽⁸⁾ e pratica principalmente crimes patrimoniais. Essa identificação é denominada na literatura jurídica de “Teoria do Etiquetamento”. A respeito do tema, esclarecem **Zaffaroni** e **Pierangeli**:

“O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar (‘teoria do etiquetamento ou labelling theory’) e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização”.⁽⁹⁾

A distinção que Sheherazade cria entre “homens de bem” e “bandidos” é clara manifestação da seletividade do sistema penal. Esse “etiquetamento” impede o indivíduo que defende a supressão de garantias penais, envolvido pelo discurso, de se perceber como prejudicado já que ele não se enquadra naquele estereótipo de cliente habitual do sistema penal.

No atual paradigma constitucional, pós-positivista, o Estado se mostra inteiramente comprometido com a tutela das garantias fundamentais.⁽¹⁰⁾ Em sua atuação, ele deve se esforçar para efetivar o ideal democrático e não reforçar os desequilíbrios do sistema socioeconômico, que é exatamente o que o discurso do “coitadismo penal” faz.

Em outras palavras, a posição da jornalista presta um desserviço à efetivação do Estado Democrático de Direito. A audiência televisiva tem um poder de convencimento estrondoso, especialmente entre as parcelas da população que não têm acesso a outros meios de comunicação. De fato, a mídia não pode ser responsabilizada pelas desigualdades da estrutura socioeconômica brasileira, pela precariedade do sistema penal e penitenciário e pela seletividade do direito penal. Mas seu discurso exerce enorme influência sobre as pessoas que poderiam fazê-lo – os eleitores. A opinião pública fica contaminada por ideais regressistas, o que repercute na candidatura de representantes que compartilhem desse ideal e que atuarão em suas legislaturas condicionados por esse discurso.

A noção do direito penal como “coitadismo penal”, “mãe protetora dos bandidos” ou “estatuto da impunidade” é aberrante, e completamente incompatível com a ordem democrática, com o ideal republicano e com a consolidação histórica do direito penal como um conjunto de garantias fundamentais de **todos os cidadãos**.

Repetindo o gesto, abre-se também um convite a Sheherazade. Ou melhor, vários convites. Que reflita sobre a seletividade do sistema penal e sobre o “etiquetamento” para que reconsidere sua posição a respeito da relação entre estrutura sócioeconômica e criminalidade. Que dê novo significado a seus chavões: “Estado omissivo” – em oferecer condições materiais de subsistência e dignidade para uma parcela enorme da população, uma “polícia desmoralizada” – mal remunerada, desvalorizada pela população, e que combate o crime como se lutasse uma guerra, com estrutura militar e hierarquia, “uma justiça falha” – sobrecarregada de demandas sem repercussão social, principalmente crimes patrimoniais de baixíssima monta. Que atue na defesa das garantias constitucionais e na efetivação do Estado Democrático de Direito, e não em seu desfavor.

“Faça um favor ao país e adote um bandido!” Que esse pedido seja feito, agora direcionado ao Estado brasileiro. Adote o indivíduo estereotipado como criminoso. Em respeito à dignidade da pessoa

humana, concretize todos os seus direitos fundamentais. Se ele delinquir, ofereça-lhe assistência judiciária gratuita e bem qualificada (por mais competentes que sejam os Defensores Públicos no Brasil, eles estão em poucos lugares e trabalhando com sobrecarga). Se ele for condenado, ofereça-lhe uma cadeia que não seja desumana e fomentadora da criminalidade. Permita que ele tenha acesso a um emprego para que possa recomeçar sua vida após cumprir sua pena. Trate o “bandido” como um ser humano, simplesmente porque ele o é.

Notas

- (1) Rachel Sheherazade: ordem ou barbárie?
Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/02/1410284-rachel-sheherazade-ordem-ou-barbarie.shtml>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- (2) CORCIOLI FILHO, R. L. Criminologia do achismo. *Boletim IBCCRIM*, v. 253, 2013, p. 14-15.
- (3) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

- (4) BECHARA, A. E. L. S. Caso Isabella: mídia, violência e direito penal de emergência. *Boletim IBCCRIM*, v. 186, 2008, p. 11-12.
- (5) *Idem, ibidem*.
- (6) MOURA, Grégore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói, Rio: Impetus, 2006.
- (7) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997, p. 248.
- (8) MOURA, Grégore. *Op. cit.*
- (9) *Idem, ibidem*, p. 320.
- (10) BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.

