

## Editorial

**Direita, volver?**

Após as recentes eleições parlamentares, houve certo consenso em identificar uma significativa onda conservadora que marca a composição do novo Congresso Nacional. Para não mencionar os eleitos com a ideia de encolher as funções (raquiticamente) desempenhadas pelo Estado, houve expressivo número de cadeiras conquistadas, muitas delas com massiva votação individual, por meio de discursos punitivos, raivosos, homofóbicos, de intolerância a toda sorte de diferenças e divergências. Tudo isto exige profunda e permanente reflexão.

É bem verdade que o nosso sistema eleitoral admite, não sem causa, a prevalência do poder econômico, com gravíssimos reflexos na gestão da administração pública. O financiamento privado das multimilionárias campanhas eleitorais sempre cobra, e bem mais caro, o preço do “incentivo” ao pleito. Alianças fisiológicas e deformação dos partidos e ideologias completam o cenário, no qual discussões mais profundas e menos emocionais sobre os grandes problemas do país ficam à margem do debate, dificultando enormemente a escolha do eleitor. Isso não quer dizer, porém, que nós, brasileiros, não tenhamos responsabilidade pelo resultado eleitoral, tampouco significa que não estejamos – não obstante as distorções acima mencionadas –, de algum modo, refletidos no perfil dos congressistas. Isto talvez seja motivo de ainda maior perplexidade.

Dentro desse contexto, o que esperar da próxima legislatura para o direito penal e processual penal?

Para responder a essa pergunta praticamente retórica, além de olhar para o Legislativo, é preciso relembrar o quadro em que estamos todos inseridos.

Longe de ser um panorama exclusivamente brasileiro, os tempos atuais têm sido pródigos em promover o hedonismo e o narcisismo. Vendem o consumo como realização pessoal e aprovação social. Ao mesmo tempo, acentuam a concentração de renda. Subtraem a possibilidade de equalização das oportunidades (de estudo, de saúde, de moradia, com reflexos umas nas outras), mas ao mesmo tempo exigem a meritocracia como critério de seleção e promoção, em todos os sentidos. As grandes corporações e estruturas acabaram por criar uma espécie de neofordismo que torna as pessoas cada vez mais dispensáveis. A flexibilização dos direitos dos trabalhadores, o enfraquecimento e a corrupção dos sindicatos, aliados com os processos permanentes de terceirização do trabalho, culminam por desestruturar, ainda mais, os vínculos e as relações interpessoais.

Assim, quando a realidade não permite que todos comprem o que se vende como ideal de vida, é preciso, mais do que depressa, apresentar soluções para dar conta do contingente daqueles que são cotidianamente vomitados para fora do sistema. É justamente aí que aparecem os mercados (eleitorais) dos delírios quiméricos de que o sistema penal, e pior, mais precisamente o sistema penitenciário, será capaz de dar conta da questão.

Ocorre que a máquina que constrói presídios – e nem se fala aqui da cela individual de 6 metros quadrados e outras condições determinadas pela Lei de Execução Penal – não é páreo para aquela que produz prisões cautelares e condenações.

Mas isso não importa. O sonho foi vendido e, de alguma maneira, será preciso recorrer a outra ilusão: a de que se fará algo pela “população ordeira” (na verdade, os consumidores que ficam do lado de fora dos muros).

É possível prever maior timidez do Congresso no debate pela descriminalização das drogas. Pode-se esperar o retorno de pautas como pena de morte, prisão perpétua, redução da maioridade penal (defendida, inclusive, por candidaturas aos pleitos majoritários), aumento das penas, aumento e reforço das hipóteses das prisões cautelares (para, quem sabe, o número de presos provisórios ultrapassar o número de condenados definitivos). Não menos grave, podemos esperar, ainda, o incremento das buscas de criminalização dos movimentos sociais e de manifestações populares.

Estarão os parlamentares legitimados a tudo?

Sabe-se que não. Vacinados contra nossos próprios surtos de ira e crenças em panaceias, demo-nos a Constituição Federal de 1988. A par das dezenas de emendas feitas até aqui, não se conseguiu transfigurar a face das garantias e direitos individuais. Até porque é a própria Lei Maior que diz não aceitar plásticas nessa parte de seu semblante. Não se pode esquecer, contudo, que, poucos anos depois de sua festejada promulgação, ensaiou-se um movimento de revisão constitucional. Era, ao que tudo indicava, a tentativa de um golpe branco, armado dentro da institucionalidade, para tentar solapar aqueles direitos que, talvez no susto e na empolgação, passaram a constar do texto e que tanto incomodavam os setores mais conservadores – da política, da economia e da sociedade. Não seria de se estranhar se lançassem novamente semelhante ideia. É por este motivo, também, que a Constituição vigente apresenta-se como o primeiro e último bastião da dignidade, dos direitos e garantias mínimas das pessoas que habitam o país.

Por isso, o papel do IBCCRIM, de outras entidades afins e de todos os indivíduos que se identificam com seus ideais, nesse momento, é de se entrincheirar nessa fortaleza político-jurídica edificada em 1988 e resistir a toda e qualquer tentativa de suprimir tais direitos e garantias. Sem prejuízo dessa estratégia de contenção, é necessário que o debate das ciências criminais consiga transpor os muros das instituições e das universidades, para que as informações, as preocupações e conclusões possam ser percebidas e refletidas criticamente pelas pessoas e, quem sabe, mobilizá-las para seguir em uma nova direção no tratamento da questão criminal.

## | Editorial

A imputação do resultado em Direito Penal: a proposta de um modelo  
Susana Aires de Sousa \_\_\_\_\_ 2

O meu terrorista, o teu terrorista?  
Kai Ambos \_\_\_\_\_ 4

O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, § 2.º, do CP  
Gisele Mendes de Carvalho e  
Gerson Faustino Rosa \_\_\_\_\_ 5

O Ministério Público em busca de novas práticas penais  
Marcelo Pedroso Goulart e  
Tiago Cintra Essado \_\_\_\_\_ 7

“Senso comum criminal” e o discurso da impunidade  
Rafael Barros Bernardes da Silveira \_\_\_\_\_ 9

Manifesto realista marginal  
Adrian Barbosa e Silva \_\_\_\_\_ 11

A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal  
Marcus Vinícius Pimenta Lopes \_\_\_\_\_ 12

Crime fiscal e lavagem de dinheiro: as alterações legais e a atual necessidade de reafirmação de antigas premissas sobre os tipos penais  
Gustavo de Castro Turbiani \_\_\_\_\_ 15

O que é tipicidade hoje?  
Paulo Queiroz \_\_\_\_\_ 16

Coisa engraçada é hora: é hora que chega à hora  
Ranulfo de Melo Freire \_\_\_\_\_ 17

## | PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira  
Alaor Leite \_\_\_\_\_ 17

## | Caderno de Jurisprudência

## | O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul \_\_\_\_\_ 1797  
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo \_\_\_\_\_ 1799  
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás \_\_\_\_\_ 1799

## | JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1801  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1802  
Tribunal Superior Eleitoral \_\_\_\_\_ 1802  
Tribunal Regional Federal \_\_\_\_\_ 1803  
Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1804

# A imputação do resultado em Direito Penal: a proposta de um modelo<sup>(\*)</sup>

Susana Aires de Sousa

## 1. O problema: breve enquadramento

O paradigma da imputação de um resultado a uma conduta encontrou nos tempos mais recentes um conjunto renovado de dificuldades. A complexidade advém desde logo do esforço de adaptação das estruturas dogmáticas clássicas – como é o caso da figura da causalidade – a contextos modernos de incerteza e de riscos associados a determinadas condutas, como a produção e comercialização de determinados bens ou os efeitos de determinados comportamentos para o meio ambiente.

A crise do conceito causal no plano científico e epistemológico, superada a crença no determinismo provinda do século XIX, impôs a necessidade de se indagar dos efeitos da incerteza causal na ciência jurídica e em particular no âmbito penal, em que se reconhece à causalidade funções matriciais na sustentação de uma responsabilidade pelo resultado. Da nossa perspetiva, o conceito jurídico-penal denexo causal há de se buscar nas referências axiológicas do sistema jurídico-penal e se enquadrar no juízo normativo de atribuição ou imputação de resultados. Todavia, o Direito Penal não pode se desligar dos contributos científicos na determinação daquela conexão de causalidade, desde logo, se necessário, por intermédio dos juízos técnicos e científicos subjacentes à prova pericial. Assim, aquilo que o Direito afirma não pode ser falso para as disciplinas científicas.

No plano jurídico-penal, oscilando entre modelos causais naturalistas ou de matriz normativa, a doutrina tem evoluído no sentido de uma certa normativização do conceito de causalidade, por via da teoria da imputação objetiva. Porém, em nosso entendimento, importa enquadrar, no contexto do juízo normativo de imputação, a função e o papel desempenhados pelo conceito de causalidade. Com este propósito apresenta-se um modelo que designamos *modelo da imputação causal de resultados*, válido para os crimes materiais ou de resultado que ora se procurará expor nos seus traços essenciais. Na base desta proposta está a procura de uma resposta à pergunta fundamental de **Karl Larenz**: em que circunstâncias pode um resultado ser tido como obra do agente ou deve ser visto como acidental?

## 2. Momento prévio à imputação do resultado: a determinação da conduta típica

Muito embora o conceito de imputação tenha conhecido no contexto jurídico-penal várias formas jurídicas a que correspondem diversas

o conceito de imputação ressurgiu na teoria como forma de designar o processo de atribuição de responsabilidade por um resultado. É a capacidade humana de objetivamente dominar um determinado acontecimento que fundamenta esse juízo de responsabilidade. Porém, esse domínio do evento só adquire relevância jurídico-penal em virtude do seu carácter prejudicial aos interesses tutelados pelas normas penais

teorias jurídicas, é possível identificar um significado comum a todas elas concretizado na *atribuição de responsabilidade jurídica*. Neste sentido, o conceito de imputação ressurgiu na teoria do Direito Penal como forma de designar o processo de atribuição de responsabilidade por um resultado. É a capacidade humana de objetivamente dominar um determinado acontecimento que fundamenta esse juízo de responsabilidade. Porém, esse domínio do evento só adquire relevância jurídico-penal em virtude do seu carácter prejudicial aos interesses tutelados pelas normas penais, em estreita ligação com a função, reconhecida ao Direito Penal, de proteção de bens jurídicos e de garantia dos direitos fundamentais.

No seu plano objetivo – e só desse se cuidará – o juízo de imputação, numa relação de diálogo com o tipo legal, tem como pressuposto uma conduta típica, isto é, uma conduta que se mostra prejudicial ao interesse tutelado, com capacidade para, em abstrato, alterar ou agravar a situação prévia deste bem jurídico. Por conseguinte, é a “potencialidade lesiva” que fundamenta o carácter típico da conduta, fazendo-a nascer jurídico-penalmente. Assim, na senda da doutrina de **Wolfgang Frisch**, só uma conduta típica pode originar problemas de imputação. Importa assim formular um critério qualitativo e normativo de determinação da conduta típica que, quanto a nós, deverá coincidir com a criação ou aumento de um risco juridicamente desaprovado. Porém, na tentativa de avançar mais um passo na concretização desse critério, ele há-de situar-se no plano da interpretação do tipo legal e assentar num duplo alicerce: de um lado, num juízo ontológico de perigosidade abstrata da conduta, presente na intenção do legislador aquando da construção da norma jurídica; de outro, num juízo analógico que permita referir à *mens legislatoris* a concreta conduta do agente na medida em que com a sua conduta viole o dever imanente à norma. É justamente nessa contrariedade ao dever normativo, enquanto padrão de comportamento, que se fundamenta a desaprovação do risco e como tal a tipicidade da conduta. Deste modo, é através desta referência da conduta concreta à norma penal e ao dever por ela pressuposto que se indaga da criação de um risco juridicamente desaprovado e, por conseguinte, se determina a tipicidade da conduta.

Este primeiro passo de determinação da conduta típica, situado no plano normativo, é elemento comum à interpretação de toda a incriminação: de ação, ou de omissão; dolosa ou negligente; de dano ou de perigo; formal ou material. Trata-se de um momento prévio a um qualquer eventual juízo de imputação de resultados.

## 3. O juízo normativo de imputação

Por vezes, na construção da norma incriminatória, o legislador assume como referência da incriminação aquela perigosidade da conduta, numa opção político-criminal claramente antecipatória da tutela do bem jurídico. O tipo incriminador toma então a forma de *delito de perigo abstrato*, centrado sobre a perigosidade da conduta. Ou, por outras palavras, a perigosidade concretizada na conduta há-de corresponder à perigosidade considerada pelo legislador aquando da construção da incriminação. Nestas situações o perigo se refere à conduta típica incriminada e nela esgota o seu alcance. Neste sentido, esta opção legislativa afasta qualquer posterior problema de imputação

de um qualquer resultado (normativo ou material) uma vez que dele prescindiu o legislador aquando da tipificação penal.

Porém, a opção legislativa pode ir além da mera perigosidade abstrata da conduta, exigindo-se para o integral preenchimento do tipo legal a realização de um determinado evento (jurídico ou material) tido como desvalioso para o bem jurídico protegido. Surge então o problema da imputação do resultado em Direito Penal.

Deste modo, identificada a determinação da conduta típica que há-de servir de base a um juízo de imputação de resultados, importa agora determinar o contexto normativo em que se torna necessário concretizar um tal juízo. A imputação de resultados convoca um segundo problema cujo ponto de partida se reflete na ligação à conduta típica de um determinado resultado. O legislador, na construção da norma incriminatória e na prossecução dos princípios e regras jurídicas que dão forma aos valores assumidos pela ordem jurídico-penal, pode exigir que o risco juridicamente desaprovado criado pela conduta se realize num determinado evento. Esse evento ou resultado pode revestir no tipo legal uma dupla natureza: valorativa ou normativa no caso dos *delitos de perigo concreto*; ou, num esforço de maior concretização, no caso dos *delitos materiais* ou de *resultado*, de natureza material exigindo-se um acontecimento físico espaço-temporalmente separável da conduta.

É nesta última hipótese, ao se exigir uma maior concretização normativa da perigosidade da conduta expressa na materialização daquele perigo num determinado efeito, que o problema donexo causal assume expressa relevância típica enquanto elemento necessário ao juízo de imputação normativa. O resultado material há-de ser uma concretização do risco proibido criado pela conduta típica (perigosa) do agente.

