

REVISTA
LIBERDADES

Edição nº 25 janeiro/junho de 2018





SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIAS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

Sumário

3 |  EXPEDIENTE

6 |  APRESENTAÇÃO

8 |  **CRIME E SOCIEDADE**
1-) O crime organizado no Brasil
Amanda Regina Dantas dos Santos, Ítalo José Marinho de Oliveira, Pâmela Nunes Sanchez, Priscila Farias de Carvalho e Thais Ferreira de Souza

2-) A Escola de Chicago e o pensamento criminológico como um fenômeno social: os contributos dos ideais de bem estar social nas políticas criminais
Saulo Ramos Furquim

34 |  **DIREITOS HUMANOS**
A responsabilidade civil do Estado na internação compulsória para usuários de drogas
Jeniffer Balarini Lemos Künsch

51 |  **ESCOLAS PENAIAS**
1-) Bem jurídico: uma reflexão sobre seu papel como limite à legitimidade da intervenção penal no âmbito da “sociedade do risco”
Carlos Eduardo da Silva Serra

2-) Interrogatório, confissão e autodefesa do acusado no Código de Processo Penal em vigor e no Projeto de novo Código, PL n.º 8.045/2010

Guilherme Fulgêncio Vieira

3-) A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do Direito Penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar)

Karla Padilha Rebelo Marques

4-) O testemunho do coarguido no crime de corrupção

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

5-) O princípio da proporcionalidade nos crimes patrimoniais: análise da Lei 13.330/16
Rafhaella Cardoso, Cintia Urias e Bruna Azevedo

157 |  **INFÂNCIA E JUVENTUDE**
A redução da maioridade penal e a atividade legislativa no Senado Federal
Henrique Dotto e Leonardo Xavier Moraes



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Expediente

Diretoria Executiva

Presidente:

Cristiano Avila Maronna

1º Vice-Presidente:

Thiago Bottino

2ª Vice-Presidenta:

Eleonora Rangel Nacif

1º Secretário:

Renato Stanziola Vieira

2º Secretário:

Roberto Corcioli Filho

1º Tesoureiro:

Edson Luis Baldan

2º Tesoureiro:

Bruno Shimizu

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Cilene Gomes

Assessora da Presidência

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente

Andre Pires de Andrade Kehdi

Membros

Carlos Alberto Pires Mendes

Helios Alejandro Nogués Moyano

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Sérgio Salomão Shecaira



Publicação do
Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-chefes dos departamentos

Amicus Curiae

Maurício Stegmann Dieter

Atualização do vocabulário básico controlado

Roberto Portugal de Biazi

Biblioteca

Renato Watanabe de Moraes

Boletim

Fernando Gardinali Caetano Dias

Comunicação

Gabriel de Freitas Queiroz

Concessão de bolsas de estudos e desenvolvimento acadêmico

Thayná Yaredy

Convênios

João Paulo Martinelli

Cooperação jurídica internacional

Maria Helena Rolim

Cursos

Yuri Felix

Estudos e projetos legislativos

Luis Guilherme Mendes de Paiva

Estudos sobre *Habeas Corpus*

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude

Mariana Chies Santiago Santos

Iniciação Científica

Natália Macedo Sanzovo

Jornal de Ciências Criminais

Marina Pinhão Coelho Araújo

Justiça e Segurança Pública

Dina Alves

Mesas de Estudos e Debates

Maurides de Melo Ribeiro

Monografias

Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas

Juliana de Oliveira Carlos

Política Nacional de Drogas

Luis Carlos Valois

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Revista Liberdades

Christiano Fragoso

Sistema Prisional

Paulo Cesar Malvezzi

22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - Ibccrim

Frederico Normanha de Almeida

24º Seminário Internacional

Silvio Luiz Almeida



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira

Grupo de Estudos Sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo

Departamento IBCCRIM Coimbra
Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM
Supervisão Geral
Luciana Zaffalon

Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro
Supervisão
Roberto Seracinskis

Equipe

Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política
Supervisão
Carolina Diniz

Equipe

Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca
Supervisão
Helena Curvello

Equipe

Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação Supervisão

Cristina Uchôa

Equipe

Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação Supervisão

Allyne Andrade

Equipe

Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações Supervisão

Willians Meneses

Equipe

Rafael Vieira
Taynara Lira





01 02



01



01 02 03 04 05



01

Coordenação da Revista *Liberdades*

Coordenador-chefe
Christiano Fragoso
Coordenadores-adjuntos
Camila Mendes Pinheiro
Leticia Galan Garducci
Marcela Diório
Milene Cristina Santos
Renato Gomes de Araujo Rocha

Corpo de Pareceristas
Alexandre Morais da Rosa
Allyne Andrade e Silva
Ana Carolina de Morais Colombaroli
Ana Clara Gomes Costa
Ana Cristina Gomes
Ana Paula Pinto da Rocha
Anamaria Prates Barroso
Anderson Real Soares
Antonio Baptista Gonçalves
Brenno Morais Miranda
Bruna Schlindwein Zeni
Bruna Stéfanni Soares de Araújo
Bruno Martins Torchia
Camila Mendes Pinheiro
Carolina Bessa Ferreira de Oliveira
Celeste Leite dos Santos
Christiany Pegorari Conte
Cristhovão Fonseca Gonçalves
Daniel Pacheco Pontes
Danilo Dias Ticami
Davi Rodney Silva
Décio Franco David
Eder Fernandes Santana
Elisiane Spencer Quevedo Goethel
Elizania Caldas Faria
Fábio Suardi D'Elia
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger
Gabriela Wolff, Guilherme Ceolin
Guilherme Pereira Gonzalez Ruiz
Martins
Heloisa Chagas da Silva

Jonatan de Jesus Oliveira Alves
José Manuel de Sacadura Rocha
Josué Justino do Rio
Julia Hissa Ribeiro da Fonseca
Juliana Frei Cunha
Karinne Braga Ferreira
Larissa Nunes Cavalheiro
Leilane Nascimento dos Reis Santos
Lilian Dos Santos Lacerda
Lucas Minorelli
Madson Thomaz Prazeres Sousa
Marcelo de Almeida Silva,
Marcelo Santiago de Morais Afonso
Maria Claudia Giroto do Couto
Milena Tarzia Barbosa da Silva
Milene Maurício
Mozart Gomes Morais
Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva
Junior
Patrick Lemos Cacicedo
Paulo Fernando Pinheiro
Rafhael Lima Ribeiro
Renan Antônio da Silva
Renato Silvestre Marinho
Renato Watanabe de Morais
Ricardo Bispo Razaboni Junior
Rogério Reis dos Santos
Rômulo Souza de Araujo
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza
Thiago Allisson Cardoso de Jesus
Valcelir Borges da Silva



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

Apresentação

No presente número, a *Revista Liberdades* publica nove artigos, mantendo sua tradição de trazer estudos interdisciplinares que, para além da dogmática penal, se estendem a temas de criminologia, de política legislativa e de processo penal.

Inaugurando a seção *Crime e Sociedade*, **Amanda Regina Dantas dos Santos**, **Ítalo José Marinho de Oliveira**, **Pâmela Nunes Sanchez**, **Priscila Farias de Carvalho** e **Thais Ferreira de Souza**, todos membros do grupo Minimalismo Penal, coordenado pelo professor Vinicio Carrilho Martinez, estudam o crime organizado no Brasil, sustentando tese quanto ao surgimento do Comando Vermelho, e abordando o advento do Primeiro Comando da Capital, no início dos anos 1990, e do Esquadrão da Morte, ainda ao tempo da ditadura civil-militar.

Ainda no veio criminológico, fechando a seção, **Saulo Ramos Furquim**, trabalha a origem, o desenvolvimento e as conclusões da Escola de Chicago, e a (má) aplicação de suas ideias no Brasil, especialmente no que toca ao modelo de política criminal representado pelas UPPs no Rio de Janeiro.

A seção de *Direitos Humanos* conta com o artigo de **Jeniffer Balarini Lemos Künsch**, que estuda o espinhoso tema da responsabilidade civil do Estado na internação compulsória para usuários de drogas, sustentando que não se trata de mero problema de segurança pública, sendo imprescindível considerar o vetor do direito à saúde, devendo ser sempre analisados os casos concretos.

Abrindo a seção *Escolas Penais*, bem jurídico é o tema de **Carlos Eduardo da Silva Serra**, que com razão, sustenta a necessidade de que o conceito seja reafirmado como importante referencial crítico à legitimidade e à racionalidade das leis penais.

As preocupações de **Guilherme Fulgêncio Vieira** se voltam para o interrogatório, confissão e autodefesa do acusado no CPP e no projeto de novo CPP (lei 8.045/2010), fazendo interessante histórico do interrogatório e da mentalidade inquisitória de nosso processo penal, e criticando a proposta legislativa, por não garantir real meio de autodefesa ao acusado.

Karla Padilha Rebelo Marques também se dedica ao estudo da teoria do bem jurídico, entretanto com foco na identificação da dignidade penal de certos valores, especialmente no que toca ao delito de lavagem de dinheiro, por meio de um estudo comparativo entre direitos brasileiro e lusitano, em termos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto estuda o testemunho do coarguido no crime de corrupção, especialmente no direito processual penal português: ele sustenta que, se ao conceder suspensão provisória do processo a um arguido, não se pode impor, como condição, o dever de testemunhar em face de um coarguido, por violar a liberdade de declaração daquele e a integridade moral da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade no crime de furto de semovente domesticável de produção, incluído pela Lei 13.330/2016, é o tema do artigo de **Rafhaella Cardoso**, **Bruna Gabriela Tavares e Azevedo** e **Cintia Paula Pereira Urias**, sustentam elas que, ainda que inserida num contexto de supervalorização da propriedade privada no direito penal brasileiro, o tipo do art. 155, § 6.º, do CP, traz pena desproporcional, e chamam a atenção para a proposta do



01 02



01



01 02 03 04 05



01

prof. Alamiro Salvador Netto de que se confira efeitos mais amplos à reparação do dano em delitos patrimoniais sem violência, nem grave ameaça.

Encerrando este número da revista, temos a seção *Infância e Juventude*, com o artigo de **Henrique Dotto** e **Leonardo Xavier Morais**, onde abordam a redução da maioridade penal, sob o aspecto do estudo da percepção dos parlamentares brasileiros quanto aos adolescentes autores de atos infracionais, expressada em propostas de emenda à Constituição, e concluem que pressões midiáticas influenciam em um discurso parlamentar que carece de embasamento científico.

Boa leitura!

Coordenadores da gestão 2018.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

ORGANIZED CRIME IN BRAZIL

Amanda Regina Dantas dos Santos

Bacharel em Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Membro do grupo de pesquisa Minimalismo Penal, coordenado pelo Prof. Dr. Vinício Carrilho Martinez.

Ítalo José Marinho de Oliveira

Bacharel em Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Membro do grupo de pesquisa Minimalismo Penal, coordenado pelo Prof. Dr. Vinício Carrilho Martinez.

Pâmela Nunes Sanchez

Bacharel em Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Membro do grupo de pesquisa Minimalismo Penal, coordenado pelo Prof. Dr. Vinício Carrilho Martinez.

Priscila Farias de Carvalho

Bacharel em Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Membro do grupo de pesquisa Minimalismo Penal, coordenado pelo Prof. Dr. Vinício Carrilho Martinez.

Thais Ferreira de Souza

Bacharel em Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Membro do grupo de pesquisa Minimalismo Penal, coordenado pelo Prof. Dr. Vinício Carrilho Martinez.

Resumo: Recentemente o Brasil vem sofrendo com o aumento da criminalidade. E não se pode dizer que crimes como ataques a policiais em suas casas ou assaltos a bancos, minuciosamente planejados, são cometidos por meros criminosos iniciantes. O mais provável é que sejam cometidos sob a orientação de organizações criminosas. Essas organizações surgiram com a finalidade específica de lutar por seus direitos, chamando a atenção e conquistando o apoio de criminosos por todo o país. Infelizmente, elas acabaram por se desviar de seus propósitos, transformando-se em facções criminosas extremamente atuantes e incitando a criação de novas organizações. O presente trabalho objetiva analisar a formação dessas organizações: como surgiram, por que surgiram, e suas consequências até hoje.

Palavras-chave: Estado. Antidireito. Facções. Organizações criminosas.

Abstract: Nowadays, Brazil has been suffering because of the increase of criminality and these facts cannot be denied, like attacks on police in their houses or meticulously planned bank robberies. These crimes are not committed by mere criminals or beginners. The most probable is that they are committed by criminal organizations which have emerged with the specific purposes of fighting for their rights by calling attention and gaining the support of criminals across the country. Unfortunately, these organizations eventually deviate from their original purposes, creating extremely active criminal groups throughout the country and encouraging the creation of new groups. Thus, the present study aims to analyze the formation of these organizations: how they appeared, why they emerged and their consequences, in order to understand their origin and the government neglect to prevent the progress of these groups.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Key words: State. Government. Criminal organization. Criminal groups.

Sumário: Introdução; 1 Estado soberano x Estado paralelo e os tempos de Batman: nem tudo parece o que é; 2 Antidireito no Estado de exceção: de guerrilheiro ao crime organizado; 2.1 Comando Vermelho – uma resposta ao antidireito; 2.2 Primeiro Comando da Capital – PCC; 2.2.1 História; 2.2.2 O PCC e o Carandiru; 2.2.3 Visão geral; 3 Esquadrão da morte; Considerações finais.

Introdução

A pesquisa tem como objetivo demonstrar cronologicamente o desenvolvimento do crime organizado na sociedade brasileira, compreendido como um organismo vivo advindo do período comunista, que alcança, hodiernamente, um grande contingente da população excluída do país, dividindo-a em pequenas células, e adotando um modelo padrão de procedimentos, por meio de uma política interna de conduta a ser seguida por aqueles que estão nos estabelecimentos penais e até fora dos mesmos, que dão prosseguimento às atividades externamente. A problemática está pautada por meio de pontos delimitadores que ajudarão a demonstrar a origem da organização criminosa e seu desenvolvimento no Brasil.

O método é o da pesquisa qualitativa, utilizando-se de análise documental e pesquisa historiográfica; e subdividindo-se o tema em quatro tópicos: o germe de origem dos conglomerados criminosos, o funcionamento do crime organizado, expansão física e econômica da organização criminosa e o resultado desse tipo de atividade na sociedade brasileira (PIMENTEL, 2001).

O primeiro tópico trata do embate entre o Estado soberano e o Estado paralelo, em analogia ao filme *Batman: o cavaleiro das trevas ressurge*, que nos servirá para explicitar a intervenção do Estado e sua influência no surgimento do crime organizado.

O segundo tópico trata do comando vermelho (CV), conduzindo-nos ao próprio entendimento do crime organizado em si, caracterizando a sua estruturação e logística de funcionamento; os ideais dessa facção tiveram origem nos guerrilheiros políticos, que os transmitiram a outros apenados, ou seja, deixaram um germe que se desenvolveu gradativamente.

O terceiro tópico trata do Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo. Essa fase do crime organizado é mais complexa; o grupo adota uma política interna hierárquica e uma logística voltada para a disseminação de seus ideais a outros lugares do país; são medidas semelhantes ao próprio modelo econômico capitalista, como o de uma organização empresarial.

O último tópico tratará do esquadrão da morte, definindo-se a significação dessa terminologia e a descrição das formas de atuação desse grupo. Tendo em vista que são associações formadas por policiais que servem ao Estado, revelam modo de operação característico do próprio Estado como forma de conter aqueles que consideram fora da legalidade, mas com aparente legitimidade.

1 Estado soberano X Estado paralelo e os tempos de Batman: nem tudo parece o que é

Certamente, para se ter poder é necessário deter o controle. Tanto é assim que a ordem vigente é regulamentada por regras jurídicas, morais ou convencionais que organizam a sociedade humana de modo a controlar as relações



01 02



01



01 02 03 04 05



01

entre indivíduos, entre Estados. Aliás, o próprio Estado é uma criação fictícia a fim de regular e manter as relações humanas.

E como o poder/controla encanta o homem! Períodos ditatoriais são bons exemplos disso. Mais especificamente os do Brasil no fim da década de 1960 e nas décadas de 1970 e 1980. Nesse período, vigoraram diversas legislações que legitimaram o autoritarismo – tal como a Constituição de 1967, totalmente modificada em 1969 – e foram editados diversos Atos Institucionais, com destaque para o AI-5. No ano de 1983 foi publicada a Lei 7.170, definindo os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelecendo seu processo e julgamento e dando outras providências.

Os dispositivos na EC 1/69, no AI-5 e na Lei de Segurança Nacional legalizam a concentração do poder na figura do chefe do Executivo. Resultado são as mais diversas atrocidades registradas nas páginas da história durante esse período. Contudo, não se limita a isso. Houve uma reação da sociedade civil. A vingança foi combater à altura, criando uma organização semelhante à do Estado soberano – esta seria o Estado paralelo.

Assim, em 1979, no presídio Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, da união de criminosos comuns e militantes políticos, surge o Comando Vermelho (CV). Com o lema “Paz, Justiça e Liberdade”, tal organização iniciou dominando o tráfico de drogas no mercado internacional. Consequentemente, tinha-se grande soma de dinheiro, o que atraiu ainda mais criminosos.

Passado esse período, no ano de 1992, em São Paulo, aconteceu um verdadeiro massacre na Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru. Como consequência, seguiu-se uma série de ataques a policiais, autoridades dos governos e a civis, encabeçados pelo Primeiro Comando da Capital, uma espécie de desdobramento do CV. No ano de 2006, a grande São Paulo foi aterrorizada novamente por ataques do PCC. E, mais recentemente, no ano de 2012, quando se travou verdadeira “guerra civil” nas cidades do Estado de São Paulo.

Para combater tais investidas do crime organizado, os governadores dos Estados deram “carta branca” +à Polícia Militar para reprimir os ataques. Juristas advogam a aplicação da Lei de Segurança Nacional para punir os autores, pois estariam confrontando o próprio Estado brasileiro. A mídia especulava que são verdadeiros crimes de terrorismo. E a população clamava por “justiça”. Legitimando o ataque, a relativização dos direitos e a materialização do antidireito.

Tal como no filme *Batman: o cavaleiro das trevas ressurgente*, observa-se um contexto de dois estados: um que estabelece a ordem vigente e outro que se encontra em estado de latência. Eles, contudo, não se repelem; ao contrário, há um elo entre eles, ao ponto de se comunicarem entre si. É a união entre agentes públicos e agentes do crime. Na aparente guerra que é travada, mediante um estado de terror, os civis ficam submissos. Entregam seus direitos ao Estado em busca de maior segurança e apoiam a rigidez na atuação e na punição dos criminosos.

Assim amplia-se o Estado de antidireito (LYRA FILHO, 1996), mesmo sendo denominado como Estado de Direito. Uma espécie de estado de exceção camuflado de estado democrático. Segue-se uma aparente estabilidade que, na verdade, esconde as atrocidades cometidas em nome da “Lei e da Ordem”.

Não há verdade real. A verdade é estabelecida por quem detém o poder. Aliás, a ideologia do Direito (sistema de normas jurídicas vigentes) é incompatível com sua praxe (antidireito). Essa incongruência é evidente, porém camuflada.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Não se vislumbra uma possível solução. Sabe-se apenas que, ao longo dos diversos períodos político-históricos vividos pelo homem, alteraram-se as formas de governos (ideologia/ordem), mas a realidade de sua eficiência pouco mudou.

2 Antidireito no estado de exceção: de guerrilheiro a crime organizado

Essa duas facetas da atuação estatal ocasionou o surgimento de grupos constituídos por marginalizados, tendo como objetivo manter sua própria subsistência e contrapor-se à organização estatal vigente.

Tem-se que o início dessas organizações ocorreu com a ideia de guerrilha, conforme se extrai do livro *Manual do guerrilheiro urbano*, escrito por Carlos Marighella durante o período de ditadura militar, em 1969. O manual tinha como objetivo preparar fisicamente e psicologicamente um guerrilheiro para combate direto ao regime político vigente, definindo a luta do grupo por ideais políticos.

O histórico de Marighella em relação aos ideais de guerrilha originou-se de sua admiração pelas sublevações contra a escravidão, desde seus 18 anos de idade. Foi preso pela primeira vez em 1932, por causa de um poema crítico ao interventor Juracy Magalhães. Em 1939, preso pela Dops (Delegacia de Ordem Política e Social), trabalhou no cárcere no que resultou em tema de texto sobre a educação cultural e política. Em 1945, participou do processo de redemocratização do país e da reorganização do Partido Comunista na legalidade; foi eleito deputado federal pelo Estado da Bahia; no entanto, seu mandato foi cassado pelo Governo Dutra. Nos anos 50, agiu em São Paulo, em defesa do monopólio do petróleo, contra o envio de soldados brasileiros à Coreia, contra a desnacionalização da economia, e pela reforma agrária. Em 1969, conheceu a China, União Soviética e Cuba; antes, em 1964, foi preso pelo Dops, mas conseguiu *habeas corpus* e fundou a Ação Libertadora Nacional, desligando-se do PCB. Foi morto em 4 de novembro de 1969, em uma emboscada.

Os requisitos exigidos a um guerrilheiro no Manual são descritos como: ser patriota ardente; ter conhecimento político; não deve somente beneficiar-se de suas ações, mas ter como alcance o objetivo grupal; ser inimigo implacável do governo; lutar sem escrúpulos e utilizar-se de todos os meios para deter, por meio de boicote, a ação do governo; ter valentia e resistência; liderar e saber utilizar o que lhe estiver aparente; saber utilizar a força do povo a seu favor.

Quanto à preparação técnica, é pautada pela posse de armas; pelo estudo sobre o funcionamento do grupo e dos organismos; pelo conhecimento da região onde estão localizados; pela tomada de decisões rápidas; pelo desenvolvimento de modelos de ação (assaltos, batidas, ocupações, emboscadas, táticas de rua, greves e interrupções de trabalho, libertação de prisioneiros, execuções, sequestro, sabotagem, terrorismo, propaganda, guerra de nervos, como proceder à ação, resgate de feridos, segurança, possíveis erros, apoio popular, processo de seleção e habilidades).

Como demonstrado, o início desses organismos tem origem em um modelo político que tinha a finalidade de enfrentar as sublevações provocadas pelo Estado. Outro exemplo disso, no campo internacional, é o grupo organizado em outubro de 2010, na Índia, descrito na obra *Caminhando com os camaradas*, da escritora indiana Arundhati Roy. A escritora e ativista pelos direitos dos povos da Índia denuncia os ataques do velho Estado indiano, como a operação Caçada Verde, uma atividade desempenhada para combater os guerrilheiros do Partido Comunista da Índia, composto quase exclusivamente por elementos tribais pobres que vivem em condições precárias, sem acesso à educação, aos



01 02



01



01 02 03 04 05



01

cuidados de saúde ou direitos legais, caracterizando assim uma forma de atuação do Estado que gera desigualdades na sociedade; daí que Arundhati Roy apoia o desenvolvimento e consolidação de grupos à margem do institucional.

2.1 Comando Vermelho – uma resposta ao antidireito

O Comando Vermelho já esteve por inúmeras vezes estampado nas mídias. Por trás dessa organização criminosa, porém, há uma longa história que poucas vezes é contada: a história que mostra que, de fato, tal manifestação é uma forma de resposta a um sistema de repressão e abandono com relação a camadas tidas como patológicas na sociedade. A organização criminosa surgiu na década de 70, no Instituto Penal Cândido Mendes, sendo considerado seu “líder” William da Silva Lima, de codinome “o professor”.

Para compreender a criação do chamado Comando Vermelho, deve-se entender o panorama histórico no qual o mesmo estava inserido. Durante a ditadura militar, surgiram as guerrilhas urbanas, grupos considerados de esquerda que lutavam contra o governo ditador utilizando-se de práticas tidas como subversivas, principalmente em ataques contra instituições financeiras. O governo buscou repelir de forma violenta tais manifestantes; não tardou muito, e os guerrilheiros, como eram chamados, começaram a ser presos e amontoados nas celas sob condições subumanas, assim como os outros criminosos não guerrilheiros. Já em 1964 chegaram os primeiros guerrilheiros ao presídio de Ilha Grande (Instituto Penal Cândido Mendes), no Rio de Janeiro. No presídio, a divisão era feita por denominação, ou seja, os guerrilheiros e ativistas presos eram os chamados presos políticos; e o restante, os presos comuns.

O Instituto Penal Cândido Mendes, também conhecido como Caldeirão do Inferno, era, na época, o maior pesadelo dos criminosos. A princípio, só iam para lá os bandidos mais perigosos e temidos; porém, passaram também a ir para lá os que se encaixavam na Lei de Segurança Nacional, entre os quais estavam ativistas políticos, estudantes, e todos aqueles que protestavam contra o poder estatal. As condições do presídio descritas por William da Silva (LIMA, 2001) em sua obra *Quatrocentos contra Um* são deploráveis: estrutura precária, tratamento desumano e humilhante praticado pelos agentes, comida de péssima qualidade, incentivo a brigas entre os presos por parte da administração. Nessa situação, a ocupação dos presos era somente uma: pensar em como fugir.

No início de sua chegada, os presos políticos eram separados dos comuns. Vários tipos penais haviam sido enquadrados na Lei de Segurança Nacional, o que significava tratamento mais rígido na prisão. De início, houve uma tentativa fracassada do governo de despolitizar e despersonalizar o ativista,¹ encarcerando juntas as duas classes de detentos (os presos políticos e os comuns), supondo-se que o criminoso comum “contaminaria” o preso político. O que ocorreu, porém, foi o inverso.

Por meio desse encontro é que houve uma mudança de pensamento nos presos comuns. Aos poucos, novos ensinamentos, descobertas, visões transmitidas pelos guerrilheiros foram incorporadas pelos presos comuns; eles foram adquirindo então uma visão social mais crítica, tornando-se conscientes dos reais motivos de estarem ali, das injustiças e desigualdades, numa espécie de “conversão” às visões esquerdistas. Ilegalmente chegavam ao presídio livros ligados a guerrilhas e que discutiam questões sociais, como *Guerra de guerrilha*, de Che Guevara. Os livros eram

¹ “Desarticular a personalidade do preso é o primeiro – e, talvez, o mais importante – papel do sistema. Espancados, compulsoriamente banhados, assustados e numerados, estávamos prontos.” LIMA, William da Silva. *Quatrocentos contra um: uma história do Comando Vermelho*. 2 ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001. p. 44.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

passados de preso para preso, num esquema de lealdade que seria um dos principais valores transmitidos aos presos comuns pelos presos políticos, e que seria um dos mais fortes pilares da futura organização criminosa.

Foi a partir do convívio acentuado com os presos políticos que os presos comuns aprenderam noções de organização. A princípio, não era uma organização com fins criminosos; organizavam-se apenas para manter bom convívio no presídio, percebendo que assim poderiam amenizar as péssimas condições carcerárias, num sistema de cooperação e proteção mútua. Esse cenário se configurou em meados da década de 70. Com o tempo, aquele modelo de organização foi tomando forma e ficando conhecido como a “falange da LSN (Lei de Segurança Nacional)” nos presídios.

“Falange” era o termo usado para designar a união de presos em torno de interesses comuns, até que, em fins de 1979, apareceu pela primeira vez, num relatório dirigido ao Desipe pelo diretor do presídio da Ilha Grande, a denominação “Comando Vermelho” referindo-se ao grupo ou à falange da LSN. O nome não foi criação deles, segundo afirma William Lima, e não se sabe como apareceu, tendo inclusive sido rejeitado no início². Mais tarde, porém, foi incorporado de vez ao grupo, e identificando a organização como é conhecida até hoje.

Na primeira fase, o Comando voltava-se a uma luta conjunta por conquista de direitos para todos os presos, caracterizada pela irmandade e a cooperação mútua entre os detentos. É importante ressaltar que tal iniciativa foi de extrema importância para impulsionar, mais tarde, o reconhecimento de tais direitos.

Certas características ajudam a compreender o porquê do êxito dessa falange e de outras não. O Comando empenhou-se em manter a ordem no presídio, organizando-se não em torno de interesses particulares, mas de interesses comuns a todos os presidiários, o que conquistou a confiança dos demais, pois buscavam melhorar as condições carcerárias e promover a união, evitando brigas internas. Durante tal período, a atuação do grupo restringiu-se ao presídio de Ilha Grande. Entretanto, o período de paz durou pouco. Logo a tentativa de manter o poder absoluto no presídio enfrentou a resistência de outros grupos, principalmente pela “falange Norte”, no presídio de Ilha Grande, gerando disputas de poder e clima de grande violência.

Pouco a pouco, o poder do Comando disseminou-se para outros presídios. A noção de lealdade, influência dos ideais guerrilheiros, era notável na conduta adotada pelo grupo: morte para quem assaltasse ou estuprasse companheiros; incompatibilidades trazidas da rua deviam ser resolvidas na rua, porque a rivalidade entre quadrilhas não podia perturbar a vida na cadeia; violência, apenas para fugir; luta permanente contra repressão e abusos.

As especulações da imprensa acerca da organização contribuíram para o amedrontamento da sociedade em relação a um “novo inimigo” geral, que devia ser combatido. O grupo era associado às guerrilhas; e cogitava-se haver uma nova tática de tomada de poder pelos esquerdistas.³

² “Estava aberta a temporada de caça contra nós, completamente demonizados. As palavras não são inocentes: éramos um comando, o que em linguagem militar se denomina o centro ativo, cuja destruição paralisa o inimigo; como se isso não bastasse, éramos também vermelhos, adjetivo que desperta velhos e mortais reflexos em policiais militares.” Idem, p. 96.

³ “Na verdade, é difícil para o tira compreender que gente violenta e em geral analfabeta possa se organizar e desenvolver uma cultura ideológica. Não uma ideologia revolucionária, marxista, mas uma ideologia contra o sistema e tudo que ele representa, especialmente o braço armado da sociedade.” AMORIM (1994).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Ocorria, porém, que o Comando cada vez mais tomava o poder e conquistava novos adeptos pelos presídios da região, o que antes se restringia ao Caldeirão do Inferno. Por volta de 1981, as fugas já eram mais elaboradas; e alguns de seus adeptos podiam compartilhar as condutas também com os criminosos soltos.

A ânsia pelo poder começou a gerar no Comando Vermelho novos desafios e rumos. O novo ideal era controlar de forma absoluta os presídios; o que de fato foi feito. A organização, antes focada apenas no convívio interno dos presídios, passou a se voltar para a prática de crimes. Criou-se a chamada “caixinha”, uma espécie de reserva monetária oriunda de assaltos e roubos, que serviria para “banciar” as fugas e melhorar de alguma forma as condições dos “companheiros” (como eles se chamavam) presos. Os ideais sociais, que os presos políticos tentaram transmitir, já estavam sendo esquecidos, ou melhor, talvez nunca tenham sido interiorizados, de fato, prova de que as ações criminosas não tinham a menor ligação (pelo menos direta) com as guerrilhas.

Em entrevista de Carlos Amorim, o repórter perguntou a um dos membros do Comando Vermelho a respeito do que haviam aprendido com os presos políticos no que diz respeito a solidariedade e visão social. O entrevistado, então, respondeu, o seguinte: “Duvido muito que um de nós acredite em política. Política é coisa de bandido mais safado que qualquer ladrão, porque vive da inocência dos outros. Nenhum de nós acredita em luta política. O que a gente pretende é manter os companheiros unidos e fortes diante dos inimigos [...]”. Conclui-se que foi falha a tentativa de politizar os presos comuns, e que o conhecimento transmitido aos mesmos foi subvertido e transformado em uma arma letal.

O Comando mantinha o poder em vários presídios, por meios variados, conquistado através de violência na maior parte das vezes; mas havia outros meios, como a “proteção”, a troca de favores, e o próprio status de pertencer à organização. Mas com a resistência de outras organizações dentro dos presídios, logo a guerra estava instaurou-se; grupos de oposição surgiram, como o Terceiro Comando e outras falanges; nada disso, porém, chegou a ameaçar o poder que o Comando Vermelho havia conquistado.

Em alguns estabelecimentos prisionais, o grupo comandava tudo o que ocorria, o que entrava e o que saía. Com as arrecadações da “caixinha”, tinham mais recursos para subornar agentes e policiais. Em muitos casos, o governo era obrigado a aguentar certas situações ilegais e até “fingir não ver” algumas. Tudo no intuito de que a “paz”, ou melhor, a estabilidade fosse mantida nos presídios. Quando alguém ou alguma organização tentava interferir na “ordem” do sistema do Comando, o castigo era certo; na maior parte das vezes, a tortura seguida de morte. Aos poucos, a parte “livre” do grupo, que inicialmente assaltava apenas as instituições financeiras e governamentais (a exemplo dos guerrilheiros) com fins corporativistas, mudou de rumo e, em 1982, o tráfico tornou-se uma nova perspectiva para o Comando.

A partir da eleição do governador do Rio de Janeiro, Leonel Brizola (1982), há uma mudança em relação aos métodos de tratamento do segmento prisional e da população favelada. O governador defendia os direitos humanos; e adotou medidas que visavam a diminuição da arbitrariedade com a qual os policiais agiam, principalmente nas favelas, com os pobres. Brizola proibiu que a polícia subisse o morro armada sem reais motivos, entre outras medidas. O que ocorreu, porém, foi que os criminosos se aproveitaram de tal situação, enraizando suas quadrilhas. Carlos Amorim argumenta que: “O desenvolvimento do Comando Vermelho foi subproduto de uma administração que respeitou o cidadão”.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Criou-se então, em 1983, a CIDA (Comissão Interna dos Direitos dos Apenados), responsável por funcionar como uma espécie de “assembleia legislativa” composta por representantes dos presos que seriam eleitos em cada presídio, com o objetivo de que as reclamações e as propostas dos mesmos fossem ouvidas. As eleições para decidir quem seriam os líderes da CIDA foram extremamente violentas, cheia de mortes, ataques e ameaças. As quadrilhas independentes e o Comando Vermelho disputavam de forma acirrada; quando um agia, o outro reagia de forma ainda mais forte. Por fim, o representante do Comando Vermelho (Carlos Alberto Mesquita) no presídio de Ilha Grande venceu; e a CIDA seria parte importante e atuante na conquista de inúmeros direitos dos presidiários. Ocorreu, porém, que a tentativa de humanização da prisão levou o crime organizado a se infiltrar e se fortalecer cada vez mais, o que levou o governo Brizola a abandonar o antigo plano e partir para o endurecimento.

Após tal período de conturbação e da tomada de poder dos presídios pelo Comando, surge, no ano de 1984, um novo alvo para o grupo: o comando do tráfico de drogas. Esse alvo está inserido num contexto de ápice das máfias latino-americanas, que tinham pretensões de arranjar sócios no Brasil para o tráfico, principalmente de cocaína. O objetivo era repassar as drogas para criminosos brasileiros locais que as vendessem; era o monopólio dessa sociedade que o Comando Vermelho queria. Para alcançar esse objetivo, precisavam ter o controle dos pontos de venda nas favelas e acabar com as pequenas quadrilhas.

Com essa perspectiva, o domínio das favelas deixou de ser realizado apenas pela repressão; aos poucos, o Comando Vermelho foi formando os “impérios” junto aos traficantes nas comunidades; as formas de controle eram várias, tais como assistência social, econômica, organização “política”, serviço funerário, segurança local, imposição de normas próprias, entre muitas outras. Eram atividades que imitava as estatais, constituindo-se ali o início da real dominação do Comando Vermelho, não apenas nos presídios como também no ambiente externo.

Ao mesmo tempo, a guerra pela dominação dos morros contra as quadrilhas independentes gerou inúmeras mortes. Durante esse período, a participação da polícia era ínfima e imperava o antidireito. Uma das mais conhecidas dessas batalhas foi a ocorrida no morro Dona Marta no final da década de 80, que dividiu o mesmo em duas partes, uma comandada pelo CV e outra pela quadrilha de um traficante chamado “Cabeludo”. Após muitos confrontos e mortes, no final de 1987 o Comando finalmente assumiu o controle e se tornou o “dono do tráfico”, recebendo as “importações” de cartéis latino-americanos, principalmente colombianos.

A partir disso, a organização construiu um verdadeiro império. E não é tão complexo compreender o porquê de as comunidades sujeitarem-se à organização. Desde seu surgimento, O CV leva à população das favelas serviços que o Estado se recusa a fornecer. Apesar de o tráfico ser o real motivo de ação do Comando Vermelho naqueles territórios, o poder que o grupo exerce está para além do tráfico; é praticamente um poder político, uma instalação do antidireito gerada pelo próprio antidireito.

A ajuda prestada pelo Comando Vermelho às comunidades é a fonte de seu controle sobre elas. Carlos Amorim destaca três principais formas dessa assistência: “dinheiro para ajudar a sustentar a família; uma organização fraternal entre seus membros (a solidariedade extremada e um ódio mortal aos inimigos fazem parte ativa desse relacionamento); e um modo de ascensão social perante a comunidade local”.⁴ Pode-se destacar também o poder exercido pelos chefes

⁴ Idem, p. 24.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

do tráfico, vistos muitas vezes como poderosos, dignos de respeito e admiração, como as “estrelas da comunidade”, nos quais muitos jovens inspiraram-se para seguir no mesmo caminho.⁵

O grau de organização tornou-se complexo, a “caixinha” foi aperfeiçoada, e passou a sustentar novas demandas: a manutenção do grupo, a libertação dos presos, as “pensões” dadas às mulheres e filhos dos companheiros que durante as batalhas morriam (pensão de guerra), entre outras. O dinheiro é oriundo de roubos, do tráfico e de arrecadações da própria comunidade, uma espécie de dízimo, como dizem alguns. As atribuições são divididas de forma organizada; cada um possui um papel específico, uma verdadeira profissão. Há quem planeje, quem execute, quem observe e faz as críticas posteriores, quem providencie os caminhos etc. Por meio de um sistema de “correios”, os criminosos soltos e presos conseguem manter contato; trocam-se recados, cartas, documentos e instruções levados pelos advogados (contratados pelo próprio Comando) nas ocasiões de visitas e pelos parentes dos criminosos.

Por fim, o CV criou um instituto chamado “tribunais do crime” para julgar os casos considerados fora da lei imposta pelos criminosos às comunidades; e para executar a “justiça” nos morros e em locais onde possuíssem “jurisdição”, determinando inclusive penas de morte, entre outras que os líderes achassem convenientes.

O Comando Vermelho reinou por muito tempo, e foi o incentivo de muitas outras organizações criminosas, como o PCC e a ADA, por exemplo. A partir de 2008, começou a criação das UPPs (Unidades de Polícia Pacificadora), política do governo para tentar desarticular o comando do crime organizado nas favelas do Rio de Janeiro. As UPPs, seriam polícias comunitárias. O projeto tem sido bem avaliado em alguns aspectos, mas não conseguiu extinguir o Comando Vermelho, apenas estabilizá-lo.

2.2 Primeiro Comando da Capital – PCC

O PCC é uma organização criminosa paulista criada, supostamente, com o objetivo de defender os direitos dos detentos do país. Surgiu em 1993, dentro do Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, liderado por um grupo de presos. Estima-se que, hoje, a organização criminosa possua cerca de 130 mil membros, dentro e fora das prisões. Pode-se dizer que é um “sindicato do crime”, que comanda rebeliões, fugas, resgates, assaltos, sequestros, assassinatos e o tráfico de drogas.

Embora tenha nascido em **São Paulo**, onde seu poder é maior, o PCC está presente em vários estados brasileiros, como **Rio de Janeiro, Bahia, Alagoas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Minas Gerais e Rondônia**. Na verdade, segundo Godofredo Bittencourt (então diretor do Departamento Estadual de Investigação Criminal – Deic), a expansão do PCC por todo o país se deu pelo fato de o governo do Estado ter cometido o erro de redistribuir a liderança do PCC, e os bandidos mais perigosos, pelo Brasil, o que acabou por torná-lo uma facção forte na capital de São Paulo e apoiada em todo o país.

2.2.1 História

O PCC foi fundado na Penitenciária de Taubaté, onde a principal população carcerária era composta por presos do interior. Havia, no entanto, oito detentos vindos da capital, os quais eram conhecidos como “os da capital”, que

⁵ “A moderna sociedade brasileira só vai ao morro de metralhadora na mão, com cara de polícia. Enquanto isso, o bandido mora ali. E a soldar suas relações com a comunidade, o crime organizado montou uma série de mecanismos de assistência social.” Idem.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

acabaram por formar o que viria a ser conhecido como PCC. Eram eles: Isaias Moreira do Nascimento (*o Esquisito*); Ademar dos Santos (*o Dafé*); Wander Eduardo (*o Cara Gorda*); Antônio Carlos dos Santos (*o Bicho Feio*); Mizael Aparecido da Silva (*o Baianão*); José Epifânio (*o Zé Cachorro*), César Augusto Roriz (*o Cesinha*) e José Marcio Felício (*o Geleia*).

A organização surgiu após um jogo de futebol, onde os oito acima citados planejaram matar dois desafetos durante a partida. Criaram um “partido” e começaram a discutir o que mais podiam fazer além de matar desafetos. Seria um sindicato que representaria os detentos de todo o Estado de São Paulo. Inicialmente, planejavam ser a “voz” dos presos na defesa de seus direitos, como cumprimento das leis de execuções penais (que consistem em uma série de obrigações do Estado em relação ao preso), a disponibilidade de boas instalações carcerárias, acesso à educação e tratamento médico adequado. Ali mesmo, na cela de Cesar Augusto (Cesinha), escreveram a mão o Estatuto da Facção, o qual possuía 16 itens e que exigia total fidelidade ao comando, sob pena de morte para os desobedientes.

A liderança do PCC se manteve por dez anos entre dois de seus fundadores (Cesinha e Geleia), os quais passaram a maior parte de suas vidas na cadeia. Em 2003, o poder passou para as mãos de Marco Willians Herbas Camacho (*o Marcola*), pois Cesinha e Geleia haviam sido expulsos. Em 2007, dos oitos fundadores, apenas Geleia ainda estava vivo. Os demais já haviam sido assassinados.

Na realidade, desde sua fundação, em 1993, o PCC viveu no anonimato. Somente em 1997 foi objeto de uma reportagem. No entanto, as autoridades não acreditaram em sua existência, proporcionando que se fortalecesse cada vez mais. À medida que seus representantes cumpriam suas penas, traziam as “novas ideias” para fora das cadeias, expandindo a facção.

Foi em 2001 que o PCC mostrou sua força, promovendo uma megarrebelião que paralisou 30 presídios, tornando-se manchete mundial. Em 2006 ocorreu outra rebelião sincronizada, envolvendo não apenas os presídios de São Paulo, mas também do Paraná e do Mato Grosso do Sul, tomando funcionários como reféns. Em cidades como São Paulo, os membros da facção saíram às ruas enfrentando a polícia.

No dia 13 de agosto de 2006, a Rede Globo de Televisão divulgou, em seu plantão, para todo o Brasil, um DVD gravado pelo PCC. A emissora estava sendo chantageada, tendo dois de seus funcionários sequestrados pela facção. Alexandre Coelho Calado, auxiliar técnico da TV Globo, foi solto durante a madrugada, com a finalidade de entregar o DVD para a emissora, sendo que, somente se o vídeo fosse divulgado sem nenhuma alteração o outro funcionário sequestrado, Guilherme Portanova, repórter, seria solto, o que ocorreu 40 horas após a exibição do vídeo na íntegra. Dentre outras coisas, a mensagem, lida por um membro do PCC, fazia críticas ao sistema penitenciário, pedindo revisão de penas, melhoria nas condições carcerárias e posicionando-se contra o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O PCC voltou a atacar no mês de junho de 2012.

2.2.2 O PCC e o Carandiru

Embora não haja provas claras da existência de qualquer ligação do PCC com o massacre dos detentos no Carandiru em 1992, estudiosos afirmam que o massacre foi a “gota d’água” para a facção criminosa, que já se indignava com os abusos ocorridos nas penitenciárias. Uma das afirmações da facção era a de que pretendiam combater a opressão



01 02



01



01 02 03 04 05



01

dentro do sistema prisional paulista e vingar a morte dos 111 presos durante o massacre. Com certeza, o massacre não foi o único motivo para o surgimento da organização criminosa. O Estado já extorquia, torturava e matava presos.

2.2.3 Visão Geral

O PCC deve seu sucesso a dois fatores principais: o respeito à hierarquia e a grande divulgação da mídia. A facção tornou-se uma espécie de “grife” entre os criminosos, o que dava orgulho a seus membros.