Rafael Barros Bernardes da Silveira
Pós-graduando em Direito Penal pelo
Centro Universitário Newton Paiva.
Advogado.

Com a palavra, o Estudante

Hans Welzel e a modernização do Direito Penal

Pedro Augusto Simões da Conceição

Welzel foi um verdadeiro **Kant** para o Direito Penal.⁽¹⁾

Com esta comparação, intuímos traçar não apenas o horizonte da entrada da filosofia crítica na dogmática penal – para além da teoria da pena –, intuímos, também, que **Welzel**, e não seus antecessores e contemporâneos, fora um verdadeiro **neokantiano**.

Há, porém, um sentido mais profundo nessa afirmação, que comprova sua verdade e mostra sua relevância mesmo cerca de 70 anos após o surgimento dos principais textos do finalismo.⁽²⁾ **Welzel** operacionalizou o que chamamos de *modernização do Direito Penal*, e esse processo, apesar de um paulatino abandono da teoria finalista, ainda está longe de ser superado.

Para entendermos o que é *modernização*, e porque ela demorou tanto para chegar ao Direito Penal, temos, justamente, que olhar para **Kant**.

No apontamento de o que seria a Modernidade e o pensamento moderno ou, ainda melhor, a *imagem de mundo da modernidade*, **Heidegger**⁽³⁾ nos remete a **Descartes** e à fundação da filosofia do e no “sujeito”, o qual seria algo à parte do “mundo” que observa. *Este*, como dado *físico*, como coisa mensurável (*res extensa*), não pensa, não é pensante – tão somente *objeto*. Em oposição, *aquele* é o próprio pensamento, coisa pensante (*res cogitans*), *sujeito*.

A partir deste ponto, ciência e filosofia diferenciam-se de tal modo que se cria um setor verdadeiramente *objetivo* de conhecimento, profundamente ancorado em bases tão universais quanto o cálculo matemático, mas que, justamente, separado do sujeito pensante, fica como *coisa*, como mais um *objeto* no mundo. Esse golpe fundador da Modernidade, porém, não poderia ter sido completo sem a obra de **Kant** que especificou, no *Sistema*, a diferença entre o conhecimento objetivo (e sua possibilidade) e a ética e entre esses e o juízo estético.⁽⁴⁾

Nas leis de uma razão universal, um conhecimento fenomenológico preciso se torna possível, mas não mais um conhecimento objetivo *per se*. Sujeito e objeto se separam definitivamente e entre eles há somente o *fenômeno* das coisas.

A partir disso, o conhecimento *científico*, para se separar da subjetividade que “molda” o mundo conforme a sua interpretação dos fenômenos, precisou buscar leis que se provam universais uma vez que

são universalizáveis à própria razão humana. Nasce, por outro lado, as tais ciências do espírito, que tentam dar a tal “subjetividade” um lado de científico, buscando o que há de universal nas subjetividades, quer na ética, quer na estética.

Nesse sentido, nossos penalistas tidos por “neokantianos” o são, verdadeiramente, por apontarem o *valor ético* como essa substância universal presente nas subjetividades e, portanto, matéria que poderia ser cientificamente estudada.

Welzel percebeu, porém, que uma universalidade de valores não resistiria à crítica histórica, seja ela de matriz hegeliana ou marxista; a fundação do método universal da dogmática penal e da analítica do delito não poderia repousar em algo tão “absoluto” quanto os valores, cuja força, não obstante, não escapa da marcha dialética dos tempos.

Welzel operacionalizou, então, a verdadeira modernização do Direito Penal ao *introduzir* a principal categoria da modernidade, a *separação entre sujeito e objeto*, no cerne no Direito Penal. Dos “neokantianos”, **Welzel** aproveitou a deixa de que não há se falar em *antijurídico* algo que não seja *típico*⁽⁵⁾ e percebeu, nisso, a primazia da categoria da *tipicidade* e sua relação com a Lei e com a *objetividade do tipo penal na posituação do delito* e dividiu, então, a tipicidade entre *sujeito e objeto*.

Quem, porém, é *sujeito* e o que é *objeto* da tipicidade? Seriam os “sujeitos ativos e passivos do delito”?