#### 4. O juízo de causalidade: o modelo de imputação causal

Com efeito, o legislador penal pode ser mais restrito na concretização da perigosidade ou da potencialidade lesiva da conduta típica e exigir na construção do tipo legal que aquele juízo de perigosidade se materialize numa modificação da própria realidade, isto é, que produza um efeito exterior, autónomo e separável da conduta, sobre o objeto material da ação, em regra (embora não tenha de ser sempre assim) coincidente com o substrato do bem jurídico (a vida ou a integridade física da concreta vítima). Esta modificação do mundo das coisas coincide com o que antes se designou evento material e se dá na esfera ontológica do mundo causal. Torna-se então necessário comprovar a existência de um nexode causalidade entre a conduta do agente e aquele resultado material. Nesta hipótese de concretização da potencialidade lesiva da conduta é

o nexode causalidade elevado à categoria de elemento do tipo. Daí que nos crimes materiais ou de resultado o nexode causalidade constitua um elemento do tipo.

No modelo proposto, o nexode causalidade se impõe como forma de concretização do juízo normativo de imputação, nos delitos de resultado. Neste sentido, para além de uma conduta potencialmente lesiva de bens jurídicos, a imputação do resultado (evento material) pressupõe que se comprove um concreto nexode causal entre a particular conduta do agente e o resultado produzido. Assim entendido, o nexode causalidade há-de ter o seu fundamento nas leis empíricas que explicam a realização desse acontecimento e de forma imediata na ideia de previsibilidade e regularidade inerente às leis empíricas que dominam a esfera do mundo causal. Deste modo, nos delitos de resultado a imputação se refere à direção humana de um acontecimento ou, na significativa expressão de **Wolff**, à capacidade pessoal de “pilotar a realidade”.

Neste sentido, em concordância com **Manfred Maiwald**, em nosso modo de ver a causalidade constitui, nos delitos de resultado, um dos critérios que tornam possível a própria imputação, porque é expressão ontológica do juízo normativo de realização do perigo. Nestes delitos, a realização típica do nexode causalidade a aferir segundo as regras empíricas causais, nos termos anteriormente expostos, constitui não apenas um pressuposto mas o fundamento da imputação. É assim por duas razões: por um lado, porque é a regularidade pressuposta pelas leis empíricas que permite fundamentar a previsibilidade do resultado e a sua consequente imputação ao autor; por outro lado, porque é a realização do nexode causal que permite explicar e comprovar que um determinado risco normativamente proibido se concretizou num resultado, ou seja, são as regras causais que permitem explicar que aquele específico risco proibido se concretizou no resultado. Este segundo vetor permite ultrapassar algumas das críticas dirigidas à indeterminação dos critérios propostos pela teoria da imputação objetiva. É assim porque a explicação causal de acordo com as leis empíricas permitirá clarificar que o risco realizado no resultado correspondeu ao risco criado (ou aumentado) pela conduta do agente e não a qualquer outro. Neste sentido, causalidade e imputação objetiva se complementam.

#### 5. Conclusão

Em síntese, o esquema da atribuição da responsabilidade penal por um resultado material pressupõe em primeiro lugar a verificação de uma conduta típica, em abstrato perigosa para um bem jurídico, através da criação de um risco juridicamente desaprovado. No desenho típico da norma incriminadora, o legislador pode (deve) concretizar, num segundo

## EDITAL DE CONVOCAÇÃO ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA

Nos termos do inciso I do artigo 15, bem como do artigo 16, ambos do Estatuto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM ficam convocados os associados a reunirem-se em Assembleia Geral Ordinária, a fim de deliberarem sobre os itens da pauta abaixo. A referida Assembleia terá lugar no dia **04 de dezembro de 2014**, às 10h, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10h30, em segunda convocação, com qualquer número de associados presentes na sede social do Instituto, estabelecida na Rua Onze de Agosto, 52 – 2º andar – Centro – São Paulo.

1. Eleição da Diretoria Executiva e Conselho Consultivo;
2. Eleição da Ouvidoria;
3. Aprovação das contas do ano fiscal de 2014 até novembro, outorgando à Diretoria Executiva a aprovação de dezembro de 2014;
4. Aprovação do relatório das atividades desenvolvidas no ano de 2014;
5. Aprovação das propostas das atividades a serem desenvolvidas no ano de 2015;
6. Reajuste de mensalidades para 2015;
7. Outros assuntos de interesse institucional.

momento, a forma de realização dessa perigosidade. Entre as formas possíveis de realização daquele risco pode exigir-se a sua concretização, no âmbito dos crimes de perigo ou de dano, em um evento jurídico. Mas pode também exigir-se uma conexão empírica entre a conduta e um evento material, assumindo o tipo legal a forma de delito de resultado. Neste último caso, o preenchimento típico exige que o risco juridicamente desaprovado, criado ou aumentado pela conduta, se materialize em uma alteração da realidade empírica (v. g., a morte da vítima).

O nexo de causalidade concretiza-se assim em uma dupla referência. De um lado, uma dimensão ontológica traduzida numa alteração empírica explicável por referência a uma lei causal geral, explicativa do acontecimento e necessária à prova do nexo causal. De outro lado, por uma dimensão normativa, referida ao domínio do acontecimento por parte do agente e concretizada na realização do risco criado pela conduta no resultado típico. Neste segundo sentido, o nexo causal constitui um elemento típico dos crimes materiais.

Para que se afirme a imputação do resultado, o risco proibido criado pela conduta do agente há-de constituir um elemento essencial à explicação causal do resultado concreto; resultado que, no plano normativo, há-de poder ser objetivamente concebido como possível

realização da atuação do agente. Assim, através do domínio da natureza o agente converte aquele resultado, tido como objetivamente previsível ou possível, em um facto seu.

#### Nota:

(\*) Este texto corresponde a uma versão sintética do modelo de imputação causal que defendemos e propomos na dissertação de doutoramento, defendida em dezembro de 2013 e publicada pela Coimbra Editora com o título *A responsabilidade criminal pelo produto e o topus causal em direito penal*. Contributo para uma protecção de interesses do consumidor. Tomou-se a opção de não incluir no texto notas de pé de página atendendo à sua natureza de síntese. Assim, para ulteriores desenvolvimentos e adicionais referências bibliográficas remete-se para a referida monografia. Agradece-se ao IBCCRIM o convite para esta publicação, nas pessoas da Presidente da Diretoria, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, e do Coordenador-chefe do *Boletim*, Rogério Fernando Taffarello. É devido ainda um especial agradecimento ao Senhor Desembargador Alberto Silva Franco, pela sua amizade e generosidade.

*Susana Aires de Sousa*  
Professora da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra.

## O meu terrorista, o teu terrorista?

*Kai Ambos*<sup>(\*)</sup>

*O Conselho de Segurança da ONU promove a luta contra “combatentes terroristas estrangeiros”, mas deixa em aberto o significado de “terrorismo”.*

A Resolução 2.178 do Conselho de Segurança da ONU, aprovada por unanimidade em 24 de setembro, persegue em si uma finalidade louvável, nomeadamente uma luta abrangente, não somente penal e processual penal, contra os jihadistas recrutados pelo “terrorismo” na Alemanha, dentre outros Estados ocidentais. A resolução de oito páginas da ONU reconhece expressamente em seu preâmbulo que o terrorismo internacional não pode ser enfrentado apenas por meios militares e por medidas repressivas especiais, mas o terrorismo, o seu principal objeto de referência, não é definido. A Resolução fala, ao invés, de modo muito impreciso, no “terrorismo em todas as suas formas e todas as suas formas de manifestação”. Na parte operativa (pars. 2 ff.), usa indistintamente “terroristas”, “grupos terroristas”, “indivíduos” e “pessoas” para designar aqueles que viajam para o exterior para praticar atos com “finalidade” terrorista. Uma finalidade terrorista como essa deve consistir na prática de um ato terrorista, na preparação ou na participação nesse ato ou também na participação de um treinamento terrorista. Os Estados-membros da ONU têm a obrigação de proceder à persecução criminal das referidas pessoas. Eles devem ainda sancionar criminalmente e proceder à persecução penal de todos os modos do financiamento dessas viagens e de ajuda para a sua realização, inclusive o recrutamento de combatentes “terroristas”. Finalmente, foi prevista também a elaboração de lista com o nome das pessoas mencionadas, as quais estarão sujeitas a inúmeras sanções (par. 7).

Mas então como pode essa resolução ser implementada conforme as regras de um Estado de Direito sem que seja definido o fenômeno terrorista? A Resolução se refere apenas aos combatentes pertencentes a grupos que façam parte ou se associem com a Al Qaeda, o Estado Islâmico do Iraque e do Levante (EIIL) e Al Nusra Front, embora não seja a enumeração exaustiva (par. 10). Em última análise, então, tudo depende do que se entende por “terrorismo” e de quem é o “terrorista”.

A Resolução deveria, nesse ponto, apenas adotar o parágrafo 3.º da Resolução do Conselho de Segurança 1.566. Esta define como ação terrorista toda aquela que (1) seja cometida com a intenção de causar a morte ou lesões corporais graves ou de fazer reféns e (2) com a finalidade de causar um Estado de Terror na população em geral ou em um grupo de pessoas ou em uma pessoa determinada, intimidar a uma população ou obrigar a um governo ou a uma organização internacional a realizar um ato ou a se omitir de o realizar e que, então, (3) esses atos estejam previstos pelas convenções e/ou protocolos internacionais relevantes sobre terrorismo. Isto está no centro da definição reconhecida pelo Direito Internacional consuetudinário para o terrorismo internacional, que também fundamenta um projeto de Convenção da ONU do ano de 2010 e que foi referida pela jurisprudência internacional, como ocorreu no famoso caso “decisão sobre jurisdição” do Tribunal Especial da ONU para o Líbano. A Resolução 2.178 ignora todas essas definições e deixa, em última análise, para cada Estado-membro que for aplicar as medidas exigidas pela resolução contra as pessoas que sejam qualificadas como “terroristas” o problema da definição. Isto é ingênuo demais em face da instrumentalização, realizada desde 11 de Setembro de 2001, do conceito de terrorismo para o combate a opositores políticos e do alinhamento autoritário da maioria dos Estados-membros da ONU. Ou, alternativamente, esta é uma estratégia infame desses estados dirigidos por dirigentes autoritários para obter a aprovação pelo mais alto nível do Direito Internacional para reprimir a oposição interna.

No final, esconde-se, aqui também, como ocorre com frequência, o diabo nos detalhes. Os Estados-membros da ONU devem evitar a viagem de chegada ou de partida para o exterior dos chamados “combatentes terroristas”. Sem embargo, como pode ser aplicada na transposição da fronteira para pessoas que ainda não manifestaram sua intenção de se tornar terroristas? Concretamente: como distinguir se uma pessoa viajou como turista para a Turquia ou apenas a utilizou como trânsito para chegar ao Estado Islâmico? A Resolução exige nesse sentido

“informações confiáveis” (“*credible information*”) como base para uma “suspeita fundada” (“*reasonable grounds to believe*”, par. 8) de que a referida pessoa procura atingir uma finalidade terrorista. As gravosas medidas policiais preventivas exigidas, especialmente as relativas ao controle de fronteira, não devem, contudo, levar a uma discriminação estereotipada (par. 2). Isso soa bem, mas é pouco realista. Como deve um funcionário do controle de imigração reconhecer uma intenção terrorista interna, se não com base em determinada aparência (barba longa, túnica e o corão na mala), assim fazendo uma discriminação com base no Direito Penal do autor?

Também é preocupante que os Estados-membros da ONU devam exigir das companhias aéreas que forneçam antecipadamente as informações dos passageiros para o Estado de destino (par. 9). Essa obrigação já ocasionou conflitos entre os EUA e a Europa e na realidade devemos perguntar quem e com qual critério deve-se decidir se os dados pessoais de um determinado passageiro devem ser repassados para terceiros. A Resolução não responde a essa pergunta e apenas se refere às obrigações do Direito Nacional e do Direito Internacional sem oferecer concretas garantias para os direitos dos passageiros afetados.

Desde a perspectiva do direito penal nacional (alemão), não existe de acordo com os §§ 89a, 89b, 129a, 129b do Código Penal um dever de implementação da resolução. Partindo do § 89b do Código Penal alemão já é criminalizado qualquer contato com um grupo terrorista (estrangeiro) e também da viagem com a finalidade de fazer contato com um desses grupos. Se existe uma “associação terrorista” segundo os §§ 129, 129b do Código Penal alemão, cabe aos tribunais penais julgar. O Ministro do

Interior de Maiziere fez com a proibição do EI com base no §§ 3 Abs. 1, 15 Abs. 1, 18 S. 2 da Vereinsgesetz (Lei das Associações na Alemanha) o necessário e o possível no que tange ao lado associativo. Naturalmente não está assim resolvido o já referido problema sobre como se determina em crimes de intenção o específico propósito terrorista. A criminalização de uma “transposição da fronteira com propósito terrorista” não passaria pelo exame de sua constitucionalidade, pois seria, *de facto*, uma criminalização da mera entrada em um Estado vizinho a outros Estados em que operam grupos terroristas e restringiria desproporcionalmente a liberdade geral de locomoção, porquanto a admissão de tal propósito só pode se basear em uma suspeita e, no final, cria discriminações fundadas no Direito Penal do autor.

#### Nota:

- (\*) Traduzido da versão original em alemão por Eneas Romero de Vasconcelos, Mestre em Direito e Estado pela UnB e bolsista do DAAD/Capes de doutorado na Georg-August-Universität Göttingen, pesquisador do CEDPAL e Promotor de Justiça, MP-CE. Revisão pelo autor.

*Kai Ambos*

Professor Titular de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).  
Juiz do Tribunal Estadual (Landgericht).