A hierarquia de funções do grupo divide-se em: Chefia: Bicho Papão; Recolhe: Torre; Disciplina; Pilotos: Soldados e Sintonias. Cada um possui sua função específica de acordo com sua competência; a total obediência à hierarquia é o que mantém o controle dos membros.

Para fazer parte do PCC é necessário ser “apresentado” por alguém, ter um “padrinho”. Após uma breve avaliação de “caráter”, o candidato passa por um “batismo”; e depois o “afilhado” promete fidelidade ao PCC, recebendo uma cópia do estatuto. A cerimônia é realizada tanto por homens quanto por mulheres; o número de mulheres filiadas ao PCC cresce a cada ano. Todas as cadeias femininas de São Paulo são dominadas pelo PCC; é o chamado “PCC de saias”, o qual está subordinado à chefia geral, ou seja, ao mesmo comando dos líderes dos homens.

O destino do dinheiro da organização é administrado de modo a atender parcialmente a compra de armas e drogas, dando continuidade ao “negócio”; também é utilizado para pagamento dos “pilotos” e “torres”; outra parte é destinada a ajudar os familiares dos presos. Há também uma cota de ajuda para as favelas, uma forma de “comprar” o silêncio da população: “a gente vende a droga, vocês ficam quietinhos (não denunciam à polícia) e nós damos o ‘troco’”. As famílias interessadas em receber a “ajuda” são cadastradas pelos soldados da facção.

O PCC forma seu caixa através de mensalidades pagas pelos membros, (o valor da mensalidade aumenta de acordo com a progressão de regime do “associado”), rifas, empréstimos aos associados, pontos de droga⁶, dentre outras diversas ações como sequestros, assassinatos, roubos de cargas, bancos etc.

Atualmente, uma onda de crimes e atentados contra policiais vem crescendo, principalmente no Estado de São Paulo. Acredita-se que seja uma nova manifestação do PCC, embora haja opiniões contrárias. Alega-se que o suposto confronto entre o PCC e a polícia em São Paulo estaria tão acirrado que os demais estados – como Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, onde ocorreram alguns atentados contra a polícia – entraram em alerta.

Alguns boatos começaram a surgir em São Paulo, no período de 2006, como o de que o “salve” (recado, na gíria do PCC) teria sido passado por traficantes em motocicletas. Tal boato ocasionou um suposto toque de recolher na cidade; algumas escolas teriam ficado fechadas, comércios fecharam mais cedo e ninguém permanecia na rua durante a noite, embora o secretário de segurança pública tivesse dito que o risco de ataques do PCC fosse zero.

Para alguns especialistas, o PCC não deseja confrontar o Estado; por essa razão, não haveria ligação entre os atentados contra a polícia em São Paulo e o PCC. Guaracy Mingardi⁷ garante que o PCC não tem interesse em confrontar o

⁶ A própria polícia estima que 80% dos pontos de drogas no Estado de São Paulo estejam sob o comando do PCC. É no tráfico de entorpecentes que eles ganham a maior parte do dinheiro.

⁷ Especialista em segurança pública e crime organizado.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Estado, uma vez que a facção está de olho nos lucros. “O PCC controla várias cadeias e não ganharia nada com novos ataques”, explica. Mingardi afirma ainda que, em 90% dos casos, são boatos que circulam; e faz questão de tranquilizar a população ao lembrar que em 2006 os alvos eram as forças de segurança e não os cidadãos comuns.

3 Esquadrão da Morte

O Esquadrão da Morte pode ser definido como uma associação de policiais que objetiva exterminar sumariamente os “bandidos” a fim de fazer justiça. Sua finalidade, a princípio, era essa; porém, aos poucos ficou conhecida como uma organização que se utiliza da hierarquia e confiança da população para matar arbitrariamente todos aqueles que se opuserem ao seu caminho.

A primeira associação criminosa de policiais ficou conhecida como “Scuderie Detetive Le Coq”, em homenagem ao policial Le Coq, cujo bordão era: bandido que atira num policial não deve viver. Ele foi morto pelo bandido Manuel Moreira, apelidado de Cara de Cavalo. Essa associação foi formada com o objetivo de promover a execução sumária de pessoas presumidamente marginais. Teve origem no Rio de Janeiro e acatava os ditames da Ditadura Militar, instalada no Brasil com o golpe de 1964. Seu líder era o delegado Sérgio Paranhos Fleury, o qual se aproveitava de seu cargo para torturar e matar quem se opunha ao regime de exceção. O Esquadrão se uniu depois a um grupo de narcotraficantes e se encarregou da eliminação do grupo rival, para obter o controle da distribuição de drogas.

Até aquele momento, o Esquadrão era visto pela população como um grupo de justiceiros, os quais estavam ali para proteger e “limpar” a sociedade dos criminosos. A justiça de São Paulo viu-se na obrigação de esclarecer a situação; e condenou as ações desses esquadrões. Os responsáveis foram penalizados, mas o Delegado Fleury pôde aguardar o julgamento em liberdade.

Os militares não se incomodavam com o rótulo de homicidas e nem por serem conhecidos por suas práticas hediondas, mas pelo fato de a justiça de São Paulo ter deixado claro que aquelas organizações estavam em aliança com narcotraficantes. Assim, os militares tiraram os privilégios de Fleury, que acabou morrendo em um grave acidente, considerado por muitos como queima de arquivo.

Um grande marco no combate ao Esquadrão da Morte foi Hélio Pereira Bicudo. No pior momento da Ditadura (1964/85), Bicudo, que era procurador da Justiça de São Paulo, iniciou uma luta contra os Esquadrões da Morte, mesmo após ter recebido várias ameaças. O mesmo conseguiu que Fleury fosse indiciado. Escreveu um livro sobre suas experiências, intitulado: *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*, que já teve 9 edições no Brasil e foi lançado em vários países.

A Comissão de Justiça e Paz foi outro marco nacional de resistência contra as arbitrariedades e violações dos Direitos Humanos no Brasil. Foi criada há 22 anos, por iniciativa de D. Paulo Evaristo Arns, como reação à violência da Ditadura Militar e amparo às centenas de famílias e aos políticos perseguidos.

Atualmente o poder público dá a entender que os esquadrões não existem mais; porém, há casos em que esse tipo de atuação é visível, como os frequentes episódios em que motoqueiros atiram e matam pessoas em bares nas periferias das cidades, por exemplo.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Considerações Finais

Tendo em vista a problemática abordada, percebe-se que a questão do crime organizado está muito além de grupos criminosos disputando o poder entre si. É o resultado direto das ações (e falta delas) estatais que fracassam em garantir o cumprimento do “Estado Democrático de Direito” para toda a sociedade, alijando muitos segmentos de direitos básicos. É certo que isso gerou (e ainda gera) novas formas de poder, pois onde não impera o Estado, outra força imperará em seu lugar.

O sucesso de organizações criminosas, desde o Comando Vermelho até outros tantos, como o PCC, ADA, etc., deve-se ao fato de a atuação do Estado ter alcance restrito. Não se trata de incapacidade, mas sim de acomodação e irresponsabilidade. O poder público ignora alguns segmentos sociais, ao invés de promover sua integração ao restante da sociedade, gerando um verdadeiro Estado de antidireito, como exposto antes. A consequência disso é o surgimento de instituições paralelas que, em muitos casos, são até mais presentes que o Estado.

A negação de direitos aos encarcerados e a forte repressão aos guerrilheiros desencadeou como resposta o surgimento do crime organizado. Formou-se então um ciclo vicioso, em que a negação de direitos e o massacre de determinadas parcelas sociais geram revolta e mais massacre. A tentativa de impor a ordem através do Estado Penal é, além de um erro grave, uma resposta falha a essa espécie de guerra civil entre crime organizado e polícia, resultando apenas em mais violência e insegurança nas cidades.

Não há que se falar em fazer justiça enquanto o meio for o antidireito, a exceção, ou seja, o Estado Penal. Não há como garantir que problemas sociais como o crime organizado se resolvam com medidas repressivas, pois estas apenas perpetuam o ciclo de violência.

Referências

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho**. A história secreta do crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 1994.

BCC. **Matança no Carandiru motivou a formação de facção criminosa**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121001_carandiru_pcc_lk.shtml> Acesso em: 05 dez. 2012.

BICUDO, Hélio. **A justiça piorou no Brasil**. Scielo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200009&script=sci_arttext. Acesso em: 03 dez. 2012.

BONI, Nádia. Possível atentado do PCC muda a rotina da Polícia em Mato Grosso. **24 horas News**. Disponível em: <<http://www.24horasnews.com.br/index.php?mat=432689>> Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. Ato institucional nº 5. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s Acesso em: 03 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm. Acesso em: 03 dez. 2012.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

BRASIL. Senado. **Ministério está apurando denúncias de tortura em presídios de SC, afirma diretor.** *Agência do Senado.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/431078-ministerio-esta-apurando-denuncias-de-tortura-em-presidios-de-sc,-afirma-diretor.html>. Acesso em: 04 dez. 2012.

G1. **Cronologia dos ataques em SC.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2012/11/cronologia-dos-ataques-em-sc.html> Acesso em: 04 dez. 2012.

LEITÃO, Thais. Agentes prisionais de SC ameaçam greve após denúncia. **Exame.com.** Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/agentes-prisionais-de-sc-ameacam-greve-apos-denuncia> Acesso em: 03 dez. 2012.

O ESTADO DE S. PAULO. **Ordem de ataques em SC saiu de presídios.** Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/O,mul1363065-5598,00-gravacao+mostra+tortura+em+presidio+de+sc.html> Acesso em: 03 dez. 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,ordem-de-ataques-em-sc-saiu-de-presidios,960717,0.htm> Acesso em: 02 dez. 2012.

LIMA, William da Silva. **Quatrocentos contra um: uma história do Comando Vermelho.** 2 ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.

LUNGARETTI, Celso. Lenda viva, hélio bicudo continua lutando pelas boas causas. **Náufrago da Utopia.** Disponível em: <http://naufrago-da-utopia.blogspot.com.br/2010/03/lenda-viva-helio-bicudo-continua.html> Acesso em: 03/12/2012

NUNES, Thaís. PCC impõe toque de recolher em São Paulo. **Rede Bom Dia.** Disponível em: <http://www.redebomdia.com.br/noticia/detalhe/23283/PCC+impoe+toque+de+recolher+em+Sao+Paulo> Acesso em: 02 dez. 2012

PATRICIA CRUZ, Elaine. “Polícia sem controle é polícia totalitária”, diz especialista em segurança pública. **EBC.** Disponível em: <http://www.ebc.com.br/2012/10/policia-sem-controle-e-policia-totalitaria-diz-especialista-em-seguranca-publica> Acesso em: 02 dez. 2012.

PIMENTEL, Alessandra. **O método de análise documental: seu uso numa pesquisa historiográfica.** Cadernos de Pesquisa, n.114, Paraná, 2011.

RODRIGUES, Artur; CARDOSO, William. Medo já muda rotina até na Paulista. **OUL.** Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/brasil/materias/1464270-medo-ja-muda-rotina-ate-na-paulista> Acesso em: 02 dez. 2012

SOUZA, Fátima Como funciona o PCC – Primeiro Comando da Capital. **Instituto Marconi.** Disponível em: <http://www.institutomarconi.com.br/pcc.htm> Acesso em: 02 dez. 2012.

UOL. A Hierarquia do PCC. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/pcc2.htm>. Acesso em: 05 dez. 2012.

WSWS. **O PCC e as contradições de São Paulo e do Brasil.** Disponível em: <http://www.wsws.org/pt/2006/may2006/port-m18.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2012.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A ESCOLA DE CHICAGO E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO COMO UM FENÔMENO SOCIAL: OS CONTRIBUTOS DOS IDEAIS DE BEM-ESTAR SOCIAL NAS POLÍTICAS CRIMINAIS

THE CHICAGO SCHOOL AND THE CRIMINOLOGICAL THOUGHT AS A SOCIAL PHENOMENON: THE CONTRIBUTIONS OF THE IDEALS OF SOCIAL WELFARE IN CRIMINAL POLICIES

Saulo Ramos Furquim

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC, com período de estudos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Especialista em Ciências Criminais. Professor de Direito Penal e Legislação Especial Penal nas Faculdades de Atibaia – FAAT. Advogado.

Resumo: O presente trabalho objetiva demonstrar a relevância atual do pensamento social e criminológico da Escola de Chicago, que, desde o início do século XX, já atentaria para a questão de expansão urbana, imigração, pobreza e criminalidade. O trabalho trata de maneira sucinta as principais conclusões da Escola nas questões da criminalidade urbana, a evidenciar que essas premissas ainda têm relevância no contexto brasileiro. Ademais, buscam-se entender se foram corretas as aplicações urbanas das políticas sociais e criminais no âmbito nacional. E visa-se compreender se tais premissas poderiam ter efeito na prevenção da criminalidade de bairros periféricos, fazendo um paralelo contrário ao modelo atual de Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). Por fim, conforme demonstrado no estudo, o modelo atual brasileiro de política criminal somente privilegia a efetivação da presença estatal por meio das suas agências de poder punitivo, indo na contramão dos ideais de realização de Estado de Bem-Estar Social aqui apresentado.

Palavras-chave: Escola de Chicago. Criminalidade urbana. Políticas criminais. Unidade de Polícia Pacificadora. Estado de bem-estar social.

Abstract: This article aims to demonstrate the current relevance of social and criminological thought from Chicago School, which from the beginning of the twentieth century already attempted on the issue of urban expansion, immigration, poverty and crime. The work briefly deals with the main conclusions of the School on the issues of urban crime, to show that these premises still have relevance in the Brazilian context. Furthermore, it seeks to understand whether the social and criminal policies nationwide were correctly applied. Yet, it aims to understand whether such assumptions could have an effect in preventing suburban crimes, in a parallel contrary to the current model of Pacifying Police Unit (PPU). Finally, as shown in the study, the Brazilian criminal policy current model focuses only on the effectiveness of state presence through its punitive power agencies, going against the achievement ideals of Social Welfare state presented here.

Keywords: Chicago School. Urban crime. Criminal policies. Pacifying Police Unit. Social Welfare State.

Sumário: 1 Introdução; 2 Surgimento da Escola de Chicago e a expansão urbana; 2.1 mas por que Chicago?; 2.2 A cidade como objeto de estudo; 2.3 A delinquência nas cidades; 3 ecologia criminal; 3.1 Desorganização social; 3.2 Áreas de delinquência – *gradient tendency*; 3.3 Consequências da divisão; 3.4 Aportes e propostas para as áreas de



01 02



01



01 02 03 04 05



01

criminalidade; 4 A (má) aplicação das ideias da Escola de Chicago no Brasil: o modelo das upps; 5 Considerações finais; Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

No final do século XIX, os Estados Unidos dariam início a um enorme desenvolvimento industrial, econômico e financeiro.¹ Através do modelo econômico liberalista, houve expansão das indústrias de petróleo, ferro, aço, energia; e a criação do modelo de produção em massa,² revolucionando o modelo de trabalho e a sociedade da época.

Na passagem do século seguinte, os Estados Unidos haviam se tornado a principal potência industrial do mundo.³ De tal modo que, para o desenvolvimento econômico e industrial americano, não havia um modelo igual na Europa.

Os pensamentos europeus positivistas de Lombroso, Ferri e Garófalo deram lugar a um novo movimento sociológico nascido em Chicago, no início do século XX, embasado nos fenômenos da expansão das cidades, (quando as pessoas deixam o campo para viver nas cidades em busca de empregos em fábricas) e no aumento gradativo da classe trabalhadora. Esse movimento de expansão culminou em um grande fluxo de imigrantes da Europa vindo em busca de oportunidades no Novo Mundo.

A partir dessa evolução histórica do crescimento das grandes cidades, um problema especial surge com a expansão da urbe: a criminalidade. Daí advém a necessidade de a sociologia e a criminologia entenderem esse fenômeno; para tanto, conta-se com um novo campo de estudo: a cidade. E um novo paradigma entra em vigor: a mudança da ideia de criminoso nato para o conceito de processo de criminalização.

2 O SURGIMENTO DA ESCOLA DE CHICAGO E A EXPANSÃO URBANA

O nome “Escola de Chicago” está estritamente ligado às pesquisas do Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, criado junto à universidade em 1890. A universidade é uma fundação batista, erguida a partir da contribuição filantrópica de John D. Rockefeller⁴ (dono da maior empresa petrolífera do mundo na época, a Standard

¹ “Os EUA, uma economia em rápida ascensão, terminou o século XIX como a maior economia industrial do planeta, tornando-se poderoso competidor nos mercados mundiais de alimentos, matérias primas e manufaturados”. BELLUZO, Luiz Gonzaga; TAVARES, Maria Conceição. A mundialização do capital e a expansão do poder americano. In: *O poder americano*. Petrópolis (RJ): Vozes, p. 111-138, 2004.

² Vide Henry Ford e a criação do modelo de linha de montagem. Anita pontua que “tudo isso era colocado efetivamente em prática e a desumanizada forma de trabalho que o capitalismo industrial adotaria em sua nova fase receberia o nome de ‘taylorismo’, denunciada de forma brilhante pelo filme *Tempos modernos* de Charles Chaplin (1889-1977). ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 408 e ss.

³ HUNT, Emery; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Tradução Jaime Larry Benchimol. 2. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 1978. p. 111.

⁴ Rockefeller era amigo pessoal de William Harper, antigo professor da Universidade de Yale, o qual tinha interesse em fundar uma universidade, cuja excelência fosse a pesquisa. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 130. Rockefeller também era conhecido por suas ações de filantropia (disputava o posto de maior filantropo com o megaempresário do Aço, Andrew Carnegie, dono da Carnegie Steel). Ele ofereceu meio milhão de dólares da época a Harper para fundar a Universidade de Chicago. Mas Harper afirmava precisar de 15 milhões de dólares. Rockefeller então enviou-lhe 30 milhões. Cf. EUFRÁSIO, Mário. A formação sociológica da Escola de Chicago. *Revista Plural – Sociologia USP*, São Paulo, v. 2, p. 37-60, p. 43 e ss, 1995.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Oil). Com forte aporte financeiro, a universidade conseguiu atrair os melhores professores, além de oferecer salários que equivaliam ao dobro das outras universidades.

Além da excelência na pesquisa, a Universidade de Chicago possibilitou aos professores que lecionassem um ano ininterrupto, bem como a possibilidade de pagamento extra para a pesquisa; concedia também afastamento remunerado, além de verba para pesquisa.⁵ De 1890 a 1950, grandes nomes da sociologia foram atraídos pela universidade, como William Thomas, Robert Park, Ernest Burgess, Roderick McKenzie⁶, entre outros.

2.1 MAS POR QUE CHICAGO?

No início do século XX, a Europa já não era a terra da prosperidade. Havia uma grande tensão sobre questões territoriais e financeiras, que mais tarde acarretariam na Primeira Guerra Mundial. Ante a esses motivos, houve grande fluxo de imigrantes para toda a América (italianos, alemães, poloneses, irlandeses).

Influenciado pelas correntes migratórias, o crescimento das cidades americanas foi muito rápido. Chicago, como era um *hub comercial*,⁷ cresceu vertiginosamente devido a muitas pessoas que migravam do campo para a cidade, além dos imigrantes que buscavam nos EUA melhores condições de vida.⁸

O crescimento das cidades foi, ademais, muito rápido: a população urbana dos Estados Unidos multiplicou então por sete; já a cidade de Chicago, em 1840, contava com 4 mil habitantes; em 1860, possuía 110 mil; em 1870, 300 mil; em 1890, a cifra era de 800 mil; em 1910, já contava 2 milhões; e, em 1920, um terço dos seus 2,7 milhões eram estrangeiros.⁹

Contudo, a expansão da cidade não foi planejada; a explosão demográfica ampliava em círculos, do centro para a periferia, ocasionando graves problemas sociais, familiares, morais e culturais, traduzindo-se no fermento para a criminalidade.¹⁰ De tal forma, a questão criminológica tornou-se objeto de estudo via expansão urbana e ocupação de espaços urbanos. Milton Santos posteriormente classificaria esse fenômeno como “círculo Inferior”.¹¹

⁵ SHECAIRA, op. cit., p. 130.

⁶ “La Escuela de Chicago aparece estrechamente unida al Departamento de Sociología de esta ciudad, fundado en 1892 por A. W. Small, entre cuyos escolares más distinguidos figuran W. I. Thomas, R. E. Park y E. W. Burgess”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014. p. 753.

⁷ Ponto estratégico para empresas e para logística, pois a maioria das ferrovias para o oeste americano passava por Chicago.

⁸ Chicago é um exemplo expressivo desse processo de crescimento, devido às sucessivas avalanches de imigrantes nas últimas décadas do século XIX e nas primeiras do século XX. Em 1880 ocorreram as grandes levas de alemães, ingleses e irlandeses; por volta de 1900, foi a vez de escandinavos, polacos, italianos e judeus. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo, apud SHAW, Clifford; MCKAY, Henry. *Juvenile delinquency and urban areas*. Chicago: The University of Chicago Press, 1928. p. 270.

⁹ ANITUA, op. cit., p. 410.

¹⁰ SHECAIRA, op. cit., p. 131.

¹¹ Nos países industriais, os cidadãos pobres, relativamente pouco numerosos, pertencem às populações historicamente discriminadas, aos grupos aos quais mudanças econômicas não permitiriam triunfar e à população imigrante chamada para realizar tarefas ingratas, desprezadas pelos nacionais, mas que são fundamentais para o crescimento e funcionamento da economia. SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. Tradução Myrna Rego Viana. 2. ed. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 2008.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Um importante contributo da Escola de Chicago foi a metodologia de pesquisar taxas de homicídios divididas por bairros, considerando os aspectos socioeconômicos de cada bairro (comparação da criminalidade com a pobreza), dividindo a taxa de homicídios por 100 mil habitantes, estatística essa usada no Brasil pelo CEDEC.¹²

2.2 A CIDADE COMO OBJETO DE ESTUDO

O conceito de cidade vem da Idade Média. A cidade era um pequeno espaço para produção e trocas de alimentos, utensílios e armas, impulsionado por uma economia monetária. Naquela época, a organização social era garantida por meio de muralhas que impediam a entrada de invasores.

Pelletier e Delfante conceituam como cidade um ambiente que concentre no mínimo 2 mil pessoas, atendendo um critério funcional, que deve apresentar um número mínimo de funções – chamadas funções de relação – de prestação de serviços como: bancos, escritórios, administrações, equipamentos de saúde, espetáculos e atividades lúdicas.¹³ Já David Harvey define cidade como uma forma de organização do espaço pelo homem, “expressão concreta de processos sociais, na forma de um ambiente físico construído sobre o espaço geográfico”.¹⁴

Para Robert Park: “a cidade é um estado de espírito, um corpo de costumes e tradições e dos sentimentos e atitudes organizados, inerentes a esses costumes e transmitidos por tradições”.¹⁵ E ainda, a cidade não é um mero ambiente geográfico, mas sim um organismo onde se encontram áreas naturais habitadas por tipos humanos diferentes e distintos modos de vida.¹⁶ Portanto, a cidade reflete as características da sociedade.

2.3 A DELINQUÊNCIA NAS CIDADES

A passagem para a vida na urbe enseja uma complexa adaptação às normas de convívio, distintas de uma cidade ou de um bairro para o outro. Cada mudança ocasiona um novo ajustamento para os habitantes daquele lugar. Todavia, as mudanças constantes podem levar os novos habitantes ao anonimato: as frequentes alterações de ambiente geram ausência de laços com a vizinhança e falta de integração com a comunidade local. Para esse pensamento criminológico centrado no estudo das cidades, a mobilidade propicia o anonimato que leva a maior isolamento e à possibilidade de que os atos desses novos habitantes não sejam notados, já que não há um *controle social informal*¹⁷ da

¹² SHECAIRA, op. cit., p. 137.

¹³ PELLETIER, Jean; DELFANTE, Charles. *Cidades e urbanismo no mundo*. Tradução Sylvie Canape. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 15

¹⁴ HARVEY, David. *A justiça social e a cidade*. São Paulo: Hucitec, 1980. p. 46. Milton SANTOS afirma que a conceituação de cidade é bem complexa: “a cidade constitui uma forma particular de organização do espaço, uma paisagem e, por outro lado, preside as relações de um espaço maior, em seu derredor, que é a zona de influência. Paisagem especial ou elemento de coordenação constitui um fato eminentemente geográfico”. SANTOS, Milton. *A cidade como centro da região: definições e métodos de avaliação de centralidade*. Salvador: Progresso, 1959. p. 07

¹⁵ PARK, Robert. *A cidade: sugestões para investigação do comportamento humano*. O fenômeno humano. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 26.

¹⁶ GARCIA PABLOS-DE MOLINA, op. cit., p. 753.

¹⁷ A Teoria do Controle Social foi criada por LEMERT. É dividida em Controles Sociais Formais e Informais. Cf. LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New York: Prentice-Hall, 1967. Entende-se por Controle Social Formal, o exercício de poder pelos diversos órgãos públicos que atuam na esfera criminal, como polícias, Ministério Público, administração penitenciária etc. Os indivíduos que não respeitam as regras sociais e cometem infração criminal passam a ser controladas por essas instâncias, mais agressivas e repressoras que as instâncias informais. Já o Controle Social Informal “reflete o dia-a-dia das pessoas dentro de suas famílias, igreja, escola, profissão, opinião pública etc”.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

mobilidade. A Escola de Chicago dava ênfase à necessidade de maior atuação do controle social informal (vizinhança, família, escola e igreja), pois funcionava como uma espécie de polícia natural que coibia as primeiras práticas de crimes e integrava a pessoa à comunidade.¹⁸

Com base no controle informal, a imensa maioria da população não delinque, pois sucumbe às barreiras desse controle. O sistema informal vai socializando a pessoa desde a sua infância (a exemplo do âmbito familiar); e é mais ágil na resolução dos conflitos do que os mecanismos públicos. O desprezo social e a vergonha (a exemplo da punição informal, com o afastamento de amigos ou de alguns membros da própria família) são sanções que, para a grande maioria, podem inibir a prática de um crime.

De tal modo, Park entendia que o pobre, o viciado e o delinquente vão sempre se aproximar um do outro, em uma intimidade mútua e contagiosa.¹⁹ Nota-se aqui o viés conservador das ideias de Chicago.

As pesquisas etnográficas constataram que os bairros pobres, com baixas condições socioeconômicas, além de apresentarem maiores índices de criminalidade, possuíam índices maiores de distúrbios mentais.²⁰ Segundo Mowrer, eram determinados pelas más condições de moradia, falta de tratamento adequado (falta de atendimento e hospitais) e também pelo conflito mental, ou a desorganização pessoal, causado pela modificação cultural que a mobilidade trouxe.²¹

Os reflexos da desorganização social e da criminalidade estão presentes até mesmo na atual arquitetura urbana das grandes cidades. No cenário urbano, há redução dos espaços públicos, onde empreendimentos privados são criados; como no caso do Parque Augusta, em São Paulo²², por exemplo.

3 ECOLOGIA CRIMINAL

Primeiramente, cumpre destacar o sentido do termo “ecologia”, cunhado por Ernst Haeckel: o termo remete às relações dos seres vivos com o ambiente.²³ Ecologia Criminal, a partir da incorporação do conceito anterior, tem como objeto de estudo os delitos praticados na cidade em sua relação com o ambiente onde são praticados. Estudam-se

Cf. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 421 e ss.

¹⁸ BALTAR TOJO, Rafael. Conducta social y habitat. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. V, n. 5, p. 215-234, 1982.

¹⁹ PARK, op. cit., p. 72.

²⁰ SHECAIRA, op. cit., p. 143.

²¹ MOWRER, Ernest. *Ecologia da vida familiar*. Estudos de ecologia humana. Tradução Mauro Brandão Lopes. São Paulo: Martins, 1948. p. 435.

²² Contudo, “o que se percebe nestas últimas décadas é que o Parque Augusta incorporou significativa resistência a não edificação e exacerbadas preocupações ecológicas; e que, apesar das mais diversas manifestações considerarem o espaço apropriado ao uso coletivo, não é garantia de que estes ambientes serão convidativos ou adaptáveis à presença da população”. JÚNIOR, Sérgio; GUIMARÃES, Ana Paula Momose. *Dialética do Parque Augusta*. *Cidades Verdes*, v. 3, n. 5, 2015, p. 54., p. 56-73.

²³ Para Haeckel, “por ecologia entendemos a totalidade da ciência das relações do organismo com o meio ambiente; compreendemos no sentido lato todas as condições de existência”. HAECKEL, Ernestapud TULLIO NETO, Petrônio. *Ecopolítica das mudanças climáticas: o IPCC e o ecologismo dos pobres*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 06.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

determinados fatores físicos e sociais onde vive o agente, cuja conduta criminal é analisada também por sua relação com esse meio em que vive.²⁴

O problema central de Chicago, como já visto, era o crescimento populacional desenfreado, que tinha como consequência fatores como pobreza, falta de educação, carência de atenção à saúde e isolamento dos imigrantes, que eram mal vistos pela sociedade.

O índice de criminalidade entre os imigrantes também disparou, sobretudo entre os imigrantes poloneses, que eram vistos como criminosos natos pela sociedade local, conduta típica do *mainstream* criminológico anterior à Escola de Chicago que seguia o modelo lombrosiano, onde o criminoso era visto como ser atávico, com características transmitidas de forma hereditária. A fim de investigar o fenômeno criminal entre os imigrantes, o pesquisador William Thomas viajou muitas vezes até a Polônia, onde conheceu o pesquisador Florian Znaniecki. A pesquisa se dedicou a investigar os pais, avôs e outros parentes desses ditos criminosos para descobrir se eles também tinham um passado de delinquência.²⁵

Todavia, chegaram à conclusão de que os familiares dos imigrantes criminosos eram pessoas simples do campo, respeitadas pela sociedade local, não havendo qualquer indício do conceito de atavismo de Lombroso. O marco desse estudo foi o relatório chamado: *O camponês polonês na Europa e na América*, de 1918, de Thomas e Znaniecki.²⁶

A fim de elucidar melhor a delinquência e o crescimento populacional, a Escola de Chicago pautou-se em dois conceitos: desorganização social e áreas de delinquência (*gradient tendency*).

3.1 DESORGANIZAÇÃO SOCIAL

Para os sociólogos Horton e Hunt, a desorganização social é uma perturbação da cultura resultante de uma mudança social, reflexo de falha dos controles sociais tradicionais, confusões de papel, códigos morais conflitantes e pouca confiança nas instituições.²⁷ Trata-se de uma perda de influência das regras sociais de conduta sobre os membros do grupo. Nessas comunidades, o controle social informal é quase nulo.

A desorganização social de Chicago incidia nos bairros pobres, onde residia a maior parte dos imigrantes. Nesses bairros, as condições de vida eram péssimas, as pessoas viviam próximas às indústrias, convivendo com mau cheiro, lixo e degradação, o que gerava condições favoráveis para o cometimento de atos delituosos.²⁸

²⁴ Para Costa Andrade e Figueiredo Dias, a ecologia criminal seria a aplicação aos “problemas humanos e sociais; postula a sua equacionação na perspectiva do equilíbrio de uma comunidade humana com o seu ambiente concreto”. ANDRADE; DIAS, op. cit., p. 270.

²⁵ ANITUA, op. cit., p. 414.

²⁶ THOMAS, William; ZNANIECKI, Florian. *The polish peasant in Europe and America*. Boston: The Gorham Press, 1918.

²⁷ HORTON, Paul; HUNT, Chester. *Sociologia*. São Paulo: McGraw-Hill, 1980.

²⁸ SHAW, Clifford; MCKAY, Henry. *Juvenile delinquency and urban areas*. Chicago: The University of Chicago Press, 1928. p. 19 e ss.



01 02



01



01 02 03 04 05

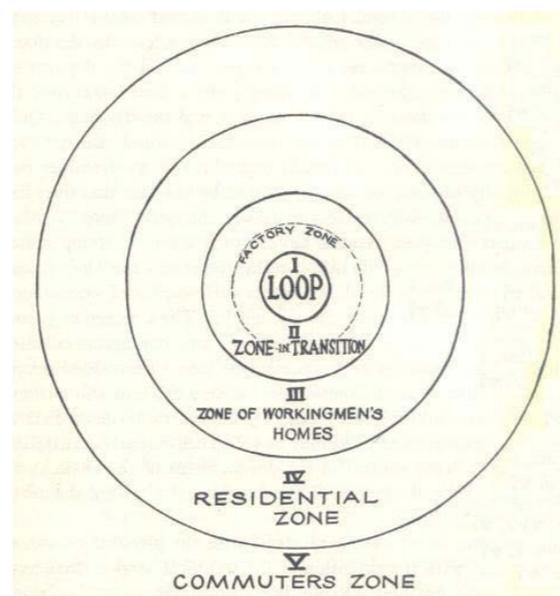


01

No Brasil, a desorganização social ainda impera. Nas periferias, essas mesmas condições de insegurança e vulnerabilidade social se repetem,²⁹ com o agravante da ausência completa do Estado –faltam hospitais, creches, escolas, parques etc. –, a não ser na repressão à criminalidade.

3.2 ÁREAS DE DELINQUÊNCIA – GRADIENT TENDENCY

Segundo esse conceito, uma cidade se desenvolve em diferentes áreas, de acordo com as classes sociais que as ocupam. Em cada área da cidade há um padrão homogêneo de situações socioeconômicas. Para Park, Burgess e McKenzie, as grandes cidades se desenvolvem por meio de um conjunto de zonas, ou anéis, a partir do centro, na chamada teoria dos círculos concêntricos,³⁰ conforme o seguinte gráfico:



Fonte: BURGESS, Ernest. *The growth of the city*. Chicago: The University of Chicago Press, 1928, p. 51.

Os pesquisadores fizeram uma divisão da metrópole em cinco zonas, para ilustrar o processo de crescimento e expansão da cidade: desenho semelhante aos anéis que se formam quando arremessamos uma pedra na água.³¹ Como forma de ilustração, usaremos a cidade de São Paulo como exemplo do funcionamento da teoria dos círculos concêntricos.

Zona I - Loop: Área central da cidade, zona de intensa atividade comercial, predominância de escritórios e comércio. Exemplo: Centro de São Paulo.

Zona II - Transição: Geralmente a parte mais degradada da cidade; deste local, os moradores procuram frequentemente se mudar. Comumente encontram-se ali fábricas antigas, cortiços, prostíbulos, imóveis abandonados e invadidos. São locais onde vivem as classes mais pobres e os imigrantes. Ali o grau de deterioração do ambiente é elevado. Exemplos em São Paulo: região da Luz, República, Glicério e Bom Retiro.

Zona III: Área residencial dos trabalhadores de classe média Exemplos: Mooca, Santana, Barra Funda.

Zona IV: São os distritos residenciais das classes média e alta, geralmente ocupados pelas pessoas de melhor padrão social e compostos por imóveis de valor alto. Exemplos: Moema, Itaim, Campo Belo, Alto de Pinheiros.

²⁹ “Favelas e cortiços constituem, nos países subdesenvolvidos, uma realidade multiforme e mutável, de acordo com cada país e cada cidade. Com efeito, a favela não reúne todos os pobres de uma cidade, e nem todos os que nela vivem podem ser definidos segundo os mesmos critérios de pobreza. Uma favela pode compreender tanto biscateiros, que vivem de rendas ocasionais, como assalariados dos serviços e das indústrias e mesmo pequenos empresários”. SANTOS, op. cit., p. 75.

³⁰ MCKENZIE, Robert. *The neighbourhood*, apud GARCIA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 755.

³¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 755.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Zona V: Compreende as áreas fora da cidade e suas cidades satélites, local onde vive a classe mais rica, em condomínios fechados. Exemplos: Alphaville, Granja Viana e Morumbi (este último, na época da sua ocupação, por ser muito distante do centro, era visto como outra cidade).³²

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA DIVISÃO

Na Zona II de Chicago, os índices de criminalidade são mais altos. Essa zona de trânsito é altamente deteriorada, com péssimas condições de vida e infraestrutura; e é onde residem as classes sociais que mais entram em conflito com a lei.³³ Em 1926 em Chicago, 37% dos crimes praticados por jovens foram cometidos próximos às áreas da *Zona II*.³⁴

Em um estudo de 1928 ficou evidente que os crimes tinham motivação socioeconômica, pois as péssimas condições de vida levavam à desorganização social, descaracterizando o que poderia ser atribuído ao determinismo biológico da teoria de Lombroso.

Um dos fatores também levado em consideração foi o tipo de relações humanas das cidades grandes, muito diverso daquele das cidades menores. Park, Burgess e McKenzie argumentam que um dos motivos para as cidades menores terem menores índices de criminalidade é a solidariedade e os valores morais que se estabelecem entre as pessoas, ou seja, a força do controle social informal. Diferentemente do que ocorre na urbe, onde o anonimato “cria uma impessoalidade nas relações humanas, um culto à liberdade exacerbada, traduzindo-se em uma vida de aparências como meio de incremento de desvios nas normas de condutas éticas e na prática das atitudes sociais”.³⁵

3.4 APORTES E PROPOSTAS PARA AS ÁREAS DE CRIMINALIDADE

Em decorrência desse estudo, Shaw e McKay desenvolveram um estudo que analisa os pormenores da ecologia criminal e procura entender a delinquência juvenil nas grandes cidades.³⁶ Segundo os autores, nenhuma redução contra a criminalidade é possível se não houver mudanças significativas nas condições sociais e econômicas das crianças e dos adolescentes.³⁷

³² Para maiores referências sobre o tema ver: ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 270 e ss. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148 e ss. GARCIA PABLOS-DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014. p. 754 e ss. ANITUA, Gabriel Ignacio. *A história dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 421. VOLD, George. *Theoretical criminology*. New York: Oxford University Press, 1958. p. 184 e ss.

³³ GARCIA PABLOS-DE MOLINA, op. cit., 2014. p. 756.

³⁴ SHECAIRA, op. cit., p. 150.

³⁵ Ibid., p. 151.

³⁶ “Partía Shaw del convencimiento de que el delincuente es un individuo esencialmente normal como los demás. Por ello, al investigar el proceso en virtud del cual un joven se aparta de los grupos convencionales, centro su estudio en el entorno ambiental del mismo, es decir, en cierto barrios de elevados índices de delincuencia, según las estadísticas oficiales: genuinos enclaves culturales en el seno de la gran ciudad, que generan el crimen del mismo modo que producen pobreza, enfermedad o aglomeración humana, donde el comportamiento delictivo es un modelo de conducta esperado por sus habitantes y puede constatarse una actitud hostil generalizada hacia la policía y las agencias del control social”. SHAW; MCKAY, op. cit. apud GARCIA PABLOS-DE MOLINA, op. cit., p. 758.

³⁷ Cf. SHECAIRA, op. cit., p. 151.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Em 1928, as ideias já eram mais avançadas que o pensamento do legislador brasileiro atual. As propostas de redução da criminalidade atual são retrógradas e repletas de vingança punitiva, vide o exemplo da proposta de *Redução da Maioridade Penal* (PEC 171/93). Nessa PEC, o legislador quer transformar o *Estado de Direito* em *Estado de Segurança*. O que se tem com a proposta de redução da maioria penal é a legitimação do encarceramento como resposta aos problemas sociais e culturais.

Nos anos 20, a Escola de Chicago já propunha a prevenção da criminalidade por meio de:

- a) Intervenção social do Estado – construção de escolas, creches, hospitais, parques, áreas de lazer etc. – nas comunidades degradadas;
- b) Incentivo a maior influência das instituições locais como igreja, escola, associações de bairro, grupos de jovens, com o objetivo de reconstruir a solidariedade social, aproximar as pessoas umas das outras e funcionar como freio à criminalidade;
- c) Criação de comitês e entidades de bairro: para envolver desempregados nas atividades comunitárias e promover a redução do desemprego;
- d) Criação de atividades comunitárias para os jovens: efetivação de grupos de escoteiros (para os jovens que migraram do campo para a cidade, como forma de resgatar as atividades do campo e os valores da natureza); fóruns artesanais, viagens culturais e excursões (para os jovens de classe baixa poder adquirir conhecimento e cultura por meio das viagens e do lazer); esporte (fomento as várias praticas de esporte para os jovens). A ideia era ocupar os mais jovens com lazer, cultura, conhecimento e educação, dando a eles oportunidades de emancipação.
- e) Melhoria das moradias e da infraestrutura: assim como melhores moradias, a qualidade de vida do bairro também refletiria na organização social da comunidade, tornando uma comunidade mais digna.³⁸

Essas propostas faziam parte de um programa chamado Área de Chicago (*Chicago Area Project*) de Shaw e McKay, pormenorizado na obra *Juvenile delinquency and urban areas*.³⁹ As premissas consistiam em minimizar o controle social formal trabalhando quase que exclusivamente com o controle social informal, a partir das seguintes ações: (a) os residentes criariam grupos locais; (b) seriam dirigidos pelos próprios membros da comunidade; (c) o combate à desorganização social se daria por meio da organização de atividades esportivas, oferta de colônias de férias aos jovens; mutirão para a redução da degradação física do bairro (reforma de casas, etc.); apoio dos grupos aos jovens que se envolvessem com a justiça criminal; aconselhamento dos residentes que tivessem problemas judiciais e familiares.⁴⁰

³⁸ Vide: GARCIA PABLOS-DE MOLINA, op. cit., p. 758 e ss. SHECAIRA, op. cit., p. 152 e ss.

³⁹ SHAW; MCKAY, op. cit. .

⁴⁰ FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço Urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago*. São Paulo: IBCCrim, 2002, p. 61. apud SHECAIRA, op. cit., p. 153 e ss.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Não se pode esquecer a importância econômica do projeto *Chicago Area Project*⁴¹, impulsionando em grande medida o Estado de bem-estar social nos moldes de John Keynes e sua política de concretização da rede de serviços sociais.

Em São Paulo, destacam-se alguns projetos inspirados no viés comunitário de Chicago, como o projetos Mutirão⁴² (no qual os próprios habitantes construíam suas casas) e o Projeto Cingapura⁴³ (que visava reurbanizar favelas construindo apartamentos em vez de barracos). Contudo, esses projetos foram criticados pelos altos custos e o longo prazo para se perceberem os efeitos positivos.

4 A (MÁ) APLICAÇÃO DAS IDEIAS DA ESCOLA DE CHICAGO NO BRASIL: O MODELO DAS UPPS

Em apertada síntese, as ideias de Chicago prelecionam um modelo de política criminal com ênfase no controle social informal, ao invés de privilegiar o controle social formal, que resta como *ultima ratio*. As políticas atuárias, por sua vez, se pautam por resolver os problemas pela via da repressão e não da prevenção.

No Brasil, parece-nos nunca termos deixado de viver a política da “Lei e Ordem”, a “tolerância zero, como instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”.⁴⁴ Essa solução para o combate à criminalidade vem acompanhada de algumas propostas urbanísticas e ecológicas, mas, sobretudo, de maior efetivação da repressão em larga escala da camada dos chamados indesejados.⁴⁵

Exemplo dessas políticas repressivas no país é o modelo de Unidade de Política Pacificadora (UPP), no Rio de Janeiro, que na prática vai contra o viés preventivo e social proposto. As UPPs foram concebidas sob a alegação de expulsar o tráfico das comunidades carentes e implantar a paz por meio da presença da polícia. No entanto, alguns autores argumentam que elas foram criadas visando preparar a cidade para a realização de importantes eventos internacionais, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016.⁴⁶

Desde o início da instalação das UPPs, não houve nenhuma grande efetivação da presença estatal por meio da expansão de escolas, creches ou hospitais nessas comunidades. A anomia de Estado se constata não somente em

⁴¹ NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 36

⁴² Vide OJEDA, Vinicius de Capitani. *Gestão de obras habitacionais construídas por mutirão*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil)– Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴³ FRANÇA, Elisabete. *Favelas em São Paulo (1980-2008), das propostas de desfavelamento aos projetos de urbanização: a experiência do Programa Guarapiranga*. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo)– Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

⁴⁴ WACQUANT, Loïc. *Punir os mais pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 257. Vide a política da Tolerância Zero e sua matriz ideológica, a famigerada *Broken Windows Theory* (Teoria das Janelas Quebradas). Invenção americana vendida aos incautos como panaceia no mercado da segurança pública mundial. WILSON, James Q; KELLING, George L; SKOGAN, Wesley G. *Broken windows: the police and neighborhood safety*. Boston: Atlantic Monthly, 1982.

⁴⁵ SHECAIRA, op. cit., p. 155.