Não – e aí está o *pulo do gato* da teoria finalista. O próprio *delito* é que se apresenta, como dado ontológico, como sujeito de uma tipicidade objetiva. Como *delito* é uma categoria demasiado abstrata para ser em si um sujeito, **Welzel** personifica-a por meio de uma *teoria da ação* que reza somente ser “ação” aquilo que tem raízes na *finalidade* humana; donde tipicidade ser sempre *tipicidade de ação* ou, comumente, *ação típica*.

A concretude da finalidade humana, por sua vez, não estaria a cada vez no resultado real que ocorre, mas na descrição hipotética do resultado mesmo – no *tipo*. É por isso que a *finalidade* se confunde com a *tipicidade* objetiva e subjetiva, e não apenas com a tipicidade subjetiva, razão pela qual há espaço para culpa no seio da teoria finalista, mesmo que isso exija uma construção dogmática perversa.

Isso porque o que há de *ontológico* na obra de **Welzel** não são os “elementos objetivos do tipo” nem o “agente” ou a “vítima” ou o “corpo de delito”, mas as *categorias lógico-objetivas* da realidade que, retratadas no tipo, podem ser absorvidas pelo *agente final*.

A ação final típica, portanto, se torna verdadeira mola sistêmica que apaga o homem como sujeito concreto da tal *ação*, cujo *desvalor jurídico* – o qual se dá na medida do injusto – é o único ponto realmente relevante para a *incriminação*.

Sobrando algum espaço, o *sujeito real* será levado em consideração na análise da sua culpabilidade, ainda que em termos *normativos*; e tal significa nada mais nada menos que ele será *culpabilizado* em um juízo de comparação com os demais de sua espécie, não à toa, tornando-se a culpabilidade categoria central na teoria da imputação de **Jakobs**, por exemplo.⁽⁶⁾

É importante lembrar que, no edifício finalista, não há espaço *necessário* para o Bem Jurídico. Há, sim, espaço possível, como delimitação, mas não necessidade para a analítica do crime. Ao colocar as luzes de tal forma sobre a tipicidade da ação e seu respectivo desvalor, **Welzel** criou uma teoria que pode ser estudada como *objeto* e que pode *objetivar o crime* como delito para além da mera definição positiva dada pela lei. A substituíbilidade do sujeito na *ação* – o fato de que qualquer um e não importa quem possa praticar a “mesma” ação final – mostra quanto a separação entre Direito Penal do Fato e Direito Penal do Agente é tímida para mudar o Direito Penal como prática judicial e pseudocientífica. Como prática, o Direito Penal é marcado por juízos genéricos acerca das características gerais e abstratas dos possíveis sujeitos (futuros ou atuais) de ações típicas.

Esse verdadeiro edifício teórico que se tornou a Teoria Final colocou o Direito Penal em pé de igualdade com outros ramos do Direito que já tinham conseguido encaixar a divisão *sujeito/objeto* de modo plausível em seus respectivos escritos, como no Direito Civil fez a divisão de *direitos subjetivos e objetivos*⁽⁷⁾ a partir de dados sempre *objetivos*, como também a ideia de que uma *pessoa*, como sujeito de direitos, pertence sempre a uma *relação jurídica objetiva*.⁽⁸⁾

Como disse **Heidegger**, contudo, a tentativa de superar a metafísica pelo “mundo” técnico e pela ciência *objetiva* fez com que estes se tornassem a nova metafísica, a crença de que temos um método eficaz e analítico de determinação do delito – ou seja, de determinação de quem deve pagar, ir preso, e assim por diante. A crença na função do método penal ocupou o papel especulativo que antes se dava à metafísica (a dos valores, inclusive); nesse sentido, *nova et vetera*, continua o Direito Penal uma prática *mitológica*.

As críticas político-criminais e criminológicas endereçadas ao Edifício da analítica do Delito, bem como as transformações internas que este sofre, denunciam a *liquidez* de suas fundações, incapazes de sustentar suas próprias afirmações, em tempos de “crise da modernidade” e da necessidade de “reafirmação de valores”.

De A a Z vemos respostas abolicionistas e expansionistas, como verdadeiras tentativas de ressuscitar a *antiga* metafísica do delito, do bom selvagem ou da guerra de todos contra todos.