## O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, § 2.º, do CP

*Gisele Mendes de Carvalho e Gerson Faustino Rosa*

Recentemente, foi amplamente veiculada na mídia a triste notícia do menino de 11 anos que, em um zoológico na cidade de Cascavel, Paraná, teve seu braço direito dilacerado por um tigre com o qual ousou brincar em seu passeio, durante o qual estava acompanhado do próprio pai e do irmão mais novo. Os presentes que filmaram o acontecido trataram de registrar, desde o início, como o garoto violou regras básicas de cuidado ao pular a cerca de contenção que separava os visitantes da fera, aproximando-se da grade que continha o tigre e, de forma inadvertida, tentava alimentá-lo, provocando sua atenção a todo tempo com gestos, corridas e outras brincadeiras próprias de quem, em razão de sua tenra idade, desconhece o perigo que realmente corre. O pai, que cuidava do irmão menor em outro setor do zoológico, alegou não ter presenciado os momentos imediatamente anteriores ao ataque, em que o filho maior permaneceu temporariamente desprotegido e, assim, tentou escusar-se da responsabilidade que lhe correspondia de velar pela vida e saúde de ambas as crianças dentro daquele local perigoso. Responsabilidade esta calcada na sua condição formal de garante de tais bens jurídicos, pois em virtude do disposto no art. 13, § 2.º, do CP brasileiro, que elenca as fontes do dever de agir nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão,<sup>(1)</sup> o dever de evitar o resultado nesses delitos incumbe a quem: “a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”. O pai do garoto cujo braço teve de ser finalmente amputado pelos

médicos em virtude da gravidade da lesão sofrida, certamente, encaixase na alínea a do referido parágrafo, já que a lei civil é quem lhe obriga, pelo simples fato de ser progenitor de um menor, a proteger, cuidar e vigiar a criança onde quer que se encontre. Ao não fazê-lo, poderá incorrer em responsabilidade por boa parte dos crimes elencados no Código Penal brasileiro como se o tivesse perpetrado por ação. É dizer: embora o ocupante da posição de garante tão somente deixe de agir e assim não impeça o resultado lesivo, responde como se a este tivesse dado causa por omissão, já que o mesmo diploma legal é taxativo ao dispor no *caput* do mesmo art. 13 que “*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”, enxergando assim o legislador brasileiro uma pretensa causalidade<sup>(2)</sup> na omissão, ao estimar que esta possui idêntico fundamento de punibilidade e desvalor do injusto equiparável ao correspondente à realização do mesmo resultado por ação.<sup>(3)</sup> Essa forma de equiparação mediante um rol de possíveis garantidores do bem jurídico protegido nada mais é do que uma tentativa de se superar a possível violação ao princípio da legalidade que geraria a interpretação dos tipos da Parte Especial do Código Penal, redigidos com verbos expressamente comissivos, com vistas a abarcar também comportamentos omissivos estrutural e materialmente distintos dos tipos de ação. A referência ao elemento normativo ou axiológico da posição de garante aparece como uma característica objetiva da autoria dos tipos dos delitos comissivos por omissão, o que os converte, assim, em delitos especiais lastreados na infração do dever específico de evitar o resultado típico.<sup>(4)</sup> O disposto

no art. 13, § 2.º, tem assim a natureza de uma disposição constitutiva de extensão da punibilidade dos tipos da Parte Especial, estendendo-os às omissões que inicialmente não são subsumíveis a eles.

Por outro lado, porém, acertou o legislador de 1984 ao deixar claro que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (art. 13, § 2.º), esclarecendo desde o princípio que, entre as condições de atribuição da responsabilidade ao omitente que formalmente ocupe uma das posições de garante das alíneas citadas, encontra-se a capacidade concreta de ação, pois de quem não *podia* agir não se pode exigir o dever de impedir resultado algum (p. ex., o pai que vê o filho perecer afogado no mar e não é capaz de nadar nem de chamar socorro em dado momento). Eis aí, portanto, a principal defesa do pai do garoto que desafiou o tigre no zoológico de Cascavel: ele alega que não tinha visto o filho se aproximar do animal, já que neste momento ocupava-se exclusivamente do seu outro rebento, menor ainda que o primeiro, e que lhe consumia toda a atenção. Certo é, porém, que o pai de duas crianças bem sabe que deve velar pela integridade de ambas, onde quer que se encontrem, de forma simultânea, sendo-lhe exigido cuidado ainda maior do que daquele que apenas um filho possui. Ele, portanto, devia e podia agir para evitar o gravíssimo resultado que finalmente se seguiu, mas será que a atribuição da responsabilidade pelo crime de lesões corporais (culposas) é justa, ainda que ao depois termine o pai perdoado pelo magistrado em virtude das perturbadoras consequências do crime que cometeu (art. 129, § 8.º, do CP)? Enquanto isso, imaginemos os transeuntes que livremente circulavam pelo local e observaram o menino aproximar-se do tigre, pulando a cerca de contenção e brincando de forma tão arriscada com a fera: responderiam certamente pela omissão de socorro (art. 135 do CP), mas jamais pela lesão em comissão por omissão, ainda que nada fizessem, ainda que apenas permanecessem filmando a imprudência da criança e o ataque do animal acuado que terminou esfaqueando o membro superior do menino... mas por quê? Porque não ocupam nenhuma das três condições de garantia do bem jurídico lesionado, e porque o elenco das fontes do dever de agir pelo art. 13, § 2.º, do CP, é meramente *formal*, levando em conta apenas a estante situação de proximidade ou vinculação de algumas pessoas ao bem jurídico protegido em razão da lei, do contrato voluntariamente firmado ou do controle de uma fonte de perigo, mas não da sua real capacidade de seu salvamento. Assim, se um exímio nadador se omite de salvar uma criança que perece afogada no mar, responderá tão somente pelo crime de omissão de socorro, enquanto ao pai desta, presente de algum modo no local do acidente, ser-lhe-á imputado um crime de homicídio em comissão por omissão...

O absurdo dessa conclusão poderia ser revertido caso as fontes do dever de agir fossem *materiais*, e não meramente formais, como propõe um setor da doutrina inspirado na teoria das funções de **Armin Kaufmann**.<sup>(5)</sup> Mas o fato é que um elenco de todas as possíveis fontes materiais da posição de garante seria impossível, razão pela qual se propõe aqui a completa abolição do critério da posição de garante como fundamento da responsabilidade por omissão, por ser esta uma condição *prévia* ou *anterior* à situação da qual surge o dever de agir para evitar o resultado que apenas seleciona a classe de sujeitos cujas omissões podem realizar o tipo de comissão por omissão. A lesão do bem jurídico derivada da não evitação de um resultado pelo garante de modo algum teria o mesmo grau de desvalor que se atribui ao resultado típico causado mediante uma ação, pois nos crimes omissivos o desvalor do resultado recai sobre um fato natural, ou um acidente (como no caso do menino e do tigre) que de qualquer modo iria acontecer mas não é evitado, diferentemente do resultado ativamente causado nos crimes comissivos. Esse menor desvalor do resultado nos delitos comissivos por omissão em relação os delitos de ação faz com que a não evitação do resultado não possa figurar

como um elemento constitutivo do *injusto específico* dos delitos comissivos por omissão, com vistas a subsumir tais comportamentos aos diferentes tipos da Parte Especial do Código Penal.<sup>(6)</sup> Estando desvalor da ação (ou da não evitação do resultado) e desvalor do resultado intrinsecamente unidos por uma interdependência recíproca e dialética dentro do injusto penal típico, conclui-se necessariamente que a omissão da evitação do resultado tampouco poderia ser equivalente ao desvalor da ação de se produzir esse mesmo resultado por ação. Daí por que a doutrina majoritária, calcada no Código Penal, acrescenta normativamente a posição de garante nos delitos comissivos por omissão como um incremento de desvalor ao fato da não evitação do resultado com vistas a equiparar, do ponto de vista axiológico, a gravidade da *omissão* à da *ação* que realiza o mesmo tipo penal. Mas será que o desvalor acrescentado pela posição de garante e pela infração do dever de agir dela derivado é tão grande a ponto de justificar a contradição antes relatada, fazendo com que alguém com um potencial de salvação muito superior ao garante (p. ex., o exímio nadador em relação ao pai, ou os transeuntes que filmavam o menino no parque) responda apenas pela omissão de socorro à vítima? Em nossa opinião, a resposta a essa imbricada questão reside no fato de que a posição de garante, como critério valorativo reitor da comissão por omissão, deva ser afastada como fundamento maior do desvalor do resultado típico para dar lugar a um critério baseado nas *características diferenciais da própria omissão*, já que o desvalor acrescentado pela posição de garante é sempre fixo e constante, lastreado em um *status* formal e objetivo de autoria que apenas delimita o âmbito social de certas classes de sujeitos escolhidos como garantidores de bens jurídicos, enquanto que as características da própria omissão variam de acordo com as circunstâncias peculiares do caso concreto. Trata-se uma vez mais de atentar para o *caráter fragmentário* do Direito Penal, pois o legislador também nos delitos omissivos deve realizar uma seleção das possíveis omissões irregulares que são próprias do âmbito social a que remete o elemento especial da autoria (posição de garante), para descrevê-las nos tipos de injusto especiais como penalmente relevantes.<sup>(7)</sup> Portanto, o legislador deve *selecionar*, de acordo com critérios plausíveis, apenas as omissões do garante que mereçam uma resposta punitiva em razão de sua gravidade. Mas neste ponto constata-se o seguinte: as omissões que o garante pode realizar e cujo desvalor seja equivalente às ações típicas são exatamente as mesmas que o não garante pode realizar também, pois a posição de garante não pode ser, como sustentado acima, um elemento determinante do injusto específico dos delitos comissivos por omissão. Ela certamente poderá figurar como um elemento que implique uma maior gravidade do injusto típico (o que poderia facilmente ser suprido pela aplicação de uma agravante genérica da parte geral, como a relativa ao parentesco ou à violação de deveres profissionais), mas é totalmente prescindível para efeitos da configuração do injusto penal específico do tipo realizado, pois não fundamenta o desvalor que faz com que uma omissão qualquer alcance a categoria de uma comissão por omissão. Mas então qual deveria ser o critério utilizado para que uma omissão – do garante ou do não garante – alcance essa categoria, equiparando-se o seu desvalor ao desvalor de uma ação realizadora do resultado proibido pela norma? Esse critério, como já destacado, deve ser buscado em características específicas da própria *omissão típica*, e não em elementos relativos à *autoria*, e como a omissão deve ser conceituada como a “*não ação com capacidade concreta de ação*”,<sup>(8)</sup> tem-se que o único critério para a atribuição da responsabilidade pelo resultado nos crimes omissivos impróprios seja a *capacidade concreta de ação*, isto é, a capacidade real do omitente de agir para salvar o bem jurídico no caso concreto. Isso significa que deveremos analisar as características da ação omitida para determinar se a omissão dessa ação específica deveria ser tratada

como comissão por omissão ou como omissão pura ou própria. Tais características, porém, são comuns tanto a garantes como a não garantes: no caso concreto, pode ocorrer que sujeitos comuns tenham maior capacidade de salvação do bem jurídico, por sua proximidade a ele do que o garantidor de sua integridade, que pode estar ocupado com outra atividade, como era o caso do pai do garoto atacado pelo tigre. É precisamente essa “capacidade de realização”<sup>(9)</sup> da ação omitida e potencialmente salvadora do bem jurídico que deverá fundamentar o injusto específico da comissão por omissão, fazendo com que as pessoas que presenciaram o ataque respondam pela lesão corporal culposa em comissão por omissão e o pai reste impune pela atipicidade da omissão de socorro negligente ao filho mais velho.

## Notas:

- (1) Terminologia inadequada, pois na verdade o que se busca assinalar é que se trata de “tipos (de resultado) de comissão por ação ou por omissão”, conforme assinala adequadamente GRACIA MARTÍN, Luis. Los delitos de comisión por omisión [Una exposición crítica de la doctrina dominante]. In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (Ed.). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 422-423.
- (2) Já que de causalidade naturalística na omissão é impossível falar, visto que do nada, nada surge (*ex nihilo, nihil fit*), sendo a categoria da causalidade real alheia à omissão do ponto de vista ontológico (vide, por todos, KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwarz, 1988, p. 57 e ss.). Em realidade, como bem destaca Silva Sánchez, a chamada “causalidade hipotética” da omissão (lastreada na teoria da equivalência das condições do *caput* do art. 13) nada tem a ver com a causalidade ativa, nem constitui um equivalente dela. Trata-se na verdade de um critério de imputação objetiva do resultado, que se superpõe à posição de garante, como os defensores da teoria da imputação objetiva defendem que acontece nos tipos de comissão ativa, no sentido de que a realização da ação ordenada nos tipos comissivos por omissão teria sido apropriada para diminuir o perigo para o bem jurídico (*El delito de omisión*. Concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986, p. 371, nota 372).

- (3) Vide a respeito SCHÜNEMANN, Bernd. *Gründ und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwarz, 1971, p. 233 e ss.
- (4) Vide WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. 1968, p. 208.
- (5) Vide KAUFMANN, Armin, *op. cit.*, p. 283 e ss.
- (6) Vide GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 467-468.
- (7) *Idem, ibidem*, p. 476.
- (8) Vide CEREZO MIR, José. *Derecho penal, Parte General: Lecciones*. 2. ed. Madrid: UNED, 2000, p. 219-220.
- (9) GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 481. O autor assinala como exemplo do disposto que tanto o terrorista que deixou um artefato explosivo em uma agência bancária quanto um cliente que se encontra dentro desta e é especialista em desarmar bombas, tendo se dado conta da sua presença, responderiam pela explosão, pois embora este último não seja garante da vida das pessoas que ali se encontram, tem a capacidade de desativar a bomba ou ao menos de retirar cuidadosamente o artefato do banco para evitar uma catástrofe (nota 277).

**Gisele Mendes de Carvalho**

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha.

Professora adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Centro Universitário de Maringá (UniCesumar).

**Gerson Faustino Rosa**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar).

Professor de Direito Penal e Processual Penal na UNIESP (Presidente Prudente) e na Universidade Estadual de Maringá (UEM).

## O Ministério Público em busca de novas práticas penais

*Marcelo Pedroso Goulart e Tiago Cintra Essado*

Membros do Ministério Público brasileiro, preocupados com a transformação da realidade, reuniram-se, em setembro deste ano, para debater, refletir e propor mudanças acerca de temas importantes para o avanço da sociedade brasileira.

O I Encontro Nacional Ministério Público – Pensamento Crítico e Práticas Transformadoras<sup>(1)</sup> criou um ambiente adequado para, à luz de uma perspectiva crítica, de um lado, rever posturas antidemocráticas, e, de outro, projetar diretrizes para um novo Ministério Público, em conformidade com a ordem constitucional de 1988.

Assuntos relevantes e inerentes ao sistema de justiça penal ocuparam os painéis do evento, entre eles, controle externo da atividade policial e políticas de segurança pública; política criminal de drogas e estratégias para redução de danos; atuação do Ministério Público na área penal e a tutela coletiva na defesa dos direitos humanos; Ministério Público e Direito Penal democrático; promotoria criminal e um modelo de atuação contemporânea; redefinição da segunda instância; democracia, direitos humanos e segurança pública.

Algumas ideias centrais debatidas merecem destaque.

Se a Constituição Federal guardou ao Ministério Público a função do controle externo da atividade policial (art. 129, VII), isso na prática vem

se dando de modo ineficiente, em uma perspectiva muito mais formal – centrada em visitas às delegacias e aos comandos de Polícia – e menos dirigida à efetiva melhoria do exercício da atividade policial.

Ao Ministério Público cabe induzir as políticas públicas na área de segurança pública, em conjunto com as demais instituições que atuam no setor e com a sociedade em geral, cuja participação deve ser fomentada, visando à adequação ao regime democrático.