⁴⁶ CUNHA, Neiva Vieira; MELLO, Marco Antonio Silva. Novos conflitos na cidade: A UPP e o processo de urbanização na favela. *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 3, p. 371-401, 2011.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

locais onde o poder paralelo exerce o controle das comunidades, mas também nas elevadas taxas de desempregados e subempregados,⁴⁷ no vácuo de responsabilidades estatais⁴⁸.

As Upps somente substituíram o poder paralelo pelo poder da polícia, o que nos remete aos preceitos do “poder-corpo” de Foucault, que podem ser resumidos na máxima: “o poder não se tem, o poder se exerce”.⁴⁹ O que ocorre na prática é somente a mudança dos poderes. A desorganização social e as áreas de delinquência continuam a imperar nas comunidades, mesmo com a presença das Upps, bem como as arbitrariedades cometidas contra os moradores (vide o caso Amarildo).⁵⁰

Ao contrário das premissas do *Chicago Area Project*, no modelo brasileiro nenhum método de expansão do controle social informal foi efetivado. As áreas dominadas pelas UPPs continuam à margem das responsabilidades sociais e urbanísticas do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as premissas da Escola de Chicago, nota-se uma evolução criminológica das visões etiológicas e deterministas de Lombroso, Ferri e Garófalo, que desconstruíram a ideia de que o criminoso era um ser atávico e predeterminado (conforme foi demonstrado no estudo *O camponês polonês na Europa e na América*).

Esse novo modelo de criminologia mudou o paradigma para um centrado nas ideias da sociologia criminal, priorizando como foco a intervenção planejada nas políticas sociais, como nas políticas urbanas. É fundamental o “envolvimento da sociedade com a busca de comunhão de esforços dos diferentes segmentos sociais. Programas comunitários devem ser buscados, com a utilização de atividades recreativas em larga escala”.⁵¹ Inaugura-se assim o modelo de criminologia como base para políticas criminais: o modelo de controle social informal.

A regulação social pelo controle social informal apresenta, porém, um viés conservador quanto aos valores dominantes na família tradicional e nos dogmas religiosos. Esse modelo de controle informal pode criar um consenso conversador

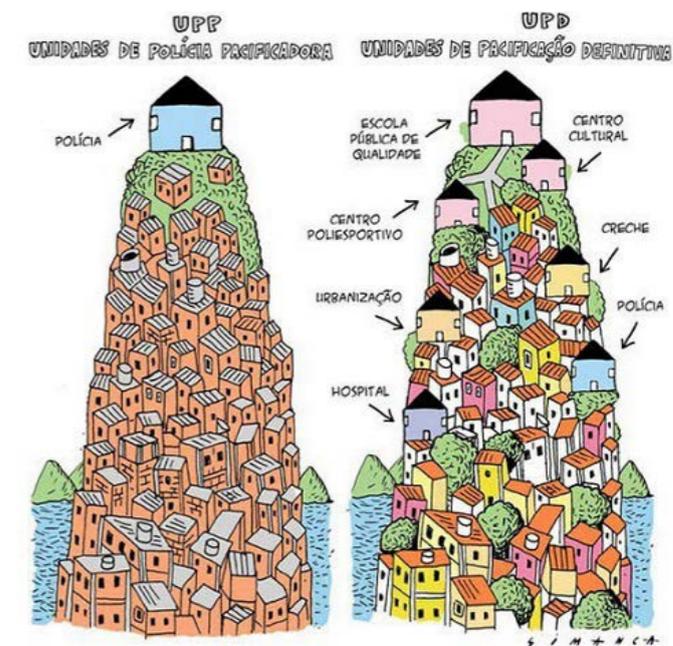
⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990. p. 167.

⁴⁸ Ibid., p. 167.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. Poder-corpo. In: *Microfísica do poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

⁵⁰ Ver: GRANJA, Patrick. *UPP: o novo dono da favela*. Cadê o Amarildo? Coleção Criminologia de Cordel 4. Rio de Janeiro: Revan, 2015. ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida - a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁵¹ SHECAIRA, op. cit., p. 165.



Fonte: SIMANCA, Osmani. In: *Blog do Simanca*, disponível em: <http://simancablog.blogspot.com.br>. Acesso em 13/07/2016.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

na comunidade em relação a cultura, identidade, valores morais e símbolos. Tudo o que fugir daquele consenso pode contribuir para a desorganização social.

Cabe ressaltar que a preocupação da divisão do espaço urbano também é tema de polêmicas no nosso cenário atual. Muitos projetos brasileiros de revitalização urbanística não têm por objetivo a melhoria das condições de habitação dos indivíduos que vivem em áreas degradadas ou próximas a empreendimentos públicos e privados. Muitos projetos revelam objetivo meramente financeiro; a proposta não é revitalizar o ambiente degradado, mas sim a remoção de moradores ou frequentadores desses ambientes, com o intuito de concretizar interesses públicos ou privados. Casos como as remoções realizadas em prol da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016⁵² resultaram a uma migração de pessoas desalojadas para outros espaços degradados da cidade.

A política social e urbana brasileira atual segue na contramão dos ideais propostos pela Escola de Chicago. A classe dominante brasileira contribui para o isolamento e a exclusão das demais, enclausurando-se em ambientes privados fechados, tais como shopping centers, condomínios residenciais ou de veraneio. Querem exclusividade absoluta, e que qualquer pessoa que não seja do seu meio social seja banida dos seus espaços reservados, como ocorreu recentemente com relação ao episódio que ficou conhecido como “rolezinhos nos shoppings”, em São Paulo.⁵³

Esse comportamento elitista e segregador faz com que mercados imobiliários busquem esses grupos como público alvo, incrementando a expansão de espaços exclusivos nas cidades, o que interfere claramente na qualidade de vida de todos os demais habitantes da cidade, como já anteriormente demonstrado. Portanto, o espaço público tem que ser devolvido a todo o público, e não ser monopolizado ao usufruto e ao bel prazer de certas camadas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BURGESS, Ernest. *The growth of the city*. Chicago: The University of Chicago Press, 1928.

_____. *O crescimento da cidade: introdução a um projeto de pesquisa*. Estudos de ecologia humana. São Paulo: Martins, 1948.

PARK, Robert; BURGESS, Ernest. *The city*. Chicago: Chicago University Press, 1925.

PIERSON, Donald (Org.). *Estudos de ecologia humana*. São Paulo: Martins, 1948.

⁵² “Dentre os inúmeros casos de rumores, ameaças e ações de despejo relatados pelos Comitês Populares da Copa das doze cidades-sede, emerge um padrão claro e de abrangência nacional. As ações governamentais são, em sua maioria, comandadas pelo poder público municipal com o apoio das instâncias estaduais e, em alguns casos, federais, tendo como objetivo específico a retirada de moradias utilizadas de maneira mansa e pacífica, ininterruptamente, sem oposição do proprietário e por prazo superior a cinco anos (premissas para usucapião urbano ou para a concessão de uso). Como objetivo mais geral, limpar o terreno para grandes projetos imobiliários com fins comerciais”. PAIVA, Ludmila Ribeiro; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto; ÁLVARES, Lúcia Maria Capanema. O paradigma neoliberal e os megaeventos: como a copa e as olimpíadas servem à produção de cidades mais excludentes no Brasil. *Revista encontros nacionais da ANPUR*, v. 15, 2013, p. 05.

⁵³ “Derradeiramente, surge uma insegurança ontológica que resulta em tentativas repetidas de criar uma base segura, reafirmar valores como absolutos morais, declarar que outros grupos não têm valores, estabelecer limites distintos em relação ao que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo e excludente em vez de permeável e assimilativo”. FURQUIM, Saulo. *A criminologia cultural e a criminalização cultural periférica: discursos sobre multiculturalismo, cultura, crime e tédio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 132.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS

THE STATE RESPONSIBILITY IN THE COMPULSORY HOSPITALIZATION FOR DRUG USERS

Jeniffer Balarini Lemos Künsch

Pós-graduada em Processo Penal pelo convênio Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais pelo convênio Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade São Geraldo. Advogada.

Resumo: Investigamos, através de documentos e fontes bibliográficas, as responsabilidades que se pode exigir quando da ação ou omissão do poder público ao aplicar esta medida de *internação compulsória*. Verifica-se que o Estado age em seu *animus* de administrador partindo do pressuposto de que a internação compulsória tem natureza jurídica de intervenção do Estado (ao direito do) indivíduo, instigada pela segurança da dignidade humana. Vale dizer que a internação compulsória não é um instituto novo, já previsto na Lei 10.216/01, ou seja, a legalidade do instituto está baseada na incapacidade do dependente. Podemos questionar a sua constitucionalidade, o que, por sua vez, levará a uma ponderação entre princípios e direitos fundamentais, diante da qual pretende-se conservar o bem maior, a vida.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Drogas. Internação Compulsória. Estado.

Resume: We investigated through documents and bibliographic sources, the responsibilities that may be required when the action or omission of the authorities to apply this measure of compulsory hospitalization. It appears that the state acts on its administrator animus on the assumption that the compulsory hospitalization has the legal nature of the individual state intervention, instigated by the safety of human dignity. Worth also say that compulsory hospitalization is not a new institute, and already provided for by Law 10.216 / 01. The Institute of legality is based on the inability of the dependent. We may question its constitutionality, which in turn will lead to a balance between fundamental principles and rights, before which we intend to preserve the greater good, life.

Keywords: Liability. Drugs. Compulsory hospitalization. State.

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil do Estado; 2.1 Responsabilidade civil do estado por atos comissivos; 2.2 Responsabilidade civil do estado por atos omissivos; 3. Internação compulsória; 3.1 A internação compulsória para usuários de drogas no Brasil; 3.2 A legalidade da internação compulsória para usuários de drogas; 4. A responsabilidade civil do estado na internação compulsória para usuários de drogas; 4.1 A ação nos estados brasileiros; 4.2 A responsabilidade do estado diante das internações compulsórias tendo como exemplo o estado de São Paulo; 5. Conclusão; 6. Referências.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

1 INTRODUÇÃO

A temática da internação compulsória tem ganhado força nos últimos anos, principalmente após o Projeto de Lei nº 7663/2010, proposto pelo Deputado Osmar Terra,¹ que prevê internação voluntária e involuntária para dependentes químicos.

Há um consumo desenfreado de drogas, e o Estado, que é o grande responsável tanto pela educação como pela saúde e segurança desses indivíduos, tem importante papel nesse debate. Com o objetivo de analisar a responsabilidade estatal na internação compulsória para usuários de drogas, iniciamos o artigo com o estudo da responsabilidade civil do Estado de forma genérica, refletindo ademais, subsidiariamente, sobre sua natureza jurídica, e ainda diferenciando os conceitos de legalidade e constitucionalidade.

Investigamos, no primeiro capítulo, que a responsabilidade do Estado por seus atos comissivos será de cunho objetivo, conforme pacificado pela doutrina; e também que, pela omissão, responderá ora de forma objetiva, ora de forma subjetiva, a depender se a omissão é específica ou genérica.

O segundo capítulo é reservado a tratar das internações compulsórias, partindo da história das drogas. O progresso e a modernidade são, por óbvio, os grandes responsáveis pelo surgimento de drogas sintéticas, cada vez produzidas em maior escala e com mais efeitos devastadores. Seguimos para a natureza jurídica da internação compulsória, entendendo-a como *intervenção*. Ademais, o referido capítulo pondera valores tais quais: liberdade e autonomia da pessoa e sua integridade física e moral, explicando que nessa ponderação sequer é necessário tratar da segurança da coletividade como bem maior. Aqui o bem maior é a vida do indivíduo, o único bem que se deve resguardar e que sobre todos prevalece.

No terceiro e último capítulo, aprofundamos o estudo da responsabilidade civil do Estado, inserindo-a no tema da internação compulsória, ou seja: exemplificamos com casos concretos, hipóteses e situações em que, sendo necessária a atuação estatal, averigua-se qual a responsabilidade aplicada. Confrontamos as ações nos Estados brasileiros, de modo a entender a atuação da administração nessas localidades.

Em suma, o artigo busca contribuir com uma visão civilista ao tema da internação compulsória, optando por analisar as responsabilidades do Estado caso essa modalidade de internação ocorra.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da responsabilidade civil do Estado tem sofrido significantes mudanças ao longo do tempo. O Estado que antigamente se caracterizava pela irresponsabilidade, justificada pela infalibilidade do monarca,² hoje vive a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco administrativo e na Constituição Federal, que, em seu artigo 37, § 6º, estabelece:

¹ Osmar Terra é Deputado Federal (PMDB/RS), médico, mestre em neurociências pela PUC-RS, ex-secretário de Saúde do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.osmarterra.com.br/imprimirNoticia.php?idnoticia=168>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

² MEIRELLES, Hely Lopes *The King can do no wrong (O rei não erra)*. . **Direito Administrativo Brasileiro**, 2008, grifo nosso.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, assegurando o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, p. 25, grifo nosso).

Neste capítulo discorreremos sobre a responsabilidade civil do Estado como responsabilidade objetiva. Em seguida, aprofundaremos esse estudo tratando da responsabilidade do Estado por seus atos omissivos, apontando três teorias divergentes: se objetiva; subjetiva; ou se atos omissivos se dividirão em genéricos e específicos, sendo que, quando do primeiro, será classificada como responsabilidade subjetiva; e, quando do segundo, como responsabilidade objetiva.

Para a abordagem da responsabilidade civil do Estado, trataremos ainda das teorias da culpa administrativa, do risco integral e do risco administrativo, explicando o motivo de ter sido esta última a adotada por nosso ordenamento.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS COMISSIVOS

A responsabilidade civil do Estado tem peculiaridades próprias, decorrentes da sua atividade como administrador e, portanto, de sua posição jurídica. Os danos causados pelo Estado são em regra muito mais intensos e tomam proporções mais amplas do que os causados entre particulares nas suas relações. Essa peculiaridade, todavia, não exime o Estado da reparação. Alude Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1007) que o Estado, como qualquer outro sujeito, deve responder pelos danos que causa, inclusive em decorrência do princípio da igualdade:

[...] a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem. Ademais, como o Estado moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir o lesado.

Quanto à responsabilidade do Estado por seus atos comissivos, a doutrina é pacífica em afirmar que esta responsabilidade é objetiva, respondendo pelos danos causados por seus agentes. Entretanto, é sabido que esta nem sempre foi a teoria adotada para a responsabilidade civil do Estado.

Na história do sistema jurídico, encontramos a orientação de não responsabilidade do Estado pelos danos causados. Essa orientação partiu, por muito tempo, da concepção de que o Estado era a figura da soberania do rei e que, portanto, não devia se responsabilizar. Essa teoria é também conhecida como teoria da divinalização (DE ALMEIDA, 2007).

No Brasil, todavia, sempre prevaleceu a concepção de responsabilização do Estado, ainda que mínima. Amaro Cavalcanti (1904 *apud* DE MELLO, 2011, p.1034) registrou:

[...] No Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e, a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos Tribunais de Justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo,



01 02



01



01 02 03 04 05



01

enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria aceita no País tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.

Atualmente, a concepção adotada é a de responsabilidade objetiva do Estado pelos seus atos comissivos, ou seja, “se há dolo ou culpa, responde o Estado pelo dano, e também, o agente público pela via regressiva” (DE ALMEIDA, 2007, p. 174).

Assim entende também o TJ do DF, ao julgar que, por atos comissivos de seus agentes, responderá de forma objetiva o Estado:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. MORTE DE PRESO. NECESSIDADE DE PROVA DA CULPA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1. ADOTOU O DIREITO BRASILEIRO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, POR ATOS COMISSIVOS DE SEUS AGENTES QUE NESSA QUALIDADE CAUSAREM DANOS INJUSTOS A TERCEIROS. SIGNIFICA DIZER QUE BASTA A OCORRÊNCIA DO DANO INJUSTO E A COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL PARA GERAR A OBRIGAÇÃO DE REPARAR A LESÃO SOFRIDA PELO PARTICULAR. 2. EM RELAÇÃO AOS ATOS OMISSIVOS, A RESPONSABILIDADE DO ESTADO É SUBJETIVA. COM ISSO, DEVE SER DEMONSTRADO O DEVER DE EVITAR A OCORRÊNCIA DO DANO ADVINDO DE DOLO OU CULPA DOS AGENTES PÚBLICOS, PARA ASSIM FAZER EMERGIR A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O PREJUÍZO EXPERIMENTADO. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

(TJ-DF - APC: 20050110364727 DF, Relator: CARLOS RODRIGUES, data de Julgamento: 04/06/2008, 1ª Turma Cível, data de Publicação: DJU 30/06/2008 p.: 29)

Na transição da responsabilidade subjetiva para a objetiva, surgiram as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, visando resolver a questão da responsabilidade do Estado. A responsabilidade objetiva acolhida atualmente está pautada na teoria do risco administrativo, fundamentada na Constituição Federal em seu artigo 37 §6º.

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição da responsabilidade subjetiva para a tese da responsabilidade objetiva, hoje adotada por nosso ordenamento. Nessa teoria, exige-se a prova da culpa, a ser exigida da vítima, que ficaria então com grande encargo. Hely Lopes Meirelles (2008) fundamenta que essa teoria exige demais da vítima, a quem se atribui o encargo de comprovar a falta do serviço, ou seja ausência do serviço ou mal funcionamento, além da lesão sofrida, injustificadamente, para obter a indenização.

Observa-se que a teoria adotada é a do risco administrativo, e não a do risco integral ou da culpa administrativa, pois nesta o Estado se responsabilizaria por todas as situações, sendo levado inclusive ao pagamento indenizatório, em caso de culpa exclusiva da vítima. Na teoria do risco administrativo, o Estado se responsabiliza pelos atos lesivos e injustos provocados pela administração; exige-se o *fato do serviço* e não a *falta do serviço*. Apesar de dispensar a prova da culpa, cabe dizer que a teoria do risco administrativo admite ao Estado a escusa de sua responsabilidade, quando demonstrada a culpa da vítima.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Destaca-se que, no que se refere ao termo “indenização”, a doutrina italiana distingue-a do termo “ressarcimento”, sendo este o mais adequado ao se tratar de responsabilidade civil do Estado (DE MELLO, 2011).

A instrumentalização, ou seja, o ressarcimento dos danos, é feita por meio de ação judicial através de ação de indenização; pode também ser realizada por meio da via administrativa. Além disso, cabe ação regressiva da administração contra o causador, agente público.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, somente quando não produziu a ação que lhe é imputada, ou quando a mesma inexistente, o Estado se exime da reparação.

É importante diferenciar a responsabilidade civil do Estado e a obrigação do Estado de indenizar os particulares nas situações em que certos interesses privados foram sacrificados, como no caso da desapropriação. Segundo De Mello, (2011, p. 1002):

Nestes casos – que incluem, além dela, inúmeros outros, como o tombamento, a servidão, a requisição, a chamada ocupação temporária –, consoante correta e arguta observação do publicista Maurício Zockun, a indenização deve ser prévia. É que, como disse ele, “(...) se a produção de um ato estatal tiver o condão de sacrificar de modo especial e anormal um direito economicamente mensurável, sua entrada em vigor está condicionada ao pagamento de prévia indenização, tal como sucede nos casos de desapropriação ordinária”.

Ou seja, quando há o pagamento prévio da indenização, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. Tendo ocorrido o fato gerador da responsabilidade civil, existindo o dano, o lesado terá o direito de ver reparado seu prejuízo (CARVALHO FILHO, 2006).

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Aqui, neste ponto, quando falamos da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, a doutrina, e também a jurisprudência, divergem nas teorias. Tais divergências podem considerar os atos omissivos como de responsabilidade subjetiva, objetiva ou ambas, cada qual a depender da espécie da omissão, que, segundo Cavalieri Filho (2012), se dividirá em específica e genérica. Guilherme Couto de Castro (1997, *apud* SOARES, 2011, p. 136), sobre tal discussão, afirma:

[...] a omissão específica está ligada a um dever específico de agir em determinado sentido que não foi observado pela Administração Pública. Já a omissão genérica seria a abstenção de um ato ao qual o Estado estaria obrigado em caráter amplo, abstrato (por exemplo, prover segurança), mas que não poderia ser impelido a cumprir em um determinado caso concreto, por desconhecer o fato ou mesmo a sua iminente ocorrência (por exemplo, um homicídio cometido em lugar ermo).

Cada corrente defende sua orientação. A corrente objetivista dispensa a análise da culpa, e concentra-se apenas no nexo causal. Já a corrente subjetivista afirma que: “no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido”. (YUSSEF SAID CAHALI, 1995 *apud* SOARES, 2011, p. 142)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Essa diversidade de posicionamentos quanto à responsabilidade civil por atos omissivos do Estado deve-se a uma obscuridade da própria legislação, que não deixou expresso em seu artigo 37§6º como proceder em se tratando de conduta omissiva. Mas, após a análise de todos os posicionamentos, podemos chegar à conclusão de que os dois primeiros posicionamentos defendem, na verdade, o terceiro. Haverá a indenização quando a omissão for específica, ou seja: tanto os doutrinadores que entendem pela responsabilidade objetiva quanto os que entendem pela subjetiva, vez ou outra tendem a relativizar a certo ponto suas posições, posto que a temática da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos requer flexibilidade e temperança. Para ilustrar o entendimento, segue citação de Nelson Nery Junior (2000, *apud* SOARES, 2011, p. 143):

A teoria da culpa administrativa – falta do serviço, surgida no início do século, na França, não mais atende à realidade hodierna do direito administrativo, de modo que tem de ser abandonada. Mais coerente, portanto, é sustentar a incidência da teoria do risco, ensejando a responsabilidade objetiva da administração, com os temperamentos que a matéria merece, inclusive no que tange às denominadas causas excludentes dessa mesma responsabilidade. (Grifo nosso)

Voltando o olhar para cada uma das correntes, individualmente, encontramos doutrinadores como Hely Lopes Meirelles (2008), que defende a teoria objetiva, assinalando que o artigo 37 §6º da Constituição Federal só abrange a atuação profissional dos servidores públicos e não os atos de terceiros e fatos da natureza.

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiro ou por fenômenos da natureza. Observe que o art., 37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica. [...] E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37 §6º [...] (MEIRELLES, 2008, p.664)

Como podemos observar, mesmo os defensores da teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado para atos omissivos por ele praticados tendem a criar excludentes dessa objetividade, pois que adotar a teoria do risco integral (sempre responsabilidade objetiva) seria de grande risco social. Menciona Renzo Gama Soares (2011, p.141) que “o fato de não tratar a culpa como um aspecto relevante não quer dizer que o prof. Nelson Nery Junior sustente a tese do risco integral por parte da administração”.

Já os defensores da teoria subjetiva, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), acreditam que a responsabilidade por ato omissivo do Estado é sempre ilícita; e, sendo assim, é proveniente de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Também essa doutrina precisa ser relativizada para que tenha sucesso. Alude, por exemplo, ao caso de uma fuga de detentos de presídio e que pratiquem violência nas vizinhanças, sobre pessoas e seus bens. Nessa situação, apesar de haver uma conduta omissiva do Estado, temos a responsabilidade objetiva.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A doutrina subjetivista vem explicar que, como a administração propiciou por ato comissivo seu os fatores que proporcionaram a emergência do dano, justifica-se a indenização (DE MELLO, 2007). Porém, como já mencionado, isso nada mais é do que uma relativização.

A posição que vislumbramos mais acertada é a que defende Sérgio Cavalieri Filho (2012), que, classificando a omissão em genérica e específica, atribui ora responsabilidade objetiva, ora responsabilidade subjetiva à omissão do Estado. Explica Cavalieri (2012, p. 268), nos seguintes termos:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (...) Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva.

Ou seja, quando a responsabilidade for objetiva, estará fundamentada pela teoria do risco administrativo, por sua vez contemplada no artigo 37 da Constituição. (ApC 10033566373, 9ª CCível – TJRS. Desª Marilene Bonzanini Bernardi. DJ 26.05.2010).

Já com relação aos atos omissivos, os quais poderão ser de responsabilidade objetiva ou subjetiva, estarão firmados tanto pela teoria do risco administrativo quanto na culpa do Estado e no nexos com o dano do terceiro lesado. Alude CARVALHO FILHO (2006, p. 464):

A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexos causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado.

O que determinará a responsabilidade civil do Estado é a existência de nexos causal entre a conduta omissiva e o dano sofrido pelo administrado. Conforme acórdão proferido pela Ministra Eliana Calmon:

Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto (STJ- REsp 602102/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ 21.02.2005).

Compreendemos, todavia, que, para os atos omissivos, a responsabilidade deve ser analisada no caso concreto; sendo situação de omissão específica, será objetiva; sendo omissão genérica, será subjetiva. Orientação deveras acertada, posto que diante das discussões doutrinárias, é a melhor alternativa, já temperada em sua própria constituição. Até porque, mesmo na jurisprudência do Supremo, com relação aos atos omissivos da Administração, não há uma posição única, entre as Turmas.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

3 INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

A sociedade, atualmente, tem vivido crescentes perturbações e violências ligadas ao uso e dependência de drogas, sobretudo o *crack*, tendo em vista seu baixo preço e o fator psicofarmacológico devastador desta substância. Portanto, primeiramente, cabe pormenorizar que, neste estudo, trataremos do modelo de internação **para usuários de drogas, ou dependentes químicos**, também denominados viciados em drogas. Laranjeira, (2012, p. 23):

A dependência química é uma doença crônica e recidivante, na qual o uso continuado de substâncias psicoativas provoca mudanças na estrutura e no funcionamento do cérebro.

Traçaremos um paralelo histórico das drogas no Brasil. Ademais, ao falarmos em legalidade da internação compulsória, não estaremos nos referindo à “constitucionalidade”; portanto, não é nossa intenção o debate da “inconstitucionalidade da internação compulsória”, mas sim a exposição dos preceitos legais que fundamentam a ação estatal, cuja natureza é a de intervenção, uma prestação de serviço público em seu sentido amplo.

3.1 A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL

O consumo de drogas pelo homem se deu, inicialmente, pelo uso do ópio e álcool; posteriormente, pela maconha; até que, do sumo da papoula, flor da qual se extraía o ópio, surgem dois produtos novos: a heroína e a morfina. No fim do século XIX, surge a cocaína. Segundo Queiroz, (2008, p.30): “O uso de substâncias entorpecentes pelo homem é quase tão antigo quanto sua própria existência. Foram utilizadas por milhares de anos com finalidades religiosas, culturais, curativas, relaxantes ou simplesmente para a obtenção do próprio prazer”.

O progresso e a modernidade caracterizam-se como os grandes responsáveis pela evolução das drogas e pelo estado de dependência em que determinados indivíduos se encontram, sobretudo a juventude. Na década de 1940, com o movimento hippie e o desenvolvimento da indústria farmacêutica, as drogas irrompem no mundo.

O Brasil adotou um sistema de combate e punição ao tráfico de drogas seguindo o modelo internacional. Desde a década de 1960, com o golpe militar e a Lei de Segurança Nacional, os traficantes eram equiparados a inimigos do regime, criando a conotação libertária em relação ao uso das drogas entre os jovens, principalmente a maconha e o LSD. No início dos anos 1970 e 1980, com o aumento do uso de cocaína e outras drogas na Europa e EUA, aumenta também o tráfico no Brasil.³

A Lei 6.368/76, separou as figuras do usuário e do traficante, bem como fixou a necessidade de laudo toxicológico para a comprovação do uso. A Constituição Federal trouxe ainda novas determinações: tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. A Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) majorou prazos, e as consequências ficam cada vez mais rígidas. Finalmente, com a atual Lei de Drogas, Lei 11.343/06, deixa de existir a pena de prisão para o usuário e dependente e passa-se a distinguir o traficante eventual do profissional.⁴

³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/mdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/mdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Observa-se que apenas em 1960, devido a uma série de acontecimentos sociais e políticos no mundo, passou-se a diferenciar o traficante do mero usuário (QUEIROZ, 2008).

Tratando-se especificamente dos usuários ou consumidores de drogas no Brasil, constata-se que a situação não vem sendo devidamente regulada, e tem causado diversos problemas sociais. Osmar Terra propôs um Projeto de Lei, nº 7663/2010, que está em remessa ao Senado Federal, no qual se prevê a internação voluntária e involuntária para dependentes químicos, alterando a atual Lei de Drogas e os mecanismos que até então vêm sendo utilizados. Segundo Osmar Terra (*apud* DUARTE, 2013, s/p):

É para constranger o uso, não o criminalizar. E o artigo da internação é o que já existe. É igual ao da Lei da Reforma Psiquiátrica, eu copieei o artigo da internação para pessoas com doenças psiquiátricas.

A categoria profissional dos psicólogos tem se manifestado contrário ao PL, considerando-o um retrocesso, que determinará tratamento igual tanto ao usuário quanto ao traficante. Entretanto, como juristas, não podemos seguir o mesmo entendimento. A experiência dos projetos já aplicados, principalmente no Estado de São Paulo, através do Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas (CRATOD),⁵ demonstra que a internação compulsória é válida e, em certos casos, necessária.

3.2 A LEGALIDADE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS

As drogas podem ser classificadas em lícitas e ilícitas, observando que o emprego do termo droga aqui utilizado se refere a “aquilo que é mau em seu gênero” (BERGERET; LEBLANC *apud* LITTRÉ, 1991, p. 19). A dependência química surge pela união dos fatores: droga, indivíduo e sociedade. Segundo Laranjeira (2012, p. 441):

A dependência química pode alcançar uma gravidade tão séria a ponto de gerar a incapacidade civil de uma pessoa, o que, por sua vez, dá margem a sua interdição judicial.

Não serão todos os usuários de drogas que irão se encontrar em estado de dependência. Alguns experimentarão e continuarão com suas vidas como se nada tivesse acontecido. Referimo-nos àqueles que são predispostos à situação de dependência química, problema este que chega a interferir inclusive em sua capacidade civil.

O Estado tem o dever de proteger o indivíduo e proporcionar-lhe os meios para uma vida digna. De acordo com Da Silva (2010, p. 831):

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente aparece ao lado da palavra fiscalização.

⁵ CRATOD: Centro de Referência de Álcool, Tabaco e outras drogas. É um serviço da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, instituído a partir do Decreto nº 46.860/2002. Disponível em: <<http://www.portaldobomretiro.net/novo/noticias/25-parceiros/101-cratod-centro-de-referencia-de-alcool-tabaco-e-outras-drogas.html>>. Acesso em: 07 out. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O artigo 196 da Constituição diz que a saúde é direito de todos e deve ser garantida por políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Compreende-se que, além do dever do Estado de garantir a saúde, esta deve ser efetuada de forma igualitária.

Conforme o psicanalista Antônio Sergio Gonçalves,⁶ a internação compulsória deve ocorrer em situações extremas e não como política pública. Ela pode ser uma etapa, pois sabemos que existem outras questões como falta de renda, moradia, trabalho, proteção social, educação e lazer, que estão na base do problema.

Quanto à legalidade das internações involuntárias e compulsórias, algumas pessoas entendem que as mesmas ofendem a dignidade humana e a liberdade do indivíduo; por isso, primeiramente, diferenciamos legalidade de constitucionalidade.

Quanto ao primeiro conceito, de legalidade, as internações involuntárias e compulsórias são legais, posto que já previstas em lei. A Lei 10.216/2001 é o que tem fundamentado as internações, a partir dos conceitos de toxicomanias descritas na psiquiatria. O que se deseja implantar, a partir do PL 7663/2010, é um Sistema Nacional de Políticas sobre drogas, que impulse todos os Estados a adotarem medidas como as que já estão sendo tomadas no Estado de São Paulo.

Quanto à constitucionalidade das internações, entendemos serem constitucionais, baseadas na Ordem Social já mencionada, artigo 196 da CF. Todavia, não pretendemos adentrar nesse debate, já que se trata de matéria por demais controversa. Claramente existe um conflito entre os direitos fundamentais da liberdade e da proteção à vida.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA USUÁRIOS DE DROGAS

Em se tratando de usuários de drogas, temos um problema social que envolve toda a ordem pública. É questão de saúde, segurança pública, educação, assistência, preservação da dignidade humana e, portanto, é dever do poder público responsabilizar-se pelas ações que possam administrar esse problema. A internação compulsória surge como uma alternativa. Uma assistência aos que estão incapacitados de se internarem ou buscarem outros meios de tratamento voluntariamente.

O tratamento para a dependência química, segundo grande parte dos especialistas, deve começar a partir de uma internação, não domiciliar, por meio da qual haverá a desintoxicação, seguida de outras ações que incentivem a continuidade no tratamento (EY HENRI, 1981). No momento em que são internados involuntária ou compulsoriamente, os dependentes estão em tal relação com a droga que os impede de optar pelo tratamento.

O Estado, portanto, em seu *munus público*, deve agir em busca da proteção da vida e da dignidade humana, respondendo, ainda, pelos comportamentos lesivos que seus atos vierem a causar. Menciona o Projeto de Lei nº 7663/2010, proposto por Osmar Terra: “é muito comum que as leis brasileiras estabeleçam diversas obrigatoriedades, sem definir a devida consequência caso a obrigação não seja cumprida”. O que se compreende dessa afirmação é justamente a necessidade de prever-se a responsabilidade do Estado.

⁶ Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/index.php?option=com_content&view=article&id=491:spinternacao-compulsoria-de-dependentes-de-crack-somente-em-casos-extremos-avaliam-especialistas&catid=2:noticias&Itemid=13>. Acesso em: 19 ago. 2013.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

4.1 A AÇÃO NOS ESTADOS BRASILEIROS

No Estado de São Paulo, iniciou-se em 2012 uma ação para estabilizar o tráfico e uso de drogas nas regiões centrais. Muito se critica o uso de força policial nessas ações, entretanto, em ato público realizado na Assembleia Legislativa, em Vitória/ES, no dia 04 de abril de 2013, o representante do CRATOD/SP, Felipe Toledo, teve a oportunidade de explicar a utilidade da força policial nessas áreas.

Segundo Felipe Toledo, as ações de combate às drogas foram estruturadas em fases, sendo que, quando do início, enfrentou-se uma dificuldade de se chegar aos “focos”. A força policial serve para defender inclusive a vida dos médicos que necessitam avaliar os pacientes. Esses pacientes muitas vezes estão sendo “defendidos” por traficantes. Os dependentes químicos que moram nas chamadas “cracolândias” são, muitas vezes, mulheres grávidas e menores de idade. No entanto, o que mais assustou o poder público com o início das internações foi o número de famílias que buscaram pelas internações involuntárias.

Essa primeira fase, considerada necessária por grande parte dos estudiosos, psicólogos e psiquiatras, é a desintoxicação. Aqueles que combatem a internação compulsória entendem, entretanto, que o tratamento deve ter como estratégia a redução de danos, e que a internação compulsória, por estar baseada na involuntariedade do indivíduo, é ineficaz.⁷

O especialista no tema drogas, Ronaldo Laranjeira, pediu a internação de um dependente de drogas em maio de 2013, em São Paulo:

Uma situação dessas, de muito tempo de dependência química, como a *incapacitação cerebral de poder de decisão*, deixa a pessoa muito vulnerável e tão hostil quanto a Cracolândia”, afirma o médico. (Grifo nosso)⁸

O que se defende nessas ações é que a internação compulsória seja a última alternativa para aqueles que não desejam a internação ou não tenham quem intervenha por eles.

O desembargador Antônio Carlos Malheiros, coordenador da Vara da Infância e Juventude do TJ de SP, disse, em entrevista realizada pela Agência Brasil, em janeiro de 2013, que a parceria boa relação entre Órgãos e Instituições do governo de São Paulo está intimamente ligada ao respeito à dignidade humana: “Esperamos que isso não aconteça. Agora é evidente que não só nós, do Poder Judiciário, mas o Ministério Público, a OAB [Ordem dos Advogados do Brasil], a Defensoria Pública, todos nós estaremos atentos ao resguardo da dignidade da pessoa humana. Todos nós somos antimanicômios, mas há exceções quando a vida da pessoa está em risco ou ela está colocando em risco a vida de um terceiro”, afirmou ele, em resposta aos participantes de uma manifestação contra a internação em manicômios.⁹

⁷ Álcool e outras drogas: a perspectiva dos direitos humanos dos usuários. Entrevista com Mônica Gorgulho. *Revista Diálogos*, ano 06, n. 06, novembro de 2009.

⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/05/sp-tem-primeira-internacao-compulsoria-de-dependente-de-crack.html>> Acesso em: 19 ago. 2013.

⁹ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-01-21/sao-paulo-comeca-fazer-internacao-compulsoria-de-dependentes-quimicos>>. Acesso em: 18 ago. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A política não é higienista e nem de restrição de liberdade, mas de preservação de um direito maior, que é a vida. “O direito à vida, ou outro direito, compreendido como superior – fundamental e humano –, exige a tutela do Estado. Os direitos fundamentais obrigam os poderes públicos” (FABRIZ, 2003, p. 271).

É a partir dessa obrigação estatal de tutela que surgem responsabilidades a serem aplicadas, pois o Estado, ao cumprir esse papel, deve responder pelas lesões que seus atos vierem causar.

A exemplo dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, que possui projeto similar, outros estados como Bahia, Espírito Santo e DF discutem se devem ou não implantar a internação compulsória como política de combate às drogas. Mas mesmo os Estados que não aderem às ações não estão imunes a ocorrências de internações compulsórias. Segundo Denise Tourinho (2013), titular da Superintendência de Prevenção e Acolhimento aos Usuários de Drogas e Apoio Familiar da Bahia, “Não há uma ação específica voltada para a internação compulsória. O procedimento de internar um dependente químico compulsoriamente, consagrado na Lei 10.216, de 2001, necessita de autorização da Justiça, baseado em laudo psiquiátrico”.

O que se discute deveras é a implantação de uma ação específica de internação compulsória já que, em casos extremos, a internação já é legalmente autorizada pela Lei 10.216/2001.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS TENDO COMO EXEMPLO O ESTADO DE SÃO PAULO

Partindo do pressuposto da legalidade da internação compulsória, como já demonstrado em capítulo anterior, e ainda a partir da concepção de que o Estado agirá em seu poder de tutela em face do indivíduo e da coletividade, diversas são as situações que podem levar à responsabilização por suas ações ou omissões lesivas.

Adotando o posicionamento de Cavalieri Filho (2012), como já exposto, entendemos a responsabilidade do Estado como objetiva, por suas ações; quando das omissões, dividiremos a omissão em específica e genérica, sendo que quando se tratar da omissão específica, atribuiremos responsabilidade objetiva; na omissão genérica, atribuiremos a responsabilidade subjetiva.

A partir desse entendimento, exemplificamos situações, como o abuso por parte do poder de polícia, erro médico, ou mesmo a autorização ou negatória da internação compulsória por parte do judiciário, que, como já vimos, terá o poder de intervir e também interditar o indivíduo que se encontra em temporário estado de incapacidade devido ao uso e à dependência de drogas.

Em se tratando do abuso do poder de polícia, primeiramente cabe dizer que, das experiências já acompanhadas nos Estados, inclusive em São Paulo, há certa repulsa da população quando a polícia é utilizada como mecanismo de controle em causas sociais. Entretanto, esse mecanismo é necessário, já que os dependentes que necessitam de ajuda médica psiquiátrica são, muitas vezes, acobertados por traficantes que não desejam perder os maiores consumidores de seus “produtos”. A exemplo da ação ocorrida no Rio de Janeiro, com a ajuda da força policial, as pistas de trânsito foram fechadas, com o objetivo de evitar que, na fuga, os dependentes acabassem atropelados nas vias.

A polícia é necessária, nesse primeiro momento, para o recolhimento, e até para a proteção dos médicos, pois sem a atuação da polícia os mesmos não teriam condição de chegar ao foco do problema. Óbvio que alguns profissionais atuarão de forma a subjugar os direitos alheios e, portanto, devem responder por suas ações. Em verdade, o Estado,



01 02



01



01 02 03 04 05



01

adotando a teoria do risco administrativo, deverá responder pelos danos causados por seus agentes. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 261):

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento do ato ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Ou seja, caso o agente público tenha praticado ilícito, quando a condição de agente público houver contribuído para o referido ilícito, o Estado responderá objetivamente. Em outras palavras, deve haver o nexos causal entre o dano e a conduta do agente, que deve ter agido “nesta qualidade” (SOARES, 2011).

Outra teoria que devemos mencionar é a do risco da atividade, segundo a qual o Poder Público deve exercer a atividade, ainda que perigosa, com absoluta segurança, de modo a garantir a proteção e a integridade dos cidadãos. Portanto, o dever de indenizar, ou ressarcir, é legítimo.

Em julgado referente a uma agressão, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação, por entender não haver o nexos de causalidade:

RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DANOS MATERIAIS E MORAIS AGRESSÃO FÍSICA PRATICADA POR POLICIAL MILITAR RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADOS AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. 1. A ausência de prova acerca da prática do ato ilícito e do nexos de causalidade com os danos suportados pela vítima, afasta a pretensão de indenização por danos morais. 2. Improcedência da ação. 3. Sentença mantida. 4. Recurso desprovido.

(TJ-SP - APL: 1515977520078260000 SP 0151597-75.2007.8.26.0000, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 21/11/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/11/2011)

Já em outro julgamento, o mesmo Tribunal entendeu por condenar o Estado às lesões praticadas por seu agente, por meio da responsabilidade objetiva, comprovado o nexos causal e o ilícito danoso:

RECURSO DE APELAÇÃO DANOS MORAIS AGRESSÃO FÍSICA PRATICADA POR POLICIAL MILITAR CONTRA DETENTO RESPONSABILIDADE OBJETIVA DEVER DE INDENIZAR. 1. O Estado responde pelos danos que seus agentes, no exercício da função, causarem a terceiros. 2. Demonstração da ocorrência do fato e do nexos de causalidade. 3. Lesão de natureza leve aferida por prova pericial. 4. Redução do “quantum” indenizatório. 5. Sentença que julgou procedente a ação reformada apenas para reduzir o valor da indenização. 6. Recurso de apelação parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 100182320088260286 SP 0010018-23.2008.8.26.0286, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 17/09/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/09/2012)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Em se tratando da atuação policial, não temos dúvidas, portanto, que mesmo que essa atuação se dê no âmbito das internações compulsórias, o Estado responderá objetivamente em caso de algum abuso ou excesso, comprovado o fato danoso e o nexo causal.

Na ocorrência de erro médico, por sua vez, serão enquadrados os psiquiatras que atestarão a incapacidade dos indivíduos; aqueles, tal qual os policiais, atuam como agentes, termo que, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 266), indica “servidor ou agente público em caráter permanente ou transitório. [...] ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura”.

Desse modo, responderão também objetivamente em se tratando de erro médico, havendo dano e nexo causal. Se porventura se tratar de omissão, é de se analisar se caso de omissão genérica ou específica, sendo que a última tem lugar quando o Estado está na condição de guardião, situação mais provável nas internações compulsórias. Aplicando-se aqui uma analogia, tem-se que: suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico ciência da intenção suicida do paciente e nada tendo feito para evitá-la (REsp. 494.206/MG); consideremos um internado que, na guarda dos médicos, se encontra em estado de desespero pela droga, de tal forma que comete suicídio: aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, dada a omissão específica do agente da administração, que deveria ter condições de lidar com tal situação. (CAVALIERI FILHO, 2012).

De maneira mais abstrata, analisemos agora a seguinte situação: se o poder público tem o dever de garantir a assistência, a saúde, a educação, a ordem social, qual sua responsabilidade no caso de determinado indivíduo que não foi atendido pelo sistema e, em decorrência da dependência, vem a falecer? O conceito de saúde, segundo Moraes (2006, p. 734, grifo nosso):

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

A essa situação, atribui-se o conceito de omissão genérica e, portanto, o Estado deve responder de forma subjetiva. Cita Cavalieri Filho (2012, p. 269, grifo nosso):

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou *ter apenas o dever de evitar o resultado*. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva;

Relevante a observação de que, quando o Estado apenas possui o dever de evitar o resultado, a omissão será genérica, e este responderá de forma subjetiva, o que consiste em dizer que é necessário a comprovação da culpa do Estado. Como já exposto, o dependente pode encontrar-se em estado de incapacidade, mas seu primeiro contato com a droga foi voluntário, e não pode ser atribuída ao Estado essa culpa.