O surgimento de uma nova *esquerda punitiva*, seja para criminalizar a homofobia, seja para encarcerar mais *White collars*, não contrasta, mas destaca o papel da *direita punitiva*, que quer eleger novos candidatos a “sujeito” genérico das ações típicas, adolescentes de 16 anos de idade ou pessoas que atuam contra os grandes eventos futebolísticos do nosso país.⁽⁹⁾

A complexa teoria finalista não *delimitou* o Direito Penal, mas tão somente *racionalizou sua expansão*, trazendo para o cerne da teoria penal os avanços e retrocessos da Modernidade subjetivista e individualista, que faz alguns acreditar no maná da Pós-Modernidade.

Enquanto isso, a boa e velha teoria do Bem Jurídico – anterior ao desenvolvimento da ação final⁽¹⁰⁾ – vem como contraponto quase *hegeliano* dos avanços *kantianos* da teoria do delito, pois delimita a

expansão da *tipificação* à eleição de um *bem* coletivamente avaliado; pode-se dizer, é a faceta penal da *eticidade* da filosofia de **Hegel**.⁽¹¹⁾

A teoria do Bem Jurídico (ou a teoria dos riscos, da imputação objetiva ou todas as tendências normativistas *en vogue*) não é capaz de *superar* a cisão sujeito-objeto que se encarnou no Direito Penal; para isso será preciso *conjug*ar a realidade da punição (denunciada pela Política Criminal e pela Criminologia), bem entendido, o sistema prisional,⁽¹²⁾ seus altos custos e sua baixa *performance*, bem como as tendências jurisprudenciais que homogeneizam padrões punitivos e demais dados que *urgem de levantamento e de pesquisa empírica*, com a teoria analítica do Delito.

O preço a se pagar pode ser tão alto quanto abalar o confortável edifício da “estrutura” bi/tripartite do delito (tipicidade; antijuridicidade [injusto]; culpabilidade) em nome de uma *responsabilização* sincera não somente do agente que comete um “crime”, como também da sociedade que o incrimina e condena.⁽¹³⁾

Notas

- (1) Esta afirmação fizemos anteriormente em nosso *Mito e razão no direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- (2) A última versão de sua obra central está disponível em castelhano: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán* – parte general. 11. ed. alemã – 4. ed. Santiago del Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- (3) HEIDEGGER, Martin. *Die Zeit des Weltbildes. Holzwege. Gesamtausgabe* – 5. Band. Frankfurt am Main: Klostermann, 1977.
- (4) A importância das três críticas de Kant para a definição de o que seja “a modernidade” é minuciosamente elaborada por HABERMAS, Jürgen. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt Am Main: Surkhamp, 1985.
- (5) Não que esta divisão tenha sido instaurada pelos “neokantianos”, mas que ela tenha sido introduzida como *valoração “ética” do dado típico*, formando o injusto.
- (6) Como o próprio parece deixar claro: “A *ação final* é *per se* apenas uma *ação instrumental guiada*; o *Sentido permanece*, portanto, *Sentido instrumental*. A) A teoria de Welzel acerca da tipicidade subjetiva procura pela sua causa no (por ele tão utilizado) princípio do conhecimento (a imputação se dá a partir de fatos psíquicos) e não no princípio de responsabilização [Verantwortungsprinzip] (em que a imputação segue parâmetros normativos); em matéria de conhecimento ou de possibilidade de conhecimento [Erkenntbarkeit] do injusto, porém, vem o princípio de responsabilização a ser adotado. B) Tal diferença se baseia no pressuposto monológico do próprio conceito de ação, em oposição ao conceito de culpa, o qual se baseia na sociabilidade [Sozialität]. 3. O lado subjetivo da ação é indicio de uma falha objetiva da confiança no Direito que pode ser concebida enquanto *dolus malus*”. JAKOBS, Günther. *Handlungssteuerung und Antriebssteuerung*: zu Hans Welzels Verbrechensbegriff. In: AMELUNG, Knut et al. (Hrsg.). *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag* am 10. Mai 2003. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 1014, tradução livre.
- (7) Uma reconstrução pormenorizada da teoria dos *direitos subjetivos* é encontrada em COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- (8) CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- (9) Essa sendo apenas uma das crises de identidade e de separação entre *direita e esquerda*, a maior invenção da política *Moderna*; porque tal separação não existia antes da Revolução Francesa e não faria sentido, hoje, sem a identificação revolucionária de Marx com a então ala à esquerda da Revolução Burguesa.
- (10) BECHARA, Ana E. L. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, USP, 2010.
- (11) HEGEL, G. F. W.: “*Porém a consciência-de-si ainda não surgiu em seu direito como individualidade singular, devido ao modo como a oposição está constituída nesse reino [ético]: nele a individualidade, por um lado, só tem valor como vontade universal; por outro lado, como sangue da família: este Singular só vale como sombra inefetiva. Nenhum ato foi ainda cometido; ora, o ato é o Si efetivo. O ato perturba a calma organização do mundo ético, e seu tranquilo movimento. O que aparece no mundo ético como ordem e harmonia de suas duas essências – uma das quais confirma e completa a outra – torna-se através do ato uma*