Assim, para além de uma visão meramente repressora, essa função institucional deve identificar as causas do crime, buscar medidas preventivas e velar para que a atividade policial respeite os direitos fundamentais.

A desmilitarização deve ser objeto de amplo debate na instituição.

Em relação à política de drogas, viu-se que a “guerra às drogas” produz dados da realidade que não podem ser ignorados, entre eles, o aumento da população carcerária, o aumento do número de mortes decorrentes do tráfico de drogas, o aumento da corrupção e o fortalecimento do crime organizado. Para enfrentar o assunto, tais pontos devem ser considerados.

O modelo repressivo atual foi objeto de críticas, por ofensas tanto à dogmática penal quanto à processual penal.

Os diversos núcleos do tipo previstos para o crime de tráfico de drogas, longe de representar garantia ao cidadão, representam um simbolismo penal gerador de insegurança jurídica e de arbítrio estatal.

A interpretação adequada deve privilegiar, no caso concreto, a presença de dano ao bem jurídico protegido pela norma – que no caso é a saúde pública – como condição para a adequação típica. Busca-se, desse modo, proteger o usuário de drogas, que merece tratamento humanitário do Estado. E, quanto a isso, a atual política oficial amplia os danos, em vez de reduzi-los.

Diversos usuários são tratados como traficantes. A inexistência de critérios objetivos, para fins de tráfico, quanto à quantidade da droga também é outro ponto que expande o Direito Penal, para além dos limites que lhe são devidos dentro de um Estado Democrático de Direito. Pequenos e grandes traficantes são tratados do mesmo modo.

O domicílio – cuja inviolabilidade, como regra, é garantida constitucionalmente (CF, art. 5.º, XI) – é frequentemente violado sem ordem judicial, a pretexto de se apreender pequenas quantidades de droga. Daí a necessidade de o Ministério Público realizar efetivo controle das ações policiais, visando à redução da seletividade penal.

Dentro disso, o controle das prisões em flagrante também foi realçado, pontuando-se a importância de se dar cumprimento à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), devendo-se apresentar o preso ao Ministério Público e ao Judiciário para ser ouvido visando melhor avaliação dos critérios da prisão cautelar.

A interface entre o Direito Penal e a tutela coletiva também foi objeto de debate. Não dá mais para o Ministério Público centrar-se em uma atuação penal isolada, casuística e sem diálogo interno, de natureza meramente processual. A realidade contemporânea exige a revisão da postura tradicional, inserindo-se a articulação de projetos sociais e programas educativos, a partir da constituição de uma rede social de atuação integrada e protetiva. É preciso incluir a participação social na busca de medidas preventivas e de melhorias em geral na área criminal.

Desse modo, não é possível, dentro de um ambiente democrático que permite a mobilização social, conviver com práticas que criminalizem essa tendência participativa. E aqui é importante o Ministério Público assumir seu papel de fomento ao exercício da cidadania plena, com respeito à liberdade de manifestação e livre do arbítrio estatal.

Se a participação social deve ser incrementada, também deve se atentar para o populismo delitivo, que fundamenta a política criminal adotada, centrada no aumento do uso da força policial, no aumento da criminalização, no aumento do número de condenações e no aumento da população carcerária. Tais feitos violam o Estado Democrático de Direito.

Ao Ministério Público cabe inverter essa prática. A atual situação carcerária viola gravemente garantias básicas de direitos humanos, além de ser causa de fortalecimento do crime organizado e da própria violência. Daí a importância de o Ministério Público agir como fomentador de políticas criminais voltadas para o não encarceramento, adotando-se a privação de liberdade apenas excepcionalmente.

Com a rejeição da PEC 37, que pretendia impedir a investigação

criminal pelo Ministério Público, cabe à instituição velar pela ampliação da postura investigativa nas hipóteses de omissão da polícia, bem como nas condutas dos denominados “crimes de colarinho branco”, que inviabilizam a adoção de políticas públicas de saúde, educação, assistência social, lesando, pois, o regime democrático.

Assim, o modelo de promotoria de justiça criminal contemporâneo não abandonará, por óbvio, a função repressiva, mas também deve incluir a função proativa e preventiva. E, para tanto, deve-se buscar a aproximação com a comunidade científica, visando à melhoria da atuação.

Dentro desse modelo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é questionado. Não se espera um modelo de discricionariedade plena, mas almeja-se uma ampliação da margem de oportunidade para o ajuizamento da ação penal, a partir de critérios de entendimentos regrados.

A vítima precisa ser valorizada, o que pressupõe adequado atendimento e adoção de ações que reduzam os danos advindos da vitimização primária e secundária. A justiça restaurativa surge, nesse contexto, como importante medida de política criminal.

Eis, em síntese, parte das ideias veiculadas no *I Encontro Nacional Ministério Público – Pensamento Crítico e Práticas Transformadoras*.

Não dá mais para negar o estado de crise do sistema de justiça penal brasileiro. É preciso, pois, nesse contexto, a partir da avaliação crítica da realidade, buscar alternativas legítimas para um processo de reconstrução social na esfera da segurança pública, o que pressupõe o fortalecimento das instituições republicanas como um todo e o incremento das políticas públicas não penais, entre elas, as vinculadas à educação, saúde, assistência social.

Nesse movimento transformador o Ministério Público não pode ficar inerte e indiferente. Pelo contrário. É preciso assumir a condição de agente político e propugnar por novas práticas. Também na área criminal é tempo de superar as cristalizadas práticas violadoras de direitos humanos, para a construção de uma sociedade brasileira livre, justa e solidária.

#### Nota:

- (1) O evento ocorreu de 10 a 13.09.2014, em São Paulo, e foi uma iniciativa do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, que contou com o apoio institucional de diversos outros Ministérios Públicos e respectivas Escolas.

### Marcelo Pedrosa Goulart

Mestre em Direito pela UNESP.  
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.  
Diretor da Escola Superior do  
Ministério Público de São Paulo.

### Tiago Cintra Essado

Doutor em Direito Processual Penal pela  
Faculdade de Direito da USP.  
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.



#### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa  
2.ª Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna  
1.ª Secretária: Heloisa Estellita  
2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade  
1.º Tesoureiro: Fábio Tofic 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

# “Senso comum criminal” e o discurso da impunidade

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Conforme define a doutrina, o Direito Penal é o ramo jurídico que cuida da “*determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes*”.<sup>(1)</sup> Ou seja, trata de prever comportamentos proibidos e impor sanções à prática dessas condutas. Nesse sentido, o Direito Penal representa um instrumento de controle da convivência humana.

A vida social é dinâmica e está permanentemente sujeita a modificações. Em face deste panorama, as ciências criminais se empenham em apresentar propostas de novos paradigmas para o sistema punitivo, de maneira a acompanhar as referidas mudanças sociais. A esse ramo do conhecimento, que debate a transformação do Direito Penal e dos órgãos responsáveis por sua aplicação, dá-se o nome de política criminal. Notadamente, conforme definem **Zaffaroni** e **Pierangelli**:

*“A política criminal guia as decisões tomadas pelo poder público ou proporciona os argumentos para criticar essas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica.*

*Podemos afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela”.*<sup>(2)</sup>

A política criminal é, portanto, conhecimento científico – especializado, fundamentado, fruto de pesquisa e discussão acadêmica e da experimentação refutável. É um ramo do saber que verdadeiramente se dedica a analisar as questões do Direito Penal de maneira aprofundada e segue uma metodologia que destaca o valor da pesquisa, da análise e da experimentação. Por envolver características tão específicas o conhecimento científico muitas vezes se torna inacessível aos não iniciados naquela matéria. É um ambiente de estudos com vocabulário e práticas próprios. Por isso, muito desse “conhecimento” fica restrito ao ambiente acadêmico. O mesmo pode ser dito a respeito da política criminal. Em regra, o leigo não é capaz de dominar muitos dos conceitos relativos a esse saber.

São muitos os ramos do saber e poucos indivíduos realmente inteirados em cada ramo. E é assim que a vida social se organiza. A bem da verdade, não é preciso dominar com profundidade todos os campos do saber humano para se viver. É possível, por exemplo, tomar um transporte sem entender como funciona um motor a combustão. Ou ligar as luzes de casa sem qualquer domínio sobre o processo de obtenção de energia elétrica. Todas essas questões são completamente ignoradas nos atos do dia a dia. Geralmente, o saber científico faz parte da vida das pessoas sem que elas se preocupem em problematizar o conhecimento consolidado.

Mas no caso da política criminal a realidade é outra. A sociedade convive com diversas matérias pertinentes à política criminal no seu dia a dia: índices de criminalidade, situação prisional, atuação das forças policiais. E essa convivência diária com essas questões faz com que os indivíduos leigos formem sua convicção a respeito do funcionamento do sistema penal. Contudo, esse “conhecimento” não tem compromisso com a formalidade da ciência do Direito Penal, parte simplesmente da impressão das pessoas e de suas experiências pessoais diárias. Em oposição à noção de política criminal, forma-se um “senso comum criminal”.

O problema é que esse debate não se limita ao convencimento individual de cada pessoa. Ele é ampliado em proporções astronômicas quando alcança o palco máximo de divulgação da opinião pública – a mídia jornalística. E, com isso, a atuação midiática divulga vários discursos expressando o entendimento de leigos sobre questões de política criminal, ignorando por completo os debates acadêmicos.

O discurso midiático leigo é superficial e não encontra respaldo na realidade social. Ele parte de pressupostos equivocados e propõe a adoção de medidas inadequadas. De tão repetido ele vai se tornando a regra, influenciando a opinião pública e se tornando o discurso oficial. Com efeito, esse discurso não pode prosperar, e deve ter suas inconsistências reveladas.

Analisemos as premissas do “senso comum criminal”. A opinião pública divulga uma situação de violência ostensiva que se sustenta pela sensação de impunidade e pela fragilidade do sistema penal brasileiro. Muitos infratores cometem crimes e não são presos, o que incentiva a prática de novos delitos. Ademais, o réu no processo penal tem diversos instrumentos para protelar sua condenação.

Em face deste panorama as medidas propostas são as mesmas – mudanças legislativas que implementam condições mais severas para os apenados.<sup>(3)</sup> Definir novos tipos penais. Suprimir garantias penais processuais. Aumentar o *quantum* de pena. Ou seja, criar mais hipóteses para encarcerar o indivíduo, diminuir seus instrumentos para se defender de uma condenação criminal e tentar mantê-lo encarcerado por mais tempo. Tudo isso com o objetivo de diminuir a sensação de insegurança pública e de violência ostensiva.

Ponto central desse discurso é o tópico da “impunidade”.<sup>(4)</sup> A opinião pública divulga a noção de que muitos crimes são cometidos porque são poucos os delitos efetivamente punidos. E assim, é a impunidade a maior incentivadora da criminalidade. Com efeito, o raciocínio desenvolvido é equivocado. A bem da verdade, são muitos os delitos investigados e julgados no Brasil. Mais do que o sistema judiciário pode processar em tempo hábil. O próprio discurso jornalístico divulga essa realidade, revelando a sobrecarga da justiça criminal.

Mas o sistema penal não pune indistintamente qualquer delito. Ao longo dos séculos, a humanidade tem se organizado em estruturas sociais desiguais. As classes detentoras do poder tentam se manter em posição hegemônica, enquanto marginalizam os demais indivíduos. E, historicamente, o Direito Penal tem sido usado para garantir os interesses das classes detentoras do poder. Por isso, a literatura jurídica especializada atribui ao Direito Penal a característica da “seletividade”, uma vez que, ao servir aos interesses das classes hegemônicas e à manutenção das estruturas sociais desiguais, ele irá tratar de maneira diferenciada os indivíduos das classes marginalizadas. Nesse sentido, se manifestam **Zaffaroni** e **Pierangelli**:

*“É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. (...) Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais”.*<sup>(5)</sup>

Em linhas gerais, a doutrina penal aponta que o Direito Penal destina tratamento muito mais severo aos indivíduos socialmente marginalizados. É por isso que os crimes contra o patrimônio são supervalorizados no contexto policial e midiático – porque o patrimônio e o acúmulo de capitais são o centro da sociedade capitalista. Ademais, os delitos desta natureza costumam ser praticados em razão das próprias desigualdades da estrutura social.

Além do mais, a seletividade também se manifesta na realidade

prisional brasileira. Contrariando o discurso da impunidade, são também muitos os indivíduos encarcerados, mais do que o sistema penitenciário pode suportar. Além disso, a população carcerária é predominantemente pobre e a noção de delinquente para a opinião pública está intimamente associada às classes economicamente desfavorecidas.

Com precisão, **Nilo Batista** refuta brilhantemente o discurso da impunidade:

“Quando alguém fala que o Brasil é ‘o país da impunidade’, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso.”<sup>(6)</sup>

Em outras palavras: no Brasil se pune e se prende muito. Mas a atuação do sistema punitivo é seletiva. Só que, a punição não serve para desestimular a prática de novos delitos. Ou seja: não é que o delinquente tem certeza de que não será preso. Ele é indiferente à prisão. A possibilidade do cumprimento de pena não lhe intimida e a cadeia não o regenera.

Ao contrário, chega a ser consenso na literatura criminal que a pena privativa de liberdade não produz nenhum efeito positivo sobre o apenado, e, conseqüentemente, não cumpre seu papel ressocializador. A situação prisional brasileira é crítica e muitas obras se empenham em revelar as falhas estruturais do sistema.<sup>(7)</sup>

Com precisão, assinala **Bitencourt**: “A prisão, em vez de conter a delinqüência, tem lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações”.<sup>(8)</sup>

A opinião pública clama, então, por uma série de mudanças completamente inócuas – mas que dão a aparência de segurança. Maior severidade punitiva significa expor mais indivíduos ao encarceramento por mais tempo, por um rol maior de motivos – é acentuar os efeitos nocivos da pena de prisão.

Conforme apontado, o cliente habitual do sistema penal é indivíduo marginalizado e normalmente não tem acesso à defesa técnica. Muitos cumprem pena além da condenação e não gozam dos seus benefícios legais por falta de conhecimento. Uma enorme parcela de encarcerados nem mesmo chega a ser condenada e permanece presa preventivamente por anos. Ainda que os instrumentos legais existam, eles não são acessíveis para todos.

Ou seja, o Estado implementa e mantém um Sistema Penal seletivo, que acentua as desigualdades sociais, e deixa à margem um número expressivo de indivíduos. Ao mesmo tempo, dedica-se a punir mais severamente esses mesmos indivíduos que exclui. Os instrumentos de defesa já são poucos e a opinião pública ainda luta para diminuí-los.

A Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma na Ordem Jurídica Brasileira. O regime de exceção que antecedia a promulgação da Constituição Cidadã aplicava uma política de repressão violenta e de supressão de direitos fundamentais. A nova ordem normativa inaugurou um regime garantidor dos direitos fundamentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana. E mais do que isso, um regime que se propôs a tomar medidas positivas para “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, elencados como objetivos da República, no art. 3.º da CF.<sup>(9)</sup>

Por tudo isso, esse discurso de supressão não pode prosperar. A reforma da realidade criminal demanda a aplicação de um conjunto de medidas integradas. Dada a complexidade da questão, essas medidas devem ir muito além de mudanças na legislação incriminadora ou da acentuação das estruturas punitivas.

As questões criminal e penitenciária fazem parte de uma realidade maior, relativa às estruturas sociais, políticas e econômicas. O sistema repressivo é seletivo e isso fomenta as desigualdades. As propostas de reforma, para serem efetivas, devem, portanto se focar em combater essas estruturas desiguais. Indubitavelmente que a questão da violência exige reformas na estrutura social, bem como reformas penais que se comprometam com mudanças dessa natureza.

Em suma, o “senso comum criminal” é falho em diversos pontos. A criminalidade traz indicadores preocupantes, mas não por causa da “impunidade”. A falência do sistema criminal está associada à sobrecarga da justiça, à precariedade do sistema penitenciário e à incapacidade da pena de prisão em cumprir seus propósitos reformador e intimidador. Não existe impunidade, mas punição seletiva, que revela as desigualdades sociais e as acentua. O cliente habitual do sistema penal é socialmente marginalizado e também se vê privado de suas garantias processuais penais. Medidas de supressão de direitos e severidade punitiva não surtem efeito na questão criminal. Somente mudanças na estrutura social serão efetivas, porque o problema penal é fundamentalmente um problema social.

Em razão do exposto, faz-se um convite à comunidade acadêmica, para que fomenta uma cultura de valorização dos direitos, acima de tudo. Às duras penas, nosso país conseguiu se livrar de um regime totalitário, marcado pela supressão das garantias fundamentais. Um discurso que pregue a violação de direitos é um retrocesso inadmissível. Em favor da plenitude do Estado Democrático de Direito e de seus ideais, que as ideias debatidas neste estudo, mera tentativa de apresentar de maneira sucinta os debates acadêmicos a respeito da política criminal, não fiquem limitadas às mentes dos especialistas. Que o discurso da efetivação dos direitos seja amplamente divulgado, e se torne o discurso oficial da opinião pública. Que sejam eleitos representantes “influenciados” por essas ideias progressistas, e que assim o Estado passe a implementar reformas penais efetivas. Pela universalização do pensamento criminológico, para que o Direito Penal se torne um instrumento para a superação das barreiras sociais.

#### Notas:

- (1) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32
- (2) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 118.
- (3) MOREIRA, R. D. Discursos penais de emergência e as recentes alterações na Lei de Crimes Hediondos promovidas pela Lei 11.464/2007. *Boletim IBCCRIM* 174/17-18, 2007.
- (4) ANDRADE JUNIOR, A. De onde vem a sensação de impunidade? *Boletim IBCCRIM* 162/16-16, 2006.
- (5) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 72.
- (6) BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 38-39.
- (7) Nesse sentido, merece destaque: THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- (8) BITENCOURT. *Op. cit.*, p. 125.
- (9) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 maio 2014.

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

# Manifesto realista marginal

*Adrian Barbosa e Silva*

Enquanto declaração pública de intenções, indubitável que um manifesto proponha pauta crítica de reflexão. No campo penal, essa crítica deve reagir à *governamentalização* – prática social que sujeita indivíduos a mecanismos de poder que reclamam verdade –, ou seja, deve ser o movimento pelo qual o sujeito interroga a verdade sobre seus efeitos de poder e o poder sobre seus discursos de verdade, conformando verdadeira *arte de inservidão voluntária* (FOUCAULT, 1990, p. 39).

A hipótese se justifica porque, como explicita Sozzo (2006, p. 356), os vocábulos teóricos da criminologia aportam articulações discursivas nas quais tramitam racionalidades, programas e tecnologias governamentais sobre a questão criminal, é dizer, configurações em cujo marco de verdade se (re)produzem relações de poder.

Dessa forma, o realismo marginal, proposto em manifesto, proclama fundamentos desajustadores da “política de verdade” embutida no oficial(izado) modelo integrado de ciências criminais – caracterizado por uma dogmática narcísica, ideologicamente defensivista e auxiliada pela criminologia de corte positivista – em face do punitivismo na era do grande encarceramento, problematizando o papel dos atores das agências de punitividade no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Assim, em *Criminología: Aproximación desde un margen* (1988), *En Busca de las Penas Perdidas* (1989) e *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal* (1993) Zaffaroni diagnostica a perda de legitimidade dos sistemas penais latino-americanos e desenvolve o “realismo marginal”, princípio epistemológico que partindo da crise do discurso jurídico-penal busca reconstruí-lo e elaborar, em última análise, um modelo integrado condizente com a realidade operacional do *potestas puniendi*.

No entanto, o que seria “marginal”? Zaffaroni (1998, p. 170) indica três sentidos: (1.º) a localização da América Latina na periferia do poder planetário, cujo vértice é ocupado pelos países centrais; (2.º) a necessidade de se adotar a perspectiva dos fatos de poder latino-americanos próprios de sua relação de dependência com o poder central; e, (3.º) a compreensão de que a grande maioria da população latino-americana marginalizada é objeto da violência do sistema penal.

Segundo o mestre portenho, impossível seria validar teoria alijada da realidade social que não concebesse a incapacidade estrutural do sistema penal em cumprir com suas funções declaradas (proteção de bens jurídicos e redução da criminalidade). Ademais, sintomáticas seriam as importações teóricas que correspondessem a *traduções traidoras*, dando azo à colonização científica por teorias alienígenas incondizentes com as especificidades culturais dos países da periferia marginal (Sozzo, 2006).

Importa notar que em terras tupiniquins o positivismo se enraíza na obra *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, de Nina Rodrigues, catedrático da Faculdade de Medicina da Bahia, o qual propagou a inferioridade racial dos negros com fundamento na pretensa marcha desigual do desenvolvimento filogenético da humanidade, tornando, em reação, incontestavelmente pertinente o sagaz questionamento de Zaffaroni: “*Como pôde Lombroso florescer na Bahia?*”.

Isso porque a importação e incorporação do discurso biologicista ao poder punitivo, enquanto instrumento verticalizador voltado ao progresso civilizatório, converteu as sociedades colonizadas em imensos campos de concentração para os inferiorizados nativos, aos quais se atribuiu lombrosianamente a qualidade de inimputáveis e, a partir disso, se racionalizou lógica de exclusão.

Na América Latina, a criminologia positivista deu azo a novo modelo integrado de ciências criminais análogo ao inquisitório, e, desde

sua perspectiva racista-evolucionista-colonialista, propiciou verdadeiro *apartheid* criminológico, revivificado nos governos autoritários (doutrina da segurança nacional), desconstituídos nas últimas décadas, mas que ainda guardam ranços de populismo punitivo (Sozzo, 2009) presentes nas políticas e legislações penais nacionais.

Em direção ao “genocídio tecnocolonialista”, denuncia Zaffaroni (1998) que os sistemas penais latino-americanos comportam nível tão alto de violência que matam mais que a violência privada. São mortes por: confrontos armados, grupos parapoliciais de extermínio, torturas, título de “exemplo”, erro ou negligência, motins carcerários, violência exercida contra presos nas prisões, doenças não tratadas nas prisões, suicídios etc., vitimizando inclusive os agentes do sistema penal. O Brasil, em especial, segundo o Conselho Nacional de Justiça, apresenta o terceiro maior índice de encarceramento no mundo (715.592 mil presos), e, conforme a Anistia Internacional, apenas com as polícias militares carioca e paulista, registra nos autos de resistência maior letalidade do que os países que possuem pena capital (42,16% a mais, em 2011).

A emergência da assunção do projeto realista implica a incorporação de dados sociais à construção teórica, notadamente as advindas do paradigma da reação social e criminologias críticas, bem como, adoção de horizonte de projeção do discurso jurídico-penal a partir de onde o poder punitivo se manifesta, assumindo de vez a tarefa de latinizá-lo, não podendo mais ignorar os fatos de poder circunscritos no controle punitivo militarizador-verticalizador-vigilante-disciplinar (FOUCAULT, 2012), mapeando o sistema penal até sua ramificação subterrânea de violência (ANIYAR DE CASTRO, 1984).

Desde a reverberação das violências do sistema penal – “*meio civilizador destruidor de civilização*” (NIETZSCHE, 2005, p. 243) –, o saber dos juristas requer urgente atitude deslegitimadora da pena (*teoria negativa/agnóstica da pena*) que conceba o fracasso das teorias positivas. Isto seria possível através da reconstrução do direito penal pelo direito humanitário, assim, a pena não teria justificativa jurídica, mas política (Tobias Barreto) enquanto ato beligerante limitado ao máximo por uma política de redução de danos – re-etização do discurso jurídico-penal.

Por fim, e em síntese, adverte Carlés (2012, p. 271) a necessidade de atenção às “(...) *consequências da intervenção do poder punitivo do Estado nos conflitos que se apresentam em nossas sociedades, renunciando a toda possível legitimação do sistema penal*”. Segundo o autor, imprescindível seria “*renunciar também a tentação de importar teorias dos países centrais sem que passem previamente pelo filtro de nossa realidade e das necessidades que criam os problemas específicos de nossa margem*”, para que não ocorra importação dos problemas que aquelas mesmas teorias buscam resolver. Esta colonização teórica não pode fazer com que “*a árvore nos impeça de ver o bosque*”.

## Referências bibliográficas

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- CARLÉS, Roberto Manuel. ¿Ver el árbol o ver el bosque? El realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para un modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*. Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica/NETPDH, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.
- \_\_\_\_\_. Qu'est-ce que la critique? [critique et *Aufklärung*]. *Bulletin de la*

- Société Française de Philosophie, Paris, v. 82, n. 2, p. 39, avr.-juin, 1990.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. *Sistema penal & violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2009, p. 33-65.
- SOZZO, Máximo. “Traduttore Traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2.ª reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 1998.

**Adrian Barbosa e Silva**

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Centro de Estudos sobre Intervenção Penal (CESIP). Advogado criminalista.

# A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal

Marcus Vinícius Pimenta Lopes

## 1. Introdução

Diuturnamente somos todos bombardeados por uma mídia do espetáculo vingativo, estimulados ao preconceito e à irracionalidade. Isso faz com que todas as agências que compõem o sistema penal sejam coagidas a se contaminarem por uma pulsão vingativa.

Ante a irracionalidade da vingança, apresentaremos neste trabalho que a forma se coloca como garantia racional de contenção do poder e de afirmação do Estado Democrático de Direito.

Após demonstrarmos a importância da forma, abordaremos também um novo enfoque no seu descumprimento, ou seja, nas nulidades.

## 2. O que é garantia?

Garantia, etimologicamente, está ligada à ideia de uma posição de segurança, que vai contra a incerteza e a fragilidade. Anota **Bonavides** (2007, p. 525) que “*Existe garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar*”.

Por sua vez, ensina **Baracho** (1984, p. 138) que “*a própria palavra garantia é usada como sinônimo de proteção jurídico-política. O conceito vem do Direito Privado, de onde decorre sua acepção geral e seu conteúdo técnico-jurídico; garantir significa assegurar de modo efetivo*”.

Ainda, e com a habitual perfeição conceitual, diz **Rui Barbosa** (s/d, p. 193-194): “*Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos’. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil*”.

Assim, garantia é uma ideia de contenção do poder.

## 3. A forma como limite

Visto o sentido de garantia – como contenção – poderemos iniciar uma associação mais clara da forma como garantia. Antes, porém, deve-se entender como a forma limita.

Qualquer enunciado é uma limitação do discurso. Quando se diz, por exemplo, que “*o céu é azul*”, se diz – ao mesmo tempo e necessariamente – que “*o céu não é vermelho ou verde*”. Ao se delimitar uma asserção se nega tudo o que dela difere. É por essa razão que disse o gênio **Karl Popper** (2007, p. 72) que as teorias “*(...) não asseveram que algo exista ou ocorra; negam-no. Insistem na não-existência de certas coisas ou estados de coisas, proscrevendo ou proibindo, por assim dizer, essas coisas ou estados de coisas; afastam-nos*”.

Aplicando-se tal conceito ao Direito Democrático, temos, por exemplo, que se um sistema deve ser acusatório, logo ele não deve ser inquisitivo; e, se existe determinado procedimento<sup>(1)</sup> para a formação

de um provimento final, logo, qualquer ato que difere dos enunciados normativos previstos para tal procedimento se apresenta como ilegal – pois fora da formulação autorizada pela lei democrática.

Dessa maneira, a fórmula limita; pois ao prescrever um comportamento, impede que seja feito qualquer outro.

E quanto às eventuais críticas ao formalismo, fazemos nossa a lição de **Chiovenda** (1969, p. 4):

“*Entre leigos abundam censuras às formas judiciais, sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo tanto ou mais que em qualquer outra relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza*”.

A forma jurídica ao limitar o poder e proporcionar a segurança é, assim, garantia.

Agora se deve dimensionar contra qual tentativa de exercício de poder a forma age no processo penal, para, em seguida, abordar-se em tópico específico o título deste trabalho.

## 4. A pulsão vingativa do sistema penal

**Roudinesco e Plon** (1998, p. 632) sobre o conceito de pulsão, com base no Seminário 11 de Lacan (“*os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*”) anotam que “*A abordagem lacaniana da pulsão inscreve-se numa abordagem do inconsciente em termos de manifestação da falta e do não realizado*”.

Já a vingança, esta é explicada pela psicanálise mediante a identificação do eu no outro<sup>(2)</sup> – dentro do aparelho psíquico, causar um desprazer a alguém que lhe causou um desprazer, causa prazer.

Pela vingança se reduz a tensão causada pelas pulsões.

Apesar de que, em verdade, nunca um morto ressuscitou pela punição de seu assassino... seguimos.

Com isso em mente, devemos dizer algumas palavras quanto à “*criminologia midiática*” e à fabricação da sensação de terror e pânico constante em virtude de uma violência que nunca cessaria – e da consequente fabricação do desejo de vingança social, que também, e proporcionalmente, jamais teria fim: sendo, pois, para sempre “*não realizada*” e *pulsante*.

Diz **Zaffaroni** (2012, p. 307) que “*a criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram*

um eles separado do resto da sociedade, por serem um conjunto de diferentes e maus”.