Em matéria semelhante, relativa à negligência em atendimento hospitalar, julgou a primeira turma do Supremo, entendendo pela responsabilização subjetiva do Estado (STJ – REsp: 743478 PR 2005/0063759-9).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Mas nada obsta do dever do Estado em garantir a dignidade humana, consagrada pela Constituição Federal como fundamento da República.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR COMPULSÓRIA DE DOENTE MENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOA INTERDITADA, CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS. INDICAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO HOSPITALAR EM UNIDADE PSIQUIÁTRICA. *PREVALÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE*. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DE DIREITO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE PRESTAÇÕES POSITIVAS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO PELO SUS. NA AUSÊNCIA DE VAGA JUNTO À REDE PÚBLICA IMPÕE-SE O CUSTEIO DE LEITO NA REDE HOSPITALAR PRIVADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO A MERECER INTEGRAL CONFIRMAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70026501882, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 12/08/2009, grifo nosso).

Cabe ainda recordar que o Projeto de Lei 7663/2010 traz, em seu particular, capítulo sobre a responsabilização dos gestores, operadores e unidades do sistema nacional de políticas sobre drogas. Em sua justificção, alega que o referido capítulo é devido à usual maneira da lei brasileira em criar obrigações sem que se estabeleçam consequências ao seu descumprimento.

O artigo 17-I do referido Projeto determina, como consequência ao descumprimento, advertência, afastamentos, fechamentos de unidades terapêuticas, além de prever expressamente a responsabilização civil e criminal.

Em suma, não é possível esgotar todas as possibilidades nas situações em que, havendo internações compulsórias, possa haver responsabilização do Estado. Por se tratar inclusive de um tema categoricamente novo, apenas a partir de situações concretas e possíveis demandas é que averiguaremos, verdadeiramente, até que ponto o Direito Civil será útil para a resolução dos embates.

5 CONCLUSÃO

Compreende-se, ao longo do texto, que as responsabilidades do Estado na internação compulsória para usuários de drogas serão delimitadas segundo o caso concreto. Ou seja, a partir de uma situação sensível ao mundo jurídico é que podemos avaliar a ocorrência ou não da responsabilização estatal. Em se tratando de ação comissiva que cause dano, lesão a outrem, será ele responsabilizado de forma objetiva. Em se tratando de atos omissivos, responderá objetivamente apenas nas hipóteses de omissão específica; e subjetivamente nas hipóteses de omissão genérica.

Quanto à natureza jurídica da internação compulsória, se deduz que a mesma é a de intervenção do Estado, em sentido amplo, frente à incapacidade do indivíduo. Essa incapacidade, já protegida na Lei nº 10.216/01, que prevê a internação compulsória, hoje vem provocando debates calorosos em relação às políticas de combate às drogas que os estados brasileiros têm traçado, principalmente o Rio de Janeiro e em São Paulo, alvos de críticas que consideram suas políticas higienistas.

Entende-se que os indivíduos que estão incapacitados necessitam da assistência de suas famílias e do próprio Estado, pois não possuem discernimento suficiente para, por si próprios, escolherem a própria vida. Trata-se, assim, de uma



01 02



01



01 02 03 04 05



01

ponderação de valores entre a preservação da vida e da autonomia. Aquela deve sempre prevalecer, posto que a máxima de toda a sociedade é a preservação da vida. Não se trata de um problema de saúde, nem de segurança pública, mas de todos os pilares juntos, os quais, de forma organizada, podem curar, prevenir e educar.

REFERÊNCIAS

BERGERET. J.; LEBLANC. J. *Toxicomanias: uma visão multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Medicas, 1991.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Vade-mécum Saraiva, Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm> Acesso em 30 jul. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei 7663/2010. Acrescenta e altera dispositivos à Lei 11.343/06 para tratar do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=48380>>8 Acesso em: 30 jul. 2013.

BRASIL. Senado. História do combate às drogas no Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/mdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Elaine Patrícia. SP: Internação compulsória de dependentes de crack somente em casos extremos, avaliam especialistas. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/index.php?option=com_content&view=article&id=491:spinternacao-compulsoria-de-dependentes-de-crack-somente-em-casos-extremos-avaliam-especialistas&catid=2:noticias&Itemid=13>. Acesso em: 19 ago. 2013.

CRATOD: Centro de Referências de Álcool, Tabaco e outras Drogas. Disponível em: <<http://www.portaldobomretiro.net/novo/noticias/25-parceiros/101-cratod-centro-de-referencia-de-alcool-tabaco-e-outras-drogas.html>>. Acesso em: 07 out. 2013.

DE ALMEIDA, José Luiz Gavião (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

DUARTE, Rachel. *PL de Osmar Terra que altera lei de drogas no Brasil é adiado novamente*. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/2013/05/pl-de-osmar-terra-que-altera-lei-de-drogas-no-brasil-e-adiado-mais-uma-vez/>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

EY, Henri; BERNARD, P.; BRISSET, C. *Manual de psiquiatria*. 5. ed. Rio de Janeiro: Masson, 1981.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

G1 - SITE DE NOTÍCIAS. São Paulo. *São Paulo tem primeira internação compulsória de dependente de crack*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/05/sp-tem-primeira-internacao-compulsoria-de-dependente-de-crack.html>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. *A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf>. Acesso em 02 abr. 2013.

GORGULHO, Mônica. Álcool e outras drogas: a perspectiva dos direitos humanos dos usuários. Entrevista à *Revista de Psicologia Diálogos*. Ano 06, n. 06, novembro de 2009.

LARANJEIRA, Ronaldo; CORDEIRO, Daniel Cruz; DIEHL, Alessandra. *Dependência química - prevenção, tratamento e políticas públicas*. São Paulo: Artmed, 2011.

MACIEL, Camila. *São Paulo começa a fazer internação compulsória de dependentes químicos*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-01-21/sao-paulo-comeca-fazer-internacao-compulsoria-de-dependentes-quimicos>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

MENDES, Alexandre; CIRINO, Paulo Rogério. *Responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cursos_conteudo/Palestra%20Responsabilidade%20civil%20do%20estado%20%20Alexandre%20Mendes%20e%20PR%20Cirino.PDF>. Acesso em: 02 abr. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

QUEIROZ, Vinícius Eduardo. *A questão das drogas ilícitas no Brasil*. Monografia apresentada ao curso de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

SOARES, Renzo Gama. *Responsabilidade civil objetiva: pressupostos e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TERRA, Osmar. *A tragédia das drogas*. Disponível em: <<http://www.osmarterra.com.br/imprimirNoticia.php?idnoticia=168>>. Acesso em: 21 jul. 2013.



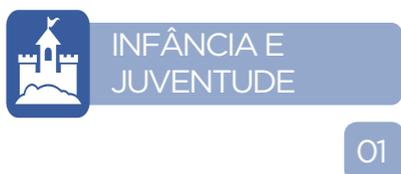
01 02



01



01 02 03 04 05



01

BEM JURÍDICO: UMA REFLEXÃO SOBRE SEU PAPEL COMO LIMITE À LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA “SOCIEDADE DO RISCO”

LEGAL ASSET: A REFLECTION ON ITS ROLE AS A LIMIT TO THE LEGITIMACY OF CRIMINAL INTERVENTION IN THE FRAMEWORK OF “RISK SOCIETY”

Carlos Eduardo da Silva Serra

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Lisboa). Especialista em Ciências Criminais (CESUSC). Advogado.

Resumo: Ante a complexidade da vida moderna, autores vêm a defender a necessidade de atualizar o Direito Penal, de modo a ingressar como resposta aos novos desafios da “sociedade do risco”, com a introdução de novos bens jurídicos voltados à proteção do futuro. Autores passam a questionar o potencial crítico conferido aos bens jurídicos, pelo que seu conceito é relativizado, de modo a possibilitar e justificar a intervenção penal. De outro lado, parte da doutrina entende que essa relativização leva o Direito Penal a um período pré-iluminista, já que esses novos bens jurídicos rompem as barreiras liberais do intervencionismo estatal, com a perda do seu potencial crítico. Questão elementar nessa discussão, portanto, é o papel do bem jurídico como limite à intervenção penal. Este trabalho tem como proposta analisar as posições de renomados autores a respeito do tema e (re)afirmar sua importância para o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Sociedade do risco. Bem jurídico. *Critical potential*.

Abstract: Faced with the complexity of modern life, proponents see a need to update criminal law in order to respond to new challenges of the “risk society”, with an introduction of new legal assets aimed at protecting the future. Authors turn to question the critical potential given to legal assets, so it’s concept is relativized, in order to enable and justify the criminal intervention. From all sides, part of the doctrine understands that this relativization takes criminal law to a pre-enlightenment period, since new legal assets break the liberal barriers of state interventionism, with the loss of its critical potential. The elementary question in this discussion, therefore, is the role of legal assets as limiting the criminal intervention. This research proposal is to analyse the position on the subject of renowned authors and (re)affirm its importance for criminal law in a democratic state of law.

Keywords: Criminal Law. “Risk society”. Legal asset. Critical potential.

Sumário: Introdução 1. Os problemas da “sociedade do risco” e a resposta penal 1.1 A “sociedade do risco” 1.2 A resposta penal: o surgimento do “Direito Penal do risco” 2. A flexibilização do papel do bem jurídico 2.1 Parâmetros para um conceito de bem jurídico 2.2 O papel do bem jurídico: a (re)afirmar seu potencial crítico. Conclusão. Referências bibliográficas



01 02



01



01 02 03 04 05



01

INTRODUÇÃO

O Direito Penal moderno foi erigido sobre alicerces iluministas, em que o surgimento da noção de bem jurídico representou uma importante ferramenta de limitação do *ius puniendi*, conquanto além da potencialização do clássico princípio da legalidade e seus corolários, a necessidade da lesão a um direito subjetivo e a danosidade social da conduta para a configuração do crime buscaram afastar do âmbito penal condutas moralmente reprováveis ou adversas à religião.

No entanto, ante a complexidade da vida moderna (sobretudo, e principalmente para o que trataremos neste trabalho, as questões relacionadas à “sociedade do risco”), alguns autores vêm defender a necessidade de atualizar o Direito Penal, de modo a ingressar com uma resposta aos novos desafios que se avolumam e assim, a introdução de novos bens jurídicos mercedores de tutela, acaba por romper as barreiras de contenção liberais do intervencionismo estatal.

Esses novos bens jurídicos, geralmente voltados à proteção do futuro, a trazer em seu bojo a emergência de cidadania, apresentam défices de validade e de realização. E se, por um lado, para que possa se amoldar nesse novo quadro e amparar esses novos valores, seu conceito tende a se “espiritualizar”, de outro, e em consequência disso, alguma doutrina vem relativizar o papel do bem jurídico para a dogmática e política criminal.

Diversas questões exurgem desse contexto. O fenômeno expansivo do Direito Penal, longe de ser aceito pacificamente pela doutrina, é objeto de severas críticas. O presente trabalho tem como objetivo trazer à baila algumas dessas questões.

Para tanto, faremos inicialmente uma breve abordagem sobre a “sociedade do risco” e o ingresso do Direito Penal como tentativa de enfrentamento para os problemas relacionados a essa nova realidade social. Após isso, serão discutidas as questões que compõem o objeto deste trabalho, que versam sobre o bem jurídico e a importância do seu papel como instrumento delimitador da intervenção penal.

1 OS PROBLEMAS DA “SOCIEDADE DO RISCO” E A RESPOSTA PENAL

1.1 A “SOCIEDADE DO RISCO”

Em 1986 o sociólogo Ulrich Beck apresentou um trabalho intitulado “*A sociedade do risco a caminho de uma nova modernidade*”,¹ abordando a problemática dos novos riscos que advieram com o desenvolvimento e a sua relação com as sociedades pós-industriais. Foi Beck, portanto, o autor da chamada “Teoria da Sociedade do Risco”, teoria esta que traz como principal argumento que a sociedade industrial, a qual se caracteriza pela produção e distribuição de bens, foi desarticulada pela sociedade do risco, na qual a distribuição dos riscos é desproporcional em relação às diferenças nas esferas social, econômica e geográfica da primeira modernidade. Segundo Beck, isso ocorre tendo em vista que o desenvolvimento, tanto da ciência, quanto da técnica, restou insuficiente no prognóstico e controle dos riscos que concorreu de forma determinante para gerar.²

¹ O título original em alemão é *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*.

² Quanto a essa questão, Boaventura de Sousa Santos, com a propriedade que lhe é peculiar, arremata: “A expansão da capacidade de ação ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das consequências da ação”.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Tais riscos exsurtem em tom de alerta global, pesando sobre toda a humanidade, como o risco atômico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e manipulação genéticas, a produção de produtos perigosos ou nocivos à saúde humana e animal, entre tantos outros. São riscos que podem proporcionar catástrofes e desastres globais, desconhecidos a longo prazo e que, quando descobertos, apresentam-se com alta probabilidade de serem irreversíveis.³

O surgimento da sociedade do risco aponta para um estágio da modernidade no qual começam a irromper as ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial.⁴ Nos dizeres de Beck, “as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo”.⁵

Esses novos riscos projetam-se de forma global e particularmente sobre o futuro. O problema das gerações futuras exsurte, portanto, a propósito dessa capacidade expansiva dos novos riscos, ou seja, do constrangimento que certas decisões e ações podem ter sobre as escolhas do futuro, e, mais do que isso, sobre as próprias condições de vida das gerações futuras.

A forma como as sociedades presentes se caracterizam, tendo em conta como o processo econômico está caracterizado, tem a sua consequência sobre o futuro, tornando-se constrangedora, pois limita as opções e a qualidade de vida das próximas gerações, e por isso a questão das gerações futuras torna-se, assim, um problema filosófico, sociológico, jurídico, enfim, um problema para as ciências humanas em geral.

1.2. A RESPOSTA PENAL: O SURGIMENTO DO “DIREITO PENAL DO RISCO”

Perante essa nova realidade e a percepção social do estado de insegurança, as sociedades têm procurado mecanismos de defesa, de proteção, desta forma os Poderes Públicos (e principalmente para a abordagem aqui proposta, o Legislativo), têm tentado consagrar “soluções”, instrumentos de proteção, os quais podemos visualizar nos novos direitos sociais, que têm como base a solidariedade/fraternidade – valores estes que são característicos do Estado de

científica é necessariamente muito menos científica do que a ação científica em si mesma” (*A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* [Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. I]. 2. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002. p. 55.).

³ GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>> Acesso em: 28 dez. 2009.

⁴ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997. p. 16.

⁵ Idem, p. 17. Nesse sentido, já alertava João Paulo II, na encíclica *Fides et Ratio*, 1998, capítulo IV, nº 3, 47: “O homem de hoje parece estar sempre ameaçado por aquilo mesmo que produz, ou seja, pelo resultado do trabalho das suas mãos e, ainda mais, pelo resultado do trabalho da sua inteligência e das tendências da sua vontade. Os frutos desta multiforme atividade do homem, com grande rapidez e de modo muitas vezes imprevisível, passam a ser não tanto objeto de ‘alienação’, no sentido de que são simplesmente tirados àqueles que os produzem, como sobretudo, pelo menos parcialmente, num círculo consequente e indireto dos seus efeitos, tais frutos voltam-se contra o próprio homem. Eles são de fato dirigidos, ou podem sê-lo, contra o homem. Nisto parece consistir o ato principal do drama da existência humana contemporânea, na sua dimensão mais ampla e universal. Assim, o homem vive mergulhado cada vez mais no medo. Teme que os seus produtos, naturalmente não todos nem a maior parte, mas alguns e precisamente aqueles que encerram uma especial porção da sua genialidade e da sua iniciativa, possam ser voltados de maneira radical contra si mesmo”. Também Hannah Arendt, embora em outro contexto, mas que também se encaixa ao tema aqui tratado, chegou a apontar para uma “irritante incompatibilidade entre o real poderio do homem [...] e sua incapacidade de viver no mundo que seu poderio criou” (*Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 12).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

bem-estar social, trazendo em seu bojo os direitos difusos, e, como consequência, a emergência de cidadania e novos sujeitos sociais –, categoria em que se encontram, segundo leciona Paulo Bonavides,

direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.⁶

Assim, são instituídos novos bens jurídicos, cuja ideia e concepção não decorrem apenas da instituição dos direitos, mas, no entanto, têm certa parcela no processo, a apresentar essa dimensão institucional objetiva, identificação de bens jurídicos/proteção jurídica. Esses novos bens jurídicos são intimamente relacionados às novas dimensões de cidadania, em que se incluem, por exemplo, o direito ao ambiente, à qualidade dos consumíveis e à garantia da integridade do patrimônio genético humano. No entanto, são bens jurídicos coletivos ou universais, que, embora apresentem titularidade pessoal, esta não é exclusiva. É difusa, porque não pertence a uma pessoa só, mas, simultaneamente, a todos e a cada um. O objeto desses novos bens jurídicos é não-exclusivo. Além de não pertencer a apenas uma pessoa, não é divisível. Por outro lado, são deterioráveis, por serem consumíveis. O seu desfrute normal implica deterioração, a evidenciar a necessidade de proteção.

O princípio da precaução passa, assim, a ser uma regra de atuação em situações de incerteza sobre causas e efeitos, instituindo uma política de cautela, tendo em vista o contexto de incertezas e a necessidade de tomada de decisões. Umbilicalmente relacionado à teoria da sociedade de risco, o princípio da precaução baseia-se na prevenção ao risco abstrato, ou seja, na cautela providencial que se deve ter em relação às atividades ou produtos sobre os quais a ciência ainda não tenha suficientemente esgotado suas pesquisas, de modo a comprovar ausência de periculosidade e possibilidade de danos.

Diante desse quadro geral, encontramos, pois, os novos desafios do Direito Penal, eis que surge na doutrina e na política criminal o chamado “Direito Penal do risco”,⁷ como uma resposta possível às ameaças dos novos riscos, ante essa nova realidade social. O Direito Penal passa, então, a não apenas participar das formas de reação social e jurídica contra os novos riscos, mas, sobretudo, ingressa nas respostas.

O processo de difusão da insegurança subjetiva em relação aos riscos, levado a cabo pela midiaticização e publicização daqueles, é apontado por Jesús María Silva Sánchez como um fator fundamental para o direcionamento das expectativas e do clamor público em direção do Direito Penal (a causar sua intensiva expansão), de modo a ao menos reduzir esse sentimento de insegurança na sociedade.⁸

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

⁷ Impende destacar que o termo “direito penal do risco” é empregado em sentido crítico ao Direito Penal atual, conquanto assimila essa nova realidade advinda com a sociedade do risco, verificada sobretudo em âmbitos recém-incorporados, em que abundam a tutela a bens jurídicos coletivos e a configuração de tipos de delitos de perigo abstrato, se divorciando, portanto, do Direito Penal liberal. Não comporta, portanto, um conceito dogmático, tampouco um conteúdo preciso. Nesse sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad de riesgo”: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. In: DÍAZ-MAROTO; J.VILLAREJO (Ed.). *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García. Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2006. p. 136-176. Também MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 93.

⁸ Afirma o autor que esse contexto poderia conduzir à expansão dos mecanismos de proteção não-jurídicos, ou até mesmo jurídicos, mas



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Esse movimento de expansão é denunciado criticamente por grande parte da doutrina, já que, como consequência direta, em primeiro lugar, marca o abandono, pela política criminal moderna, da perspectiva liberal, garantista, que caracterizava o Direito Penal clássico, o qual se restringia apenas à defesa do chamado “*mínimo ético*”, para agora inchar-se de modo a também tutelar muitos interesses vagos.⁹

Dentre as principais características desse Direito Penal do risco, podemos referir, em primeiro lugar, ser um Direito Penal de expansão cautelar, tendo em vista que assimila as exigências do princípio da precaução. Como os danos provenientes de determinadas ações muitas vezes só são conhecidos a longo prazo, e, em todo caso, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado mostram-se insatisfatórios como técnica de abordagem, pelo que recorre-se aos novos crimes de perigo abstrato,¹⁰ baseados na suspeita *ex ante* da perigosidade da ação, assimilando, assim, as exigências do princípio da precaução. Não há fundamento objetivo para essa suspeita. A perigosidade abstrata é aferida em probabilidade estatística. O raciocínio utilizado resume-se na assertiva de que “essa ação é em geral perigosa”. Não se baseia em nenhuma explicação para as causas e efeitos, mas sim na presunção de perigosidade.

Ante a expansão do Direito Penal, desenvolve-se ainda sua administrativização, porquanto nesse processo converte-se em um sistema de gestão primária dos problemas sociais, a desnaturalizar o Direito Penal como *ultima ratio*. Isso leva a uma justaposição das suas funções preventivas e do direito sancionatório em geral, de modo a diluir suas fronteiras.¹¹

Por outro lado, haja vista a crescente interdependência dos indivíduos na vida social, as esferas individuais de organização já não são autônomas, e então passam a ocorrer fenômenos recíprocos de transferência e assunção dos deveres de garante de esferas alheias, o que, em Direito Penal, implica a exasperação dos delitos de comissão por omissão.¹²

não necessariamente dos jurídico-penais. Mas tais opções, segundo Silva Sánchez, ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas, fazendo referência à ética social, ao direito civil e ao direito administrativo. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo - Buenos Aires: B de F Ltda, 2008. p. 58.

⁹ MENDES, op. cit., p. 92. Cabe aqui também a observação de Eugenio Raúl Zaffaroni, quanto às últimas tendências mundiais do poder punitivo, em que visualiza o debilitamento do Direito Penal de garantias “através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (*teoria do conhecimento*), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os consequentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de *perigo sem perigo* (perigo *abstrato* ou *presumido*); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas *leis penais em branco*, etc” (*O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 14-15). Não menos precisas são as palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, que tratando da crise de legitimidade do Direito Penal e a tentativa autolegitimadora, afirma: “O horizonte do final de século aparece assim marcado por reivindicações político-criminais contraditórias para o sistema penal. A reivindicação de sua redução e abandono convive com a de sua expansão; e se aquela primeira se faz acompanhar de um fortalecimento das garantias inexistentes, esta preconiza o próprio fortalecimento de seu reconhecimento formal. Enquanto está demonstrada a debilidade dos potenciais garantidores do Direito Penal, continua se apostando neles” (*A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 296).

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 17.

¹¹ FEIJOO SANCHEZ, op. cit., p. 138.

¹² SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 17-18.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Essas são apenas algumas das consequências desse Direito Penal do risco, tão criticado pela doutrina, sobretudo pela chamada Escola de Frankfurt.¹³ Questões diversas são levantadas a esse propósito, a esse novo “desafio” do Direito Penal, como bem discorre Augusto Silva Dias:

O recurso ao Direito Penal para sustentar agressões orientadas pelos mecanismos sistêmicos às estruturas normativas do mundo da vida vem confrontar o legislador com um dilema de fundo. Deve a intervenção penal cingir-se aqui à tutela dos objetos de valor que institucionalizam e medeiam aquelas estruturas normativas, por via da seleção e punição de condutas dotadas de ofensividade, ou deve ir mais longe, até ao controle da atividade regulada pelos mecanismos sistêmicos? Por outras palavras, deve o Direito Penal permanecer Direito Penal da ofensa, da punição das condutas que de uma forma mediata ou imediata, mas sempre suscetível de densificação e comprovação, provocam uma degradação do valor daqueles bens para os seus titulares, ou deve converter-se em Direito Penal preventivo e cautelar, reforçando com as suas sanções a disciplina de funcionamento do sistema, seja ele econômico ou técnico-científico?¹⁴

Aspecto fundamental, portanto, sobre a intervenção penal nesses domínios, à análise dos bens jurídicos protegidos deve ser dispensada particular atenção, já que a legitimidade da intervenção cinge-se com base em critérios rígidos, em que o bem jurídico exerce um papel fundamental. Se por um lado é necessário que haja um bem jurídico merecedor de tutela penal, a ofensa a esse bem constitui também elemento de aferição da legitimidade da iniciativa criminalizadora.¹⁵

No entanto, como referido acima, os novos bens jurídicos, de carácter coletivo, possuem particularidades, e revelam défices de validade, de construção dogmática e de execução ou eficácia, a comportar a emergência de uma nova objetualidade jurídica, como bem alerta Silva Dias, em relação aos crimes contra o ambiente salubre, a genuinidade ou qualidade dos gêneros de consumo assimiláveis pelo organismo humano ou a identidade e inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.

Concluindo, afirma que, não obstante a possibilidade de lesão a bens jurídicos individuais, como a vida, a saúde ou a integridade física, estes bens possuem como principal característica a natureza supra-individual do objeto jurídico tutelado e a sua relação com a proteção das bases naturais da vida humana presente e futura¹⁶.

Nesse contexto, parte da doutrina passa a questionar a importância do papel do bem jurídico como critério legitimador da intervenção penal. Sobre esse tema serão dedicadas as próximas linhas.

¹³ Sobre o tema, remetemos o leitor ao trabalho de Feijoo Sanchez, já citado, bem como à obra de Paulo Silva Fernandes, *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

¹⁴ SILVA DIAS, Augusto da. *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 35.

¹⁵ Idem, p. 71.

¹⁶ Idem, p. 49 e ss.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

2 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PAPEL DO BEM JURÍDICO

2.1 PARÂMETROS PARA UM CONCEITO DE BEM JURÍDICO

A conceituação exaustiva de bem jurídico não é tarefa fácil, ou, melhor seria dizer, como anota Juarez Tavares, praticamente impossível, dadas as variedades com que se apresenta.¹⁷ No entanto, é possível traçar em linhas gerais a delimitação que entendemos mais adequada, com base no pensamento doutrinário que compartilhamos para, posteriormente, trazeremos a lume a discussão a respeito do papel do bem jurídico para a política criminal.

Para Silva Dias, bem jurídico-penal é “aquele bem indispensável para a realização individual e social das pessoas, cuja natureza e valor mantêm uma essencial correspondência com a natureza e valor da liberdade”.¹⁸ Com base no art. 18, nº 2, da Constituição da República Portuguesa,¹⁹ aponta para a exigência de proporcionalidade na restrição de direitos, liberdades e garantias, sobretudo através de pena (em especial a de prisão), sendo que esta só será legítima quando os bens ou interesses a salvaguardar possuírem dignidade constitucional e pertencerem à mesma ordem de grandeza dos valores que se restringem, ou seja, devem possuir um claro referente pessoal, o que não significa que deve ser necessariamente individual. Bens jurídicos

são bens que servem à preservação das estruturas do mundo da vida intersubjectivamente partilhado contra comportamentos que ameaçam a sua subsistência, [...] que exprimem e mediatizam o reconhecimento recíproco dos cidadãos, condição de possibilidade da sua realização e da própria ordem social.²⁰

Segundo Winfried Hassemer, referido por Silva Dias, seria desejável que o bem jurídico pudesse ser concebido como “*algo concreto efectivamente existente*”, de modo a permitir um melhor controle das decisões do legislador. Contudo, reconhece Hassemer que isso não é possível, seja porque a teoria do bem jurídico diferencia-o do objeto da ação, seja em razão da tendência do conceito de se “liquefazer” ou de se “espiritualizar”, tendo em vista a pressão do aumento da diferenciação e da complexidade das sociedades modernas.²¹

Quanto aos bens jurídicos universais, Hassemer considera que também são bens jurídicos em sentido penal, mas devem se funcionalizar partindo da pessoa.²² Nesse sentido, fica caracterizada sua função orientadora, uma vez que

¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181. Explica o autor: “As conceituações, geralmente, procuram esclarecer de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e às finalidades da norma, o que conduz a confundi-los, indevidamente, com o próprio bem jurídico”.

¹⁸ SILVA DIAS, op. cit., p. 71.

¹⁹ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

²⁰ SILVA DIASop. cit., p. 71-72.

²¹ SILVA DIAS, Augusto. «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*»: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 772.

²² HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico – ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. Título original: *Die rechtsgutstheorie*. Badem-Badem. Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 96. Quanto a essa tendência para a desmaterialização, que também aplica-se ao bem jurídico-penal, Augusto Silva Dias esclarece que “é fruto, não de uma deficiência originária ou de uma degenerescência evolutiva, mas da sua natureza simbólica, pré-interpretada, intersubjectivamente definida.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

sua proteção somente é reclamada quando aqueles são levados ao plano de bens jurídicos individuais, e desta forma o interesse geral representa apenas uma etapa da realização da pessoa individual, que é a finalidade da proteção dos bens jurídicos.²³

A observar a necessidade de um conceito de bem jurídico que se adeque às exigências do mundo atual, Hassemer sugere três critérios: em primeiro lugar, tendo em vista que, ao falarmos de bem jurídico, estamos a falar da relação correta entre direito e vida, de uma conexão entre os verdadeiros bens das pessoas hoje em dia, faz-se necessária uma integração inteligente entre o sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, isto é, sobretudo de interesses universais, e por isso o bem jurídico deveria adequar-se à realidade; de outro vértice, por tratar-se de um conceito protetor da liberdade, exige diferenciações precisas dos objetos e denominações acerca dos fatos, então deveria ainda o conceito ser seletivo e nítido; por fim, para facilitar o controle democrático do legislador, de modo a impedir generalizações nebulosas, o conceito deveria ser compreensível.²⁴

Claus Roxin desenvolve sua teoria a buscar revificar o conceito de bem jurídico a partir dos preceitos constitucionais, como restrição ao poder de punir. Conceitua bens jurídicos como “realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento estatal erigido para a consecução de tal fim”.²⁵ Partidário do conceito pessoal do bem jurídico, entende que este não limita-se a bens jurídicos individuais, mas inclusive bens jurídicos da comunidade, que, contudo, só são legítimos quando em última instância sirvam ao cidadão individual.²⁶

Para o autor, em observância à natureza subsidiária do Direito Penal, somente são passíveis de punição aquelas condutas que lesionem bens jurídicos indispensáveis “para uma vida em comum ordenada”, e portanto, onde bastarem outros meios (direito civil ou público), o Direito Penal deve retirar-se²⁷.

No entanto, quanto às condutas como maus-tratos de animais ou a extinção de espécies, ou ainda a destruição do clima que possa prejudicar a vida das gerações futuras, Roxin considera que são possíveis de se apenar, sem que isso implique contradição ao princípio da proteção de bens jurídicos e, portanto, sua renúncia. Deve-se, nesses casos,

O bem jurídico e a ofensa ao bem jurídico – não é demais repeti-lo – são realidades normativas. É por isso que, a respeito de um e de outro, não faz sentido falar de tangibilidade ou de objectualidade perceptível sensorialmente, nem tão pouco preconizar o retorno a uma suposta natureza objectual e materialidade pré-moderna. Em nenhum elemento de sua arquitectura o bem jurídico revelou ou revela tais qualidades. Tanto o objecto propriamente dito como a relação entre este e o titular ou titulares do bem, como ainda a dimensão valorativa ligada ao reconhecimento recíproco, formam estruturas normativas abertas e dependentes de valorações sociais” («*Delicta...*», p. 776). E no tangível ao ambiente e da genuinidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano como bens jurídico-penalmente tuteláveis, assevera que o problema “não é a ausência de materialidade, mas a concepção dos mesmos como objectos reais ou como funções sociais e, conseqüentemente, a utilização de técnicas de tutela que impedem a reconstrução dogmática da danosidade das condutas, isto é, da projecção danosa das mesmas sobre a relação entre o objecto e os titulares da pretensão à sua fruição” (Ibidem, p. 780.)

²³ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1980, p. 222, apud TAVARES, op. cit., p. 199-200.

²⁴ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber..., p. 104.

²⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, op. cit., p. 448.

²⁶ Ibidem.

²⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998. p. 28-29.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

afirma o autor, ampliá-lo, estender o contrato social do círculo das pessoas viventes a outras criaturas da criação e às gerações futuras.²⁸

Segundo a concepção de Tavares, o bem jurídico atua como instrumento de referência da delimitação das zonas do lícito e do ilícito. É necessária a vinculação do bem jurídico à sua origem e finalidade pessoal, sendo que só pode ser bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo e, por outro lado, a demonstração de que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais, o que, segundo o autor, representa uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social, ou por finalidades eleitoreiras.²⁹

Discorre ainda Tavares que, para os efeitos delimitativos dos bens jurídicos, estes prescindem de qualquer classificação, tendo em vista que todos devem ter origem na pessoa humana,³⁰ sendo o fundamental, portanto, verificar-se o referente pessoal. O bem jurídico entendido na qualidade de valor e dessa forma inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica vem a cumprir a função de proteção. Mas essa proteção não é dirigida ao bem jurídico, mas sim à própria pessoa humana, que constitui o objeto final de proteção da ordem jurídica. Consequentemente, somente quando se integra como objeto referencial de proteção da pessoa é que o bem jurídico cumpre seu papel, já que apenas desse modo se insere na norma como valor. Nesses termos, o bem jurídico constitui elemento primário da estrutura do tipo ao qual a ação típica e todos os seus demais componentes se devem referir, tendo em vista que é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e assim pode ser compreendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real. A validade da norma, portanto, é condicionada pelo bem jurídico, pelo que a demonstração de que tenha sido lesado, ou posto em perigo, também subordina sua eficácia, representando, destarte, pressupostos irrenunciáveis do injusto penal a existência de um bem jurídico e a sua efetiva lesão ou colocação em perigo,³¹ o que também deve ser susceptível de um procedimento de contestação. Para que um valor se caracterize como bem jurídico, não basta que interesse à pessoa humana, é preciso que esse valor apresente substancialidade, de modo a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo e é precisamente a possibilidade deste procedimento que representa um limite normativo à questão da “espiritualização” do bem jurídico.³²

Tavares se apoia na definição de Jürgen Habermas,³³ no tangível à diferenciação de norma e valor em razão dos seus pressupostos, no sentido de que a norma vincula-se a uma situação de dever, enquanto o valor, a uma finalidade, e sustenta que, para realmente se compreender a constituição do bem jurídico, não se pode partir de que sua proteção se insira como um dever, porque assim confundir-se-ia com a própria norma, levando-o a retratar-se não como uma

²⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la protección..., p. 456.

²⁹ TAVARES, op. cit., p. 198.

³⁰ A doutrina, porém, afirma o autor, classifica os bens jurídicos de acordo com alguns critérios aleatórios, quais sejam, quanto ao seu titular (distinguindo-se em bens individuais, coletivos e estatais), segundo a sua percepção (concretos e abstratos), segundo a sua natureza (naturais e normativos) e segundo seus elementos (de origem real e de origem ideal). Porém, alerta que “tal classificação é meramente metodológica, e serve apenas para, em determinado contexto e limitadamente, identificar a qualificação do bem que se pressupõe lesado ou posto em perigo pela ação do agente” (idem, p. 203).

³¹ Idem, p. 198-199.

³² Idem, p. 221.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und geltung*. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 312.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

condição material de sua validade, e sim como mero atributo formal.³⁴ Com isso, conclui: “Entendido como valor e não como dever, é o bem jurídico, pois, reconduzido à condição de delimitador da norma. Essa condição delimitadora é que assinala a característica essencial do bem jurídico e deve ser levada em conta em qualquer circunstância”.³⁵

Traçados esses “parâmetros” delimitadores do conceito de bem jurídico, cabe agora verificarmos qual é a importância conferida ao mesmo para a política criminal. Veremos que no âmbito do “Direito Penal do risco”, seu potencial crítico, delimitador da intervenção penal é contestado, senão mesmo rechaçado por um setor doutrinário que o entende extremamente restritivo e, portanto, inadequado para o enfrentamento das questões relacionadas à proteção das gerações futuras, a evidenciar a flexibilização do seu papel. Não nos referimos meramente à questão da tendência alertada por Hassemer de o conceito se “espiritualizar”, a que nos referimos acima, mas, principalmente, quanto ao entendimento defendido por autores, como veremos a seguir, para os quais o bem jurídico deixa de assumir essa condição delimitadora da norma penal, e torna-se fundamento para a criminalização de condutas.

2.2 O PAPEL DO BEM JURÍDICO: A (RE)AFIRMAR SEU POTENCIAL CRÍTICO

A proteção de bens jurídicos é apontada por Hassemer como um dos aspectos principais dos afazeres das ciências penais conciliadas ao modelo de uma teoria do Direito Penal orientado para as consequências. A teoria do bem jurídico, como crítica ao sistema penal, com notável êxito, sobretudo na política criminal, volta-se fundamentalmente para a garantia da liberdade e a proteção do acusado.³⁶ Defende o autor:

O comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, teve como consequência que, por um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, por outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas: o Direito Penal passa a apresentar-se como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos através de instrumentos penais), mas subordina o emprego da sua utilidade – porque ela magoa e fere intensamente – a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só entrará em campo quando nenhum outro meio adiantar.³⁷

Destarte, para a perspectiva orientada para as consequências, como foi formulado originariamente, o princípio da proteção dos bens jurídicos era formulado crítica e negativamente, a servir como obstáculo para a criminalização, já que se as condutas que não representassem ofensa a um bem jurídico seriam imprestáveis para converter-se em tipo penal. Diversamente do que ocorre para a perspectiva funcional, em que passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização, e, conseqüentemente, o princípio perde sua *ratio*, levando Hassemer a concluir que, para a abordagem do Direito Penal orientado para as consequências, quando a tutela penal era orientada para a realização da justiça, a ideia do bem jurídico atuava como instrumento limitador e, ao contrário do que sucede com a abordagem funcional, não encontrava nas garantias do Estado de Direito um obstáculo, mas sim seu fundamento.³⁸

³⁴ TAVAREZ, op. cit., p. 199.

³⁵ Idem, p. 200.

³⁶ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. p. 43.

³⁷ Idem, p. 43-45.

³⁸ Idem, p. 79-80. Nesse sentido, também discorre Juarez Tavares: “Na verdade, a questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida acerca do que se pretende com a sua



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Assim é que, ante as diversas modificações que ocorreram na noção de bem jurídico, do positivismo até o funcionalismo, resta patente o quanto esse conceito depende do rumo tomado pelo poder punitivo, em função das alterações estruturais na sociedade e no Estado, o que leva Tavares a afirmar que “de uma sociedade liberal-individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo gradativamente na sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação”.³⁹

Para Hassemer, a proibição, sob ameaça de pena, de uma conduta que não possa se vincular com um bem jurídico, constitui terror estatal. Portanto, considera que o bem jurídico é irrenunciável como parâmetro de uma boa política criminal, devendo-se centrar em seu núcleo negativo tradicional crítico ao Direito Penal. Por fim, entende Hassemer que uma política criminal moderna e divagadora também fere o conceito tradicional de bem jurídico com a utilização de bens jurídicos vagos e demasiado generalizadores.⁴⁰

No entanto, como já referimos, parte da doutrina não reconhece esse papel do bem jurídico como instrumento limitador da intervenção penal. Para Andrew von Hirsch, por exemplo, o conceito de bem jurídico como entidade pré-existente ao labor do legislador, vinculando-o, simplesmente não existe; e com isso conclui que o conceito de bem jurídico não oferece um enfoque apto para a limitação imanente do Direito Penal, por conseguinte, nesse ponto, o *harm principle* apresenta maiores vantagens frente à teoria do bem jurídico.⁴¹

Seguindo claramente matrizes hegelianas, Günther Jakobs tem uma visão muito distinta dos demais autores. Ele parte do raciocínio de que a finalidade do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, senão a confirmação da vigência da norma. O interesse da norma penal é assegurar a expectativa de uma conduta correta, que seria aquela que não leva a uma decepção de expectativas.⁴² Dessa forma, o fato delitivo seria uma desautorização da norma por parte do autor, e a pena significaria que a pretensão do autor não é válida e a norma continua em vigor e sem mudanças. Portanto, desde esse ponto de vista, ainda que Jakobs não descarte expressamente a teoria do bem jurídico, discutir com maior profundidade seu conceito seria algo inútil.⁴³

O potencial crítico do conceito de bem jurídico também é renunciado por Günter Stratenwerth. Embora não o rejeite totalmente, aduz que todas as tentativas de esclarecer o conceito de bem jurídico fracassaram, o que seria mesmo uma tarefa irrealizável porque já de início não há como obter um conceito que sequer se ajuste aos tipos penais cuja legitimidade esteja fora de questão.⁴⁴

proteção. Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal” (TAVARES, op. cit., p. 181).

³⁹ Idem, p. 197-198.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber..., p. 96.

⁴¹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». In: HEFENDEHL, op. cit., p. 37-52.

⁴² TAVARES, op. cit., p. 196.

⁴³ .Cf. ROXIN, Claus. ¿Es la protección..., p. 445-446; HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, op. cit., p. 464.

⁴⁴ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I - El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson/Civitas (Obra original: *Stracecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*. Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage. Köln; Berlin; Bonn; München:



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O conceito pessoal de bem jurídico, por outro lado, só pode abarcar aquilo que é importante para o próprio indivíduo, como sujeito orientado apenas para seu próprio bem-estar, então, a partir dessa concepção, os bens jurídicos coletivos tornam-se problemáticos.⁴⁵ Isso influencia na questão da proteção das gerações futuras, haja vista que, com o pensamento do bem jurídico, afirma Stratenwerth, não se pode ir longe nesse assunto, já que não é possível calcular as consequências concretas das nossas ações de hoje para com os nossos descendentes, de modo que, nesse contexto, o conceito de bem jurídico coletivo é prescindível.⁴⁶

Com base nessas críticas, sustenta que não há, ou ao menos não deveria haver, mais do que delitos de conduta,⁴⁷ a entender que a razão pela qual se cria um tipo não é a proteção de bens jurídicos, senão o indesejável da conduta. A partir desse ponto, desenvolve seu raciocínio no sentido de que o que se deve proteger penalmente são as “grandes normas de comportamento”.

Apresentadas as posições de autores que recusam o potencial crítico do conceito do bem jurídico, impende neste momento corroborarmos a concepção, também por nós defendida, daqueles que reconhecem a importância do seu papel para a política criminal de um Estado de Direito e, portanto, defendem a indispensabilidade da manutenção do seu conceito.

Esse é o caso de Roland Hefendehl, a defender que o conceito de bem jurídico não é uma questão de riqueza criativa, senão que deve satisfazer determinadas cautelas. Atenta para o fato de que

a crescente funcionalização do Direito Penal como direito de luta traz consigo que se abram continuamente novos campos na luta contra os inimigos, o que torna virulenta para os protagonistas a questão de uma ampliação legitimadora e para os críticos a da limitação do Direito Penal⁴⁸.

Observa Hefendehl que, quanto à chamada “sociedade de risco”, o legislador não ficou inerte; criou diferentes ameaças penais no âmbito da criminalidade organizada, dos delitos econômicos, dos ambientais; e afirma que, para que o Direito Penal continue mantendo uma posição social importante, deve manter firmes e claras as estruturas que vinha utilizando, sem recorrer a bens jurídicos aparentes e a uma ultrapassagem das barreiras de proteção a momentos anteriores ao da ação típica, a concluir que é nosso dever detectar esses erros político-criminais e destacá-los claramente.⁴⁹

Carl Heymanns Verlag KG, 2000 (Academia Iuris – Lehrbücher der Rechtswissenschaft). p. 56. Segundo Figueiredo Dias, “A noção de bem jurídico (seja ele embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”. A abertura do conceito e a relatividade da sua função delimitadora da criminalização são apontadas pelo autor. No entanto, afirma que “acusar a noção de bem jurídico de incapacidade para revelar os exactos contornos do conceito material de crime constituiria, por isso, não só uma flagrante injustiça, como, em último termo, uma afirmação destituída de sentido” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 62).

⁴⁵ STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland. Op. cit. p. 369.

⁴⁶ Idem, p. 371.

⁴⁷ Idem, p. 368.

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento..., p. 469.

⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 04-14 (2002).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Por fim, também fazemos coro ao entendimento de Bernd Schünemann, que assevera que, embora o autêntico desenvolvimento da teoria do bem jurídico ainda esteja por vir, é imprescindível manter a centralidade do seu conceito para a dogmática penal, tendo em vista que a renúncia ao potencial crítico do princípio de proteção de bens jurídicos induz a regressão do Direito Penal a um inaceitável nível pré-iluminista.⁵⁰

Ainda há muito que se discutir a respeito do papel do bem jurídico no que se refere aos novos desafios do Direito Penal (“do risco”), sobretudo quanto à proteção das gerações futuras. As críticas devem ser direcionadas não simplesmente no sentido de defender ou não a flexibilização do seu papel. Isso porque, se por um lado, ante a necessidade de um resultado danoso ou a colocação do bem jurídico em perigo (elementos indispensáveis para a configuração do injusto), já restaria impedida de antemão a criminalização de condutas desse gênero, pela evidente impossibilidade de aferição concreta das consequências de determinadas ações a longo prazo; de outro, e esse é um fator não menos importante, há outros critérios a serem observados para se chegar a uma intervenção penal que seja legítima, mormente o princípio da subsidiariedade. Não nos afigura demonstrada a necessidade de medida tão drástica.⁵¹ Não simplesmente por “funcionalizar” o Direito Penal, o que também evidentemente merece críticas severas, mas antes por entendermos que a resposta penal no enfrentamento a tais problemas acaba sendo meramente paliativa.⁵²

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría...*, p. 197-226.