transição de opostos, em que cada qual se mostra mais como anulação de si mesmo e do outro do que como sua confirmação. Transforma-se no movimento negativo – ou na eterna necessidade do destino assustador, que devora no abismo de sua simplicidade tanto a lei divina quanto a lei humana, como também as duas consciências-de-si em que essas duas potências têm seu ser-ai. Para nós, essa necessidade vem a dar no absoluto ser-para-si da consciência-de-si puramente singular”. A ação ética, o saber humano e o divino, a culpa e o destino. In: *Fenomenologia do Espírito* – Parte II. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 21-22.

- (12) Outra invenção moderna, como nos lembra FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.
- (13) A teoria da imputação objetiva pode ter nascido com este objetivo, pensando o delito a partir da *imputação* como processo de atribuição do “resultado” (aumento do risco proibido), mas logo se viu fagocitada pela teoria finalista, que apontou suas “semelhanças” e, hoje, todo o alvoroço causado pela teoria da imputação está se calando novamente. Na contramão, a proposta da imputação de Jakobs ganha pontos pela coerência e pela assunção da importância da análise normativa

(comparativa) da *culpa do agente*, mas não é preciso lembrar sua sina totalitária. Outras propostas, como a de um *direito penal de duas velocidades*, parecem-nos mais perigosas, pois visam a alterar a teoria do delito *a fortiori*, por causa de novos fins, justificar uma alteração irrefletida dos meios. Enquanto isso, a criminologia radical se mostra menos capaz que a justiça restaurativa (apesar de não pertencerem ao mesmo “campo”, sua interseção é evidente) para desenvolver uma alternativa à responsabilização nos moldes penais. Talvez seja hora de uma proposta *tupiniquim*, por mais alexandrina que o seja, ser criada. Afinal, com a nossa população carcerária, temos interesse maior que outras nações também “esclarecidas” em matéria criminal.

Pedro Augusto Simões da Conceição

Graduando em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador, ex-bolsista Fapesp, estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto.

Descasos

Raimunda⁽¹⁾

Alexandra Lebelson Szafir

É comum criticar o trabalho da Polícia, atribuindo a ela todas as falhas que evitam uma possível condenação; de outro lado, enaltece-se a atuação do Ministério Público. O caso de Raimunda mostra que as coisas não são bem assim. Este é um caso em que, se o Promotor de Justiça tivesse seguido o trabalho do Delegado de Polícia, muito provavelmente, ela teria sido condenada. Porém, ele preferiu abusar do seu poder de denunciar, o que resultou no trancamento da ação penal.

Mas estou me adiantando. Começemos do início.

Houve um assalto, como tantos outros que, infelizmente, fazem parte do cotidiano da Capital paulista e de outras cidades Brasil afora. Dois rapazes abordaram um casal que estava em um automóvel parado no trânsito e levaram seu dinheiro e pertences, entre estes um aparelho de telefone celular.

A Polícia Militar foi acionada e os milicianos encontraram um casal com a posse do telefone.⁽²⁾ O rapaz foi reconhecido pelo casal e, como era menor de idade, foi apreendido. O outro assaltante não foi localizado e Raimunda foi presa por receptação. O inquérito foi relatado e encaminhado ao Ministério Público.

Imagina-se, com razoável dose de certeza, que o Promotor de Justiça a quem foi entregue o caso tenha lido os autos: não há outro meio de decidir se há elementos para oferecer ou não a denúncia.

Imagina-se ainda que, se aquele valoroso membro do *Parquet* passou no concurso para ingressar na instituição, não deve ser desprovido de inteligência e deve ter, *no mínimo*, noções básicas de tipicidade penal.