Assim, conforme o professor e ministro argentino:

*“os eles da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos nossos problemas”* (ZAFFARONI, 2012, p. 307).

A partir dessa ideia a mídia cria estereótipos por semelhança – o *eles*, o inimigo, assim, não é o autor de um fato, mas toda a classe estereotipada a qual um indivíduo acusado de determinado comportamento “pertença”; pela ação de um, toda uma classe que nunca cometeu qualquer delito e nem vai cometer é colocada no rol dos “inimigos”.

A ideia é que se um adolescente de um bairro pobre roubou alguém, então amanhã um outro “parecido” com ele fará o mesmo – portanto, seria necessário isolá-los a todos, por prevenção [sic.].

Mais que criar classes de “inimigos”, a criminologia midiática incentiva associações como se o “eles” fossem os responsáveis por todas as mazelas da sociedade – a prisão de um adolescente negro e pobre, é apresentada como se fosse realmente alterar a vida de milhões de pessoas; ele é um bode mágico expiatório.

E as classes “inimigas” são constantemente ampliadas pela mídia: são os traficantes, os favelados, os policiais, os juízes, os menores, os pobres, os vândalos, os banqueiros, os políticos... – enfim, somos todos nós, etiquetados numa classe de “inimigos” já existente ou oportunamente forjada, sempre a critério da mídia. O “inimigo” passa a ser quem a mídia disser que é.

Com a presença constante do inimigo na televisão e a também constante ameaça de um mal, faz-se também constante o medo. A partir disso, o próprio cidadão, numa resposta instintiva (e inocente), pede que se aumente o controle, justamente para se evitar a concretização do medo.

E, de novo com Zaffaroni (2012, p. 318): *“Como é necessária uma grande carga de medo para que as pessoas deixem de valorizar a intimidade e o espaço social de liberdade, a criminologia midiática constrói uma realidade temível”*.

A noção de medo é simplesmente manipulada pela mídia: o medo é um sentimento instintivo de autopreservação, todavia, quando a mídia coloca um único objeto como fonte de todos os riscos, o medo decorrente deixa de ser normal, por se ter deformado a real magnitude de sua temeridade; ao assim acontecer, o medo perde a sua função, pois ele não é mais proporcional ao risco, e, ainda, desvia a atenção do sujeito de outros riscos que muitas vezes deveriam ser mais temíveis (ZAFFARONI, 2012, p. 318).

O espetáculo midiático criador de uma sociedade paranoica instaura o pânico e o caos, e é este fenômeno que é usado como subterfúgio para o aumento do Estado policial: com mais Estado – visto aqui como onipotente – haveria mais controle social e menos espaço para os libertinos de plantão [sic.].

Vimos que a pulsão está ligada ao sentimento de falta; que a mídia cria o medo e estimula uma vingança mágica nunca saciada; e, ainda, que a vingança midiática é estimulada contra classes inteiras de pessoas que passam a ser vistas como “inimigas” simplesmente por se assemelharem a um grupo, e não pelo que fazem individualmente. Qual o resultado?

Além de um controle social midiático, o resultado é uma patologia de uma sociedade paranoica constantemente em estado de medo – e um medo que muitas vezes não é real; passa a existir uma crescente e insaciável pulsão vingativa, que, além de provocar modas justiceiras como amarrar jovens em postes, provoca danos graves no sistema penal.

O sistema penal é o conjunto de agências que operam o poder punitivo (ZAFFARONI, 2012, p. 418). Seja nas específicas (judiciais, policiais, penitenciárias, de reprodução ideológica, internacionais), seja nas não específicas (políticas, de comunicação social), todos são infectados pela paranoia da vingança. E, assim, incorpora-se a violenta pulsão vingativa ao sistema penal.

## 5. A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal

A pulsão vingativa do sistema penal é irracional; baseada em bodes expiatórios e na busca pelo aumento de sua potencialidade de realização.

Dela não escapam nenhuma das agências do sistema penal.

Neste cenário, fazemos lembrança do início deste trabalho: ante a ameaça de certas classes, existe a barreira do direito: a garantia (RUI BARBOSA, s/d, p. 193-194).

A legalidade, ao impor um limite semântico ao exercício do poder age como garantia de proteção do Estado Democrático de Direito; e a forma, ao limitar como será a atuação dos atores jurídicos num determinado ato está garantindo a contenção do exercício do poder na estruturação dos procedimentos.

Ante uma sociedade corrompida até o delírio com o espetáculo midiático da vingança irracional, a forma se apresenta como a barreira contra a barbárie.

Não é à toa que Weber (2004, p. 100 e ss.) definiu o direito formal (processual) racional como o que atende à legalidade, e que Zaffaroni – dentro de seu conceito de criminologia cautelar – disse que:

*“O direito penal deve programar o exercício do poder político, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isso ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção”* (2011, p. 156-157).

Dessa maneira, como a forma limita o exercício legítimo do poder, contendo-o, a forma é garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal e, ao mesmo tempo, garantia da afirmação do Estado Democrático de Direito – está-se aqui impedindo arbitrariedades das agências que compõem o sistema penal.

Assim, a defesa da forma é a defesa do limite no exercício do poder, e, conseqüentemente, a defesa do Estado de Direito.

## 6. Nulidades

Ao se falar da forma, necessariamente deve se falar de seu descumprimento e das conseqüências disso, ou seja, das nulidades.

Oportuna e exemplificativamente tal análise também demonstrará que duas espécies de agências do sistema penal, nomeadamente as judiciais e as de reprodução ideológicas (acadêmicas), têm sido – de maneira a nosso ver inconstitucional – responsáveis pela diminuição do grau de cumprimento da legalidade na forma, e, conseqüentemente, têm sido responsáveis pelo aumento da vingança penal. Outrossim, mostraremos que é pela mudança de atitude dessas duas espécies de agências que se poderá migrar para um horizonte de pleno respeito à forma como garantia.

A doutrina (TOURINHO FILHO, 1992, p. 111) tradicionalmente classifica as nulidades penais como absolutas: não convalidáveis e de prejuízo presumido; e como relativas: convalidáveis e de necessária demonstração do prejuízo.

No Código de Processo Penal, tal distinção é feita pelo seu art. 572: as que ele menciona são relativas, as demais absolutas.

Vimos a importância da forma na contenção do poder punitivo, devemos agora analisar de maneira um pouco mais cautelosa a questão da arguição das nulidades relativas no processo penal.

A doutrina, como expressão de agências de formação ideológica, traça verdadeira confusão no que diz respeito ao interesse no processo penal, o que tem impacto no estudo das nulidades.

Vejamos, **Eugênio Pacelli de Oliveira** (2011, p. 814), diz que:

“A primeira distinção que se pode fazer entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas começa a partir da definição dos interesses envolvidos na irregularidade. O predicado relativo que acompanha a expressão nulidade significa exatamente isso: a nulidade encontra-se em relação ao interesse da parte, em determinado e específico processo. É verdade que toda e qualquer não-observância da forma prevista em lei poderá interessar, em certa medida, à própria função jurisdicional. Entretanto, é bem de ver que determinados atos processuais são instituídos, potencialmente, no interesse das partes. Isso significa que a utilização, ou melhor, a aferição da utilidade de seu exercício ou do seu não-exercício é deixada à livre manifestação dos interessados, não cabendo ao Estado, em princípio, impor às partes a renovação de ato cuja ausência ou defeito não tenha afetado seu interesse. Se fosse assim, teríamos a consagração das formas procedimentais em detrimento de seu conteúdo e finalidade, colocando-nos na contramão da evolução da teoria do processo, em que prevalece, em tema de nulidades, o chamado princípio da instrumentalidade das formas, que logo veremos mais de perto. É por isso que as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo. Parte-se do pressuposto de que, não havendo alegação do interessado, a não-observância da forma prescrita em lei não teria resultado em qualquer prejuízo para as partes. Assim, é de se prosseguir normalmente com o processo, sem o recuo à fase já ultrapassada”.

Contudo, de há muito **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** (1989), com base na crítica de **Carnelutti**, demonstrou que não existe um interesse de condenação do Estado contraposto a uma pretensão resistida pelo réu.

Vea-se, tanto o Estado acusador (normalmente representado pelo Ministério Público) pode pedir a absolvição do réu, quanto o próprio acusado pode pedir sua condenação. E assim, não se tem um interesse (do Estado) contraposto a outro contrário (do réu), caracterizador da lide.

O conteúdo do processo penal é outro, é o acerto do caso penal (COUTINHO, 1989, p. 134).

Dessa maneira, o Estado não tem um interesse público de condenação do réu contra um interesse particular do réu de sua absolvição – existe um interesse público (estatal) de condenação dos culpados simultâneo ao interesse público (estatal) de absolvição dos inocentes.

Logo, aplicando-se tal conceito às nulidades é equivocado dizer que “(...) as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo” (OLIVEIRA, 2011, p. 814), pois o interesse aqui não é das partes, mas sim do Estado.

No mesmo sentido da crítica aqui feita, diz **Lopes Jr.** (2012, p. 1132):

“(...) afirmar-se que no processo penal existem formas que tutelam um interesse ‘da parte’, ‘privado’, é o erro de não compreender que no processo penal – especialmente em relação ao réu – todos os atos são definidos a partir de interesses públicos, pois estamos diante de formas que tutelam direitos fundamentais assegurados na Constituição e Tratados firmados pelo País. Não há espaço para essa frágil dicotomização público/privado. Aqui se lida com direitos fundamentais. (...) A distinção entre normas que tutelam interesse da parte e outras que dizem respeito a interesses públicos tropeça na desconsideração da especificidade do processo penal, onde não há espaço normativo privado. Erroneamente alguns pensam que as normas que tutelam o interesse do réu seriam de uma dimensão ‘privada’, para exigir demonstração de prejuízo. A proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e as garantias constitucionais que o tutelam”.

Dessa maneira, e considerando a importância da forma como garantia fundamental, entendemos, tal como **Lopes Jr.** (2012, p. 1132), que as nulidades, sejam quais forem, devem ser sempre conhecidas de ofício pelo juiz, pois, toda vez que uma forma não é cumprida, estar-se-á diante de uma irregularidade de interesse público.

Ao se descumprir a forma, estar-se-á descumprindo o princípio constitucional que a origina (Lopes Jr., 2012, p. 1128), *verbi gratia*, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o devido processo legal; e, além disso, estar-se-á agindo de maneira ilegítima, fugindo da segurança que deve existir na forma (processual) racional (Weber, 2004, p. 100 e ss.). E, como consequência, dar-se-á espaço para a concretização da pulsão vingativa do sistema penal – aqui especialmente pelas agências judiciais e de formação ideológica, permitindo um estado inseguro de vingança; e, igualmente, é exatamente a mudança de compreensão destas agências específicas – ao passar a considerar que todo o cumprimento da forma no processo penal é de interesse público, permitindo o conhecimento de ofício de qualquer nulidade – que possibilitará a realização de um processo penal garantista e legítimo.

## 7. Conclusão

Por todo o exposto, concluímos que a forma é um limite ao discurso, e, sob o prisma do sistema penal, é um limite à ação de suas agências; sendo a forma, pois, garantia. Ainda, diante da irracionalidade da pulsão vingativa do sistema penal, a forma se encontra como poderosa barreira contra a barbárie e na afirmação do Estado Democrático de Direito, o que implica novo enfoque na importância do cumprimento da legalidade nos procedimentos e altera também – e consequentemente – o horizonte de estudo das nulidades.

## Referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Rui. *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, [s./d.].
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo, 1969, III, n. 285.
- CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 2.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- FREUD, Sigmund. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- LACAN, Jacques; MILLER, Jacques-Alain. *O seminário: livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process e o devir processual democrático*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 13, n. 26, jul.-dez., 2010.
- \_\_\_\_\_. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NASIO, J. D. *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, v. 2.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *et al. Direito penal brasileiro: volume 1: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

## Notas:

(1) Lembramos, oportunamente, que procedimento é, conforme Fazzalari e expresso por Rosemiro Leal (2008, p. 287): “(...) estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais numa relação espaço-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato consequente e este extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final”.

(2) Vide Girard e seu conceito de *mimesis*, especialmente em: GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

**Marcus Vinícius Pimenta Lopes**  
Bacharel em Direito pela PUC-MG.  
Advogado.

# Crime fiscal e lavagem de dinheiro: as alterações legais e a atual necessidade de reafirmação de antigas premissas sobre os tipos penais

*Gustavo de Castro Turbiani*

Se o presente momento ainda é embrionário para a formação de entendimento jurisprudencial acerca das já não tão recentes alterações da Lei 9.613/1998, já é certo que aquilo que foi levantado por seus críticos como um de seus possíveis efeitos mais deletérios tem tomado corpo a cada dia: a banalização da imputação de lavagem de dinheiro tendo como antecedente todo e qualquer crime que envolva bem patrimonial.

Nesse contexto de banalização é que começam a se delinear as primeiras acusações de lavagem de dinheiro tendo como antecedente o crime fiscal.

Fundando-se nas alterações da Lei 9.613/1998, os órgãos de persecução têm incorporado uma equivocada premissa de que a exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes rompeu a única barreira que inviabilizava este tipo de imputação.

Ocorre, no entanto, que os que assim entendem têm feito vistas grossas a uma premissa básica do crime de lavagem de dinheiro, que permaneceu intacta mesmo após a alteração legislativa ora em comento ou, mais especificamente, mesmo após a exclusão da taxatividade quanto aos crimes antecedentes: *a lavagem de dinheiro somente existirá nos casos em que o dinheiro ocultado e reintegrado seja de proveniência ilícita*.

A premissa pode beirar a obviedade, sendo verificada pela mera leitura do tipo penal. No entanto, é a falta de profundidade quanto ao significado da expressão “proveniência” que dificulta sua compreensão e, sobretudo, sua real extensão, dando espaço à formação de entendimentos e interpretações equivocadas. Cabe a nós, então – e principalmente neste momento – esse aprofundamento.

“Proveniência ilícita”, no contexto do tipo penal de lavagem de dinheiro, deve ser compreendida como o patrimônio que *se cria, que nasce, que se inicia, que é oriundo da própria prática do crime antecedente*.

Infundáveis são os exemplos deste tipo de situação, v.g.: no crime de corrupção ativa, o dinheiro recebido por funcionário público para praticar ato de ofício é gerado pelo próprio ato de corrupção; no roubo, o dinheiro obtido pelo autor dos fatos é gerado pelo próprio roubo; no tráfico, o dinheiro recebido pelo traficante vem da própria venda da droga; na gestão fraudulenta de instituição financeira, os valores provêm da própria gestão.