⁵¹ Nesse ponto, pertinente a crítica feita por Nils Jareborg, a qual foi sintetizada por Karsten Brandt, Susanne Hoentzsch, Rico Maatz e Johanna Schulenburg: “El concepto alemán de bien jurídico es un puro fenómeno alemán que no es ‘exportable’. Suena como una buena idea aunque por otro lado puede ser definido como ‘a kind of bullshit’. En Suecia hay un Estado liberal, social y democrático de Derecho en el que existe una clase específica de moral legislativa. La pena es un modo de castigar a los individuos que sólo se puede fundamentar en causas muy poderosas. Aquí entran en consideración tres causas principales: la invocación a Dios y a los curas, a la reglamentación y reglas estrictas o, sin más, a que no se quiere algo. En la actualidad la teoría del bien jurídico y el *harm principle* son el intento de resumir esta moral legislativa. El problema principal de la discusión alemana se encuentra en que en Alemania muchos profesores de Derecho tratan los principios morales como si fueran reglas jurídicas y las describen entonces como dogmática. Hoy en día es completamente irrelevante si acudimos a la teoría del bien jurídico o al *harm principle*, pues de lo que se trata en realidad es de la interpretación de normas jurídicas. Por tanto, lo único por lo que se debe preguntar es por los pequeños denominadores comunes que existen en las coincidencias y diferencias en la discusión legislativa. Lo importante para una buena ley no es, por consiguiente, la discusión sobre la estructura del delito, sino la cuestión de si algo debe ser criminalizado. Así, el trabajo del gobierno debe tratar de mostrar de la mano de ejemplos cuándo la política ha ido demasiado lejos. Esto sólo es posible en el plano concreto, no en el abstracto del bien jurídico. El gobierno se refugia aquí en la posición de que tan sólo depende de si otros quieren una criminalización” (Tercera sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría...*, p. 434-435).

⁵² Nesse sentido, cabe destacar a lição de Marcelo Neves, que, a trazer o conceito de “legislação-álibi” de Kindermann, voltada para convencer o público das boas intenções do legislador, ou uma tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais, alerta para o fato de mais do que deixarem os problemas sem solução, ainda constitui um obstáculo para que eles sejam solucionados: “É evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais [...] Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido [...] Por fim, é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. Quanto mais ela é empregada tanto mais frequentemente fracassa. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico, ‘transtorna persistentemente a consciência jurídica’. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não positiva normas jurídicas, o Direito como sistema de regulação da conduta em interferência intersubjetiva cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-40).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

CONCLUSÃO

A responder à questão se a teoria do bem jurídico é *¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (título da obra coordenada por Holand Hefendehl, na edição espanhola, referida diversas vezes nesse trabalho), nos posicionamos ao lado daqueles que o veem como um fundamento de legitimação da intervenção penal. A renúncia ao seu papel implica a perda de um importante referencial crítico no labor legislativo e, portanto, de racionalidade, conforme expusemos no decorrer do trabalho.

Consequência imediata dessa escolha é concluir pela impossibilidade de criminalização de condutas relacionadas à proteção das gerações futuras, ante a evidente impossibilidade de aferição concreta do resultado danoso ou a colocação do bem jurídico em perigo. Ademais, devemos observar que há outros pressupostos para a criminalização de condutas, sobretudo a subsidiariedade resguardada ao Direito Penal.

A construção de uma consciência ecológica é imprescindível para a preservação da vida em todos os sentidos. Parece-nos que isso está vinculado ao Direito apenas indiretamente, ou seja, apenas mantém um diálogo. Não cabe ao Direito Penal mudar a consciência das pessoas, afinal é uma ciência do “dever ser”, com método racional, que opera após a produção do fato. Por sua própria natureza científica, não consegue prevenir o crime, nem tampouco mudar o modo de ser do sujeito.

No entanto, além disso, é salutar observarmos que a proteção de bens jurídicos não formula um mandato de criminalização. Para tanto, entendemos a concepção de bem jurídico trazida por Juarez Tavares a que mais se adequa aos parâmetros de um Estado de Direito democrático, já que, para o autor, o bem jurídico não é instrumento de tutela, mas um valor agregado à pessoa humana e se estabelece como objeto de referência para delimitação da intervenção do Estado. A norma não possui, portanto, carácter protetivo, mas delimitador da intervenção do Estado. Proteção é controle, e controle é objeto da força de Estado para o exercício de poder (inclusive ilimitado, pela clássica concepção do *ius puniendi*). Se o Direito Penal é instrumento de controle social, fica difícil se falar em liberdade, porque esta passa a ser uma concessão do Estado.

Destarte, a perspectiva do injusto salientada a partir da noção de bem jurídico é a que mais se coaduna com as necessidades atuais, haja vista o Direito Penal precisar de um desenvolvimento garantista no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo - hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

INTERROGATÓRIO, CONFISSÃO E AUTODEFESA DO ACUSADO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIGOR E NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO, PL N.º 8.045/2010

INTERROGATORY, CONFESSION AND THE DEFENDANT 'S SELF-DEFENSE ON THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE IN EFFECT AND ON THE LEGISLATIVE PROJECT OF THE NEW CODE, PL N. 8.045/2010

Guilherme Fulgêncio Vieira

Mestre em Teoria do Direito pela PUC-MG. Especialista em Ciências Penais pela PUC-MG. Advogado.

Resumo: o estudo comparativo das disciplinas previstas aos atos de interrogatório, confissão e autodefesa do acusado no Código de Processo Penal em vigor e no Projeto de Novo Código, PL n.º 8.045/2010, demonstrará que ambos confundem os institutos e lhes atribuem relevo e papéis maiores e distintos daqueles autorizados no processo penal pelo modelo constitucional de Processo Acusatório.

Palavras-chave: Processo penal. Constituição. Interrogatório. Sistemas processuais. Verdade.

Abstract: the comparative study of the legal discipline established in the Code of Criminal Procedure in effect and the legislative project of the new Code, PL n.º. 8.045/2010, to interrogatory, confession and the defendant's plea and defensive statement demonstrate that both confuse the meaning of those legal concepts. Both codes consider interrogation and confession crucial as sources of evidence and furnish them with graver and different roles in the criminal procedure than those allowed by the constitutional model of accusatorial process.

Keywords: criminal procedural law; constitution; interrogatory; procedural systems; truth.

Sumário: Introdução - 1 Disciplina do interrogatório prevista no PL n.º 8.045/2010 2 Interrogatório, confissão e autodefesa na história e cultura: 2.1 inquisitorialidade laica moderna: do processo penal reformado ou napoleônico; 2.2 Sistema e princípio acusatórios. 2.3 Disputas sobre a natureza e fins do interrogatório e da confissão; 2.4 Formas de silêncio e outras defesas sob o princípio acusatório - 3 Constitucionalização do processo penal e inquisitorialidade; 3.1 Gestão do juiz sobre prova, confissão do acusado, convencimento do julgador; 3.2 Errônea derivação do objeto do processo penal do estudo do Direito Penal; 3.3 Conflito de postulações hipotéticas na persecução criminal: fato versus imputação - 4 Conclusões - Referências.

Introdução

O trabalho em mãos elege por tema os atos de interrogatório e manifestação do acusado no processo penal no Brasil, tais quais se vislumbram em comparação crítica de sua disciplina no Código de Processo Penal em vigor e no Código projetado e a tramitar, em fase revisional e terminativa, na Câmara dos Deputados, sob o número PL 8.045/2010 (iniciado no Senado Federal, PL 156/2009, de autoria do senador José Sarney).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O cotejo da disciplina legal vigente com a projetada indica inovação da ordem jurídica ou permanência de modelo do ato de interrogatório e dos temas amiúde a si vinculados?

Os princípios jurídicos assumidos no projeto revelam o grau de sua constitucionalização e quais consequências projeta ao detalhamento da disciplina do interrogatório, seu momento, temas, limites, da atuação das partes e suas implicações?

Interrogatório é meio de prova? Se, diversamente, for meio de defesa, como por este ato alcança o réu seu objetivo se não faz senão responder à imputação?

Por que permanecem apreciados, nos modelos processuais modernos, interrogatório e confissão? São estes adequados ao sistema acusatório, à polivalência da imputação penal, à centralidade do contraditório, ampla defesa e estado de inocência no processo?

Poderão os conceitos de *parresia*, *veridicção*, estabelecidos por Michel Foucault, indicar a autonomia e experiência de o sujeito humano atuar suas potências espirituais (sensação, sentimento, cognição, inteligência, vontade, sociabilidade) pela assunção do risco da ligação ético-significativa de sua ação e palavra com o mundo, enfim, servir de critério hermenêutico de crítica dos atos de dicção de verdade jungidos à heteronomia estatal e à coercitividade do interrogatório?

O método de investigação conceitual, problemática, e a análise comparativa do modelo em vigor e do projetado ao interrogatório e à confissão no procedimento ordinário combinar-se-ão à pesquisa histórica e filosófica das matrizes dos sistemas processuais (inquisitivo, acusatório e reformado) a opor interrogatório à autodefesa do réu.

1 Disciplina do interrogatório prevista no PL n.º 8.045/2010

O texto projetado, ao disciplinar o ato da manifestação defensiva do acusado, introduziu importantes e salubres alterações a seu regramento, em esforço de ajustar a lei infraconstitucional¹ aos princípios do contraditório, do devido

¹ PL 8.045/2010. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. e http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010 Acesso em: 15 out. 2017.

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil. Art. 2º As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional. Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais. Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal. Art. 6º A lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, porém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais. [...] Art. 64. O interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor. § 1º No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando o delegado de polícia o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade. § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, não se realizando o interrogatório, o delegado de polícia limitar-se-á a qualificar o investigado. § 3º A ressalva constante da parte final do § 1º deste artigo também se aplica ao interrogatório realizado no curso do inquérito. Art. 65. Será respeitada em sua plenitude a capacidade de



01 02



01



01 02 03 04 05



01

processo, da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV a LVI, CR) e do modelo do processo acusatório conduzido perante o juízo natural por órgão autônomo de Acusação (arts. 127 e 129, incs. I, VII a IX; arts. 5º, incs. XXXIX, XXXV, LIII, CR), com garantia da presunção de inocência previstos nos incisos LIV a LVI e LXIII do art. 5º da Constituição da República (introjados na Parte Geral, nos arts. 1º a 8º, do PL N.º 8.045/2010).

O ato é deslocado do título e dos capítulos sobre processo, espécies de procedimento, das fontes e meios de prova à nova situação sistemático-normativa do Código Projetado (passa ao Título IV, dos Sujeitos do Processo, ao Capítulo IV, do acusado e seu Defensor, Seção II, do Interrogatório).

Trata-se de ato de sujeito processual, elemento da atividade em contraditório de cujos dados e circunstâncias o fundamento da final decisão decorrerá: é ato do réu e meio de defesa típico, no qual as finalidades impugnativa, de informação e esclarecimento e, mais remotamente, postulatória reúnem-se (arts. 11, 12, 64 e 65 do Projeto).

compreensão e discernimento do interrogando, não se admitindo o emprego de métodos ou técnicas ilícitas e de quaisquer formas de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar, sendo irrelevante, nesse caso, o consentimento da pessoa interrogada. § 1º A autoridade responsável pelo interrogatório não poderá prometer vantagens sem expresse amparo legal. § 2º O interrogatório não se prolongará por tempo excessivo, impondo-se o respeito à integridade física e mental do interrogando. O tempo de duração do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações. Art. 66. Antes do interrogatório, o investigado ou acusado será informado: I – do inteiro teor dos fatos que lhe são imputados ou, estando ainda na fase de investigação, dos elementos informativos então existentes; II – de que poderá entrevistar-se, em local reservado e por tempo razoável, com o seu defensor; III – de que as suas declarações poderão eventualmente ser utilizadas em desfavor de sua defesa; IV – do direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder a uma ou mais perguntas em particular, ou todas que lhe forem formuladas; V – de que o silêncio não importará confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Parágrafo único. Em relação à parte final do inciso I do *caput* deste artigo, a autoridade não está obrigada a revelar as fontes de prova já identificadas ou a linha de investigação adotada. Art. 67. O interrogatório será constituído de duas partes: a primeira, sobre a pessoa do interrogando, e a segunda, sobre os fatos. § 1º Na primeira parte, o interrogando será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão, lugar onde exerce a sua atividade, vida progressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta e se a cumpriu. § 2º Na segunda parte, será perguntado sobre os fatos que lhe são imputados, ou que estejam sob investigação e todas as suas circunstâncias. § 3º Ao final, a autoridade indagará se o interrogando tem algo mais a alegar em sua defesa. Art. 68. As declarações prestadas serão reduzidas a termo, lidas e assinadas pelo interrogando e seu defensor, assim como pela autoridade responsável pelo ato. Parágrafo único. Se o interrogatório tiver sido gravado ou filmado, na forma do § 1º do art. 29, o interrogando ou seu defensor poderão solicitar a transcrição do áudio e obter, imediatamente, cópia do material produzido. Art. 69. Assegura-se ao interrogando, na fase de investigação ou de instrução processual, o direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda bem ou não fale a língua portuguesa. § 1º Se necessário, o intérprete também intermediará as conversas entre o interrogando e seu defensor, ficando obrigado a guardar absoluto sigilo. § 2º A repartição consular competente será comunicada, com antecedência, da realização do interrogatório de seu nacional. [...] Art. 72. Quando o interrogando quiser confessar a autoria da infração penal, a autoridade indagará se o faz de livre e espontânea vontade. Parágrafo único. É nulo o interrogatório que não observar as regras previstas nesta Seção. Art. 73. No interrogatório realizado em juízo, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no art. 66, proceder à sua qualificação. Parágrafo único. Na primeira parte do interrogatório, o juiz indagará ainda sobre as condições e oportunidades de desenvolvimento pessoal do acusado e outras informações que permitam avaliar a sua conduta social. Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa. § 1º O defensor do corréu também poderá fazer perguntas ao interrogando, após o Ministério Público. § 2º O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida. Art. 75. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no § 3º do art. 67. [...] Art. 276. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º Se possível, todos os atos serão realizados em audiência única, facultando-se ao juiz o fracionamento da instrução quando for elevado o número de testemunhas. § 2º Se necessário, nova audiência será designada no prazo máximo de 15 (quinze) dias, intimados desde logo todos os presentes.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A alteração da topografia do instituto pouco afetou seu sentido sistemático, embora lúdica. Vê-se ali, contudo, disciplina do ato processual do interrogatório semelhante à atual: a persecução de prova pessoal compartilhável com a acusação e útil a motivar juízos de reprovabilidade e culpabilidade.

Foram ampliadas as oportunidades de contribuição de investigado ou réu (art. 66) e estimável benefício da racionalização da disciplina obteve-se pela extensão do regramento do procedimento ordinário ao juízo de garantias, às espécies procedimentais e ao inquérito policial.

Há, contudo, problemas por se sanarem em emendas ao projeto acerca da terminologia do ato cujos fins defensivos, aclaradores e postulatorios haverão de prevalecer sobre as de instrução probatória (interrogar é extrair ou obter por poder heterônomo o que se supõe saber o réu, contraditoriamente a obtê-lo para substituí-lo pela convicção do juiz-gestor da acusação).

As normas projetadas ao ato de prestar o réu esclarecimentos alcançam as informações e a defesa preparatória em inquérito policial (arts. 11 a 13, 64 a 66), asseguram que as ofereça o acusado, com igual amplitude de participação, ante o Juízo de Garantias (art. 14, incisos III, VI, VII e VIII), direitos já consagrados no art. 7º, incs. XIV, XV e XXI, da lei nacional 8.906/94); no entanto, falham em fixar os conteúdos do interrogatório cabíveis a cada fase: notícia de fato, apuração e participação do indiciado ou investigado, no inquérito.

Não disciplina, senão inexatamente, a autodefesa oposta em juízo de licitude de prisão em flagrante e análise de cautelaridade ante o Juízo de Garantias, refutação da denúncia em juízo de instrução e julgamento.

Constata-se no texto do projeto reminiscência de direcionamento do ato à confissão e, com maior potencial lesivo, a ressalva final do uso do meio defensivo como fonte de prova de validade de pretensão acusatória (art. 67) gera risco de preservar a mentalidade institucional em vigência ao invés de reformá-la.

Os arts. 65, 66 e 67 do Projeto mantêm a finalidade precípua do Código de 1941 e preveem o interrogatório como meio de confissão, cujos dados sujeitam-se a compartilhamento de prova com a acusação e autoincriminação do réu, à essência da defesa.

O Projeto de Código, no art. 276, ao disciplinar as fases e elementos do procedimento ordinário, estabelece que o acusado possa prestar seus esclarecimentos no término da audiência de instrução, após a produção de prova testemunhal por acusação e defesa, após o relato de esclarecimentos de perito, acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, se houver. Não cuida a redação dos arts. 67 e 276 do Projeto de todas as modalidades de confissão, da qual se destaca a que a doutrina conhece pelo termo confissão qualificada, já regulada no Enunciado n.º 545 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (nela, a materialidade é declarada pelo acusado que, porém, opõe-se ao sentido da tipificação ou ao fundamento jurídico da pretensão acusatória, ao buscar refutar o sentido de ilicitude mediante causa de justificação, ou a postular causa de exculpação, a falta de elemento da definição do tipo ou, de modo diverso, a invocar causa objetiva a suprimir condição de punibilidade, como erros de tipo e proibição).

O interrogatório disposto no PL 8.045/2010 aparta-se do modelo constitucional de processo e contradiz os princípios proclamados em seus arts. 1º a 6º: diz-se ato de defesa, mas se desenvolve em meio afluente de prova, em instrumento da hipótese acusatória e não rege a plena manifestação da verdade do acusado. Propor-se-á a renovação dos institutos



01 02



01



01 02 03 04 05



01

projetados pelas raízes filosóficas da veridicção e da *parresía* e pela instituição de ato defensivo conformado à matriz do processo constitucional.

2 Interrogatório, confissão e autodefesa na história e cultura

A imprecisão habitual com que a doutrina internacional e legislações versam os temas do interrogatório do acusado, de sua natureza defensivo-estratégica ou probatória, ou, por vezes, híbrida, é universalmente observada (MARTÍN, 2011, p. 83-88; RISTORI, 2007, p. 117-130).

Tão espantosa quanto a difusão desse equívoco é a obscuridade de suas raízes históricas, filosóficas, sociais. Recorra-se ao neologismo cunhado por Michel Foucault, *veridicção*, dicção de ideia de verdade sobre a vida, seus dados espirituais nucleares e atos (FOUCAULT, 2014, p. 21-27; p. 217-246), e verificar-se-á, na Antiguidade pagã e nas várias fases do Cristianismo, procedimentos individuais e coletivos de exame de consciência, introspecção expiatória e de exame de atos, de vidas concretas ou da condição humana acompanhados da enunciação pública da verdade do objeto examinado e do projeto de expiação ou liberação que com ele se buscava.

A confissão existiu primeiro na autonomia da busca de reforma pessoal do espírito, na crua necessidade de um programa e atitude filosóficos de “cuidado da alma” socrático e platônico, exemplarmente exposto no diálogo *Fédon* como esforço de purificação pela saída da ignorância e conquista da aptidão de conhecer racionalmente as coisas alhures da sensação. Cuida da alma quem apreende o substrato invisível e os princípios da realidade, guia-se por eles para viver no mundo com virtude, num exercício vital de apreender a verdade em comunidade dialética e por demonstração (PLATÃO, 2008, p. 226 e p. 264-265²; REALE, 2012, p. 155-156), a compartilhar com a sociedade os frutos, êxitos e aporias da atividade filosófica de dizer a verdade, por dever e necessidade impostos pela força reformadora do conhecimento sobre a ação, unidos na ambiência da vida política (JEAGER, 1995, p. 608-611; 888-896).

A confissão, aqui em sentido específico de buscar a verdade, absorveu-a o Estoicismo na prática do exame de si e da reforma da ação: por ela o sujeito que fala confronta a fluidez, a mutabilidade e a aparente esterilidade do mundo, repele o desespero niilista que nele se suspeitaria para se reconstituir e preservar espiritualmente³.

A veridicção estoica, no colapso histórico dos laços cívicos e políticos da pólis grega e da cidade romana sob o Império e a dissolução interna da sociedade que o lento acúmulo do poder político impunha, tentou derivar da aptidão de conhecer e declarar o sujeito, para si e os demais, o sentido racional objetivo subjacente à mudança e à multiplicidade das coisas, uma vida renovada e prática moralmente justa, traduzidas na constância do dever, no cultivo das virtudes e no serviço político (REALE, 2012, p. 311).

² As citações nas obras de Platão acompanham, mesmo nas edições contemporâneas os números da edição referencial e universal de *Stephanus*, do ano de 1.578. São, para conferência, nº 82d-82e e 83a-83b, na p. 226; nº107b-107e do diálogo *Fédon* (2008).

³ “Acrescentar outro princípio ao que já expus: sempre conceituar e descrever o objeto representado para ver o que é em essência, nu, analisado em todos os seus componentes. É necessário saber-lhe o nome, como também o dos elementos que o constituem, nos quais se dissolverá. Efetivamente nada concorre tanto para a grandeza da alma quanto o poder de examinar com método e verdade as coisas que se encontram na vida, de observá-las tão bem que seja possível chegar a uma conclusão sobre sua utilidade e sobre o mundo para o qual são úteis.” (MARCO AURÉLIO, 2001, p. 37 [Livro Terceiro, XI])



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A veridicção e suas formas, na passagem da Antiguidade à Alta Idade Média, assume outro sentido, ao lado daquele filosófico: surge renovada como enunciação da verdade da miséria humana, raiz de sua existência, e faz-se proclamação da busca do Divino como programa de evolução espiritual: a verdade que se enuncia é estado de segregação do homem de sua fonte divina devido ao Pecado Original a fim de, por este fundamento, estabelecer uma vida penitencial e disciplina meditativa pelas quais a religação com a realidade transcendente e divina, salvação, se possa obter. Anote-se que, para Santo Agostinho, tal expiação não se obtém exclusivamente pelo esforço humano, pela adoção de atos e pensamentos santos, pois, o homem, banido de Deus pela Queda, por si não pode remir-se de sua condição, e deve, pois, ao menos, cultivar na alma e a ação social a busca da misericórdia divina, fonte única de redenção (AGOSTINHO, 1984, p. 15-25).

Confissão, assim, exercia-se no arcabouço de outras formas expiatórias e integrativas, livre de interrogatório externo, em mediação entre fé e filosofia, razão filosófica e teologia, no longo esforço de ajustar Platão e suas interpretações clássicas e helenísticas aos ainda indefinidos artigos de fé cristãos (REALE, 2012, vol. 1, p. 438)⁴.

Verifica-se assim a primeira forma do dizer veraz, autônomo, fundado no compromisso entre o que se diz, experimentar-se e no programa de reforma pessoal seja filosófico ou religioso. Confissão que se constitui, mas não se extrai, que o sujeito assume e com que se conhece, e não pela qual terceiro desvela algo sobre si e por este meio exerce poder coercitivo e o submete. Era *exomologesis* ou verdade pessoal cuja enunciação (privada ou pública) se fazia a reintegrar a verdade íntima à verdade objetiva (divina ou social) (FOUCAULT, 2014, p. 37-67; 121-129).

A confissão, na passagem da Alta à Baixa Idade Média, sem perder a *exomologesis* dos poetas, filósofos, ascetas, eremitões, monges e místicos, adquiriu também o sentido específico de exame radical de atos e de modos de vida e de enunciação de sua verdade descoberta para obter expiação: faz-se enunciação da vida refletida e dicção penitencial da verdade (*exagoreusis*) para reintegração ao divino (FOUCAULT, 2014, p. 193-200).

As espécies de veridicção estruturam-se em diferentes discursos tomados e expressos como verdadeiros por sua forma e, também, pelo liame ético e espiritual com o ouvinte e partícipe e suas reações ao que se diz como tal (FOUCAULT, 2014, p. 4).

⁴ Platão (2001, p. 484-497, Livro X, de 614a até 621d) usou a alegoria mítico-literária da jornada de Er, o armênio, ao mundo dos mortos e de volta para narrar seu aprendizado do itinerário da alma à transcendência do vício e para fixar o propósito da Filosofia em passar da mera aparência fenomênica ao conhecimento racional e da opinião e da utilidade ao saber do Bem e à práxis da virtude política da justiça. Agostinho de Hipona (2001), seis séculos depois, sustentou que as escolas filosóficas da Antiguidade diferiam entre si só em aparência, pois suas doutrinas podiam ser resumidas a três teses fundamentais: a) a realização do prazer é o fim último da existência ao qual servem as virtudes; b) as virtudes constituem a meta suprema da vida e, como tais, devem condicionar a busca do prazer; c) os princípios da natureza são os fins a serem buscados e, uma vez que compreendem prazer e virtudes, implicam sua busca. As formas de vida (contemplativa, pública e mista) que tais escolas sustentam, cada qual como a sublime, derivam todas daquelas três teses fundamentais sobre a vida feliz. Santo Agostinho, a seu turno, refuta-as pela compreensão de que a miséria é a condição da vida humana na cidade terrena, onde o pecado instituiu a servidão do homem a seus semelhantes e o submete a inúmeros males. A Filosofia e a razão humana auxiliam a entender a lei divina revelada – a qual, porém, deve ser aceita pela fé – e favorecem a descoberta das virtudes pela alma racional e a disciplina da vontade segundo estas. Contudo, a vida segundo as virtudes não garante a libertação do jugo da miséria, pois somente a misericórdia de Deus pode resgatar o homem, corrompido na cidade terrena pelo pecado. (AGOSTINHO, 2001, p. 381 a 422. Para superar a fragmentação, a separação pelo pecado em que vive, o homem deve, a seu ver, submeter seus atos à mais inclemente revisão, cumprindo o ato de dicção de sua verdade arruinada a função de expor as causas objetivas de sua miséria, a permitir o arrependimento e a reintegração com Deus: “quero recordar as minhas torpezas passadas, as corrupções de minha alma, não porque as ame, ao contrário, para te amar, ó meu Deus. É por amor do teu amor que retorno ao passado, percorrendo os antigos caminhos de meus graves erros. A recordação é amarga, mas espero sentir tua doçura, doçura que não engana, feliz e segura, e quero recompor minha unidade depois dos dilaceramentos interiores que sofri quando me perdi em tantas bagatelas, ao afastar-me de tua Unidade.” (AGOSTINHO, 1984, p. 45).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Essa relação de verdade expressa, estrutura de discurso, atitude e forma do dizer veraz, recepção da verdade por outrem como manifestação necessária e valorada como veraz, resposta, imprevisível, que encerra potências antagônicas de dano ou benefício, e o fluxo constante de sentido e ação entre os partícipes da relação que assim se estabelece foi designada por Michel Foucault, após estudo de longa tradição e usos filosóficos, poéticos, teológicos, como *parresía* (FOUCAULT, 2014, p. 3-21; 23-50, 284-299), dizer franco, dicção da verdade sob a validade da convicção pessoal e por meio da qual um pacto se estabelece com o ouvinte, a quem é confiada para exame e reação, qualquer que seja. A voluntariedade da manifestação, a totalidade do espírito ali refletida, e o liame de reconhecimento, amizade, confiança com que é recebido pode se desfazer, em fluir e refluir contínuos de atividade hermenêutica a envolver o ouvinte, tornado autor⁵.

Os discursos de verdade e os fluxos e refluxos de sentido e de ação políticos que provocavam consistiam em relações políticas (FOUCAULT, 2014, p. 9).

Pela *parresía*, fala franca, é-se com outrem, ou em face deste e, por vezes, em combate contra este. Por essa prática, alguém decide exprimir seu pensamento sobre algo de interesse e relevância para si e outrem, compromete-se a expor o fundamento de sua compreensão, crença, sentimento e a dar-se a conhecer também com o objeto a alguém peculiarmente relacionado ao objeto dessa dupla dicção (FOUCAULT, 2014, p. 8).

Registro histórico aponta conotação ocasionalmente negativa de *parresía*, tida por verborragia, indiscrição, lisonja, ou discurso moldado por técnica retórica e dirigido à persuasão do interlocutor ou à derrota do adversário (FOUCAULT, 2014, p. 11-12)⁶. A seu lado, tradição e literatura filosófica destacam que o sentido positivo e mais próprio da *parresía* era o da dicção leal, irrestrita e completa da verdade e da convicção reflexa de seu autor da verdade, sem reserva de pensamento ou de sentimento, e desprovida de simulacros (FOUCAULT, 2014, p.11-13).

É *parresía* o cerne de relação política e ética: o autor desse dizer-veraz exprime o que pensa, sua convicção e entendimento nas razões do que é pensado, afiança com seus atos o que diz, confia a outrem a inteireza do que é sabido e de como afeta sua vida, atribui-lhe, a este ouvinte qualificado por uma finalidade ou por atributos especiais – guia de consciência, pessoa a quem aconselha, o destinatário de parecer, o governante cuja decisão instrui, o confessor a cujo entendimento ou juízo se entrega, amigo ou amante a cujo exame confia algo – (FOUCAULT, 2014, p. 8-14) e submete-se ao risco da incerta e incontrolável reação deste, seja instrução, benevolente admoestação, seja o rancor por ofensa interpretada, quiçá vingança por agravo que o falante não concebera (FOUCAULT, 2014, p. 13).

⁵ “A análise desse domínio poderia ser chamada, em oposição às das estruturas epistemológicas, o estudo das formas ‘aletúrgicas’. [...] A aleturgia seria, etimologicamente, a produção de verdade, o ato pelo qual a verdade se manifesta. [...] É nesse marco que estudo a noção e a prática da *parresía* [...] Cheguei a ele a partir da velha questão, tradicional no próprio cerne da filosofia ocidental, das relações entre sujeito e verdade, questão que foi posta, recebida inicialmente nos termos clássicos habituais, tradicionais, isto é: a partir de que práticas e através de tipos de discursos se tentou dizer a verdade sobre o sujeito? Assim: a partir de que práticas, através de que tipos de discursos se tentou dizer a verdade sobre o sujeito louco ou sobre o sujeito delinquente?” (FOUCAULT, 2014, p. 4-5)

⁶ “De o respeito reside sinceramente nas almas dos ouvintes, enquanto o louvor com demasiada freqüência (sic) está nos discursos dos mentirosos que ocultam o que pensam. Por outro lado, nós, os ouvintes com isso ficaremos maximamente confortados, não agradados.” (PLATÃO, 2007, p.287, 337b-c)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

É jogo comunicativo fundado na voluntária e reflexiva expressão de uma verdade em que se creia, pelo fundamento de nela crer e a dar razões disso, dirigida a alguém ao qual se confia suas consequências e seu exame, mas que não permanece inerte, torna-se destinatário do que ouve e autor de interpretação, a responder ora benéfica, ora brutalmente, a provocar novas relações na cadeia de sentido político⁷.

Essas práticas e expressões espirituais observam-se ao longo da história, mas não sob as mesmas formas, nem deixadas incólumes pelas mudanças sociais. O lento e profundo processo de institucionalização, sob distintas estruturas, do poder político, das relações de mando e obediência, dos métodos, agentes, alcances e sentidos da origem e dispersão do conhecimento já alteraram, já agudamente se opuseram às práticas de veridicção autônoma e ao sentido estrito da *parresía*, sufocado e substituído pela dicção do fato ou condição imputada, de que a confissão em interrogatório judicial é, decerto, o exemplo mais violento, por sua dispersão universal e efeitos⁸.

Surge, sob distintas formas e ao longo do tempo, a instituição da confissão heterônoma, colhida não pela iniciativa do falante, mas ora por exigência, ora sob agressão e mando alheios, já por intrincado jogo de sugestão de riscos externos: à reputação, à vida, à situação de alguém em processo jurisdicional, à liberdade.

Ao longo da história, a notícia do crime, o diagnóstico de doença, a suspeita e a ulterior provocação da autoridade policial, acusatória ou judiciária, se assenhora da originária convicção da verdade e do impulso vital de falar e comprometer-se com o sentido do que se fala perante outrem. Se a autoridade – intelectual, ética, ou circunstancial – do interlocutor não se fazia traço necessário da *parresía*, a confissão, eclesiástica, clínica ou judicial, torna-se ato provocado por um plexo de sentidos e juízos e atos anteriores ao que se fala, cujo sentido se colhe por procedimentos hermenêuticos especializados, técnicos e confiados a posições de poder.

Autoridade de quem ouve e age pelo que ouve, heterônoma provocação e contexto de oitiva, coercitividade do procedimento e riscos da aniquilação moral e jurídica tornam-se os traços distintivos da nova instituição que, doravante, mal se compreende sem o itinerário procedimental do interrogatório e a impulsão institucional em que se presta.

⁷ [...]“a *parresía* pode se desenvolver e se estabilizar no que poderíamos chamar de um jogo parresiástico. Porque o parresiasta é de fato aquele que assume o risco de questionar sua relação com o outro e até sua própria existência dizendo a verdade, toda a verdade, contra todos e contra tudo, por outro lado, aquele a quem a verdade é dita – quer se trate do povo reunido sobre as melhores decisões a tomar, quer se trate do Príncipe, do tirano ou do rei a que é preciso dar conselhos, quer se trate do amigo que você guia – este, (povo, rei, amigo), se quiser desempenhar o papel que lhe propõe o parresiasta dizendo-lhe a verdade. [deve] aceitá-la, por mais desagradáveis que sejam para as opiniões estabelecidas na Assembleia, para as paixões ou os interesses do Príncipe, para a ignorância ou a cegueira do indivíduo. [...] A *parresía* é, portanto, em duas palavras, a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade do que pensa, mas é também a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira a verdade ferina que ouve.” (FOUCAULT, 2014, p. 13)

⁸ À medida que as ambiências normativas e referenciais da pólis grega, da República e do Império Romano se esgarçaram e se destruíram, o atomismo político e anomia da guerra e invasões bárbaras forçaram à nova organização social, o feudalismo cujos cernes de poder jurídico e econômico eram a terra, seu controle por senhores da guerra, relações de vassalagem e a fragmentação do governo e da força militar (GROSSI, 2014, p. 53-60; SCHIOPPA, 2014, p. 40; GILISSEN, 2003, p. 188-189). A Igreja conquistara, ainda sob Roma, mais que autorização estatal a existir e o fim de sua perseguição: obtivera unidade de mando sob o Império, e veio a consolidar seu poder sob a autoridade investida e infalível do Papa, embora a fragmentação de seu credo, do Concílio de Niceia aos de Latrão e além deste, haja traçado penoso caminho (POLI, 2016, p. 53-93; GILISSEN, 2003, p. 127-150; BÖCKENFÖRDE, 2012, p. 215-231, COUTINHO, 2015, p.7-12). As disputas doutrinárias, da Antiguidade à Alta e à Baixa Idade Média, e a fragmentação territorial do ministério e administração eclesiásticos levaram à reação a imenso impulso centralizador. O Concílio de Latrão, em 1215, impôs o sacramento da confissão periódica e devida, regulou a denúncia obrigatória de hereges e suspeitos, a quem vedou defesa técnica, auxílio econômico e afetivo e levou à instituição dos Tribunais da Inquisição em 1252 e à práxis judiciário-canônica da persecução religioso-penal dos diferentes com apoio secular dos poderes feudais e reais (POLI, 2016, 68-110; GILISSEN, 2003, p. 127-150, 396; COUTINHO, 2015, p. 1-35).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Imensas são as diferenças, pois, entre ato de interrogatório, confissão, formas de veridicção e a estrita noção de *parresía*. Por sua exposição, e pelo estudo do devir de um dizer veraz institucionalizado no processo e violentamente oposto a seu falante, mais objeto que autor dessa dicção, sujeito aos riscos da ineficácia de sua defesa, da obtusa relutância das autoridades da persecução criminal (intérpretes, finais senhores do que se lhes diz, produtores de efeitos jurídicos pela matéria do que é dito) em apreciar sua interpretação do mundo, o perigo da restrição originária do ato de falar em juízo ao conteúdo da imputação (embora seja equívoco e polissêmico, qual se verá).

Não é mais o risco ético inerente à autonomia do falar-veraz, ouvir e sofrer a resposta, grata ou vingativa, de quem a recebe como partícipe na *parresía*, mas, ora degenera-se no estado passivo de ser objeto de investigação, indiciamento, denúncia e ação, sentença e pena pelo fato imputado, limite de que tenta se livrar mas que o prende ao perigo de sentidos a si exteriores (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 80-96; BECK, 2013, p. 27-28; GOLDSCHMIDT, 2010, p. 754-778), mas os muitos riscos inerentes à inquisitorialidade do interrogatório dirigido à confissão, nascido em todas as épocas, mas sob formas diversas, da concentração de poderes político, social, econômico e científico e do intento de validá-la (POLI, 2016, p.70-75; FOUCAULT, 2014, p. 201-223; BELLAMY, 2004, p. 9).⁹

O sentido, no Estado de Direito Democrático, dos atos de interrogatório e confissão choca-se com os fundamentos desses institutos no processo inquisitivo do atual Código de Processo e no PL 8.045/2010. Os riscos institucionais expropriam ao réu a gestão do risco processual que, por prova, defesa técnica e autodefesa, tenta mitigar.

Se é possível o exercício autônomo do direito à verdade e à sua expressão sob o peso da instituição processual moderna (FOUCAULT, 2014, p. 29; 2014, p. 29), e se puder reaver o acusado a dignidade jurídica, tutelável, de sujeito hermenêutico contra a unicidade da interrogação sobre o fato (FOUCAULT, 2014, p. 203-207; p. 217-228)¹⁰ e a mentalidade subjacente à persecução total, é matéria da especulação seguinte.

⁹ “Concepts of treason never flourish in a vacuum. They depend greatly on the prevailing thesis of government. Throughout the later middle ages there was a tendency for European kings to seek, even if they did not readily gain, the power of Absolutism. This has been attributed in part to the rediscovery of Aristotle’s *Politics* in the thirteenth century, but there were two other causes which were more important. The concept of obedience, much favoured by ecclesiastical writers early in the eleventh century, although more in regard to the pope than to kings, was overshadowed later on by Gregory VII’s extreme measures against the emperor involving deposition and the freeing of his subjects from their duty of obedience. In the twelfth century the German ecclesiastical princes assumed the right to judge the ruler whom they had crowned and there was a writer, John of Salisbury, who actually advocated tyrannicide. [...] It is as then that the medieval monarchs, searching for legal arguments to bolster their political position, discovered the arsenal of Roman law.” (BELLAMY, 2004, p. 9). *Tradução livre*: conceitos de traição nunca florescem no vácuo. Eles dependem grandemente na tese prevalente do que seja governo. Ao longo de todo o Baixo Medievo houve uma tendência dos Reis europeus a buscar, ainda que não o obtivessem prontamente, o poder do Absolutismo. Isso foi atribuído em parte à redescoberta da *Política* de Aristóteles no Século XIII, mas houve duas outras causas de maior importância. O conceito de obediência, muito favorecido por escritores eclesiásticos anteriormente no Século XI, não obstante se referisse mais ao Papa do que a reis, foi eclipsado depois pelas medidas extremas de Gregório VII contra o imperador, a envolver deposição e a liberação de seus súditos de seu dever de obediência. No Século XII os príncipes eclesiásticos alemães assumiram o direito de julgar o governante que eles haviam coroado e houvera um escritor, João de Salisbury que realmente advogara o tiranicídio. [...] Foram, então, os monarcas medievais que, a procurar por argumentos legais para fortificar sua posição política, descobriram o arsenal do Direito Romano”.

¹⁰ A dicção da verdade, segundo FOUCAULT (2014, p. 28-29), não se limita, em termos de filosofia crítica, à determinação dos pressupostos e procedimentos pelos quais, *a priori*, o conhecimento se faz possível pela relação de conceitos, juízos e raciocínios ou pelas condições formais (noções categoriais de tempo, espaço, etc.) transcendentais por meio de que a experiência pode ocorrer e o conhecimento pode ser estabelecido por um sujeito hipotético, no sentido kantiano (FOUCAULT, 2014, p. 29-30); ao revés, sujeitos cognoscentes e comunicativos concretizam histórica e existencialmente sua condição na verdade e nos modos de sua enunciação. Por essa verdade e seus modos realizam-se, fundam suas relações e vêm a ser em face de seu tempo: os sentidos éticos, filosóficos, religiosos, entre tantos, de sua manifestação e o que tais sujeitos, por meio deles, compreendem e fazem vinculam-nos, pela experiência ética e política da *parresía*, ao mundo. A institucionalidade inquisitorial suprime a



01 02



01



01 02 03 04 05



01

2.1 Inquisitorialidade laica moderna: do processo penal reformado ou napoleônico

Séculos se passam, em salto expositivo ruim, mas aqui inevitável, à reação ao Absolutismo, contra a violência político-religiosa da Igreja e correntes protestantes associadas a Estados-nacionais que se erguiam vencedores sobre o Feudalismo e seus laços nobiliárquicos, e usos institucionais laicos e civis do interrogatório formularam-se.

Mal purgado o estupor da brutalidade revolucionária na França, a legislação codificada, sob a inspiração e a técnica sistematizadora do Iluminismo racionalista reforjou esses institutos. A tabela ou escala de provas tarifadas cede ao modelo nomeado ainda misto¹¹, reformado ou napoleônico, seu Código de Instrução Criminal de 1808. O novo modelo abeberava-se na ideia kantiana de sistema (POLI, 2016, p. 38-50; COUTINHO, p. 47-56) como unidade compósita de partes e fluxos de sentido ordenada hierarquicamente e cujas funções, ordens e fins setoriais estruturam-se segundo a racionalidade de sua ideia-reitora, princípio, o qual dispõe seus elementos com perfeita coerência teleológica global (KANT, 2001, p. 657-659).

O modelo napoleônico de processo penal ergue-se sobre sofismas de autoridade e eficaz controle social repressivo: o art. 185 do CPP vigente e os arts. 66, 67, 73, 74 e 276 do projetado, à margem do sistema romanista de prova racional em lei regulada, asseveram o onipresente valor do interrogatório como meio à confissão e técnica primaz de instrução – divinatória ou profética – do sentir-entender do juiz sobre a causa e a confirmação de prévia ideia do crime, da reprovação e culpa¹².

O modelo reformado de processo penal herdou mais que as instituições jurídicas do Iluminismo (prova racional, tutela da dignidade da pessoa humana, legiferação em sistema, supremacia da lei escrita e controle do arbítrio). Trouxe, ainda, a ideologia da autossuficiência dos códigos e do método exegético, pela qual a concreção do Direito, pelo juiz distingue-se de sua anterior fixação legislativa.

A práxis e a epistemologia jurídicas, nesse modelo de processo, repelem a crítica filosófica jusnaturalista e só reconhecem fundamento científico, pertinência e validade normativa à expressão histórica e formal da positivação

autonomia moral à veridicção, torna-a a perversão de si mesma ao fazê-la a concreção de uma ordem heterônoma, a assunção de sentido alheio e, pois, não veraz, ao sujeito. Quem confessa ao juiz não alude a fato pretérito, mas ao sentido presente e exterior, a si, da imputação – também esta uma redução de sentido –: “Creo que hay que tratar de entender por qué se quiso vincular de esta manera al individuo con su verdade, mediante su verdade y mediante la enunciación, hecha por él, de su propia verdade. Saber como el individuo está vinculado y cómo acepta vincularse al poder que se ejerce sobre é es un problema jurídico, político institucional e histórico.” (FOUCAULT, 2014, p. 28).

¹¹ O termo é impróprio: o modelo napoleônico não é misto (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 45-46; COUTINHO, 2015, p. 15-17), pois não une em sua estrutura princípios contrários. A igualdade entre as partes e a distinção entre tarefa e órgão acusatórios e decisórios são nele sacrificadas à postulação disfarçada e à função instrutória do juiz. Por iniciativa ou domínio incidental deste, manifesta ou sub-repticiamente, introduz na causa informações do inquirido, as quais, por lei, só caberiam à opinião acusatória do delito, colhidas antes do contraditório, dirige cognição e até postula. O sistema napoleônico é progressão histórica do modelo inquisitorial, tem núcleo na gestão judicial da prova, mantém prestigiados interrogatório e confissão e legaliza o arbítrio.