Portanto, dados esses pressupostos, só posso concluir que não foi desleixo, nem ignorância ou burrice – o que já seria inadmissível –, mas, sim, pura má-fé o que fez com que ele denunciasse Raimunda por roubo, apesar de os autos deixarem muito claro que os assaltantes eram homens e, como se isso não bastasse, ela não ter sido reconhecida pelas vítimas.

Junte-se a esse Promotor um juiz que, aparentemente, sequer se deu ao trabalho de ler os autos antes de receber automaticamente a denúncia abusiva, e pronto: Raimunda estava sendo processada por um crime muito mais grave que aquele que supostamente teria cometido.⁽³⁾

Sendo pobre demais para arcar com honorários advocatícios, sabe-se lá por quanto tempo Raimunda teria ficado presa, não fosse o seu irmão⁽⁴⁾ nos contatar, desesperado com o sofrimento dela na prisão. Bastou uma breve leitura dos autos para nos darmos conta da injustiça

e do abuso da acusação.

Impetramos um *Habeas Corpus* perante o extinto Tribunal de Alçada Criminal. Raimunda foi solta liminarmente pelo ilustre Desembargador Renato Nalini, então vice-presidente daquela Corte, e a ação penal, trancada, antes mesmo que ela fosse levada à presença do juiz.

Raimunda jamais foi processada pela suposta receptação.

Finalmente, aproveito este espaço para falar de outro assunto, contando, de antemão, com a paciência do leitor: o trágico episódio, assustadoramente aplaudido por muitos, do menor que foi deixado nu, preso pelo pescoço a um poste no Rio de Janeiro.

No filme “Cine Majestic”, ambientado nos Estados Unidos nos tristes tempos do Macarthismo, a certa altura, um personagem diz que a Constituição nada mais é que um pedaço de papel assinado ao final, ou seja, um contrato; e que, como todos os contratos, ela pode ser renegociada. O que importa, segundo ele, é quem, no momento, detém o poder de renegociação.

Eu prefiro pensar, como o protagonista do filme, que esse contrato *não pode* ser renegociado. Prefiro pensar, ademais, que esse contrato se aplica a todos (inclusive a um bandidinho como disseram ser o garoto), e não apenas a quem somos simpáticos. Fosse assim, seria muito fácil, e a própria Constituição seria desnecessária. E todos têm o direito, assegurado por ela, a serem tratados com dignidade. Senão, o que nos diferencia dos “bandidos”?

Notas:

- (1) Nome trocado.
- (2) Raimunda sempre negou, mas, segundo o depoimento dos policiais militares no Boletim de Ocorrência, o telefone estava com ela.
- (3) Em boa hora o legislador veio, posteriormente ao caso aqui narrado, a instituir a resposta preliminar ao recebimento da denúncia.
- (4) Também ele, anteriormente, tinha sido vítima de uma acusação injusta: é Robson, cujo caso foi narrado no artigo “Binho e Binha”, publicado há algum tempo neste *Boletim*.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

18º

Concurso de Monografias de Ciências Criminais IBCCRIM

INSCRIÇÕES ABERTAS ATÉ O DIA **23 DE MAIO DE 2014**

Estão abertas as inscrições. Leia o Regulamento e participe.

Você pode ser o vencedor!

As inscrições são gratuitas e, para concorrer, não é preciso ser associado ao IBCCRIM, mas o trabalho deve ser absolutamente inédito, especialmente sob o ponto de vista acadêmico, institucional ou curricular, bem como não estar pendente de publicação.

O VENCEDOR RECEBERÁ:

- Prêmio no valor de R\$ 5 mil reais (cinco mil reais)
- 01 (uma anuidade) associativa ao IBCCRIM
- 01 (uma) inscrição gratuita para o 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais
- 10 (dez) exemplares das monografias disponíveis já editadas pelo IBCCRIM
- 06 (seis) exemplares editados, do ano de 2014, da Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim
- 50 (cinquenta) exemplares da Monografia vencedora

PARTICIPE



Início das inscrições **25.03.2014**

Término das inscrições **23.05.2014**

Divulgação do resultado **11.07.2014**



ACESSE O REGULAMENTO EM NOSSO SITE: www.ibccrim.org.br

INFORMAÇÕES: concursodemonografia@ibccrim.org.br | (11) 3111-1040 – Ramal 128