Nesses casos, o dinheiro nasce da própria prática criminosa, sendo, portanto, dela proveniente.

Diferentemente, no entanto, é o caso do crime fiscal, que não produz recursos. O patrimônio daquele que o comete não surge a partir da sua prática, mas é preexistente a ela. Quem sonega tributos, sonega tributos relativos à renda que foi obtida – em regra, ao menos – de forma lícita.

Tome-se o exemplo banal de um comerciante de canetas. A venda das canetas lhe gera renda, sobre a qual incidem tributos. A eventual

omissão, mediante qualquer tipo de fraude, da renda obtida pela venda de canetas irá configurar a prática do crime de sonegação fiscal.

Neste caso, indaga-se: os valores sonegados pelo comerciante de canetas às autoridades fiscais foram provenientes da comercialização das canetas ou, então, se originaram da própria prática do crime de sonegação fiscal? O acréscimo patrimonial – e aqui está a definição de proveniência – deu-se no momento em que as canetas foram comercializadas ou, então, no momento em que se omitiu a renda de forma fraudulenta às autoridades fiscais?

Neste caso, não é difícil notar que a origem dos valores é preexistente à prática do crime e sua proveniência, portanto, é absolutamente lícita (comercialização de canetas), a despeito de ter sido posteriormente omitida às autoridades.

Se a origem dos valores omitidos às autoridades fiscais tem sua origem em atividade lícita, estes mesmos valores não poderão ser lavados e, portanto, não poderão dar lastro à imputação do crime de lavagem de dinheiro.

Repita-se: os valores não recolhidos aos cofres públicos em razão do emprego de fraude pelo contribuinte não têm, na maioria das vezes, origem ilícita, *i.e.*, passaram a existir – são provenientes – a partir de uma atividade absolutamente lícita, preexistente ao delito fiscal, sendo apenas sonegado das autoridades fiscais a fim de elidir o pagamento de tributo.

Note-se, portanto, que a despeito da atual inexistência de rol de crimes antecedentes, a análise da real proveniência dos valores é premissa básica e intocável do delito de lavagem de capitais, sendo questão a ser analisada de forma prejudicial e anterior à simples imputação de lavagem de capitais a qualquer crime que envolva bens patrimoniais.

Vê-se que o anterior rol taxativo de crimes antecedentes definitivamente não era a única barreira para a imputação do delito de lavagem nos casos de crimes fiscais. O rol taxativo, a bem verdade, não representava uma barreira a estas imputações, pois sua exclusão não altera a proveniência lícita – em regra, frise-se – dos valores eventualmente sonegados às autoridades.

Ressalte-se, ainda, que aqui não se ignora a corrente que defende a relação de causalidade para o caso exemplificado, por meio da qual se sustenta que os valores sonegados não existiriam caso não houvesse sua sonegação, concebendo-se, assim, uma sedizente relação direta entre os bens e o crime de sonegação.

Crítica quanto à corrente que sustenta a causalidade como forma de justificar a imputação de lavagem ao crime fiscal demandaria algumas outras páginas. Todavia, pode-se utilizar exemplo trazido por **Badaró** e **Bottini**<sup>(1)</sup> apenas para expor o problema que sua adoção traria ao sistema jurídico: “*alguém usa reais oriundos de furto para completar a*

compra de uma cartela de loteria, posteriormente premiada. Sob uma perspectiva causal todo o valor recebido estará contaminado”.

A discussão aqui trazida não é nova e tampouco uníssona. Todavia, é essencial que ela se reavive para muito além do aqui exposto, sobretudo neste atual momento de formação de entendimento jurisprudencial acerca do tema, a fim de evitar não só a banalização das imputações de lavagem de capitais, como também bruscas mudanças jurisprudenciais quanto a características essenciais deste delito que não foram sequer tocadas pelas alterações da Lei 9.613/1998.

## O que é tipicidade hoje?

Paulo Queiroz

De acordo com a doutrina, fato típico é toda conduta (ação ou omissão) descrita em lei como infração penal (crime ou contravenção). Tipicidade é, pois, a relação de subsunção entre um comportamento e o tipo legal de crime.<sup>(1)</sup> Matar, roubar, estuprar são fatos típicos, portanto.

Embora a definição não esteja incorreta, é extremamente restritiva; logo, imprecisa.

Com efeito, sugere que a tipicidade seja uma simples descrição ou constatação, quando, em verdade, é uma valoração complexa, que envolve aspectos dogmáticos e político-criminais.

Consequentemente, não é um ato descritivo, mas valorativo, atributivo. Não se trata de constatar algo preexistente, mas de defini-lo socialmente, por meio do processo interpretativo. Afinal, não existem fenômenos jurídicos, nem jurídico-penais, mas uma interpretação jurídica e jurídico-penal dos fenômenos. Por conseguinte, não existem fenômenos criminosos, e sim uma interpretação criminalizante dos fenômenos; e, pois, tipificante, antijuridicizante e culpabilizante. A tipicidade não é um dado, mas um constructo.<sup>(2)</sup>

Ademais, ao se decidir pela tipicidade de um fato, não se trata de subsumir uma conduta à norma, mas de fazer analogia, pois o direito não é um saber lógico, mas analógico.<sup>(3)</sup> Sim, porque nenhum crime é absolutamente igual a outro, nem absolutamente desigual, mas mais ou menos semelhante, análogo. Também por isso, o que a doutrina chama de interpretação analógica é analogia com outro nome. E, por óbvio, o que diz ser simples integração é igualmente interpretação.

Justamente por isso, o juízo sobre a tipicidade de um comportamento encerra, em verdade, uma valoração complexa, que visa a determinar, entre outras coisas: 1) o tipo ou tipos penais que incidem no caso, isto é, dar a exata definição jurídico-penal do fato, aí incluída a análise sobre se há unidade ou concurso de crimes (material, formal ou continuidade delitiva); 2) se o tipo penal de que se trata é conforme a Constituição e em

### Nota:

- (1) *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: RT, 2012, p. 70.

**Gustavo de Castro Turbiani**  
Pós-graduando em Direito Penal Econômico  
pela Fundação Getúlio Vargas.  
Advogado.

que termos o é; 3) o âmbito de proteção ou de incidência do tipo, isto é, determinar o que ele de fato proíbe e não proíbe; 4) se a conduta criou um risco proibido juridicamente relevante e se houve realização desse risco no resultado (causalidade e imputação objetiva); 5) se a conduta é significativa ou não (princípio da insignificância); 6) a que título o fato é punível, se doloso ou culposo (imputação subjetiva); 7) havendo consentimento do ofendido, determinar se é válido e quais são suas consequências; 8) se incidem excludentes de tipicidade (erro de tipo etc.); 9) a condição legal do agente (autor, coautor ou partícipe); 10) se há um fato/tipo consumado ou tentado; 11) se é também aplicável à pessoa jurídica.

De acordo com a teoria dos elementos negativos, a tipicidade exigiria, ainda, a apreciação da incidência de causas de justificação (legítima defesa etc.).

Em suma, o conteúdo da tipicidade penal foi de tal modo enriquecido nos últimos tempos que talvez não seja o caso de reformulá-lo apenas, mas de substituí-lo por algo mais preciso ou mesmo aboli-lo.

### Notas:

- (1) Segundo Francisco de Assis Toledo, “*Tipo é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida*” e “*a tipicidade é a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime*” (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 84).
- (2) QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal – Parte geral*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- (3) KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste, 2004.

**Paulo Queiroz**  
Doutor em Direito pela PUC-SP.  
Membro do Ministério Público Federal.

**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, Carlos Alberto Garcete de Almeida, 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, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno 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, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodor Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

#### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suquimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Mariana Helena Kapor

Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva, Wilson Tavares de Lima.

**PROJETO GRÁFICO:** Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

**PRODUÇÃO GRÁFICA:** Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.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

## Coisa engraçada é hora: é hora que chega à hora

*Ranulfo de Melo Freire*

Ou começo, ou desisto – mas há coisas de que a gente não pode desistir; é quando confiam na gente.

Aqui, me pediram um prefácio. Mas o que é o prefácio? **Rui** – que sabia das coisas, ou pensava que sabia – perguntou que vale um autógrafo – que vestígio deixa no ar a folha levada pelo vento? E ele, no Papa e Concílio, escreveu um prefácio de umas quase quinhentas laudas, maior que o trabalho de **Janus** (autores anônimos do livro *O Papa e o Concílio*).

Outro dia, **Marina**, eu e **Alberto Silva Franco** fomos a um hospital por sermos informados de que o nosso amigo **Adauto** passava mal. Que grande e gostosa surpresa: ele nos recebeu, nos reteve horas e horas, a falar de tudo, menos de doença.

É o que achávamos: exagero de mulher.

Dias depois, a decepção: **Adauto** à morte. E são dias os mais amargos! Por que um homem tão bom teria de sofrer tanto! Por que não morreram outras pessoas, não só inúteis, mas ruins?

E eu a me lembrar de **Carlos** (desculpem a intimidade, é **Carlos Drummond de Andrade**) sobre a desnecessidade da morte da mãe.

Há mortes que só causam mal, e não mortes que, também, só causam mal.

Fomos chamados para voltar lá, recusamos: não somos médicos nem curandeiros. Que fazer, vê-lo morrer?

Agora a notícia: **Adauto** morreu. Fiz-me de sofrido, mas, na realidade, alegre: **Adauto** estará no outro mundo, se houver outro mundo, criando problemas como era de seu feitio.

**Adauto** foi tudo: artista plástico, **Adalon**: escultor premiado no Brasil e no exterior; pintor, desenhista e Poeta.

Por sobre isso, há um **Adauto** insubstituível: o **Adauto** Juiz – o juiz capaz de julgar o homem e suas circunstâncias.

Para ver o quanto esse nosso mundo é grávido de surpresas, veja essa de o Tribunal de Justiça – com argumento de que não era do interesse da Justiça – indeferir o pedido de permuta feito por **Alberto Silva Franco** e **Adauto Suannes**, privando aquela Corte de ter em seu seio, na área criminal, nada menos de que o Mestre **Adauto Suannes**.

E peço escusas por assinar os termos com que **Alberto Silva Franco** se despediu de **Adauto** logo após sua morte, trabalho que merecidamente foi reproduzido no Boletim do IBCCrim, veículo, este, dos mais importantes de comunicação na área de Ciências Humanas.

*Ranulfo de Melo Freire*  
Desembargador aposentado do TJSP.

### PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

## Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira

*Alaor Leite*

É cediça a tentativa de reformar todo o Código Penal. As reformas penais são tais e tantas que, mesmo em face de reforma global, a ciência tem optado por uma postura cética: “é preciso esperar a vigência da lei” – uma posição compreensível para quem já vivenciou um Código Penal permanecer quase uma década em período de *vacatio legis*, sem ter nunca entrado em vigor.<sup>(1)</sup> Dessa vez, todavia, viu-se algo diverso. Desde 2012, quando o PLS 236 foi apresentado, surgiu um caudal de estudos científicos contrários à reforma penal.<sup>(2)</sup> Viu-se uma doutrina preventiva.<sup>(3)</sup> A reforma persiste, contudo, em seu caminhar errático, e o PLS 236/2012 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, rebatizado de Substituto ao PLS 236/2012.<sup>(4)</sup>

Neste brevíssimo artigo, quero noticiar a metodologia utilizada pelos reformadores na fase atual da reforma da parte geral proposta, assunto eminentemente técnico, e analisar panoramicamente o Substituto ao PLS 236/2012 (I). O foco serão os dispositivos da teoria do delito, correspondentes aos arts. 1º ao 32 do Código atual. Os momentos de reforma penal instam a ciência a cumprir seu papel de controle das instâncias de poder, de modo que é oportuna uma reflexão sobre o papel da ciência em tempos de reforma penal (II).

### I. O Substituto ao PLS 236/2012

O produto final dos reformadores é o chamado Substituto ao PLS 236/2012.<sup>(5)</sup> O Substituto adicionou novos equívocos técnicos à proposta inicial, já suficientemente deficitária. Reformaram a reforma, por assim dizer, não para corrigir os erros apontados pela crítica científica, mas para reafirmar o poder originário de reformador.

A reforma caminha agora com pés de lã, mais na coxa do que no palco. Há várias alterações no Substituto, pouco divulgadas na mídia e entre os cientistas. Há também uma clandestinidade da comissão. O Substituto ao PLS 236/2012 é fruto de uma comissão de bastidor, que não se apresenta como tal e cujos nomes só se revelam após renitente garimpo.<sup>(6)</sup> Mesmo integrantes da comissão originária, antes apoletas da reforma, voltaram-se contra o Substituto.<sup>(7)</sup>

Sozinha, tal clandestinidade já tornaria a reforma ilegítima. É possível, no entanto, adicionar três características que depõem contra a reforma da parte geral, com especial foco nos dispositivos da teoria do delito: ela é desnecessária (1), infiel ao próprio discurso (2) e, por fim, atécnica (3).

## 1. A reforma é desnecessária

“O legislador sábio deve fazer como o bom cirurgião: só recorre à faca onde há enfermidade”, disse certa vez **Karl Binding**.<sup>(8)</sup> Para que uma nova reforma da parte geral se fizesse necessária, seria obrigatória a demonstração das seguintes situações: (a) que há defeitos gravíssimos nos dispositivos atuais relacionados à teoria do delito; (b) que esses defeitos são insuperáveis e impassíveis de serem corrigidos pelos esforços da ciência e da jurisprudência; (c) ou, ainda, que há uma incompatibilidade geral entre os dispositivos da teoria do delito contidos na atual parte geral e a superveniente Constituição da República de 1988.

Essa demonstração não ocorreu. Há, sim, imperfeições, como em toda lei, mas no geral superáveis por meio da interpretação do Direito. Não há dispositivos visceralmente equivocados, tal como havia por ocasião da reforma de 1984, que se pôs a corrigir a admissão de responsabilidade penal objetiva nos crimes agravados pelo resultado no CP/1940 ao introduzir norma específica (atual art. 19) e a violação do princípio da culpabilidade em razão da regra tesa do *error iuris nocet* (art. 16 CP/1940). Não há nenhum vício de inconstitucionalidade nos dispositivos ligados à teoria do delito no atual Código. Os dispositivos da teoria do delito não são produtos acabados oferecidos pelo legislador, mas resultado de uma interação entre o dispositivo legal vigente, a discussão científica e a interpretação dos juizes. Em razão disso é que a estabilidade no âmbito legislativo é essencial à produção de um sólido e justo desenvolvimento das categorias da teoria do delito. Para ficar apenas com um exemplo: a figura do consentimento, que pode adquirir efeitos excludentes da tipicidade ou da antijuridicidade,<sup>(9)</sup> sequer consta da parte geral de nosso atual Código Penal, e possui existência jurídica a despeito disso. A visão isolacionista dos reformadores é estreita e infundada.