¹² “ A necessidade de o juiz ouvir o acusado – contra quem se move a ação penal, é intuitiva, não só porque é o modo normal de verificar a autoridade a realidade de ir defender-se, efetivamente, a pessoa a quem é imputada a infração penal, como ainda porque, competindo ao juiz, segundo a expressa disposição do art. 42 (*Nota nossa: a numeração do artigo refere-se à redação originária do Código Penal, anterior à Reforma de 1.984*) do Código Penal, determinar a pena aplicável e fixar-lhe a quantidade, levada em consideração a personalidade do agente, é esse contato que lhe proporcionará elementos para controlar, conhecendo os pensamentos, as ideias e o modo por que os expõe o réu, a impressão, dada, acerca do caráter dele, pelas circunstâncias do fato e os antecedentes de seu autor.” (ESPÍNOLA FILHO, 1981, vol. III, p. 7).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

das fontes jurídicas estatais, congregadas em unidade final e sistêmica, doravante a única real ou, em fase posterior, a ideologicamente prevalente (mesmo em face da Constituição estatal): o código.

Sob tal ótica, a Ciência do Direito e o princípio ético da justiça absorve-os a legalidade positiva. As práticas jurisprudencial e exegética afastam-se de fundamentos legais e científicos; as fontes formais do Direito anuem insensivelmente à inércia do movimento decisório oficial em nome da utilidade e defesa sociais (KAUFMANN, 2002, p. 57-208; HASSEMER, 2002, p. 281-302; BOBBIO, 1995, p. 63-89; CAMARGO, p. 63-75)¹³.

O processo penal napoleônico reformado, falsamente tido por misto (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 144; 166-169; AMBOS, 2008, p. 49-51, 68-71), nasceu de concepção imperativista e coercitiva do Direito, da ideia de pacificação social sob a ordem da razão e das Luzes científicas. Para tanto, porém, buscou superar os entraves institucionais da separação de poderes (ideia nuclear do Iluminismo jurídico, mas ameaçada, em seu nascedouro, pelo pragmatismo do poder¹⁴) ao instituir conceito lato de persecução criminal, o qual enfeixa atividades administrativas preparatórias e a acusação e todas dirige à confirmação, na sentença, de ideias sobre o crime: concebeu sistema formalmente acusatório com traços subjacentes, os essenciais, de ordem inquisitorial (AMBOS, 2008, p. 50-63; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 161-189).

A mentalidade dos Códigos, credo de sua autossuficiência epistemológica, leva à falaciosa separação entre discussões fáticas e jurídicas (HASSEMER, 2002, p. 281-302; BOBBIO, 1995, p. 73-86).

2.2 Sistema e princípio acusatórios

Notas sobre os sistemas processuais inquisitorial e acusatório e de seus princípios-reitores permitirão medir a ilicitude das disciplinas, no Código projetado, do interrogatório do acusado. O devir desses modelos na história e na ciência fixa o entendimento de seu mecanismo (COUTINHO, 2017, p. 47-64).

O esforço mundial de determinar os elementos do sistema de processo penal mais justo e adequado a fins constitucionais e do Direito Internacional leva à síntese histórico-teorética das formas ideais de seu poder e atende a objetivos de crítica e controle prático (AMBOS, 2008, p. 49-51)¹⁵.

¹³ Muito do que se refere à redução, pela Exegese francesa e pela civilística, da epistemologia e dos fundamentos do Direito às relações entre normas legais codificadas pode, nesse aspecto, aclarar o sentido do processo penal napoleônico: ambos rejeitaram buscar à filosofia iluminista base crítica e se jactavam de só se ocupar da unidade sistemática do Código (Civil, *Code Napoleon*, ou o de Instrução Criminal), a qual derivava do princípio de autoridade e dos resultantes princípios da positividade, a confundir lei e Direito, da coercitividade, da possibilidade de aplicação dedutiva, a modo matemático, de técnica jurídica de regulação social e o da autossuficiência da lei (BOBBIO, 1995, p. 50-89). O punitivismo napoleônico do Código de Instrução Criminal de 1808 obteve maior longevidade para sua epistemologia que o Civil.

¹⁴ “Foi assinalado no artigo anterior que o aforismo político então analisado não exige que os ramos legislativo, executivo e judiciário sejam totalmente desconectados uns dos outros. Tentarei mostrar a seguir que, salvo se esses ramos forem de tal modo entrelaçados para que cada um possa exercer um controle constitucional sobre os outros, o grau de separação que aquele aforismo requer, como essencial para um governo livre, jamais poderá ser devidamente mantido na prática. Há concordância geral no sentido de que os poderes específicos de um dos ramos não devem ser, direta e integralmente, exercidos por qualquer dos outros dois. É do mesmo modo evidente que nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre os demais no exercício dos respectivos poderes. Não se nega que o poder é por natureza usurpador e que precisa ser eficazmente contido, a fim de não ultrapasse os limites que lhe foram fixados. Assim, após a discriminação teórica das diferentes categorias de poder, que pertencem naturalmente ao Legislativo, ao Executivo ou ao Judiciário, a tarefa seguinte e mais difícil está em prover para cada um certa segurança prática contra invasões por parte de outros.” (MADISON, [O *Federalista* n.º 48], p. 307).

¹⁵ Max Weber (1999, v. II, p. 187), com seus tipos ideais de dominação e organização social, e Durkheim (1999, capítulos II e III), com sua análise de modelos empíricos e funcionalistas de organização da solidariedade e divisão do trabalho sociais, criaram modelos descritivos e



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A partir do étimo latino do verbo acusar, *accussare* (AMBOS, 2008, p.50) definiu-se a forma do processo acusatório como o esforço de muitas eras e culturas jurídicas para controlar a racionalidade do provimento penal, a limitar o campo cognitivo de seu preceito às fontes produzidas pelas partes metodicamente pelo exercício da defesa e do contraditório e pela especialização e fundamental, ou fundante, divisão de tarefas acusatória e de decisão. Sua realização dogmática é desafio de todas as eras e, pela constitucionalização do Processo devido, exige reconhecimento de igual dignidade às pretensões em conflito, gestão da prova pelas partes, oralidade e concentração temporal da instrução, desnudamento de ideias prévias de reprovação social imanente, postulando os contendores, com iguais meios segundo seus papéis, a superar o monólogo judicial da verdade pela centralidade do contraditório e pela possibilidade de resistência argumentativa, com efeito estabilizado pela coisa julgada (AMBOS, 2008, p. 70-71; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 43-45).

A discussão categorial e o estudo historiográfico dos sistemas não perdem escopo hoje, ao surgirem novos impasses à legitimação dos modelos positivos de Processo, ao contrário do que sustenta Bachmaier Winter (2008, p. 12-13).

Por serem categorias processuais basilares, assumem os dados peculiares a cada época e mantêm seus traços distintivos; ao lado de novos problemas (a busca pela harmonia entre a tutela dos princípios e garantias fundamentais do processo e a justa e eficaz contenção do ato criminoso em mutação) (BACHMAIER WINTER, 2008, p. 22-25; 29-34), apontam as causas de sua adequação ou de suas patologias e injustiças.

Sob essa perspectiva, a crítica à assunção de poderes instrutórios pelo Juízo, à noção de verdade real e ao acesso a dados de investigação preliminar pelo julgador alcança evidência empírica de que o que faz e pensa em instrução e julgamento dirige-se não ao sentido da lei apurado em processo devido e pelos resultados do contraditório, mas de afirmação de um credo de reprovabilidade penal alheio a controle racional (SCHÜNEMANN, 2013, p. 206-221).

Resultado essencial da positivação do sistema acusatório e de seu princípio de separação de funções de acusar e decidir controlado pela atividade cognitiva de resistência e do acusado em prol de fundamentação racional da decisão por vir, enfim, é princípio, de fonte constitucional e disciplina legal, da necessária correlação entre acusação e sentença.

Esse princípio e meio de controle da validade do processo e da decisão deriva da reunião dos princípios acusatório e dispositivo, do contraditório, ampla defesa, do devido processo com a matriz do Direito Penal, a legalidade, segundo os incisos I, XXXIX, XLIV e XLV do art. 5º da Constituição da República¹⁶.

Da união do princípio do processo dispositivo aos do contraditório, da separação das atividades jurisdicional e acusatória e do dever de fundamentação racional dos provimentos estatais (art. 93, inc. IX, CR) nasce o princípio da

interpretativos, frutos da generalização metódica de dados de estudos estatísticos, históricos, antropológicos e pela observação de culturas passadas e contemporâneas.

¹⁶ A regra da correlação entre a acusação e a sentença significa que deve haver uma identidade entre o objeto da imputação e o da sentença. Ou seja, o acusador deve ser julgado, sendo condenado ou absolvido, pelos fatos que constam da denúncia ou queixa. O acusado *não pode ser julgado por fato diverso*. (...) Embora seja comum a assertiva de que a regra da correlação entre acusação e sentença tem por escopo preservar a ampla defesa, entendamos que seu objetivo é outro. Não se trata de regra que vise a tutelar apenas a posição do acusado no processo. Também as posições jurídicas do Ministério Público e do querelante são protegidas por tal regra. Em última análise, a regra da correlação entre a acusação e a sentença visa a preservar o contraditório, e não apenas a ampla defesa. (BADARÓ, 2016, p. 540 e 541)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

correspondência entre acusação e sentença a cingir ao cerne das pretensões contrapostas, ao relato da denúncia e às razões da oposição defensiva, a matéria da cognição e a legitimidade da decisão por vir.

2.3 Disputas sobre a natureza e fins do interrogatório e da confissão

Os defensores do interrogatório como meio de prova e fonte de informação, numerosos ao limite aritmético (MARTÍN, 2011, p. 83-88; RISTORI, 2007, p. 117-130; ESPÍNOLA FILHO, 1981, vol. III, p. 7-52, entre outros), e os que reputam ato híbrido, instrutório e compartilhado e, de outra sorte, defensivo recorrem a sofismas de autoridade e saltos indutivos a fundar sua tese em dois critérios, a saber: utilidade da inquirição ao juiz e recusa à interpretação sistemática constitucionalmente dirigida do ato processual do interrogatório e de seu regramento legal.

Sustentar, como o faz a ideia corrente de ato dúplice, defensivo e probatório, pressupõe negar o contraditório constitucional e o estado de inocência (GIACOMOLLI, 2016, p. 102-105; 118-125), em prol do modelo napoleônico da prova dirigida ao juiz-gestor, antes de ser o teor das tarefas hermenêuticas inerentes às partes cujas pretensões delimitam o provimento jurisdicional.

Processo é atividade cognitiva (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 32-56 e 355; FERNANDES, 2005, p. 134 a 146), versa, em síntese de história e crítica, fundamento constitucional e praxe dogmática e legal, sobre condutas humanas pretéritas e dos sentidos presentes da atuação da lei segundo condições constitucionais de validade: devido processo em contraditório, com ampla defesa ante juiz inerte e imparcial e sob vinculação constitucional do acusador ao ônus-dever de provar o sentido dos elementos do tipo, não mera capitulação de conduta e, com apoio no Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, proscreve mitigações e transferências (GIACOMOLLI, 2016, p. 122-127).

Para o modelo constitucional de Processo, partes e juiz legitimam-se a argumentar, embora de modos distintos, sobre a reta atuação da norma porque são sujeitos passivos da lei¹⁷.

É teratológico asseverar fim probatório de interrogatório e confissão em prol da utilidade do convencimento do julgador, pois tornar alheios o impulso, intencionalidade e efeito de escolhas processuais do acusado, a degradar em prova acusatória o que deve ser palavra ou silêncio (performativo) de refutação da denúncia por iniciativa do réu.

É a final jactância da técnica ou da razão instrumental sobre o direito e a justiça, a reduzir a dignidade processual do acusado – deturpado em informante ou em inimigo –, a quem, ao revés, incumbe o direito (art. 5º, incisos XXXV, LII a

¹⁷ Quando, por fim, se estabelece que subsiste o pressuposto substancial da medida jurisdicional, o juiz estará investido do dever de emaná-la. Em tal hipótese, irá se constatar, em tese, ou melhor, efetivamente, a legitimação do juiz a emanar o provimento jurisdicional, como última fase de sua legitimação. Tal fase pode ser indicada, como já mencionado, como 'legitimação para o provimento jurisdicional', para distingui-la da pregressa legitimação para agir ('legitimação para o processo') e vê as partes em posição passiva, enquanto a elas é imposto o provimento. Nesse sentido e dentro desses limites (da legitimação para receber o provimento jurisdicional) pode-se ainda falar da legitimação passiva das partes. Não pode, ao invés, homologar-se o velho argumento de que no processo o autor tenha legitimação ativa e o réu legitimação passiva: a legitimação para agir de todos os protagonistas do processo é ativa. (...) Se, ao contrário, no final o juiz rejeitar a demanda, isto é, refutar o provimento jurisdicional requerido (porque não subsiste efetivamente a 'situação substancial': em sede civil não existe o dever e/ou direito subjetivo, ou mesmo o autor ou réu não é efetivamente titular do direito, um, e do dever o outro ou mesmo porque não se demonstra a lesão a direito), nesse caso se diz que o juiz e as partes são, ao final, privados de legitimação para o provimento, isto é, para emití-lo e para receber-lhe os efeitos. Mas nem por isso podem o juiz e as partes dizer terem sido privadas de 'legitimação para agir' tanto mais exatamente porque o processo se desenvolveu, e não poderia desenvolver-se, para chegar a tal decisão. A legitimação para agir é, em suma, insensível em relação ao êxito do processo. (FAZZALARI, 2006, p. 380 a 382).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

LVII e art. 93, inc. IX, da Constituição da República), participe do provimento jurisdicional, de resistir à acusação e à autoincriminação.

Ao juízo-gestor da prova, sequer nas licenças dos arts. 156 e 157 do Código de Processo Penal e dos arts. 64 a 74 e 276 do Código Projetado, é lícito modificar a natureza do processo, revelada pelo regime da instrução: processo é exercício metódico e gradual de esgotamento da dúvida e de aproximação da maior evidência ou veracidade sobre fatos e normas; obtém sua entelúquia do esforço de contraposição, pelas partes, de hipóteses explicativas, assim como visa a determinar o sentido das normas jurídicas adequadas à interpretação do fato imputado, seu sentido de relevância e punibilidade e os elementos de culpabilidade e de aptidão ou causação de dano e os graus e adequação da espécie de sanção punitiva aplicável. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 355).

O princípio acusatório garante primazia à liberdade, a meios estatais de coerção dita excepcionalidade (direito individual e vedação ao Estado) e haure licitude da pena da saciedade do contraditório, da ampla defesa e da racionalidade da decisão¹⁸.

2.4 Formas de silêncio e outras defesas sob o princípio acusatório

A defesa pessoal negativa deriva do fundamental direito constitucional e da garantia convencional ao silêncio (art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) e à tutela processual legítima contra a autoincriminação do acusado: aplica-se a quem esteja preso ou em liberdade, alcança a impugnação de falta de cautelaridade a macular prisão provisória e, unida à defesa técnica (LOPES JÚNIOR, 2016, 461-462), repele o conteúdo da imputação meritória (MARTÍN, 2011, p. 113-119, 199-204).

A resistência passiva a vícios processuais e ao fundamento da persecução alcança a dimensão e a qualidade de movimento inerte pelo qual nega o acusado a introjeção do conteúdo do inquérito policial no processo e a se incriminar pela identificação pessoal,

se esta puder resultar em reconhecimento (RISTORI, 2007, p. 147-153).

Confusão metonímica de efeitos e causas leva a atribuir à inclinação viciosa do acusado (abstrato, conceitual, apriorístico) à mentira – de que o silêncio seria instrumento – ou à contumácia e impertinência de quem, ao calar, resiste à autoridade do julgador, fere a economia processual e a finalidade legal aflitiva da decisão.

Anatematiza-se o direito ao silêncio e à finalidade estratégica da defesa negativa; opõe-se a essência inquisitorial do processo penal reformado napoleônico: dirigir a cognição-vontade estatal à pena e à autoafirmação.

¹⁸ “Concluindo, se no processo civil o conteúdo da pretensão é a alegação de um direito próprio e o pedido de adjudicação deste, no processo penal, é a afirmação do nascimento de um direito judicial de penar e a solicitação de que o Estado exerça esse direito (*potestas*). O acusador tem exclusivamente um direito de acusar afirmando a existência de um delito e, em decorrência disto, pede ao juiz (Estado-tribunal) o seu poder de condenar o culpado e executar a pena. O estado realiza seu poder de penar no processo penal não como parte, mas como juiz, e esse poder punitivo está condicionado ao prévio exercício da pretensão acusatória. (...) Se o acusador deixar de exercer a pretensão acusatória – desistindo ou pedindo absolvição –, cai por terra a possibilidade de o Estado-juiz atuar o poder punitivo e a extinção do feito (absolvição) é imperativa.” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 260-261).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

As autodefesas positiva e negativa e sua escolha, ao revés, são direitos de integração do acusado ao Processo Pena, meios de refutar e argumentar contra a pretensão acusatória. Derivam da previsão constitucional da dignidade humana, da inviolabilidade da consciência e da autodeterminação subjetiva contra intrusão alheia, sistematicamente positivadas em garantia do Estado e presunção de não-culpabilidade, dos efeitos da adoção do modelo processual acusatório, a proteger, no acusado, o Estado de Direito.

Seus sucedâneos no processo penal reordenam-no a concentrar no autor estatal da ação penal, como deveres, os atos de postulação e de prova da procedência da pretensão acusatória, a determinar por inteiro a lei infraconstitucional (a vigente ou a projetada) a tratar com desassombro e naturalidade o silêncio (PEDROSA, 2005, p. 66-67) e o esclarecimento ativo pelo acusado como atos postulatórios e de refutação, integrados à defesa técnica, e não afronta à autoridade, cujo espírito a literatura retratou em tons sombrios rajados de fogo¹⁹.

Definida a defesa negativa, aponte-se como sua constitucionalização no processo penal, como direito fundamental, gerará regime infraconstitucional novo, o de gestão pessoal, pelo acusado sob orientação do defensor, da gestão de informações (úteis ou lesivas) e da compreensão dos riscos processuais.

Sob ordenação lógica do princípio acusatório, do ato processual defensivo de manifestação do acusado pelo qual possa este gerir, sob o risco processual (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 80-96; BECK, 2013, p. 27-28; GOLDSCHMIDT, 2010, p. 754-778), sua consciência e decisão sobre os sucedâneos sociais e psíquicos do processo, riscos tão apagados da imediata recordação quanto deles busque se acautelar ou ocultá-los ao estudo científico e à práxis do processo (BECK, 2013, p. 91-93)²⁰.

O fim e uso estratégicos das declarações ou silêncio defensivo e a decisão sobre formular, por um ou outro meio, pretensão de resistência à acusação, vencem afinal a prática intrusiva da inquirição e da busca da confissão do fato; quebram a verdade suposta pelo juízo-gestor de prova.

¹⁹ “Nesse momento Javert estava no céu. Sem que pudesse claramente aperceber-se, embora com uma intuição confusa de sua necessidade e de seu sucesso, ele personificava, ele, Javert, a justiça, a luz, a verdade, em sua função celeste de destruir o mal. Tinha atrás de si e ao seu redor, a uma profundidade infinita, a autoridade, a razão, a coisa julgada, a consciência legal, a vindita pública, todas as estrelas; protegia a ordem, fazia sair da lei o raio, vingava a sociedade, dava mão forte ao princípio absoluto, revestia-se de glória, mas sua vitória não estava isenta de desafio e de combate; de pé, altivo, brilhante, ostentava em pleno azul a bestialidade sobre-humana de um arcanjo feroz; a sombra assustadora da ação que estava cumprindo fazia visível, e suas mãos crispadas, o vago clarão da espada social; feliz e indignado, tinha sob seu calcanhar o crime, o vício, a rebelião, a perdição, o inferno; brilhava, exterminava, sorria; havia incontestável grandeza nesse monstruoso São Miguel. A proibidade, a sinceridade, a candura, a convicção e a ideia do dever são coisas que, mesmo odiosas, continuam sublimes; sua majestade, própria da consciência humana, persiste mesmo no horror; são virtudes que têm um vício comum, o erro. A impiedosa alegria honesta de um fanático, em plena atrocidade conserva não sei que brilho lugubrememente venerável. Sem que o percebesse, Javert, em sua formidável felicidade, era digno de lástima, como todo ignorante que triunfa. Nada tão pungente e terrível como aquela figura onde se mostrava o que poderíamos chamar de lado mau da bondade”. (HUGO, 2002, vol. I, p. 270).

²⁰ “A suscetibilidade à ameaça não precisa necessariamente desembocar na conscientização da ameaça, podendo provocar também o inverso: negação movida pelo medo. Nessa possibilidade de supressão da própria suscetibilidade à ameaça, diferenciam-se e entrecruzam-se distribuição de riqueza e de riscos. A fome não pode ser saciada por meio de negação, já os perigos podem sempre ser desinterpretados (enquanto não se concretizarem). [...] Os riscos sempre surgem por meio do conhecimento, podendo ser, portanto, por meio do conhecimento, reduzidos, ampliados ou simplesmente removidos do painel da consciência. Aquilo que o alimento é para a fome é para a superação dos riscos ou sua desinterpretação.” (BECK, 2013, P. 91-92) (negritos nossos e itálico do autor)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A aguda mentalidade inquisitória dos códigos projetado e vigente o repelem, no entanto: para sua matriz conceitual, a inviolabilidade da consciência do imputado, o estado de inocência e o dever acusatório exclusivo de provar o Estado os dados analíticos do tipo de crime precisam ser supliciados no e pelo interrogatório, a reviver o ancestral sacrifício²¹ (FOUCAULT, 2014, p. 201-208, 217-246).

Esse ônus estratégico não se confunde com dever de prova defensiva, sob ameaça de reavivar a ideia de processo do Direito Romano e de doutrina privatística²², crida e imposta incorretamente.

A respeito, Goldschmidt deduz original noção de ônus como decisão de fruir oportunidade processual de alegar temas e expor meio cognitivo do alegado ou suportar ruína da causa ou perda do ensejo, o que nomeou, à moda de estrategista, “culpabilidade processual”. Sob viés processual e dinâmico, não material e estático, justifica, em seu dizer, a “blasfêmia jurídica” de tocar ao réu o ônus estratégico da escolha por resistir, pela palavra ou silêncio, e pela extensão de ambos, à pretensão acusatória (GOLDSCHMIDT, 2004, p. 65-66; 2010, p. 754-778).

²¹ Os motivos míticos e funções de julgamento, expiação do agir individual, de nutrição (já física, já simbólica e moral) e a restauração do convívio social (como o alimento restaura a força do corpo e a morte, pela decomposição de cadáveres e sua conversão em adubo fecunda a terra) por procedimentos de destruição pela caça e restauração pelo sacrifício (VIDAL-NAQUET, 1999, p. 102-103) passam, ressignificados, aos arquétipos e às representações da mente coletiva (DURKHEIM, 1999, p. 39-68) das sociedades modernas: crimes, diversos em graus de lesividade e em objetos afetados (bem jurídico) têm em comum apenas o efeito de violar, de algum modo, a trama normativo-axiológica da sociedade; sob a frágil racionalidade moderna (DURKHEIM, 1999, p. 50-51), pululam persecução criminal e defesa social, epifania virtuosa e cisão esquizoide do horror oficial; subjazem os motivos ancestrais da caça e destruição da monstruosidade e o suplício que revivifica a sociedade esterilizada pelo pecado: o interrogatório, expugnação da consciência e perda da escolha estratégica ante o risco processual, e a confissão, renúncia a si mesmo em prol do regramento-sanção heterônomo da autoridade judicial, refletem tais forças: “Por um lado, a renúncia dos indivíduos ou grupos às suas propriedades alimenta as forças sociais. Por certo, não que a sociedade tenha necessidade das coisas que são a matéria do sacrifício; aqui tudo se passa no mundo das ideias e é de energias mentais e morais que se trata. Mas o ato de abnegação implicado em todo sacrifício, ao frequentemente lembrar às consciências particulares a presença das forças coletivas, alimenta precisamente a existência ideal destas. Essas expiações e essas purificações gerais, essas comunhões, essas sacralizações de grupos, essas criações de gênios das cidades conferem ou renovam periodicamente à coletividade, representada por seus deuses, esse caráter bom, forte, grave terrível que é um dos traços essenciais de toda personalidade social [...] Cercam, como se com um círculo de santidade que os protege, os campos que lavraram, as casas que construíram. Ao mesmo tempo, encontram no sacrifício o meio de restabelecer os equilíbrios perturbados: pela expiação redimem-se da maldição social, consequência da falta, e se reincorporam à comunidade [...] De resto, podemos observar ao longo do estudo a quantidade de crenças e práticas sociais não propriamente religiosas que se acham relacionadas com o sacrifício. Falamos sucessivamente do contrato, da remissão, da pena, da dívida, da abnegação, das ideias relativas à alma e à imortalidade que ainda são a base da moral comum. O que mostra a importância que tem para a sociologia a noção do sacrifício.” (MAUSS; HUBERT, 2017, p.80-81).

²² As Instituições de Justiniano, em seu Título VI, fixaram o princípio da atribuição ao autor da causa ou de certa alegação o encargo, “obrigação processual”, ônus de provar a veracidade de seu teor, sob preclusão. Esse princípio, fonte da extensa casuística romana das ações, no Título VI das *Institutas*, enunciava como a dependência recíproca entre direito subjetivo e ação: “Falta ainda tratarmos das Ações. Ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.” (*Institutas*, 2000: p. 301). Já no século VI d.C, as *Institutas* de Justiniano mostravam a confusão entre Direitos Material e Processual ao versar sobre ações ex delicto, civis e penais a só tempo: “§18 – Das ações que nascem do delito, umas têm por objeto a pena, tão-só, outras, a pena e a coisa, e por isso se chamam mistas.” (*Institutas*, 2000: p. 305). A fórmula romana do processo acusatório, com denúncia pública julgada por um colegiado, oferta de defesa e pena capital a acusador calunioso, substituiu a primitiva *cognitio*, juízo inquisitório do magistrado a reger persecução, prova e acusação (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 145), mas reteve a noção privatística de ônus de prova como faculdade e iniciativa do interessado (REALE, 2005, p. 262 e 263). Ônus processual surge como terceiro gênero entre faculdade e obrigação, entre função da vontade e possibilidade tutelada pelo Direito de agir em juízo em prol de interesse, sujeito ao fardo da iniciativa e da perda por inércia (CARNELUTTI, 2000, p. 116-119). Logo, porém, a regra do ônus como faculdade, risco, encargo é desafiada por teorias do hibridismo entre liberdade processual e necessidade estratégica de defesa, sujeita, ora ao êxito, ora ao malogro pela omissão (CHIOVENDA, 2000, p. 931 e 947; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 142-158), condicionada a exceções como a do Direito Penal.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O risco do réu agrava-o a vantagem institucional do acusador, fiscal e destinatário das informações do inquérito, autor ou afluente de investigações preliminares e, por dever, ao relacionar-se diariamente com o magistrado, estende o favor da confiança a suas alegações (VARGAS, 2002, p. 166-167).

A tal quadro somam-se inversões inconstitucionais, mantidas no PL n.º 8.045/2010, de ônus probatórios acerca de elementos negativos e causas de justificação, amiúde atribuídos ao réu, contra a norma do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República, os arts. 41, 156, 386 a 391 do Código de Processo Penal instituem oposta relação entre dever de absolver, pelo juiz, e o dever de provar o Ministério Público o acerto de sua inicial classificação do fato (BADARÓ, 2016, p. 430-431).

A confusão entre motivo da pretensão material acusatória e o da validade dos atos processuais guia ao laconismo dos artigos 156 e 157 do Código de Processo Penal em vigor e direcionam o espírito inquisitório do PL n.º 8.045/2010 em cujos arts. 11, 12, 14, 64 a 74 e 276 há apenas regramento de ato afluente (FOUCAULT, 2014, p. 199-200; 217-246) pelo qual extrai o juiz ao acusado mais que dados sobre evento histórico.

Não há na disciplina atual e tampouco na projetada ato defensivo próprio e suas modalidades, positiva e assertórica ou passiva e exercida pelo silêncio, mas renúncia à escolha estratégica de meio defensivo, à autodeterminação jurídico-moral, à garantia fundamental de, por si e sob disciplina legal, defender a supremacia de sua liberdade e a excepcionalidade da prisão (art. 93, inc. IX, da Constituição da República).

O que se busca pela disciplina, atual ou projetada, do interrogatório é concordância abusiva com a pressuposta verdade, asseverada na persecução, do interrogatório ante a autoridade policial, da oitiva pelo Juízo de Garantias, e em instrução e julgamento.

A última oportunidade de refutação, pelo acusado, do quanto se lhe imputa, torna-se eficaz máquina de confirmação de sentido de reprovabilidade e culpabilidade construído em cadeias de discurso monológico da vontade-cognição jurisdicional sobre fato no mundo fenomênico-social, preordenado à confissão do suposto motor anímico do ato atribuído e à condenação (FOUCAULT, 2014, p. 201-208; 217-246)²³.

²³ A confusão inquisitorial entre a situação processual de dúvida e risco precipitada sobre acusado pelo recebimento da denúncia resta manifesta seja em doutrina corrente quanto em texto clássico: “das duas espécies em que se distingue o testemunho do acusado, aquela sobre o fato próprio, que aqui examinaremos, é a mais importante. O acusado, melhor que ninguém, está em condição de saber de seu fato, pelo qual é submetido a juízo. Se qualquer outra testemunha não pode conhecer o fato criminoso senão por tê-lo visto, o acusado o conhece não só por tê-lo visto como fato exterior, mas também por tê-lo pensado e querido no íntimo de sua consciência e por tê-lo, por isso, produzido exteriormente. E isto quando o delito é considerado em seu elemento material. Mas todo o delito se compõe de fato externo e interno: o fato externo da ação material violadora do direito e a ação interna da intenção. Ora, quanto a este segundo elemento do delito, só o acusado pode conhecê-lo por visão imediata. Ele só conhece diretamente o que se desenvolveu no segredo de sua consciência e só dele se pode esperar uma prova *direta* da intenção. E isso na hipótese da culpabilidade do acusado. E dá-se o mesmo na hipótese de sua inocência: ninguém melhor do que ele está em condições de conhecê-lo e fazê-lo conhecer, revelando fatos e coisas que podem prová-los.” (MALATESTA, 2013, p. 510-511). E veja-se ainda, de fonte contemporânea: “O protagonista do processo penal é sempre o acusado. Mesmo com as benfazejas tentativas da inauguração de vias conciliatórias e restauradoras dos danos provocados pelo comportamento delituoso, pondo vítimas e comunidade afetadas em posição de destaque na ação penal, ela é pontuada para decifrar as nuances dos acontecimentos atribuídos ao acusado e, por consequência, sua própria personalidade e histórico de vida. A proclamação que o acusado venha a deduzir no processo assume relevo de ícone, porque será ponto de partida para qualquer conclusão no julgamento que lhe atribua ou não responsabilidade pelos fatos imputados, total ou parcialmente.” (SILVA, 2010, p. 19).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

3 Constitucionalização do processo penal e inquisitorialidade

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos submeteram-se, ao longo do século XX, por formas e intensidades distintas, a modificações de critérios hermenêuticos e diretrizes político-filosóficas referidas na literatura científica como constitucionalização do Direito, de que resultam conformação sistemática e a determinação hermenêutica das normas infraconstitucionais e de seu modo de interpretação e aplicação unicamente pelos fins e limites predispostos naqueles princípios e regras ordenados no sistema constitucional, em filtro sistemático de sentido²⁴.

Trata-se de termo, à primeira vista, contraditório pois como se poderia conceber alteração do Direito por força das Constituições promulgadas ou sob nova luz compreendidas em tal período histórico se, embora com estruturas e conteúdos diversos, sempre houve, até nos mais remotos grupos políticos, normas a conformar relações de mando, cooperação, governo, punição, a fixar as funções estatais e os modos devidos de ser e agir: em suma, alguma forma de Constituição?²⁵

O termo, contudo, por sua especificidade vai além do truísmo. A constitucionalização do Direito, ao invés, manifesta-se como fenômeno inconcluso em cada Estado e seu ordenamento refere-se a algo mais grave do que mudança hermenêutica e a fundação de práticas institucionais: o que se tem, ora, em conta é o movimento perene, embora de ritmos e circunstâncias distintos, de perda de coerência sistêmica pela oposição de regulamentos legais infraconstitucionais ao sentido e escopo das Constituições.

Forças conscientes e inconscientes do credo na suficiência hermenêutica da lei codificada infraconstitucional e no silogismo (completude), das fontes formais ou meios empíricos da autorização social, decantam do estrato

²⁴ “Compreendendo de adequada as transformações que se operaram a partir da Hermenêutica Filosófica na Hermenêutica Jurídica, é possível afirmar a existência nas últimas décadas (em diversos autores) de uma Hermenêutica Constitucional, que irá se desenvolver não com o propósito de uma oposição a esta última (Hermenêutica Jurídica), mas como um ir além, principalmente por uma série de rupturas advindas do constitucionalismo (desenvolvidas com a afirmação e efetivação da jurisdição constitucional, entre outras, e sobretudo, com a lógica de que qualquer norma jurídica só pode interpretada e, portanto, compreendida e aplicada à luz da Constituição!) Nesse sentido a noção de ‘filtragem constitucional’ é um referencial, na medida em que não há como trabalhar um texto normativo apartado e desvinculado da normatividade constitucional”. (FERNANDES, 2014, p. 179)

²⁵ A ideia antiga e clássica de Constituição derivava do fundamento do agir ético-jurídico, o valor da ação e da escolha individuais e a justiça dos governos do nómos universal, em tensão dialética e movimento incessante de conflito, mútua composição e síntese validadora: “o aparecimento e o desenvolvimento da ideia de sociedade política caminham em estreita inter-relação com a formação da ciência do ethos. A matriz conceitual é representada aqui pela ideia de lei (nómos), que deve permitir o estabelecimento de uma proporção ou correspondência (analogia) entre a lei ou a medida (métron) interior, que rege a práxis do indivíduo, e a lei da cidade, que é propriamente nómos, e deve assegurar a participação equitativa (eunomia) dos indivíduos no bem que é comum a todos e que é, primeiramente, o próprio viver-em-comum”. (VAZ, 2002, p. 205). Hoje, com outra estrutura sociopolítica, com textos constitucionais codificados sob a tutela de jurisdição e controles processuais da supremacia de suas normas, sociedades de grupos e indivíduos em crescente antagonismo demandam perspectiva hermenêutica renovada a disciplinar seu convívio, e não o podem obter ao crescente impulso punitivo moderno, mas só da rigidez constitucional qualificada, pela imunidade de certos preceitos fundamentais de proteção das dimensões da dignidade humana contra toda mitigação ou abuso, até do poder de emenda e revisão. Mesmo hoje, a validade do sentido aristotélico de Constituição material ampliará sua valência com relações com nosso tempo e dissipará o preconceito da autonomia hermenêutica dos códigos penais e de Processo Penal, a fim de sujeitá-los ao programa superior de tutela da liberdade humana e de controle do poder punitivo estatal (LOPES JÚNIOR, 2016, P. 34-35), dado que, como outrora, mas com sentido revigorado, “Com efeito as leis devem ajustar-se à Constituição, e não a Constituição às leis. A Constituição é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 105-149)



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

epistemológico comum às formas do Positivismo Jurídico (KAUFMANN, 2002, p. 57-208; HASSEMER, 2002, p. 281-302; BOBBIO, 1995, p. 63-89; CAMARGO, 63-75; HART, 2001, p. 104-105).

O que diz a proposição de que o Processo, em geral, e o Processo Penal em particular foram constitucionalizados? Essa premissa epistemológica e normativa não só determina que toda a atividade estatal ordene-se em fases, atos, competências, fins setoriais e teleologia global e sistêmica do modelo de processo constitucionalmente posto, mas que somente haja processo quando partes igualadas ante juízo imparcial, legalmente definido como o único a deter competência, pela sucessiva exposição de pretensões de fundamento e interpretação do mundo e do Direito, atuem com o Juízo a formar, dentro de limites cognitivos, as bases necessárias de possível decisão.

Da substância e fímbria da postulação e da contradição, nasce a possibilidade de asseverar algo de modo juridicamente obrigatório e por seu intermédio mede-se o risco legítimo de se sofrer refutação e prova.

A tais elementos, no processo penal, associam-se o fundamento sistêmico e princípio-reitor da tutela da dignidade da pessoa humana e as salvaguardas técnicas do estado de inocência, da primazia da incolumidade da consciência e da liberdade e da excepcionalidade de sua privação, do dever estatal fixo de provar a ocorrência de fatos que indiquem abuso da liberdade individual e a necessidade do controle social e contenção pela pena, como princípios derivados em segundo nível hierárquico no sistema processual (COUTURE, 2016, p. 122-125).

Os limites constitucionais ao poder punitivo têm fins ético-jurídicos (GOLDSCHMIDT, 2010, p.150-151) e fundam a estrutura cognitiva do processo pela abertura de visões da verdade normativa e fática apreendida à oposição de pretensões: é, logo, a só tempo, pleonástico e escasso falar em direito ou dever ao processo constitucionalizado e contraditório (FAZZALARI, 2006, 33; 119-128).

3.1 Gestão do juiz sobre prova, confissão do acusado, convencimento do julgador

O estudo do processo penal muito evoluiu no século XX e início deste século XXI à busca de teoria independente daquela do processo civil. Postula novos meios de compreensão de seus institutos pelo modelo principiológico do processo como espécie de procedimento ultimada em contraditório e pelo critério hermenêutico da dupla finalidade do processo: salvaguardar os direitos fundamentais e atribuir eficácia à tutela penal de bens jurídicos.

O delicado equilíbrio desses fins só se obtém no modelo acusatório de processo, pois tutela participação argumentativa, postulatória e de instrução probatória a ambas as partes, sob a égide do princípio constitucional do estado de inocência e do imperativo de fundamentação racional do provimento jurisdicional.

Tais ganhos conceituais e sistemáticos, porém, são mitigados pelo Código vigente e pelo projetado: disciplinas setoriais, amiúde desconexas, de procedimentos, atos, critérios de validade seguem o modelo inquisitorial de jaez napoleônico ou reformado e a obscura noção para a qual processo é o complexo de atos preparatórios, em si aflitivos, de decisão condenatória e destinado a validar apenação de criminoso, imperativo encontrado no discurso forense, na jurisprudência ao invés da luta regrada de pretensões cognitivas com que busquem as partes fixar o vetor do provimento jurisdicional²⁶.

²⁶ A opinião comum da ciência e jurisprudência ou senso comum dogmático (POLI, 2016, p. 28-29) ilustra-se pelas seguintes exposições do objeto do processo penal, definido pela ideia de potência punitiva e de verdade pressuposta a ligar o Direito Penal ao movimento bruto ou



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O interrogatório do acusado, no vigente Código de Processo Penal e no PL N.º 8.045/2010, conserva (apesar da assunção, ao menos formalmente, na Parte Geral da lei projetada, de escopo de autodefesa sob os princípios constitucionais da supremacia da liberdade, da excepcionalidade da prisão, essencialidade da ampla defesa, do contraditório e da estrutura acusatória e dispositiva do processo ante juiz imparcial) elementos de disciplina de colheita à pessoa do acusado/objeto da persecução de sua pessoal visão da verdade.

À falta de regramento previsto no Projeto de Código de meios postulatórios e de escolha estratégica pelo silêncio ou por falar dos fundamentos da defesa, resguarda, em contrapartida, a lei proposta o uso potencial do conteúdo de confissão.

O velho Código e a lei por vir esvaziam-se de meios de ofertar o acusado esclarecimento e responder à acusação e aos riscos processuais em seus próprios termos (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 80-96; GOLDSCHMIDT, 2004, p. 65-66).

3.2 Errônea derivação do objeto do processo penal do estudo do Direito Penal

O processo penal brasileiro, demonstra-o Nereu José Giacomolli (2016, p. 98-107), guarda reserva de inquisitorialidade ou concentração e primazia dos atos instrutórios, de cognição e decisão na figura heliocêntrica do juiz, malgrado a formal separação das funções estatais de acuar e julgar, reunidas, contudo, na massa indistinta da persecução penal, deflagrada já em fase pré-processual na atividade da polícia judiciária, seguida por postulação acusatória, da instrução afluente, da cognição preordenada inconscientemente ao provimento jurisdicional condenatório²⁷.

vento do processo: "cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que não há crime sem lei prévia que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado, que não são poucos. Portanto, Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei no caso concreto." (NUCCI, 2014, p.27). E, de modo manifesto, expõe Carnelutti: "Em termos gerais o processo penal consiste no conjunto de atos em que se resume o castigo do réu. O processo penal é uma parte ou uma fase, precisamente a segunda parte ou a segunda fase, do que se pode chamar do fenômeno penal, o qual é constituído pela combinação do delito e da pena." (CARNELUTTI, 2004, p. 21) "Tem-se afirmado e demonstrado que juízo e pena são os dois indissolúveis aspectos de um só fenômeno da pena, como também já se tem dito várias vezes se resolve no juízo e no juízo da pena. [...] A figura do castigador se desdobra assim na do juiz e na do carrasco. E o processo penal se bifurca na cognição e execução penal, ou, em outras palavras, o castigo em declaração de certeza enquanto delito e aplicação da pena." (CARNELUTTI, 2004, p. 133). Felizmente, no crepúsculo de sua vida e carreira, ocupando-se, após variegada gama de disciplinas, ao Direito Penal e sobretudo ao processo penal, pôde Carnelutti rever e corrigir aquela temível síntese, a terrível simetria forjada a fogo no corpo do tigre, com licença da imagem do poema de William Blake, *The Tyger*, e abandonou a visão totalitária – e, como tal, restrita e parcial – da verdade do crime a definir a do processo e seu estudo científico com o intuito de apreender a multiplicidade de visões metodológicas que informam, sob a provisoriedade das coisas humanas, a ciência e forçam à ampliação do conceito de processo para aproximar-se da totalidade dos aspectos jurídico-normativos, históricos, morais e outros de que a técnica processual e o Direito Penal se compõem (POLI, 2016, p. 34-38; COUTINHO, 2015, p.1-23. Disponível em: glosas-ao-verdade-duvida-e...francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/ Acesso em: 22 ago. 2017.).

²⁷ Bernd SCHÜNEMANN (2013, p. 206-221), em ensaio analítico, descreve a metodologia, o universo de pesquisa, os dados e conclusões de investigação empírica realizada na Alemanha sobre a influência de fatores externos às fontes cognitivas em contraditório obtidas no processo penal. O estudo verificou experimentalmente o efeito perseverança ou de inércia pelo qual visões institucionais irrefletidas e dados de convencimento determinados pelo contato prévio, por julgadores, com fontes informativas obtidas a investigações policiais ou de outra agência estatal, na maior parte dos casos, dirige seu entendimento não apenas à condenação, mas, sobretudo, faz com que ignorem ou não apreendam nem compreendam teses e elementos probatórios de defesa. Os resultados do estudo se agravam quando variações de questionários são introduzidas e se combinam a ciência de dados de inquérito e papel ativo do juiz na gestão de prova, na inquirição do acusado e de testemunhas



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Semelhante noção de processo penal (disciplina da persecução ou da reunião de técnicas, meios, fases e atividades investigativa, acusatória, cognitiva e decisória destinadas à confirmação da hipótese do crime e a validar pena de privação de liberdade), ao derivar aquele do conceito de persecução, priva-o de autonomia e crítica.

A dogmática da suficiência do código deixa subalterna função ao dever constitucional de fundar a decisão jurisdicional em entendimento racional dos dados e resultados do emprego da técnica do conflito entre partes igualadas materialmente e que se incumbem de instruir a causa.

Em seu lugar, define processo como persecução, “[...] conjunto dos princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos” (MARQUES, 2009, p. 11).

A dogmática plasmada no Código vigente, no projetado, em partes da doutrina e no cerne da jurisprudência penal sujeita o processo aos credos políticos da defesa social, da verdade do crime feito violação da autoridade estatal a reafirmar-se a todo cobro: define processo penal como imanente necessidade da pena (GRECO FILHO, 1999, p. 82-83).