## 2. A reforma é incoerente

De todo o modo, os reformadores defendem a necessidade de reforma. Para eles, são especialmente três os motivos que sustentam a atual reforma global: (a) uma finalidade de consolidação das leis penais, na medida em que há uma infinidade de leis penais fora do Código Penal; (b) a defasagem do Código atual, cuja redação seria de 1940; (c) a necessidade de conformar o Código Penal à realidade brasileira.<sup>(10)</sup>

Todos os três motivos referem-se, no máximo, ou aos crimes em espécie, ou às penas e sua aplicação e execução, e não aos dispositivos da teoria do delito. Quando se fala em *consolidação*, evidentemente quer-se dizer a consolidação dos crimes em espécie, já que configura uma obviedade a afirmativa de que a parte geral do Código Penal é aplicável a todos os crimes previstos em nosso ordenamento jurídico, onde quer que estejam previstos. Quando se fala em *defasagem*, quer-se referir ao Código Penal de 1940. Ocorre que a parte geral e os dispositivos da teoria do delito atualmente vigentes são produto da reforma de 1984, não de 1940. Se muito foi mantido, tal se deve ao juízo sóbrio do legislador de 1984. Quando se fala em *adaptação à realidade brasileira*, quer-se claramente referir às penas, à nossa situação carcerária e, novamente, aos crimes em espécie, já que como o próprio Substitutivo ao PLS 236/2012 comprova, as categorias da teoria do delito (causalidade, imputação, dolo, erro, autoria) são discutidas em um ambiente científico internacional. Doutra modo o Substitutivo não poderia ter-se servido, por exemplo, das teorias tedescas da imputação objetiva (art. 14) e do domínio do fato (art. 38).

Verifica-se, ademais, um certo cinismo no discurso dos reformadores, que gostam de vociferar sua brasilidade.<sup>(11)</sup> Esqueceram,

lamentavelmente, de lançar os olhos sobre a história do direito penal brasileiro. A necessidade de conformar a teoria do delito à realidade social brasileira conduziu a que **Nelson Hungria** defendesse a manutenção do brocardo *error iuris nocet* no Brasil, já que doutro modo criar-se-ia um “bill de indenidade contra a justiça penal” para a “gente inculta do morros e do remoto sertão”.<sup>(12)</sup> O reformador também não parece comovido pela realidade carcerária brasileira, já que compreende a pena como um ato de “vingança social”.<sup>(13)</sup> Por fim, o estrangeirismo presente no Substitutivo mal consegue ser disfarçado: a figura da prescrição retroativa é rechaçada sob o argumento de que essa figura “não existe em nenhum outro lugar do mundo”.<sup>(14)</sup> Não é desse tipo de “brasilidade” que necessita o direito penal brasileiro.

## 3. A reforma é atécnica

Fosse necessária e fossem bons os argumentos favoráveis à reforma, ter-se-ia de analisar, por fim, a qualidade técnica da proposta. O Substitutivo contém, no entanto, renovadas falhas bastante graves, na medida em que foi confeccionado sob as mesmas condições de escassez de tempo com que fora confeccionado o PLS 236/2012 em seu formato original.

O defeito mais grave, no entanto, é a ausência completa de referências científicas, o que pode ocasionar lamentáveis efeitos práticos na interpretação dos dispositivos técnicos. Não se sabe quais foram as razões técnicas que justificaram as alterações dos dispositivos da teoria do delito. Dois exemplos. O primeiro, a exclusão do dispositivo sobre a causalidade, sob a alegação de que basta a previsão de dispositivo sobre a imputação (art. 14). Bastaria uma revisão bibliográfica para perceber que a teoria da imputação objetiva é um complemento da causalidade, não a substitui, nem com ela em confronto está.<sup>(15)</sup> O segundo, a confusão completa que será causada pelos dispositivos prolixos e pouco precisos sobre o concurso de pessoas (art. 35 e ss.),<sup>(16)</sup> quando apenas agora começam a se consolidar concretizações a respeito da interpretação de nosso atual art. 29 e seguintes, cuja redação simplória tem permitido, sim, o desenvolvimento jurisprudencial no sentido de uma distinção entre autores e partícipes.<sup>(17)</sup>

## II. A hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira

O desmonte técnico projetado pelos reformadores foi guiado por interesses meramente pragmáticos e por puro exibicionismo. O *pragmatismo* pode ser verificado pelo fato de o reformador prostrar-se servilmente aos pés da jurisprudência dos tribunais superiores, como se pode ler na exposição de motivos.<sup>(18)</sup> O *exibicionismo* se nota, no mais tardar, pela megalomania do reformador, que quer reformar o Código Penal “de uma vez por todas”<sup>(19)</sup> e que compreende a controvertida e bem mais modesta teoria da imputação objetiva como o “centro filosófico (sic) do sistema penal”.<sup>(20)</sup> À ciência jurídica dispensou-se desdém. Quer-se, enfim, uma reforma à força: “P’ra o céu eu vou, nem que seja a porrete!”<sup>(21)</sup> parece berrar o reformador.

Daí a história da atual reforma penal ter-se vertido em história de sua crítica científica. Tempos de reforma são tempos de ciência. A ciência, ignorada na elaboração legislativa, cumpriu o seu papel de controle das instâncias de poder por meio de publicações científicas. Nada mais natural. A palavra que cultiva o sonho de virar lei deve ser sabatinada – e quando a ciência sabatina um projeto de lei, não está a exercer uma faculdade, mas a cumprir um dever.

A ciência jurídica brasileira está bem consolidada no sentido de reprovar, com argumentos técnicos, as alterações dos dispositivos da parte geral. Foram muitas as manifestações. Cito alguns autores sem pretensão de exaurimento: **Juarez Tavares**, **Juarez Cirino dos Santos**, **Miguel**

**Reale Jr., René Dotti, Luís Greco, Paulo Busato, Renato Silveira, Salo de Carvalho, Jacinto Coutinho, Edward de Carvalho, Geraldo Prado, Fábio D'Ávila, Alexandre Wunderlich, Rogério Garcia, Rodrigo de Moraes, Gustavo Quandt, Bruno Moura, Maurício Dieter, Adriano Teixeira, Matheus Caetano, Thiago Joffily, Jacson Zílio**, este subscritor e outros.<sup>(22)</sup> Também houve manifestações institucionais, como a do IBCCrim,<sup>(23)</sup> a do Conselho Nacional do Ministério Público (cf. Ato nº 01/13, pub. D.O.U. de 10/05/2013) coordenada por **Eugênio Pacelli**, com a relatoria de **Artur Gueiros** e a petição eletrônica assinada por mais de mil pessoas ligadas de alguma modo ao direito penal.<sup>(24)</sup>

Poder-se-ia dizer, não sem incorrer em clichê, que a crítica científica foi “destrutiva” e que não “contribuiu” com a reforma. O clamor pela malsinada “crítica construtiva” assemelha-se, nesse caso, a uma espécie de colaboração premiada da ciência: prenderam a ciência temporariamente ao ignorá-la na elaboração do projeto e agora exigem colaboração para expedição do alvará de soltura. Como demonstra o Substitutivo ao PLS 236/2012, a ciência premiada foi exatamente a ciência de bastidor, a ciência que se manifesta através de e-mails privados dirigidos a membros da comissão – como já foi denunciado em outro estudo.<sup>(25)</sup> A crítica científica, se não deve ser invectiva, tampouco deve seguir regras de etiqueta muito rígidas. Também contra essa ciência de bastidor devemos lutar.

Pode ser que a reforma venha ao mundo com suas mal compostas feições. Ainda assim haveria algo a ser louvado: a existência de uma atenta ciência jurídica brasileira, que cumpriu e cumpre a sua missão mais geral enquanto “quarto poder”.<sup>(26)</sup> Uma ciência cuja medida de valor não é a venalidade, mas a seriedade, e cujas únicas armas são os argumentos, as razões. Dessa vez, havia, ademais, uma missão concreta, a de evitar a severina morte de nossa parte geral de 1984, morte que se morreria de velhice antes dos trinta, uma tragédia genuinamente brasileira.

Diante de tudo isso – a clandestinidade (I), a desnecessidade (I, 1), a infidelidade com o próprio discurso (I, 2) e a atecnia (I, 3) – o único projeto alternativo em nosso horizonte próximo, por contraditório que pareça, é a parte geral atual.

## Notas:

- (1) Refiro-me ao natimorto Código de 1969, que permaneceu cerca de 9 anos em *vacatio legis*, tendo sido revogado pela L. 6.578/78. Sobre a história desse Código ver *FRAGOSO*, Subsídios para a história do novo Código Penal, *Revista de Direito Penal* n. 3, 1971, p. 7 e ss. e *PIERANGELI*, *Códigos penais do Brasil*, 2ª ed, São Paulo, 2004, p. 81 e ss.
- (2) Sobre a história da atual reforma penal ver o livro coletivo *LEITE (org.), Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de novo Código Penal* (PLS 236/2012), São Paulo, 2014, que conta com estudos de Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Miguel Reale Jr., René Dotti, Luís Greco, Paulo Busato, Gustavo Quandt, Adriano Teixeira e desse subscritor.
- (3) Sobre a ideia de uma doutrina preventiva ver *LEITE*, O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório, in: *ROXIN/GRECO/LEITE, Doping e direito penal*, São Paulo, 2011, p. 5; *LEITE*, Erro, causas de justificação e causas de exculpação no Projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), *Revista Liberdades – reforma penal* (2012), p. 61; *LEITE*, O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar: novas reflexões sobre a criminalização do doping, *RBCC 105* (2013), p. 11 e ss; *MOURA*, A legítima defesa e o seu excesso não punível no novo projeto de código penal, *Revista Liberdades 12* (2013); *MARTINELLI*, Editorial, *Revista Liberdades – reforma do Código Penal* (2012), p. 4; *Caetano*, O Projeto 236/2012 e a ruptura com a história da codificação e cultura jurídico-penais, *RBCC 108* (2014), p. 55 e ss., p. 57.
- (4) Segundo o sítio do Senado Federal, desde 17.12.2013: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404) (acessado em 19.10.2014).
- (5) O texto integral da versão mais atual – aqui utilizada como base – do Substitutivo ao PLS 236/2012 (Parecer nr. 1.576/2013 anexado no dia 19.12.2013) pode ser acessado no site oficial do Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1> (acessado em 19.10.2014).

- (6) Em detalhes, *LEITE*, A reforma da reforma da parte geral reformada do Código Penal – Subsídios para a história do Projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), in: *LEITE (org.)*, Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), São Paulo, 2014.
- (7) Como Luiz Flavio Gomes, antes defensor (ver <http://www.youtube.com/watch?v=S26VkZ2BU30>), agora crítico (ver *GOMES*, Reforma penal repete populismo punitivo comum no Brasil (ver <http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/luiz-flavio-gomes-reforma-penal-repete-populismo-punitivo-comum-brasil>). Da mesma forma, o antigo relator da comissão, Luiz Carlos Santos Gonçalves (ver *GONÇALVES*, Substitutivo do Código Penal abandona proteção à opção sexual, in: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/luiz-goncalves-substitutivo-codigo-penal-abandona-protecao-opcao-sexual>) e Tércio Lins e Silva, integrante da comissão e, agora, crítico da reforma (em 10.10.2012: Tércio Lins e Silva rebate críticas ao novo Código Penal, in: <http://www.conjur.com.br/2012-out-10/tercio-lins-silva-rebate-criticas-anteprojecto-codigo-penal>; em 23.03.2014: *LINS e SILVA*, Projeto de Código Penal inviabiliza sistema penitenciário, in: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-23/entrevista-tercio-lins-silva-virtual-presidente-iab>).
- (8) *BINDING*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, parte especial, vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1902, p. 4.
- (9) Ver por todos *CIRINO DOS SANTOS*, *Direito penal: parte geral*, 6ª ed., Curitiba, 2014, p. 260 e ss.
- (10) Ver o Substitutivo, p. 25, p. 65.
- (11) Substitutivo, p. 65.
- (12) Ver *HUNGRIA/FRAGOSO*, Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II, Arts. 11-27, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1978, p. 220-221; crítico a essa ilação de Hungria, *BRUNO*, *Direito Penal*, Tomo 2, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1967, p. 117, n. 7.
- (13) Substitutivo, p. 64.
- (14) Substitutivo, p. 141.
- (15) Ver por todos *GRECO*, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 4ª ed., 2014.
- (16) A esse respeito ver *GRECO/LEITE*, A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador, *RBCC 107* (2014), p. 13 e ss.; também em *GRECO/LEITE/TEIXEIRA/ASSIS*, *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014.
- (17) Ver o clássico de *N. BATISTA*, *Concurso de agentes*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2008; mais recentemente ver *ALFLEN*, *Teoria do domínio do fato*, São Paulo, 2014; *GRECO/LEITE/TEIXEIRA/ASSIS*, *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014.
- (18) Substitutivo, p. 101, p. 105.
- (19) Substitutivo, p. 63.
- (20) Substitutivo, p. 99.
- (21) Assim o ilustre personagem Augusto Matraga, de *Guimarães Rosa*, *A hora e a vez de Augusto Matraga*, Rio de Janeiro (Editora Nova Fronteira), 1996, p. 23
- (22) A referência completa extrapolaria os limites de espaço deste breve artigo e pode ser encontrada em *LEITE*, A reforma da reforma da parte geral reformada do Código Penal – Subsídios para a história do Projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), in: *LEITE (org.)*, Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), São Paulo, 2014.
- (23) Acessível em: [http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo\\_penal.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf).
- (24) Acessível em <http://peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR70552> (acessado em 10.05.2014).
- (25) *GRECO/LEITE*, A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador, *RBCCrim 107* (2014), p. 13 e ss.; também em *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014.
- (26) Assim a afirmação já quase clássica de *SCHÜNEMANN*, *Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, *FS-Tiedemann*, 2008, p. 39 e ss.

**Alaor Leite**

Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade Ludwig-Maximilians, de Munique, e doutorando na mesma instituição. Pesquisador convidado do Instituto de Filosofia do Direito e Ciências Penais da Universidade de Munique.



O IBCCRIM iniciou o projeto de **Digitalização da Biblioteca**, para preservar e universalizar seu acervo.

Você, que usufrui da biblioteca referência em ciências criminais, **pode ser parceiro e fomentador deste projeto!**

**Acesse: [www.ibccrim.org.br/digitalizacaodabiblioteca](http://www.ibccrim.org.br/digitalizacaodabiblioteca)**

**Acompanhe o processo de digitalização e veja como colaborar.**