O vazo cognitivo da interpretação passa à intelecção de normas processuais, inocula-as com ideias de perigosidade e responsabilidade decalcadas à lei material penal²⁸, sem presciência das salvaguardas penais e processuais de matriz

(SCHÜNEMANN, 2013, p.206-214). O estudo confirma empiricamente o efeito da crença em certo papel social da Justiça, combatente do crime, e da crença na culpabilidade do réu, em manutenção de fontes não resistidas da fase pré-processual. Demonstra ainda a ilícita confusão de papéis institucionais, a apontar a identidade oficial do juiz com o acusador (daí deriva o título do ensaio *O juiz como terceiro manipulado no Direito Penal?: uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*). Já o efeito aliança, provado empiricamente de modo aterrador, revela a inclinação institucional a suplantar a crítica do julgador histórico e particular, o qual tende, em fase cognitiva e decisória processual, a confirmar e a aceitar toda a cadeia de valorações incriminadoras que, em unidade, formam a persecução e se estendem do inquérito à sentença e a fixar um obstáculo epistemológico ou *dissonância cognitiva* (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207), ou seja, conduta refratária à postulação e à prova defensivas produzidas em juízo de instrução. A identificação institucional provada é tamanha que, mesmo quando desafiada por variações de hipóteses, inquirições e dados da pesquisa, indicava aumento do número de respostas favoráveis a condenações de acusado hipotético por grupo de controle composto de magistrados enquanto, sob iguais condições, grupo de controle formado por promotores, os quais responderam como atuariam se juízes fossem em sistema que lhes vedasse conhecimento de dados de inquérito e não soubessem de antemão se denúncia seria recebida, em dúvida, negavam justa causa mais que juízes (SCHÜNEMANN, 2013, p. 209-2010).

²⁸ Goldschmidt (2010, p. 754-778) oportunamente alerta que o diálogo platônico *Protágoras* seja quicá a primeira enunciação da finalidade primaz do Direito Penal, a prevenção geral e a específica pela intimidação, pelo horror ao sofrimento da pena, mais duradouro em efeitos do que o do delito, nota a que é útil acrescer que se trata de postulação do sofista Protágoras, oposta ao esforço platônico de defesa da supremacia do conhecimento racional e de seu emprego, pela filosofia, na formação do espírito para elevá-lo da reles fenomenalidade a reger conduta individual e a vida política. Milênios adiante, a noção de perigo social, do crime como guerra ao Estado e ao contrato social, perverteu a autonomia moral e o fundamento democrático do poder estatal em justificativa autoritária do processo: “[...] aliás todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro violando suas leis, e chega mesmo a mover-lhe guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se faz que o culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo. Os processos, o julgamento, são as provas de e a declaração de que ele rompeu o tratado social e que, conseqüentemente, não é mais membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, pelo menos pela sua residência, deve ser isolado pelo exílio como infrator do pacto, ou pela morte como inimigo público; pois um tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, então, o direito de guerra é o de matar o vencido.” (ROUSSEAU, s.d., p. 45-46). A derivação das formas de organização social, das bases da lei penal material e a derivação também do processo de noções de defesa social e combate ao crime da Antiguidade a Rousseau alternam-se teorizações, mas preservam a unidade irrefletida de sua dependência (GROTIUS, 2005, vol. I, p. 713-714; vol. II, p. 777-800).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

constitucional e das fontes convencionais incorporadas ao Direito brasileiro pelos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República²⁹.

Tal opacidade deriva do fim inquisitorial e aflitivo do interrogatório: validar psíquica e institucionalmente o procedimento, confirmar na decisão a verdade pressuposta (a da responsabilidade penal do réu e seu dever de expiá-la). Por esses motivos, erigem-se em truísmos a gestão probatória do juízo e a expugnação da consciência do detentor do saber do fato, condição processual apriorística a que é reduzido todo réu e interrogado.

Advêm dessas noções dogmáticas errôneas e dogmatismos alheios à crítica³⁰ o elogio da utilidade do interrogatório à validação psíquica da verdade apurada pelo juiz gestor de prova, traço genético da inquisitorialidade que o PL 8.045/2010 mantém (JARDIM, 2016, p. 169-170)³¹ e ainda rege o interrogatório: identificação, relatório da imputação, questionamento do fato (posto, não dos sentidos do injusto imputado), a personalidade do réu e o teor da ilicitude imputada, não a imputação integral nem a pretensão contrária, sob louvor de certa doutrina (SILVA, 2010, p. 362-372; MARQUES, 2009, p. 318-329).

3.3 Conflito de postulações hipotéticas na persecução criminal: fato versus imputação

A noção, nos Códigos vigente e projetado, de fato típico, antijurídico supor-se ocorrido, como tal, consubstancia-se na imputação, vincula coercitivamente o acusado ao processo e a uma determinada noção de verdade, rege a futura instrução e a conduta, não só a atividade formal, dos órgãos estatais, desde o inquérito à decisão judicial.

²⁹ “Todos os poderes e a cidadania se encontram sob a direção fundamental constitucional, mas nem sempre em uma completude democrática, embora represente, ao que aqui é objeto de enfrentamento, um significativo avançar no direcionamento do devido processo constitucional. Esse adelante encontra forte resistência em significativa parcela dos sujeitos processuais oficiais, na doutrina e na jurisprudência, pois forjados na cultura autoritária, burocratizada a manu militari, inquisitorial e na crença regeneradora da pena e do salvamento pelo processo penal, com a implementação de políticas públicas, mormente as de prevenção da criminalidade e de segurança pública. Ao se aliar a essa concepção, o paradigma da onipotência da esfera criminal, tal divindade a resgatar as promessas sociais e políticas não cumpridas (socialismo processual) e criador de um paraíso terreno sob o manto do punitivismo criminal, imprescindível a imersão na normatividade convencional e no diálogo de todas as fontes, inclusive jurisprudenciais”. (GIACOMOLLI, 2016, p.103).

³⁰ “Quando os governos hajam por bem ocupar-se dos assuntos dos eruditos, muito mais conforme seria com a sua sábia providência, tanto em relação à ciência como aos homens, que fomentassem a liberdade dessa crítica, a única que permite assentar em base segura os trabalhos da razão, em vez de apoiar o ridículo despotismo das escolas, que levantam grande alarido sobre o perigo público, quando se rasgam as suas teias de aranha, das quais o público nunca teve notícia e de cuja perda, portanto, nunca sentirá a falta. A crítica não se opõe ao procedimento dogmático da razão no seu conhecimento puro, enquanto ciência (pois esta é sempre dogmática, isto é, estritamente demonstrativa, baseando-se em princípios *a priori* seguros), mas sim ao dogmatismo, quer dizer, à presunção de seguir por diante apenas com um conhecimento puro por conceitos (conhecimento filosófico), apoiado em princípios, como os que a razão desde há muito aplica, sem se informar como e com que direito os alcançou. O dogmatismo é, pois, o procedimento dogmático da razão sem uma crítica prévia da sua própria capacidade. Esta oposição da crítica ao dogmatismo não favorece, pois, de modo algum, a superficialidade palavrosa que toma a despropósito o nome de popularidade nem ainda menos o ceticismo que condena sumariamente toda a metafísica.” (KANT, 2001, p. 30 e 31)

³¹ “Quando, em 2009, portanto passados mais de vinte anos da entrada em vigor do novo marco constitucional, o Senado da República incentivou a discussão de um novo CPP e constituiu, para tanto, a conhecida comissão de juristas contrapondo claros adeptos das reformas setoriais – que, ademais, possuem uma visão de sistema processual acusatório limitado a uma mera repartição de papéis – àqueles outros que se pautam por uma visão de acusatorialidade centrada na gestão probatória, surgiu uma rara oportunidade na história republicana de pensar-se não apenas na *reforma* de um corpo codificado mas, sobretudo, na *refundação* de um modelo de prestação jurisdicional que, ao nosso sentir, encontra-se num *estado* de denegação substancial de justice penal” (CHOUKR, 2017, p. 66-67).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

É noção unidimensional de imputação cujo erro afasta-a de seus fundamentos científicos e gera vezo cognitivo e uma praxe processual abusiva e inconstitucional.

A ideia de imputação, fixou-a há muito a Teoria do Direito (KELSEN, 2000, p. 80-102; MAYER, 2007, p. 13-17; 42), interna ao sistema jurídico, traduz-se no processo de atribuição de sentido de dever e coercitividade por normas de mais alto nível hierárquico às de menor graduação a plasmar o sistema por fluxos de sentido deontológico³².

O conteúdo técnico das normas jurídicas, porém, não se basta; antes, vaza aos valores sociais e atos humanas em segunda etapa da construção jurídica (KAUFMANN, 2009, 191-197). Com efeito, é ininteligível a atribuição do sentido de antijuridicidade e quase teratológicos os esforços argumentativos de partes e do julgador em apreender ou repelir os liames de culpabilidade, inocência e gravidade de efeitos de atos penalmente relevantes (este mesmo significado por determinar em contraditório) se o quanto se impute ao acusado não seja a unidade compósita do injusto, a síntese do comando ou vedação imediato da norma penal, sua finalidade tutelar de bem jurídico.

De outro lado, a atividade de determinação da norma lícita e justa a resolver o conflito penal formalizado em contraditório é frustrado se àquela atividade não se reunir o sentido histórico, moral e psíquico do ato do sujeito. A inconstitucional, pois violenta contra a dignidade humana, noção unidimensional da imputação penal como veículo de pretender intrusão afluente na liberdade individual pela pena e, antes, como substância e objeto da veridicção forçada do interrogatório, a fundar a aflição procedimental de sua consciência cede lugar à ideia problemático-hipotética da imputação como conteúdo processual do contraditório e das formas de postulação, acusatória, defensiva e do ato de defesa do réu, já que as insuficiências das noções positivadas e das teorias tradicionais “[...] de imputação jurídico-penal residem, como já se notou, sobretudo no modo demasiado estático de perspectivação, que torna impossível ter em conta o princípio de imputação da ‘valoração paralela na esfera do leigo’”. (KAUFMANN, 2009, p. 194)³³.

A complexa tarefa cognitiva de sentidos históricos de fatos e de experiências humanas àquele vinculados, no processo penal, e a natureza polissêmica e equívoca das normas imputadas à resolução do conflito social neste implicado não se podem solver pela inquisitiva e persecutória busca judicial da verdade do réu coincidente com a do juiz.

³² “Na ligação estabelecida por uma norma geral – jurídica ou moral – entre condição e sanção como consequência, que é descrita pela Ética e Ciência do Direito nas leis moral e jurídica, opõe-se-nos, por ilação, um princípio, o da causalidade, que se expressa nas leis da natureza, formuladas pela Ciência Natural, na verdade, diferente, mas a ele sempre análogo. Eu propus qualificar este princípio como *imputação*. [...] Causalidade e imputação, como já observado, são dois diferentes modos, nos quais duas questões de fato são ligadas uma com a outra como condição e consequência. A diferença entre ambos subsiste na circunstância de que a imputação (isto significa a relação entre uma conduta determinada como condição e a sanção como consequência descrita numa lei moral ou jurídica) é produzida por um ato de vontade, cujo sentido é uma norma, enquanto a causalidade (isto significa a relação entre a causa e o efeito descrita numa lei da natureza) é independente de toda e qualquer intervenção.” (KELSEN, 1986, p. 31-32; 2000, p. 90-92 e 100-102).

³³ . Pensam-se as coisas como se o significado do fato penal fosse predefinido, algo de fixado e, na “valoração paralela”, apenas se tratasse de reencontrar esse significado na representação mental do autor. De acordo com essa concepção o ato de imputação nada tem de constitutivo. Mas a imputação é um processo de comunicação entre o juiz e o agente (o arguido), em que não apenas se verifica o que o agente representou mentalmente, mas em que, pela primeira vez, se estabelece a correspondência entre os dois horizontes de compreensão: o do agente e o do juiz (que através do seu uso linguístico determina o significado da lei). [...] Este processo de comunicação não se realiza contudo apenas unilateralmente, com a tradução das representações da linguagem legal, devendo a aproximação operar-se, também a partir do outro lado, ou seja, os conceitos da linguagem técnica da lei devem ser abertos à linguagem cotidiana do agente, partindo dos fechados e abstratos conceitos classificatórios devem formar-se tipos abertos concretizados (relembre-se a feliz imagem do túnel, de Radbruch [...])” (KAUFMANN, 2009, p. 194)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Em conseguinte, o sentido potestativo e violento da imputação em denúncia deve, em modelo constitucionalmente guiado de esclarecimento do acusado – a substituir o que se projeta ao interrogatório –, ceder à noção problemática e hipotética de imputação qual a Teoria do Direito já na aurora do século XX vislumbrava, pela qual sentidos jurídicos de preceitos positivos se critiquem.

Imputação e esclarecimentos do acusado, pois, não se reduzem àquela noção, familiar e potestativa, de *res in iudicio deducta* do processo civil, inadequada ao processo penal; de o tanto atribuído ao réu na denúncia ser o quanto se busque ao acusado interrogar e o limite do que possa declarar.

Fonte outra desse vezo deriva da noção positivista a que Max Ernst Mayer (2007, p. 13-17, 26-27 e 42), já em 1.915, recorria e da qual se fazia tributário, derivando-a de autores como Jhering, Kensen (em escrito de 1911), Jellineck, a qual esvazia o sentido positivo das garantias materiais e penais ao fazer do conteúdo da imputação o limite de competências e do dever procedimental e decisório do juiz³⁴. De resto, positivista de imputação (normativa e sistêmica) limitada à interpretação autêntica, autorizada e coercitiva de normas jurídicas pelo Estado que as impõe ou, mesmo, pelos órgãos que as implementam, em círculo vicioso da exegese da vontade pura, sem cognição³⁵.

Por mais que se afirmem a fragmentariedade, a subsidiariedade da tutela penal em relação a outros regramentos jurídicos e a supremacia da legalidade na salvaguarda de direitos civis contra o alvedrio estatal e o abuso da força (MAYER, 2007, p. 26-33), não obterão sentido relevante se persistir a disposição teórica de mitigar os limites entre processo e Direito Penal.

Exacerbam-se duração e efeitos do poder punitivo total em sua mais aguda e cinética forma, *a persecução procedimental, a converter as figuras típicas em normas de competência, critérios procedimentais de decisão e fontes hermenêuticas*

³⁴ “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material. Uma Disposição de Direito Penal – por mais simplificada que seja – tem de ser formulada mais ou menos da seguinte maneira: se um indivíduo cometeu um delito determinado numa norma jurídica geral, um órgão (tribunal), determinado também por uma norma jurídica geral, deve aplicar-lhe, num processo regulado ainda por uma norma jurídica geral, uma sanção que se encontra fixada na norma geral primeiramente referida. [...] se um órgão, cuja constituição e função se encontram reguladas por uma norma geral, se verificou, por um processo determinado também através de uma norma geral, que existe um fato a que uma outra norma geral liga uma determinada sanção, esse órgão deve aplicar, pelo processo prescrito por uma norma geral, a sanção determinada pela norma jurídica geral já mencionada.” (KELSEN, 2000, p. 257.)

³⁵ “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei em um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior. [...] A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Essa determinação nunca é, porém, completa, a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por esse ato”. (KELSEN, 2000: p. 387-388)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

da pena (MAYER, 2007, p. 41-47), apartando de seu lúdimo exame e da fixação de seu sentido o acusado e sua defesa, ainda que asseverado o supremo fim de proteção individual e de limite que a linguagem e os elementos normativos sobre o juiz exerçam: como o farão se no juiz e no acusador se supõe o norte da imputação³⁶?

Transportada do Direito Penal e ao processo, a ideia de imputação transmuda-se em hipótese de adequação normativa e critério hermenêutico pelo qual a ação possa ser, em argumentação racional e contraditória, compreendida pelos sujeitos processuais e ter seus sentidos expostos a exame judicial e à decisão da causa.

Limitada a imputação ao sentido persecutório, despida da valência problemática e crítica que lhe impõe a legalidade (pois *nullum crimen nulla poena sine lege* não é condição de validade só da pena, mas também do processo), os atos procedimentais de inquirição sobre o substrato pressuposto da causa degradarão, enfim, o processo para revogar o Direito Penal liberal.

Distinções de licitude e antijuridicidade, entre espécies e graus de culpa e a reunião dos elementos da figura típica não se aperfeiçoam na crua antevisão legal, eis porque só se ocupa o processo da ignorância ou impasse cognitivo sobre o substrato social e anterior à imputação, a obscuridade do dito fato a cuja superação o contraditório e a amplitude de defesa, sob o estado de inocência, exercitam-se³⁷:

Diversamente do monismo procedimental da imputação que visa à decisão condenatória em lugar da perfectibilidade da cognição haurida da contradição entre partes, o processo constitucionalizado caracteriza-se pelo embate de pretensões entre vários sentidos da lei da atuação penal: absolver, condenar, arguir inconstitucionalidade da lei incriminadora, reduzir ou majorar pena, pedir reconhecimento de atipicidade, de exclusão de ilicitude, de causas de exculpação, extinção de punibilidade, temas à cuja dedução “confessa-se” o bruto substrato fático, mas se lhe nega natureza criminosa ou os efeitos desta.

A pretensão no processo penal é busca de provimento constitutivo que, segundo a prova atuada e os resultados das postulações contraditórias, componha o conflito social subjacente ao processo (JARDIM, 2016, p. 103; LOPES JÚNIOR, 2016, p.100-104).

³⁶ “Las leyes penales son normas de decisión, esto es, normas abstractas del Estado (del legislador) dirigidas a los órganos estatales para que (dentro de determinados presupuestos y de determinados límites) respondan positivamente a su pretensión punitiva. Esa función está indisolublemente unida con la función de garantía: En la medida en que los preceptos del Derecho penal son garantes de bienes jurídicos, ellos son también normas de decisión. (MAYER, 2007, p. 41)

³⁷ “§9º - Do sentido das ameaças penais do Estado, chega-se à dedução que aquelas só avaliam conduta antijurídica, aquela que está objetivamente em contradição com a ordem jurídica do correspondente Estado. Uma conduta que não esteja em contradição com este encontra-se fora do punível (mesmo quando contradiga um ordenamento jurídico estranho, ou aos costumes, ou à moral; e mesmo quando - como nos ‘delitos putativos’, ‘delitos imaginários’ -, quem atua, considere erroneamente sua ação como antijurídica). A antijuridicidade da conduta é, sem exceções, o pressuposto geral da punição. (...) O ordenamento jurídico pode considerar a conduta humana da seguinte forma: ou a declara antijurídica, conforme o direito ou juridicamente indiferente (irrelevante). Mas não procede de maneira nenhuma a certos comportamentos, sejam sempre antijurídicos e os demais nunca. Sempre transcorrem as circunstâncias (pessoais ou reais) do proceder: toda classe de conduta é, em certas circunstâncias, antijurídica, e em outras não. A interpretação singular é que nos dirá quais são essas circunstâncias. (...)” “Desta maneira, se reduz o atual Direito Penal a um catálogo de tipos delituosos. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorrem com elas, como característica externa, a ‘Tipicidade’ (adequação ao catálogo) de maneira que, dentro do ilícito culpável, está delimitado o espaço dentro do qual aquelas são puníveis.” (BELING, 2010, p. 32, 34 e 47).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Aquilo a que resiste o acusado e a cujo respeito é interrogado é um sentido normativo, liame inteligível entre o modelo de conduta vedada, o limite da ação lícita àquele contrária e eventual juízo penal a respeito, ligados a dados possíveis e ainda ignorados do mundo social e anímico sobre o que o edifício do “fato imputado” se ergue precariamente³⁸.

Conclusões

O PL n.º 8.045/2010 preserva a iniciativa e a primazia, na inquirição do acusado, ao juiz, sustenta a finalidade instrutória do ato, malgrado a mudança topográfica ao capítulo do réu e de seus atos; limita a inquirição ao conteúdo da imputação tal qual se fixa na denúncia, sem atentar à valência múltipla, problemático-hipotética, do tipo penal e à finalidade de limitar este o poder punitivo: preserva, em suma, a forma atual do interrogatório do acusado, a quem impõe a exposição – *veridicção* – sobre algo que lhe é estranho, o sentido jurídico que a alegado fato impusera a acusação, sem oportunidade de autodefesa positiva ou de refutação e esclarecimento (artigos 65 a 67, 73 e 276).

A forma napoleônica da persecução, uno em sentido, bifásica em procedimento, inquisitorial e processual, é mantida e exhibe a contradição do Projeto com os princípios constitucionais que, em seus arts. 1º a 8º, proclamam-se incorporados.

Semelhante modelo de inquirição nenhum meio de autodefesa encerra, impede a postulação problemática dos limites da capitulação típica feita no ato de acusação e não dispõe da escolha estratégica, em ato processual obrigatório, de declarar além do modelo legal da inquirição e para fins distintos. O processo, no Projeto de Novo CPP, em consequente, não resulta da constitucionalização de um instituto crítico de resolução racional de dúvida sobre o sentido dos elementos totais do injusto penal, limitando-se a conservar o fim e a estrutura de inspiração napoleônica, o da primazia inquisitorial marchetada por traços acusatórios (BACHMAIER WINTER, 2008, p. 22-24).

Não será demasia associar a forma bifásica do interrogatório, a confirmação da ideia de culpabilidade na inquirição sobre personalidade e conduta social – semelhantes aos parâmetros de fixação de pena segundo a lei penal material – à forma bifásica e falsamente acusatória do processo napoleônico abraçado já no CPP vigente, já no PL 8.045/2010 (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 144; 161-189).

A disciplina projetada ao interrogatório e à confissão inconstitucionalmente cria meio de prova acusatória sem ditar regras sobre a autodefesa do acusado, em oposição ao dever constitucional de concentração de funções argumentativas (AMBOS, 2008, p. 71-72; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 45; BACHMAIER WINTER, 2008, p. 15-29) e postulatórias das partes sob o princípio acusatório. Essa opção estratégica, o risco da escolha da melhor ação no processo, só ao acusado pertence, pela defesa informa-se e, em seu fundamento e por seu modo de exercício, assertivo e postulatório ou passivo ou tácito, nega e repele qual fim probatório ao interrogatório.

³⁸ Tema da causa e do processo, assim como o ato (valorado pelos sujeitos processuais) do acusado, é a definição dos processos hermenêuticos com que se fixe o sentido das normas legais de que derivam, em plexo significativo com a pesquisa histórica do que veio ou pode ter vindo a ser no mundo social, é o Direito a se conhecer atualmente: ou seja, o processo ocupa-se de cognição atual – de norma e do sentido de fato conforme os atos postulatórios, de instrução e final decisão emitidos no processo por todos os agentes deste – e de outra, de dados históricos cuja memória e significados se reconstroem. Reconhecem Jescheck e Weigend (2002, p. 539-541) que hipóteses de erro de proibição, por exemplo, conforme as circunstâncias psíquicas, dados informativos e o substrato fático-social (não de fato penal suposto), de erro sobre elementos do tipo e de direta e objetiva atipicidade, provam o tensionamento interno e a antinomia, ao menos aparente, entre efeitos da atuação das mesmas normas penais.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

Só terá validade o Código projetado se ajustar-se ao modelo constitucional do processo acusatório, se vedar a ilícita inquirição judicial do acusado e salvaguardar o devido processo, o contraditório ao lhe atribuir meios de autodefesa e escolha estratégica de resposta direta e pessoal à pretensão acusatória.

Deve-se, para satisfação desse programa, recusar o modelo dogmático que une a milenar confusão entre objetos do processo penal e do Direito Penal ao credo na suficiência dos critérios interpretativos do Código, vencido pelo cânon da supremacia do sistema de separação dos poderes de incriminar em lei, perseguir, acusar e julgar atos humanos (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 44-45; COUTINHO, 2015, p. 9-16³⁹).

À lei e ao ato procedimental projetados, de matriz inquisitorial, ao revés, oponha-se modelo alternativo de autodefesa dispositiva do acusado em postulados de alteração do regime proposto ao interrogatório e à confissão:

- a) Altere-se o nome do ato para Esclarecimentos do Acusado.
- b) Os esclarecimentos devem ser colhidos somente após as alegações finais de acusação para garantir conformidade do ato aos princípios constitucionais do devido processo, do contraditório, ampla defesa, ao sistema acusatório e a manter a coerência sistêmica do regime do ato com a adoção daqueles princípios no art. 1º ao 8º do Projeto.
- c) Acrescente-se parágrafo único ao art. 276, com remissão a si no art. 64, a facultar ao acusado, sob preclusão, a eleição de momento diverso a seus esclarecimentos (ou à realização de interrogatório, se o termo remanescer) em pedido feito em defesa prévia.
- d) Altere-se a redação e o sentido do *caput* do art. 66 do Projeto, por uma semelhante a: “o juiz indagará ao réu, na fase e ordem dos atos previstos no art. 276 deste Código ou no momento disposto no parágrafo único desse artigo (com a emenda proposta), se deseja prestar esclarecimentos defensivos, se responderá a perguntas de defesa e acusação ou se eleger exercitar o direito constitucional a guardar silêncio sobre um ou mais temas controvertidos”.
- e) Sugere-se a reordenação das divisões das normas derivadas e do *caput* do art. 66, passando seus incisos e o parágrafo a integrar novo art. 67, cuja redação seria: “Defensor e acusação, na forma do art. 66 deste Código, poderão arguir o acusado sobre sua manifestação, o conteúdo da denúncia e o de sua defesa, vedada a inquirição pelo juiz.
- f) Mude-se a advertência sobre uso desfavorável dos esclarecimentos do réu: os resultados do exame cruzado e das respostas a perguntas de defesa e acusação podem ser compartilhados em instrução e postulação pelas partes, mas não os esclarecimentos em si, os quais tampouco serão admitidos a fundamentar decisão final, de qualquer efeito.
- g) O juiz, no ato de oferta de esclarecimentos pelo acusado, permanecerá inerte, não o inquirirá e somente considerará, em sua decisão, os dados colhidos ao exame cruzado e às respostas do réu às perguntas de acusação e defesa.

³⁹ Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho> Acesso em: 22 de agosto de 2017.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

h) É vedado às partes indagarem ao acusado sobre elementos de autos de inquérito policial ou de investigação preliminar, pois se restringem os esclarecimentos do acusado aos temas e fundamentos das pretensões formuladas em contraditório perante o Juízo.

São esses os postulados fundamentais da defesa ativa e dos esclarecimentos do acusado, e não excluem outros adequados à proposta de disciplina alternativa à aqui esboçada.

Não se poderia, sem contradição, propor diminutos ajustes ao modelo de interrogatório, ao uso aflitivo do processo e de contaminação da atividade e da cognição judiciais, tal qual se observa no PL 8.045/2010, no qual não há real meio de autodefesa do acusado.

Referências

AGOSTINHO, Santo Bispo de Hipona. *A cidade de Deus: contra os pagãos*. Parte II, [Livro décimo nono]. 4. ed. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2001.

AGOSTINHO, Santo Bispo de Hipona. *Confissões*. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. Rev. Antônio da Silveira Mendonça. 13. ed. São Paulo: Paulus, 2000.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2008. p. 49-72

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2008. p. 13-48.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Proceso penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELING, Ernst von. *Esquema de direito penal: a doutrina do delito-tipo*. Versão ao Português de Sebastian Soler. Sem tradutor informado. Campinas: Servanda, 2010.

BELLAMY, J.G. *The Law of Treason in the Later Middle Ages*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas por Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da filosofia do direito e do Estado: Antiguidade e Idade Média*. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Books, 2000.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

CARNELUTTI, Francesco. *As funções do processo penal*. Trad. Rolando Maria da Cruz. Campinas: Apta, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre o processo penal entre Brasil e Itália*. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65-77.

CÍCERO, Marco Túlio. *Tratado das leis: de legibus*. Introd., trad. e notas Marino Kury. Caxias do Sul: Educus, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti”*. Disponível em: glosas-ao-verdade-duvida-e-...francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/ Acesso em: 22 ago. 2017).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho> Acesso em: 22 ago. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais penais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre o processo penal entre Brasil e Itália*. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 47-64.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires, Argentina: B de f, 2016.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. v. III: comentários aos arts. 185-372. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 7-52.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Provas no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: la finción de la confesión en la justicia*. Curso de Lovaina, 1981. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France (1983-1984)*. Trad. Eduardo Brandão: São Paulo, WMF Martins Fontes, 2011.

 **SUMÁRIO**

 **EXPEDIENTE**

 **APRESENTAÇÃO**

 **CRIME E SOCIEDADE**

01 02

 **DIREITOS HUMANOS**

01

 **ESCOLAS PENAIS**

01 02 03 04 05

 **INFÂNCIA E JUVENTUDE**

01

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo constitucional: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso: problemas fundamentales del Derecho*. (Vários tradutores). v. I. Madrid, España: Marcial Pons, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. 2. ed. V. I-II. Ijuí (RS): Unijuí, 2005. v. I [Livro II, § XVII], p. 713-714; v. II, [Livro II, §XX], p. 777-880.

MADISON, James. O federalista n. 48. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Rodrigo Rodrigues Gama. Campinas/SP: Russell, 2003. p. 307 e seguintes.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 281-301.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Trad. Frederico Ozanan Pessoa de Barros. v. I. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

Institutas do Imperador Justiniano: Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano no ano de 533 dC. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Trad. Arthur M. Parreira; adap. Mônica Stahel e rev. do texto grego Gilson César Cardoso de Souza. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESCHECK, HANS-HEIRICH; WEIGEND, THOMAS. *Tratado de derecho penal: Parte General*. Quinta edición corregida y ampliada. Traducción Miguel Olmedo Cardeneteo. Granada, España: 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 57 a 208.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Prefácio e trad. António Ulisses Côrtes. 3. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 427 p.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I-II Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millennium, 2009.

MARTÍN, Augustín-J. Pérez-Cruz. *El interrogatorio del acusado: reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Pamplona, España: Thomson Reuters, 2011.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ubu, 2017.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Revisión general y prólogo por el profesor José Luis Gusmán Dalbora. Buenos Aires, República Argentina: B de f, 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *O interrogatório criminal como instrumento de acesso à justiça penal: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (Coleção Direito Processual Penal).

PLATÃO. *A República*. Introd., trad. e notas Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

PLATÃO, Apologia de Sócrates. In: *Diálogos III: Fedro [ou do belo]; Eutífron [ou da religiosidade]; Apologia de Sócrates; Críton [ou do dever]; Fédon [ou da alma]*. Trad., textos complementares e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 137-168.

PLATÃO, Fédon. In: *Diálogos III: Fedro [ou do belo]; Eutífron [ou da religiosidade]; Apologia de Sócrates; Críton [ou do dever]; Fédon [ou da alma]*. Trad., textos complementares e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 187-278.

PLATÃO, Protágoras. In: *Diálogos I: Teeteto, [ou do conhecimento]; Sofista [ou do Ser]; Protágoras [ou Sofistas]*. Trad., textos complementares e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 249-320.

PL 8.045/2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010 Acesso em: 15 out. 2017.

POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. v. I. 11. ed. São Paulo: Paulus, 2012.

REALE: Miguel, *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Adaptada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, s.d.

SCHIOPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. Trad. Marcos Marciolino et al. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no direito penal?: uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO FILHO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, p. 206-221

SILVA, Amaury. *Interrogatório: de acordo com a lei 11.900/2009*. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Leme/SP: Mizuno, 2010.

VARGAS, José Cirilo de. *Direito e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. Org. e introd. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.

VIDAL-NAQUET, Pierre. A caça e o sacrifício na “Oréstia” de Ésquilo. In: *Mito e tragédia na Grécia antiga I e II*. Vários Tradutores. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 101-124.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. II. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A PROPÓSITO DE SE AFERIR A LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL (A PARTIR DE UMA ANÁLISE SOBRE A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO QUE SE PRETENDE TUTELAR)

APROPOS TO ASSESS THE LEGITIMACY OF PENAL LAW INTERVENTION (FROM AN ANALISYS ABOUT THE PENAL DIGNITY OF THE LEGAL INTEREST INTENDED TO BE PROTECTED)

Karla Padilha Rebelo Marques

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Investigadora do IDPPE- Instituto de Direito Penal Econômico-Europeu (UC). Promotora de Justiça de Alagoas.

Resumo: Este artigo presta-se a analisar critérios que se possam revelar úteis à identificação da dignidade penal de bens juridicamente tutelados, de modo que se verifique a conveniência de criminalização de condutas, com foco no delito de lavagem de capitais. O estudo se centra na teoria do bem jurídico e na sua utilidade para mensuração do grau de danosidade ou ofensividade social de certos comportamentos, sob a perspectiva de se aplicar o princípio da proporcionalidade na aferição da legitimidade da intervenção penal, com base na teoria do garantismo integral. Estuda-se ainda o papel do Legislativo e do Judiciário na busca da justa medida da carência de tutela penal. Tudo sob inspiração nos valores insculpidos nas Cartas Constitucionais, através de um estudo comparado dos direitos brasileiro e lusitano, em termos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Bem jurídico. Dignidade penal. Lavagem de capitais. Princípio da proporcionalidade. Garantismo integral.

Abstract: The objective of this paper is to analyze criteria that can be considered useful to identify the penal dignity of protected legal interests, so that It can make possible to verify the convenience of criminalization, focused on money laundering crime. This study concentrates on legal interest theory and its efficiency to measure the social damage effects or offensiveness of certain behaviours, from the perspective of applying the proportionality principle in search of the legitimacy of criminal intervention, based on full garantism theory. It also studies the role of Legislative and Judiciary in the search of the right size of lack of penal intervention. All under the inspiration of values inserted in the Constitutions, through a comparative study of Brazilian and Portuguese laws, in legislative, doctrine and case-law terms.

Keywords: legal interest; penal dignity; money laundering; proportionality principle; full garantism

Sumário: 1 Introdução; 2 A teoria do bem jurídico como elemento aferidor da legitimidade jurídica das normas penais (ou o Direito Penal do bem jurídico); 3 A legitimidade da intervenção penal testada a partir das decisões dos tribunais constitucionais, sob a égide da teoria do bem jurídico; 4. A criminalização da lavagem de capitais inspirada nos novos paradigmas do Direito Penal Econômico – o desafio entre a superação da tradicional tutela clássica do Direito plasmado nos direitos individuais da personalidade e a necessidade de contenção do Direito Penal; 5. À guisa de conclusão – em busca da justa medida para a intervenção do Direito Penal enquanto solução adequada e suficiente à proteção da sociedade e ao cumprimento dos objetivos maiores insculpidos na Constituição; Referências.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

1 Introdução

A temática que se dedica ao estudo dos limites e meandros da intervenção do Direito Penal longe está de atingir patamares de univocidade. A própria evolução social se encarrega de alterar as cargas valorativas em todas as searas do conhecimento e das relações humanas, a ponto de imprimir um conteúdo dinâmico ao Direito – leia-se: sistema jurídico – que chega ao empós e a reboque das demandas e reclamos comunitários por equilíbrio e paz, com a pretensão de viabilizar um rearranjo no sistema vivo das condutas perpetradas pelo homem, quando se identificam ameaças ou “quebras” às regras que norteiam o bom convívio social.

Nesse contexto, o Direito Penal reserva-se a atuar apenas diante das hipóteses mais gravosas, que representem demandas justificadoras da necessidade de imposição de sanções penais, como forma de se prevenir eficazmente a reiteração delitiva, salvaguardando-se, assim, uma certa harmonia social, através da garantia de parâmetros aceitáveis de criminalidade, partindo-se da consciência resignada de que o fenômeno criminal é imanente à natureza humana e irá sempre permear qualquer ambiente de interação comunitária.

Atualmente, tendo-se em conta os reclamos que hodiernamente são lançados no sentido de se buscar no Estado a adequada proteção do cidadão, tanto em face do próprio poder público quanto de terceiros, aliados a uma sensação de insegurança generalizada, sobretudo nos países onde a desigualdade econômica e social se faz mais presente – como é o caso do Brasil – está-se a repensar o atual modelo posto.

Diante de tal moldura histórica e política, impõe avaliar se a teoria do bem jurídico constitui-se em ferramental apto a oferecer parâmetros, com certo grau de segurança e coerência material, para o legislador – num primeiro momento – e, em última análise e de forma residual, ao judiciário, para, no exercício do controle de constitucionalidade, aferir se a intervenção penal voltada à garantia e proteção dos direitos inculpidos explícita ou implicitamente na Carta de direitos e garantias fundamentais – tanto individuais quanto coletivos ou transindividuais – está sendo implementada numa medida que possa ser admitida como razoável e adequada, com base no reconhecimento da dignidade jurídico-penal do bem a ser tutelado.

Indo mais além, no presente trabalho também se buscará discutir se o “decisionismo” do Poder Legislativo poderia, por via inversa, ser igualmente monitorado, a partir da ideia da suposta existência de mandados implícitos ou explícitos de criminalização que possam defluir dos preceitos contidos na Carta Constitucional, com base na teoria do garantismo integral, que confere solução de “mão dupla” ao princípio da proporcionalidade.

Com supedâneo na ideia basilar da subsidiariedade do Direito Penal, que resulta no princípio da máxima restrição das penas, pretende-se também analisar o comportamento da doutrina e jurisprudência, em Portugal e no Brasil, quando se trata de se lançar mão do Direito Criminal para fins de proteção e defesa de bens jurídicos. Finalmente, o trabalho também se prestará a analisar, como estudo de caso, mas sem pretensões de se esgotar o tema, o crime de lavagem de capitais e sua positivação nos sistemas jurídicos português e brasileiro, dentro do conteúdo do Direito Penal Econômico.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

2 Pode a teoria do bem jurídico atuar como elemento aferidor da legitimidade jurídica das normas penais?

Roxin¹ assinala o marco histórico da 2ª Guerra Mundial como o período em que a ciência jurídico-penal alemã começou a construir parâmetros voltados ao estabelecimento de limites à intervenção penal, a partir da teoria do bem jurídico², excluindo, portanto, de sua esfera de intervenção crenças políticas ou morais, dogmas religiosos, ideologias ou meros sentimentos, o que fez subtrair da seara criminal comportamentos então considerados desconformes com os padrões vigentes de moralidade³, em face da constatação de ausência de violação a bem jurídico alheio.

Nesse diapasão, o Estado somente poderia interferir, lançando mão da imposição de limites à liberdade, através da cominação de penas, quando a esfera de direitos subjetivos estivesse ameaçada de lesão por condutas de terceiros. Posteriormente, com a evolução e extensão do rol de direitos e garantias catalogados nas Cartas Constitucionais e igualmente inseridos na pauta dos valores axiológicos considerados relevantes para o convívio e equilíbrio sociais, novos bens jurídicos⁴ foram se somando e alterando o perfil de tal concepção, através da agregação de bens igualmente dotados de dignidade penal, mas agora detentores de um viés transindividual, coletivo ou difuso⁵.

A pergunta que se impõe, portanto, é se a teoria do bem jurídico se revela instrumento idôneo à conformação de parâmetros indicadores das fontes e limites do *jus puniendi* estatal, malgrado deva se reconhecer que tal concepção deixou de ser elemento estruturado pela dogmática jurídico-penal, para se transformar em elemento estruturante e informador da política criminal do Estado⁶.

2.1 Como a doutrina estrangeira enfrenta o desafio de conformação e limitação do Direito Penal

A diversidade de interesses em jogo em qualquer sociedade, muitas vezes conflitantes, faz realçar a necessidade e importância da fixação de instrumentos dotados de coercibilidade, na defesa dos bens jurídica e socialmente relevantes. Ademais, há de se reconhecer a função social do Direito Penal, consubstanciada na sua intervenção para a garantia de uma existência pacífica⁷, livre e socialmente segura, somente legítima quando tais objetivos não logrem ser alcançados por outras medidas sócio-políticas menos invasivas da esfera de liberdade dos cidadãos⁸.

¹ ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoria del bien juridico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007. p. 444-5.

² Idem, p.445.

³ Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que o Direito Penal possui uma aspiração ética, consistente na meta de garantir a segurança, evitando-se o cometimento e repetição de ações atentatórias, de modo intolerável, aos bens jurídicos penalmente tutelados. ZAFFARONI, Eugénio Raul et al. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 9. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-4.

⁴ Por isso o argumento de que os bens jurídicos não são necessariamente “dados” ao legislador, mas este também os cria, como, por exemplo, no caso dos impostos. ROXIN, op. cit., p. 448.

⁵ Aqui também de forma mediata, tais bens jurídicos repercutem em benefício do cidadão, individualmente considerado, ainda que através de atividades prestacionais do Estado. ROXIN, op. cit.

⁶ FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. Versão sintetizada do capítulo inaugural da obra: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 382.

⁷ Roxin refere-se à concepção do contrato social típico do movimento iluminista em que os cidadãos, titulares do poder, cederiam ao legislador prerrogativas penais no estrito limite do quanto necessário à garantia dessa convivência pacífica, na hipótese de ausência de meios menos gravosos à liberdade individual. ROXIN, op. cit., p. 447.

⁸ Idem, p. 446-7.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Ainda se acentuam dificuldades e controvérsias, apesar de toda a construção teórica já consolidada – sobretudo na doutrina alemã – em se definir com clareza um sistema teleológico racional que possa dar cabo à temática da infração penal, inserindo-se, nesse ambiente de incertezas, as noções de dignidade e carência de tutela penal⁹. Entretanto, parece que o caminho mais seguro estaria pautado nas ideias de Roxin e de Figueiredo Dias de que o Direito Penal só pode intervir à medida que logre assegurar a proteção – necessária e eficaz – dos bens jurídicos fundamentais¹⁰. A propósito da teoria do bem jurídico¹¹, Roxin sublinha que tal discussão, nos ordenamentos jurídicos francês e anglo-americano, não encontra qualquer amparo¹², malgrado haja autores, neste último país, que apontem para a conveniência de que tais parâmetros pudessem vir a ser aplicados, de forma sistemática.

Vale concluir, nesse diapasão, que somente uma concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico¹³ parece se revelar compatível com o conceito material de crime e, nesse sentido, oferece um padrão crítico legitimador dos processos legislativos de inserção e exclusão de certas condutas do universo do Direito Penal, mediante processos de criminalização e descriminalização, passíveis de monitoramento pelo Poder Judiciário. Feitas as considerações acima, resta concluir pela necessidade de se estabelecer um certo *standard* de potencialidade lesiva¹⁴, sobretudo quando se trata de interesses coletivos ou transindividuais emergentes, associado à constatação da insuficiência de outras formas de controle, a fim de que a intervenção penal possa ser reconhecidamente legítima, à luz da teoria do bem jurídico.

2.2 A proporcionalidade como critério balizador do tamanho a ser emprestado ao Direito Penal (os sistemas jurídicos brasileiro e português)

Ao Direito Penal se dispensa a função de tutela subsidiária (*ultima ratio*) de bens jurídicos investidos de dignidade penal¹⁵, noutras palavras, de bens jurídicos cuja lesão suscita a necessidade de inflicção de pena, apesar de todas as possibilidades, em tese, disponibilizadas alternativamente para enfrentamento de tal lesão, através de outros ramos jurídicos menos invasivos e restritivos de direitos.

Nessa seara, inafastável o uso do princípio da proporcionalidade, de matriz alemã, positivado no art. 18º, nº 2 da Constituição Portuguesa, o qual estatui que a lei somente poderá restringir os direitos, garantias e liberdades nas

⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Lisboa: Editorial aequitas, 1992. a. 2, f. 2, p.173-205. [p. 174-5.]

¹⁰ COSTA ANDRADE, op. cit., p. 178.

¹¹ Figueiredo Dias refere-se a verdadeiro princípio jurídico-constitucional implícito. DIAS, Figueiredo. O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional. *Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2008. XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa. Coimbra: Coimbra ed., 2009. p. 36.

¹² ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*. Trad. Susana Aires de Sousa, revista por Jorge de Figueiredo Dias. p. 02.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 2. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: 2012. p. 116.

¹⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda et al. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 114.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

hipóteses fixadas na Constituição, *devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

Na Constituição brasileira, referido princípio não se encontra explícito, mas sua aplicação constitui-se atualmente em ferramenta inarredável de hermenêutica jurídica, sobretudo quando se está a tratar de restrição a bens e direitos fundamentais. O recurso a tal princípio encontra-se consolidado, na medida em que a análise circunstancial e casuística obtida a partir dos parâmetros por ele fornecidos disponibiliza ao jurista um *check list* capaz de conduzir a *standards* mais seguros de atuação e interpretação, notadamente quando se trata do Direito Penal e da violência intervencionista que ele encerra para o núcleo de liberdades do cidadão. Tradicionalmente, há de se lançar mão dos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Tratando-se de sua aplicação para aferição da legitimidade da intervenção penal, pode-se partir da análise da *necessidade*¹⁶, enquanto sinônimo da “carência” ou idoneidade da tutela penal. Noutras palavras, trata-se de aferir se a criminalização de determinada conduta, à luz da teoria do bem jurídico, revela-se necessária e consentânea com a desejada harmonia entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da maioria, consubstanciado através da positivação em matéria penal, a partir das opções legislativas operadas pelo Parlamento.

O segundo critério aferidor – a *adequação*¹⁷ – reflete-se na exigibilidade de que se avalie, no caso concreto, se a opção legislativa operada (tratando-se da hipótese de criminalização de uma conduta) se apresenta adequada aos fins a que se propõe, restando inoportuna toda e qualquer tentativa de positivação penal que exacerbe tal margem limitada, a qual consiste na possibilidade de restrição a bens e direitos, através da intervenção penal. Noutras palavras, cuida-se aqui de perquirir se o diploma criminalizador positivado se revela idôneo à obtenção do fim pretendido¹⁸, ou seja, ao enfrentamento da violação a certo bem jurídico. Se assim não o for, estar-se-á diante de uma norma restritiva de direitos **inconstitucional**.

Finalmente, a *proporcionalidade em sentido estrito* ou o princípio da aferição da justa medida: superados os parâmetros de sopesamento anteriores, faz-se necessário analisar se os fins pretendidos justificam os meios que se pretende empregar (*in casu*, dentro da esfera de *ultima ratio* do Direito Penal), com o fito de se conferir a proteção justa e adequada a um direito ou interesse juridicamente protegido, ou seja, titular de dignidade jurídico-penal. Há situações em que, malgrado se identifique desequilíbrio na relação meio-fim, não se pode prescindir da providência legislativa

¹⁶ Trata-se de verificar se a opção do legislador pode ser considerada a melhor e única possibilidade viável para se alcançar a finalidade pretendida, com menor sacrifício pessoal para o cidadão. Noutras palavras, fala-se aqui da análise da relação custo-benefício, em cada decisão político-jurídica, na seara penal. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79-80. Alexy traduz o subprincípio ou a máxima da necessidade como o *postulado do meio mais benigno* e reproduz o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o assunto: “*el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112-4.

¹⁷ Princípio da “conformidade ou adequação de meios”, de acordo com a doutrina alemã (*geeignetheit*). STUMM, op. cit., p. 79.

¹⁸ Ou seja, traduz-se no exercício de um controle intrínseco de legiferação que possa analisar a pertinência lógica na relação meio-fim (instrumento escolhido-resultado pretendido). Tal sopesamento já é capaz, por si só, de afastar o legislador “onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas ou até mesmo bizarras”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2000. p. 76-7.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

em matéria penal, porquanto se cuida de reconhecer a precedência de um bem ou interesse em detrimento de outro¹⁹, com base em um juízo de proporcionalidade em sentido estrito²⁰.

2.3 Quando se pode ir além no recurso à proporcionalidade: da trilogia a uma proposta de tetralogia

Embora se imagine estar diante de um padrão seguro de exercício de um juízo de ponderação, a verdade é que nem sempre se logra atingir resultados hermenêuticos pacíficos e imunes a críticas, dentro do universo da doutrina jurídica, quando se trata de aferir a legitimidade e pertinência da criminalização de determinada conduta ou, ao revés, da sua retirada do universo do Direito Penal.

Buscando abrir outras perspectivas e, nesse sentido, com a pretensão de “melhorar” a metódica de controle da proporcionalidade, surgem novos modelos²¹, como a proposta de alteração da clássica trilogia alemã para uma tetralogia de conteúdo universal que expande o princípio da proporcionalidade para os níveis de adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade, como mecanismo disponibilizado à autoridade jurisdicional incumbida de aferir a proporcionalidade ou não da opção firmada pelo Poder Público, quer enquanto legislador, quer gestor administrativo.

Esse novo viés restaria justificado pelo fenômeno da globalização econômica, idôneo a reclamar novos parâmetros²² que permitam compatibilizar as diversidades culturais imanentes aos diferentes constitucionalismos com as demandas advindas dos padrões afetos ao direito dos negócios ou do desenvolvimento econômico.

Ainda que o Direito Penal positivado seja nacional e não haja perspectivas de se criminalizarem condutas, sob o ponto de vista da legalidade e da taxatividade, em nível internacional, sói reconhecer que, nos delitos cuja operacionalização reste favorecida pela transnacionalidade – como o crime de branqueamento ou lavagem de capitais – já não se pode prescindir do respeito ao cumprimento de pautas mínimas fixadas mediante acordos internacionais e que refletem propostas de conformidade e adequação dos direitos penais nacionais, dentro de um disciplinamento jurídico que contemple, inclusive, a criação de estruturas de cooperação internacional, com repercussões no combate à criminalidade.

Isso posto, reconhecido o princípio da proporcionalidade como um *padrão universal de valoração de poderes e medidas de eficácia incontestável para o controle do poder e avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais*²³,

¹⁹ BARROS, op. cit., p. 83.

²⁰ Alexy observa que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito se dedica a uma otimização das *possibilidades jurídicas*, enquanto os demais postulados – da necessidade e da adequação – se circunscrevem a uma otimização em relação às *possibilidades fáticas*. ALEXY, op. cit., p. 112-3.

²¹ Proposta da Professora Suzana Tavares da Silva, contida em seu texto: “O tetralema do controle judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, disponibilizado aos alunos do curso de Mestrado (2º Ciclo da Faculdade de Direito de Coimbra), no ano 2013/2014, em 11/2013, p. 2; 3; 37.

²² A autora está a se referir às opções legislativas hodiernamente operadas, que consistem em interferências no livre desenvolvimento econômico, a pretexto de salvaguarda de interesses públicos “globais”, em detrimento de direitos fundamentais. TAVARES DA SILVA, op. cit., p. 2. Decerto tais padrões se prestam, *mutatis mutandis*, a fomentar a discussão e análise da legitimidade da intervenção penal, quando se está a falar da criminalidade econômica e da tutela de valores que suscitam a possibilidade de violação do equilíbrio do mercado, da economia ou da livre concorrência, por exemplo, como é o caso do delito de lavagem de capitais.

²³ TAVARES DA SILVA, op. cit., p. 3-4.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

propõe a autora que, de acordo com a problemática e a casuística da matéria²⁴ a ser submetida a tal juízo ou teste de ponderação, se intente selecionar previamente²⁵ a melhor estratégia e metódica para enfrentamento da questão (objeto da análise), que pode incluir um juízo de razoabilidade (típico do Direito anglo saxônico), ou até resultar na supressão de alguma das tradicionais e sucessivas fases da trilogia tradicional do princípio da proporcionalidade.

Tudo em prol de um mais adequado exercício do dever de autocontenção imanente ao Poder Judiciário, diante de opções políticas do legislador, em matéria de criminalização, com um olhar no sistema jurídico interno e um “passar de olhos” na problemática internacional²⁶ em que se contextualiza hoje a temática da criminalidade, mormente em se tratando de modalidades delitivas de perfil econômico e difuso, sob pena de se atuar na contramão do que reclama um sistema jurídico globalizado. Nesse diapasão, é possível afirmar que o Direito Penal econômico contempla aqueles bens jurídicos instrumentais²⁷, vale dizer, que representam meios para a salvaguarda dos direitos fundamentais tradicionais.

Por tal razão, sua legitimação se funda em uma lógica de consenso ou desaprovação generalizada da conduta a ser incriminada ou, por outra, em uma decisão legítima e racional por parte do legislador, que logre introduzir novos valores capazes de atender a interesses da coletividade e a proteger, de forma mediata, valores elementares da vida humana.

2.4 O garantismo integral e os mandados de criminalização: entre a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente

Se, por um lado, resta consolidado que o Direito Penal²⁸ não pode ir para além do mínimo necessário à defesa e proteção dos bens jurídicos com dignidade penal²⁹, por outro não se pode deixar de reconhecer que, em algumas

²⁴ No sentido de reconhecer a fundamental importância e universalização do princípio da proporcionalidade, sem deixar de registrar a ausência de um padrão no que concerne aos seus efeitos, a depender do *locus* de sua aplicação, considerando-se as diferentes culturas constitucionais: SCHLINK, Bernhard. *Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?* Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djcil>>. Acesso em: 08 dez. 2013. *Duke journal of comparative and international law*, DJCIL, vol. 22, nº 2 (2012), p. 12.

²⁵ TAVARES DA SILVA, op. cit., p. 39-40.

²⁶ Nesse contexto, o conceito de bem jurídico impõe-se enquanto padrão crítico de normas penais constituídas e a constituir (ou postas e propostas), verdadeiro critério legitimador da criminalização. Noutras palavras: “algo trans-sistemático relativamente à incriminação, mas politicamente orientado e reconhecido pela comunidade internacional como condição essencial”. AIRES DE SOUSA, Susana. Sobre o bem jurídico penal protegido nos crimes contra a humanidade. *Boletim da Faculdade de Direito LXXXIII* (2007), Coimbra, p. 615-637. Texto disponibilizado em PDF para a matéria Direito Constitucional, do Curso de Mestrado da Universidade de Coimbra 2013/2014, Profa. Suzana Tavares da Silva. Também disponível em: <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01_Do_bem_juridicopenal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2013, p. 09.

²⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Constitucion y derecho penal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero. Madrid: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, n. 33, p. 167, set.-dez. 1991.

²⁸ Acresça-se a ideia de que o Direito Penal parece não possuir existência autônoma em face da Constituição, mas, ao revés, dela há de obter os limites, fontes e fundamentos de sua estruturação. FELDENS, op. cit., p. 376.

²⁹ Observe-se que tal excesso não se cinge apenas ao fenômeno da criminalização em si mesmo, mas ainda à eventual (des)proporcionalidade das sanções impostas *in abstracto* quando da criação do tipo penal. ANTUNES, Maria João. Direito penal fiscal – algumas questões da jurisprudência constitucional. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (Org.). *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais*. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra editora S.A., 2013. p.795-7.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

situações, a própria Carta Constitucional aponta – de modo explícito³⁰ ou não – para nichos do sistema jurídico em que já se conformaram opções no sentido de se punir criminalmente determinadas condutas que violem bens jurídicos dignos de especial proteção. Esse duplo viés do garantismo (ou garantismo integral) poderia se subsumir, inclusive, no argumento de que o equilíbrio desejado consiste em se poder assegurar ao indivíduo a necessária proteção que lhe seja devida pelo Estado e, doutra banda, em se garantir o quanto possível sua liberdade individual³¹.

Esta última concepção, a propósito, tem conduzido a doutrina e a jurisprudência a reconhecerem a inconstitucionalidade de tipos penais que constituem descabida interferência na liberdade de autodeterminação do indivíduo na esfera de sua privacidade³², ainda que tais condutas ou estados sejam, em última análise, auto-ofensivos ou eticamente reprováveis, com base no rol das liberdades e garantias individuais constitucionalmente asseguradas e no direito a todos conferido de se determinarem e conduzirem de forma autônoma e livre³³, de acordo com suas íntimas convicções, dès que não violem bens jurídicos alheios, constitucionalmente relevantes.

A ideia da proibição do excesso se situa imune a maiores resistências, na medida em que se harmoniza com os primados do Direito Penal enquanto tutela jurídica de *ultima ratio* ou com o princípio da subsidiariedade ou fragmentariedade do Direito criminal, estabelecendo nortes que possam funcionar como instrumentos idôneos a refrear os impulsos advindos de uma política de hipertrofia penal. Referida tendência expansionista parece calcada em objetivos de política criminal ativista, de consistência e validade duvidosas, mais voltados à confecção de respostas rápidas à sociedade, em uma realidade de criminalidade aparentemente crescente e impassível de controle, pautada na necessidade de penalização a qualquer preço e a qualquer custo.

Noutra vertente, já o princípio da proibição da proteção deficiente encontra resistências de maior densidade na doutrina jurídica, na medida em que se está a falar da possibilidade de identificação de verdadeiros “mandados de criminalização”, de cumprimento coercitivo pelo Poder Legislativo, passíveis de aferição pelo Judiciário. Nessas hipóteses, poder-se-ia aduzir, ainda, acerca da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade (ou de não constitucionalidade) de normas descriminalizadoras, na medida em que estariam a suprimir, de forma desarrazoada,

³⁰ O assunto será melhor abordado ao longo do texto, com pontual menção aos dispositivos contidos nas Cartas Constitucionais analisadas.

³¹ ROXIN, Claus. *Es la protección...*, p. 447.

³² ROXIN, Claus. *O conceito...*, p. 22. Essa a razão pela qual, em 1969, foi descriminalizada a prática de condutas homossexuais consentidas, em privado, entre adultos, na Alemanha. Da mesma forma, a descriminalização do consumo de estupefacientes na Argentina, em 2009. No Brasil, esta última matéria ainda gera polêmica, já que, embora excluída a possibilidade de imposição de sanção penal privativa de liberdade, não se pode falar em descriminalização da conduta, pois o consumo de drogas passou a ser inserido no rol dos delitos de pequeno potencial ofensivo, podendo resultar na inflicção das “penas” de: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 da Lei 11.343/2006). Há quem sustente, no entanto, que se trata de “delito *sui generis*”, e não crime (GOMES, Luiz Flávio et al (Coord.). *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13). Já para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, teria havido uma “despenalização”, e não a descriminalização, apesar do texto da Lei Antitóxicos e do que prescreve o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro.

³³ Noutras palavras, o que justifica a intervenção do Direito Penal é o dano a terceiros (*harm to others principle*). Pensar diferente é admitir como lícita e adequada uma postura estatal paternalista, que se preste a tutelar o dano a si mesmo (*harm to self*), plasmada na justificativa da proteção de uma tal “moralidade pública”, o que implica, em última análise, uma inadequada interferência na liberdade e autonomia de ação de uma pessoa, a pretexto de lhe proteger de algum “mal” que ela supostamente estaria a produzir em seu próprio desfavor. Sobre o assunto, ver Gerald Dworkin, quando trata de paternalismo jurídico em sua obra *Paternalism*. Chapter 7. Liberty and paternalism. p. 181-8. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

mecanismo de tutela de bem juridicamente tutelado, ainda que não se estivesse a falar de mandado explícito de criminalização.

Em relação ao princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro³⁴ assinala que a doutrina já discorre acerca de uma espécie de “garantismo positivo”³⁵, em oposição a um “garantismo negativo”, este consolidado pelo princípio da proibição do excesso, que veda a criminalização estatal para além do necessário (perfil tradicional do princípio da proporcionalidade).

O desafio se centra, justamente, na busca por uma compatibilização, nas ciências jurídico-criminais, entre a proibição do excesso (garantismo negativo) e a proibição da proteção deficiente (garantismo positivo), materializada nas omissões inconstitucionais, em relação às quais, inclusive, se sustenta a possibilidade de exercício de controle concentrado de constitucionalidade³⁶ (lei *in abstracto*, efeitos *erga omnes*), para fins de correção das intervenções penais que se revelem insuficientes, desproporcionadas ou desvestidas de razoabilidade, quando se fala na necessidade de uma justa e adequada tutela de bens jurídicos, pelo Estado: *Eis* o duplo viés do princípio da proporcionalidade, que reduz sobremaneira a discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador, inclusive o penal.

Impende seja firmado o entendimento de que o legislador penal não pode dispor livremente do grau de ofensividade ou danosidade das condutas incriminadas, até porquanto esse grau não advém de sua vontade, mas dos primados básicos enfileirados no contexto dos direitos e garantias estatuídos na Carta Constitucional, *topos* hermenêutico³⁷ de todo o ordenamento jurídico.

2.4 Seria o controle de constitucionalidade mecanismo idôneo a interferir no processo de (des) criminalização?

No que concerne ao controle de constitucionalidade em matéria penal, o STF já se reportou a *mandados constitucionais de criminalização explícitos*³⁸, tendo-se em conta os bens e valores envolvidos³⁹. Refere-se aos princípios construídos sob a égide da jurisprudência tedesca atinente à proibição do excesso (*Übermassverbote*), por um lado e, em perspectiva oposta, à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*), traduzíveis no princípio da proporcionalidade.

³⁴ RE 418376/MS – 09/02/2006.

³⁵ Ou “controle positivo” de constitucionalidade, no sentido de que o legislador estaria obrigado a suprimir uma lacuna de proteção penal, mediante a criação de novos tipos penais. TIEDEMANN, op. cit., p. 165.

³⁶ Na verdade, sustenta-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no caso analisado pelo autor. STRECK, Lenio Luis. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013, p. 12-3.

³⁷ STRECK, op. cit., p. 10.

³⁸ HC 104410/RS – 06/03/2012; HC 102087/MG – 28/02/2012

³⁹ Sobre o assunto, Maria João Antunes assim aduz: *Não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir ‘sem mais’ a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem, porque não pode ser ultrapassado ‘o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena’*. ANTUNES, op. cit., p. 788-9. Também no texto: A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: CORREIRA, Fernando Alves et al (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. v. 1. Coimbra: Coimbra ed., 2012. p. 102.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Mas o mesmo *decisum* vai ainda mais além, quando aduz que o modelo de controle de constitucionalidade das leis em matéria criminal haveria que se fundar em níveis de intensidade, assim identificados: a) o controle da evidência (*evidenzkontrolle*); b) o controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*vertretbarkeitskontrolle*) e, por fim, c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). Nessa linha de abordagem, não se pode também deixar de reconhecer que o Direito Penal possui a função de garantir o adequado cumprimento das normas penais ditas programáticas⁴⁰, no sentido da sua efetividade no mundo real, como aquelas que se referem ao direito à igualdade, redução da pobreza, proteção da dignidade.

O viés da proibição da proteção deficiente, de incidência mais restrita e cuidadosa por parte do órgão jurisdicional de controle de constitucionalidade, a partir de uma iniciativa de descriminalização ou em face de uma indesejada omissão do legislador penal ordinário, há de ser aplicado de forma corretiva, tão somente quando se identificarem *déficits de proteção constitucionalmente indesejáveis*⁴¹. Cite-se, por exemplo, o art. 227, § 4º da CF brasileira⁴², quando aduz em seu texto que *a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*. Da mesma forma, a previsão expressa contida no próprio artigo 5º da Constituição Federal brasileira, em seu inc. XLII, que assim estatui: *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*. E, igualmente, o inciso subsequente⁴³, quando dispõe que a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes ditos hediondos serão considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, mediante edição legislativa.

Há, ainda, previsão similar em relação aos delitos ambientais, quando se observa o texto do art. 225, § 3º da mesma Constituição Federal brasileira, o qual estabelece que as condutas ofensivas ao ambiente *sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*. Observa-se que tais comandos parecem reclamar a necessária intervenção do legislador penal, impassível de substituição por outros ramos do Direito, à medida que a própria Carta Constitucional já firmou sua opção, plasmada em critérios consentâneos com os princípios inspiradores lá catalogados, no sentido de que a criminalização há de ser imposta ainda que os parâmetros, intensidade, modo de intervenção e demais detalhamentos sejam reservados à esfera de atuação do legislador penal, a partir de critérios de política criminal e de sua harmonia com o arcabouço positivado no Direito interno, em matéria penal⁴⁴. Entretanto, malgrado seja pacífico o entendimento de que ao Estado

⁴⁰ STRECK, op. cit., p. 5.

⁴¹ FELDENS, op. cit., p. 378.

⁴² De igual forma, o art. 117º, nº 3, da Constituição Portuguesa, quando estatui que: *A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos públicos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato*. Há quem sustente, contudo, que tal referência se revela inadequada para indicar mandado de criminalização, por se referir especificamente a crimes de responsabilidade. Observe-se, ainda, que o nº 1 do mesmo dispositivo constitucional estatui que os titulares de cargos políticos responderão criminalmente por seus atos e omissões no exercício das funções, sem prejuízo da incidência de outras espécies sancionatórias, nas searas política e civil. No restante dos casos, porém, deixa o legislador Constituinte originário a critério do legislador ordinário optar entre criminalizar determinada conduta dentro do sistema jurídico tradicional ou inseri-la na seara dos ilícitos de mera ordenação social, como se depreende do art. 37º, nº 3, da Carta Constitucional Portuguesa.

⁴³ Do mesmo modo, o inc. XLIV do mesmo dispositivo constitucional, com o seguinte teor: *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional*.

⁴⁴ As imposições expressas, de fato, declaram implicitamente não só a dignidade, mas também a carência de tutela penal, malgrado detenha o legislador penal a prerrogativa de estabelecer os contornos e extensão da atividade legiferante, dentro de critérios harmônicos e que denotem coerência do Direito Penal com o ordenamento valorativo constitucional. CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da. Constituição e crime.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

não é permitido uma atitude passiva (de não interferência, como de resto se construiu a perspectiva liberal dos direitos humanos, que identifica no ente estatal um inimigo das liberdades), mas antes lhe é imposta uma postura de proteção dos bens e valores constitucionais⁴⁵, não se revela razoável identificar na criminalização de condutas desviadas dos valores postos na Carta Constitucional a única alternativa viável para se conferir eficácia à Constituição⁴⁶ e vida aos valores basilares nela insculpidos.

3 A legitimidade da intervenção penal testada a partir das decisões dos tribunais constitucionais, sob a égide da teoria do bem jurídico

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição⁴⁷ de um país constitui fonte, a um só tempo, de *legitimação* (fundamento normativo) e *limitação* (formal e material) do poder constituído⁴⁸, ou seja, de abertura e de contenção do poder estatal, há de se ter em conta que em seu conteúdo repousa consolidado todo o arcabouço principiológico necessário a uma análise da adequação de atuação do Poder Legislativo, em matéria penal, à medida que se está a falar da área de intervenção mais sensível do Direito, que não pode prescindir de controle quanto a sua conformidade e compatibilidade com os ditames implícitos e explícitos de criminalização.

Dotando-se os Estados de Direito de um sistema que prevê um recíproco e mútuo mecanismo de *checks and balances*, indissociável da ideia de poderes limitados e relacionados entre si, não há como se afastar o dever dos tribunais constitucionais de se imiscuirem, quando provocados (previamente ou *a posteriori*, *in abstracto* ou *in concreto*), em hipóteses que possam pôr em xeque a atividade legislativa, quando se trata de proteger os pilares em que se sustenta a Carta Constitucional, enquanto vértice superior do sistema jurídico vigente, verdadeiro catalisador de todos os anseios e necessidades de uma determinada sociedade, em dado momento histórico.

Nessa seara, qualquer interferência meritória do Poder Judiciário poderia significar violação ao princípio da separação dos poderes e, nesse sentido, ofensa às prerrogativas outorgadas pelo cidadão, dentro de um regime democrático, aos seus representantes no Poder Legislativo, justamente para atuar na seara da produção normativa.

3.1 O que nos ensina a jurisprudência constitucional em Portugal e no Brasil

Em se tratando de produção no campo penal, com maior ênfase, a atividade do legislador há de merecer monitoramento pelo viés do controle de constitucionalidade, através dos mecanismos formais previamente impostos, consoante se poderá observar nas análises que se seguem, e que enfocam as experiências dos Tribunais Constitucionais de Portugal e do Brasil.

Uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Dissertação. (Mestrado em ciências jurídico-penais) – Universidade de Coimbra. Coimbra: 1991. pp. 183-4 (obra já publicada).

⁴⁵ CUNHA, op. cit., p. 167-8. A autora questiona se o caminho do Direito Penal, que dispõe do sistema preventivo mais “forte” da ordem jurídica vigente, seria o único possível para o adimplemento, pelo Estado, desse dever de proteção dos valores constitucionais, face a agressões de “terceiros”.

⁴⁶ Não havendo outro instrumento equivalente que proporcione a proteção pretendida, o âmbito de arbítrio do legislador, na hora de decidir sobre a punibilidade de uma conduta, se reduz a zero. TIEDEMANN, op. cit., p. 165.

⁴⁷ Luciano Feldens chega a utilizar o termo ‘*Constituição Penal*’, inserindo em tal conceito os dispositivos que tratam de elementos como culpabilidade, legalidade, irretroatividade da lei mais gravosa, responsabilidade pessoal, proporcionalidade. FELDENS, op. cit., p. 384-5.

⁴⁸ FELDENS, op. cit., p. 375-8.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O Tribunal Constitucional Português⁴⁹, em suas decisões acerca da constitucionalidade de normas penais, refere-se ao princípio da congruência ou de analogia substanciais entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal⁵⁰. Adota a perspectiva, portanto, de que, no caso concreto, incumbe-lhe verificar se há, de fato, bem jurídico a ser tutelado⁵¹, na perspectiva de constitucionalidade da norma penal criminalizadora. Por outro lado, o mesmo Tribunal pontua que a liberdade de conformação legislativa (discricionariedade) somente se pode restringir *quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva*⁵². Nessa esteira de pensamento, ainda acerca da necessidade ou conveniência de serem criminalizadas determinadas condutas, o Tribunal Constitucional Português reconhece que lhe é defeso emitir valorações para além daquelas que a Constituição admite e que repercutem nos objetivos políticos do legislador⁵³.

Noutras palavras, está-se a falar do espaço de deliberação do Parlamento – malgrado seja regrado e limitado – que implica identificar a necessidade ou conveniência, sob a perspectiva de política criminal, de se criminalizar certo comportamento em detrimento de outros e, ademais, de se lançar mão do sistema penal quando seria possível, ao menos em tese, a incidência de uma intervenção estatal menos violenta, através de medidas não penais.

Um julgamento a merecer destaque – dentre tantos que integram o acervo de apreciações de constitucionalidade que enfrentam a temática do bem jurídico – diz respeito à apreciação da (in)constitucionalidade do tipo penal de lenocínio⁵⁴, após a alteração legislativa que lhe suprimiu o aspecto atinente ao aproveitamento, por parte do autor, da condição de *hipossuficiência econômica ou abandono* da suposta vítima. No bojo da referida decisão⁵⁵, restou argumentado que tal supressão acabou por desnaturar o tipo penal, restringindo-o a campo de conteúdo moral, não mais afeto ao bem jurídico da liberdade ou da autodeterminação sexual da prostituta, aspecto que excluiria, destarte, a legitimidade da intervenção penal.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶ tem decidido, ao abordar a problemática do bem jurídico, que, no caso concreto, há de incidir um juízo de avaliação acerca das circunstâncias fáticas, a fim de que se possa verificar se a hipótese em análise importa em violação *grave e penalmente relevante* de um bem juridicamente tutelado, ou seja, para se aferir se

⁴⁹ Observe-se que a presunção *ab initio* há de ser sempre no sentido de que a norma legislativa submetida à análise pelo tribunal máximo de um país é constitucional, e não o contrário, como muitas vezes se pode defluir, de forma equivocada, de eventos concretos, divulgados fartamente pelos meios de comunicação social.

⁵⁰ Acórdãos 83/95 e 337/2002.

⁵¹ A esse propósito, no caso do crime de enriquecimento ilícito, o TC decidiu pela inexistência de bem jurídico a ser tutelado, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade da lei, conf. Acórdão 297/2013. No mesmo sentido, reconhecendo as dificuldades de identificação de um tipo penal autônomo (e, por conseguinte, com bem jurídico penal distinto) do referido delito, à época ainda na fase legislativa. SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado): breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.). *Jornadas de Ciências Criminais em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias. Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Lisboa; Coimbra: Coimbra ed., 2011. p. 61.

⁵² Acórdãos 639/93, 83/95; 527/95; 274/98; 99/2002; 605/2007.

⁵³ Acórdão 25/84.

⁵⁴ Acórdão 654/2011.

⁵⁵ Em decisão não unânime, entretanto, o TC Português acabou por sustentar a não inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, ao argumento de que legislador estaria sim a proteger a liberdade e uma *autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem*.

⁵⁶ HC 118320/ES – 06/11/2013; HC 115246/MG, 28/05/2013; HC 97129/RS, 11/05/2010. ; HC 96057/RS; 17/03/2009; HC 96496/MT, 10/02/2009.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

há ou não que se reconhecer a incidência do princípio da insignificância, para fins de reconhecimento da atipicidade da conduta. Noutros julgados⁵⁷, vai ainda mais além, inserindo o termo *contundente* quando se trata de sopesar a gravidade da lesão ao bem jurídico, tudo na perspectiva de se reconhecer a atipicidade da conduta decorrente da insignificância operada pela lesão ao bem jurídico, no caso *sub judice*.

Há também decisões que aduzem que os princípios da insignificância e da adequação social não de ser analisados de forma criteriosa, sob pena de se fragilizar a tutela penal de *bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade*⁵⁸. Em sentido diverso, mas conduzindo às mesmas conclusões, aborda-se a questão do bem jurídico para afirmar, no caso concreto, que a *lesão teria se dado de forma inexpressiva*⁵⁹, de molde a não ofender significativamente o bem juridicamente tutelado, o que geraria a *atipicidade da conduta*, pela sua *mínima ofensividade*. Fala-se ainda no *reduzido grau de reprovabilidade do comportamento*.

A teoria do bem jurídico é também utilizada pelo Supremo Tribunal Federal quando se trata de verificar se teria havido concurso de crimes, a depender do *animus* do autor da conduta, de atingir ou não mais de uma vítima e, ainda, de ofender bens jurídicos pertencentes a titulares diversos, bem como de se analisar os crimes pluriofensivos ou complexos, quando existe mais de um bem juridicamente tutelado ou protegido, a fim de se aferir, no caso sob análise, se a prática delitiva teria se dado de forma integral e compatível com a previsão legal⁶⁰.

3.1.1 Um destaque para a Ação Penal 470 – o que se aprende com ela quanto à noção de bem jurídico?

Na tão polêmica Ação Penal 470⁶¹, que cuidou de processar e julgar, em instância originária, o mais controvertido e divulgado escândalo de corrupção política do Brasil, enfrentou-se a temática do bem jurídico para justificar a elevação da pena-base para o crime de corrupção ativa, tendo-se em conta a alegada profunda lesão que o crime teria provocado, com o uso de órgãos estatais, em desfavor de bens jurídicos da mais alta relevância para o País, especificamente o regime democrático e representativo de governo, conforme definição contida no ordenamento e na Constituição do País. Por outro lado, há decisões⁶² que utilizam o conceito de **bem jurídico** sob a vertente do **sujeito passivo do crime**, quando afirmam que o delito de estelionato, previsto no art. 171⁶³ do código penal, teria atingido bem jurídico de caráter supraindividual – *in casu* – o *patrimônio* da Previdência Social ou a sua *subsistência financeira* (conforme referido Acórdão). A hipótese estaria a sugerir, nesse diapasão, a causa de aumento de pena ou forma qualificada do delito preconizada no § 3º do mesmo dispositivo legal, por atingir *entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência* (sujeito passivo).

⁵⁷ HC 119621/MG, 05/11/2013; HC 118089/MG, 08/10/2013; HC 115707/MS, 25/06/2013.

⁵⁸ HC 118322/MS, 22/10/2013; RHC 115986/ES, 25/06/2013.

⁵⁹ HC 106458/RS – 01/10/2013; HC 112224/DF, 22/05/2012; HC 110841/PR, 27/11/2012; HC 108149 /RS, 15/05/2012; HC 112506/DF, 02/10/2012; HC 118359/PR, 05/11/2013; HC 114300/RS, 14/05/2013; HC 111518/DF, 05/02/2013; HC 112858/MS, 19/03/2013; RHC 118014/AM, 06/08/2013.

⁶⁰ HC 96736/DF – 17/09/2013; RHC 117129/SC – 10/09/2013

⁶¹ AP 470 EDj-sétimos/MG – 05/09/2013

⁶² RHC 117095/SP – 27/08/2013.

⁶³ “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Em tais circunstâncias, o conceito de bem jurídico foi utilizado para afastar a incidência do princípio da insignificância, por não se poder falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta perpetrada, já que atingiu ente público e não particular, o que imprime à prática delitiva um grau de potencialidade lesiva mais elevado, em face dos riscos de que tal conduta possa ter repercutido negativamente na consecução dos objetivos maiores do Estado, em relação à prestação dos serviços públicos essenciais à coletividade.

4 A criminalização da lavagem de capitais inspirada nos novos paradigmas do Direito Penal Econômico – o desafio entre a superação da tradicional tutela clássica do Direito e a necessidade de contenção do Direito Penal.

A legitimação do Direito Penal econômico⁶⁴ se afirma, justamente, quando se pode extrair dos comportamentos reprimidos efeitos outros que ultrapassam meras repercussões econômicas advindas das condutas, as quais, em regra, poderiam ser puníveis por esferas do Direito menos invasivas e ameaçadoras à liberdade individual. A intervenção penal clássica, malgrado dotada de legitimidade irretorquível e resistente ao tempo e a inúmeras alterações globais, há de se render diante de novos padrões de criminalidade, na medida em que, por questões históricas e de evolução social, não lhe foi possível prever e, por conseguinte, absorver os desafios opostos a partir do surgimento de bens jurídicos transindividuais ou coletivos – e até transnacionais – socialmente relevantes, cuja violação resulta em danos à sociedade de tamanha gravidade que não podem, em muitas hipóteses, subtrair-se ao interesse e necessidade de tutela penal.

De há muito se impõe o entendimento de que ao Estado incumbe garantir penalmente não só as condições individuais necessárias a uma convivência pacífica, sob uma perspectiva nitidamente individualista, mas também – e com relevo – deve igualmente assegurar a atuação das instituições estatais⁶⁵ que sejam imprescindíveis à consecução de tal coexistência livre e pacífica, incluindo-se aí, por exemplo, uma administração de justiça que funcione, sistemas fiscais e monetários intactos, uma administração sem corrupção⁶⁶.

Isso porquanto não se pode deixar de reconhecer que a lesão a tais bens jurídicos comunitários (ou transindividuais) pode ocasionar prejuízos severos à capacidade de funcionamento do sistema estatal voltado ao adimplemento de prestações positivas devidas aos cidadãos e, por conseguinte, essenciais à sua vida digna⁶⁷, tanto sob uma perspectiva individual, quanto coletiva.

⁶⁴ Tal fragmento do direito é classificado pela doutrina dominante como integrante do Direito Penal secundário ou acessório, em oposição ao Direito Penal comum ou clássico. Há quem sustente, contudo, que não haveria uma distinção substancial ou uma “linha de fratura teórica” entre tais áreas normativas, não identificando qualquer impeditivo para que condutas inseridas no contexto da criminalidade econômica passem a ser topograficamente situadas dentro do *Codex* penal, bastando que se altere a carga axiológica dos bens tutelados na ordem jurídica e no contexto sociocultural. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2012. p. 21-5.

⁶⁵ Sobre o assunto, interessante a abordagem de Alessandro Baratta, quando alerta para os riscos advindos do atual “Estado da prevenção” ou “Estado da segurança”, que surge como reação a uma situação de emergência estrutural e que faz com que bens jurídicos sejam, cada vez mais, produzidos pelo Estado, numa tendência nitidamente expansionista dos sistemas punitivos. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, p. 13-17, jan.1994.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Es la protección...*, p. 447.

⁶⁷ Nesse universo, destaque-se como bens jurídicos dignos de proteção uma administração de justiça ordenada e uma moeda intacta. *Idem*, *ibidem*, p. 448.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

É nessa contextura que surge a temática da criminalização do delito de branqueamento de capitais, atualmente uma realidade que integra praticamente todos os ordenamentos jurídicos no mundo⁶⁸, com peculiaridades imanentes a cada diploma legal distinto, mas com muitos pontos de convergência e que estão a viabilizar, atualmente, múltiplos acordos e termos de cooperação internacional voltados ao seu eficaz combate e repressão, dado o elevado grau de ofensividade que tal conduta parece contemplar.

Insta perquirir sobre qual seria o bem jurídico a ser tutelado, quem seria a vítima da lavagem e se a matéria encerra lesão concreta ou o risco de efetiva possibilidade de uma lesão imediata a um bem jurídico, hipóteses que estariam, de forma mais alargada, a autorizar a criminalização de condutas. No viés do Direito Penal secundário, haurido da legislação extravagante, vale dizer, aquela externa ao código penal vigente, encontra-se a tutela de bens jurídico-penais que se sucedem – e coexistem – com aqueles bens jurídicos típicos do Direito Penal clássico, de perfil liberal e individualista.

Exsurge aí o Direito Penal Econômico e todas as suas vicissitudes, na perspectiva de se reprimirem condutas que comprometem, em larga medida, aspectos associados aos objetivos maiores do Estado, catalogados nas Cartas Constitucionais, com contornos econômico-sociais, endereçados a toda a coletividade, notadamente àquela parcela da população que não pode prescindir da atuação prestacional pública para atendimento de suas necessidades básicas, em face de uma realidade fática de hipossuficiência econômica.

É certo que tal problemática se mostra melhor avivada em contextos permeados por maiores desequilíbrios sociais, mas de resto pode ser associada a qualquer realidade, no sentido de justificar a criminalização de condutas desviadas, sob o ponto de vista econômico financeiro, em descompasso com os primados constitucionalmente fixados, voltados, sobretudo, à redução das desigualdades sociais e ao progresso da Nação, através da legítima consecução de seus objetivos básicos.

Atualmente, o que se verifica é uma tendência expansionista de se punir autonomamente o branqueamento ou lavagem de capitais⁶⁹, justamente porquanto se revela evidente a elevada danosidade social de tal conduta, assumindo-se um limiar mínimo de dignidade penal que lhe permite tal autossuficiência punitiva. De fato, os delitos antecedentes geram vantagens vultosíssimas, o que reafirma tal necessidade. Se o crime autônomo não é grave, tal autonomia não se justifica. A incriminação do branqueamento surge justificada pelo risco – mais acentuado nalguns países – de que as economias nacionais se tornem reféns do domínio de organizações criminosas, que passariam a controlar o poder político em prejuízo da população, através de mecanismos de concorrência desleal⁷⁰, em face do acúmulo de capitais oriundos de atividades ilegais, os quais permitem a prática de preços inferiores aos aplicados pelas empresas de capital lícito⁷¹.

⁶⁸ O primeiro país da Europa a criminalizar a lavagem de ativos foi a Itália, já em 1978, através do Decreto-lei nº 59, de 21.03.78 que introduziu o art. 648 *bis* no CP italiano. Entretanto, somente em 1990 utilizou-se na Itália pela 1ª vez o termo *riciclaggio*.

⁶⁹ Tal movimento de criminalização visa atacar o lado patrimonial da criminalidade, incluindo um renovado interesse no fenômeno da corrupção e na incriminação de condutas associadas a um patrimônio cuja origem lícita não se consegue demonstrar. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de “branqueamento de capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Livraria Almedina ed., 2001. p. 18.

⁷⁰ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. *Argumentum* 11. Coimbra: Coimbra ed., 2002. p. 22-3.

⁷¹ Além disso, a atividade de branqueamento oferece riscos iminentes ao equilíbrio do sistema financeiro, pela “mancha” negativa que representa para os investidores interessados em uma política de transparência e respeito às regras lícitas do mercado. BRANDÃO, op. cit, p. 21.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Há autores⁷² que não identificam no delito de lavagem de ativos bem(s) jurídico(s) autônomo(s), argumentando que todas as condutas lá previstas já se encontrariam criminalizadas em outros dispositivos penais pátrios. Especificamente em relação ao referido crime, há de ser destacada decisão que parece equivocada na mesma Ação Penal nº 470⁷³, quando afirma que tal delito não se destina a proteger bens jurídicos, mas sim a assegurar o proveito do crime antecedente (corrupção passiva), como se não estivéssemos a falar de um fato típico autônomo, com bem jurídico distinto do crime que o precedeu, o que de resto revela-se dominante na jurisprudência penal sobre o tema. Já em outra decisão⁷⁴, aponta-se como bem juridicamente tutelado para o crime de lavagem de ativos *a credibilidade das instituições de crédito e a proteção ao erário*.

No Direito português, o crime de branqueamento de capitais encontra-se inserido no art. 368-A do próprio código penal⁷⁵, com a adoção quase literal da Convenção de Viena, através da lei 10/2002, de redação complexa e sujeita a inúmeras críticas. Assevera-se que o texto se baseou na *common law*, impondo dificuldades à exigência da legalidade, que há de se fazer presente quando se trata de criminalização, nos sistemas de *civil law*. Em sede doutrinária, aponta-se para a *ordem sócio-econômica* e a *administração da justiça*⁷⁶ como bens jurídicos atingidos pelo crime de lavagem de dinheiro. Em se tratando da primeira hipótese, a questão parece identificar um bem jurídico coletivo ou supraindividual, inserido na criminalidade penal econômica, permeado de conceitos como violação ao mercado, à livre concorrência, à credibilidade das instituições financeiras⁷⁷.

Nesse sentido, lançadas as sementes, impõe-se, em trabalho específico para esse fim, sejam analisados amiúde todos os argumentos que sustentam cada tese, a fim de se testar sua verossimilhança e, assim, poderem ser extraídos argumentos sólidos sobre a matéria, os quais possam conduzir, à luz da teoria do bem jurídico, à melhor conformação constitucional acerca da criminalização do delito de branqueamento de capitais.

5 À guisa de conclusão – em busca da justa medida para a intervenção do Direito Penal enquanto solução adequada e suficiente à proteção da sociedade e ao cumprimento dos objetivos maiores insculpidos na Constituição

A procura de soluções rápidas e eficazes visando à redução da criminalidade revela-se hoje o grande perigo e, ao mesmo tempo, o maior desafio a ser enfrentado: a tentação de apresentação de respostas fáceis e que ofereçam alternativas para o clima de insegurança generalizado que assola a sociedade constitui-se numa das principais angústias daqueles que se dedicam ao tema: criminólogos, juristas, sociólogos, economistas, cientistas sociais.

Malgrado sua incapacidade real de assumir as “rédeas” do problema, não pode o Direito furtar-se ao seu dever de buscar alternativas que se revelem consentâneas com os anseios sociais, plasmadas na legalidade, entretanto

⁷² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lavagem de dinheiro: análise crítica do bem jurídico*. São Paulo: In House, 2011. p. 101.

⁷³ AP 470 EDj-oitavos/MG – 04/09/2013

⁷⁴ HC 93368/PR - 09/08/201196 Inserido no capítulo “dos crimes contra a realização da justiça”

⁷⁵

⁷⁶ Posição que parece ser simpática a Godinho, com considerações retificadoras que identificam na administração ou realização da justiça uma categoria de infrações, e não um bem jurídico. GODINHO, op. cit., p. 141.

⁷⁷ A questão é bastante polêmica e se vê longe de adquirir tons de homogeneidade na doutrina contemporânea. GODINHO, op. cit., p. 130-140.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

inspiradas em um pragmatismo que se concilie com a realidade vigente e suas vicissitudes: algo palpável, possível e minimamente alcançável.

O Direito Penal constitui-se no último recurso do sistema jurídico, cuja intervenção somente se revela legítima enquanto efetivamente necessária e adequada à gravidade da lesão a valores jurídicos de importância significativa dentro do rol de primados protegidos em determinado contexto social. Assim, há de merecer, sempre, uma aplicação permeada por critérios de ponderação e parcimônia. Entretanto, não obstante toda a dinâmica que envolve as relações sociais e os desafios diuturnamente impostos no sentido de serem perscrutadas alternativas idôneas a legitimar um redimensionamento do Direito Criminal consentâneo com a realidade atual, reafirma-se a teoria do bem jurídico como elemento aferidor dos limites de abrangência do Direito Penal⁷⁸.

Pensar diferente é correr riscos de retrocesso dentro de uma perspectiva de construção de autênticos Estados Democráticos de Direito, inspirados pelo princípio da presunção de inocência, da proibição de penas desumanas ou cruéis, do respeito à liberdade e à autonomia das pessoas de serem o que são, agirem como assim o desejarem, construírem suas vidas inspiradas no que acreditam, ainda que contrariem certos dogmas admitidos pela maioria, dentro da esfera da moral ou dos “bons costumes”.

Ora, é justamente o critério da necessidade ou da carência da tutela penal que se constitui o ponto fulcral de harmonização entre o princípio da maioria e os poderes afetos ao controle de constitucionalidade de normas penais. De um lado, a discricionariedade regrada do legislador penal ordinário, que pode agir a partir de padrões de conveniência e oportunidade que julgue acertados, de acordo com os parâmetros que norteiam os ideários da política criminal em voga.

Se a questão pudesse ser aprofundada em nível da análise específica do delito de lavagem de capitais, adotaríamos a tese de que o bem jurídico merecedor de tutela melhor se define como a lúdima pretensão estatal ao confisco ou perdimento das vantagens do crime (interesse supraindividual)⁷⁹, elemento norteador da máxima de que “o crime não deve compensar”⁸⁰.

Tais circunstâncias, a rigor, parecem revelar que não se trata de um novo e original bem jurídico (apesar da incontroversa autonomia de tal espécie delitativa), mas sim de uma nova estratégia, que se pretende mais eficiente, voltada a coibir o uso e gozo das vantagens obtidas em atividades criminosas, que tantas consequências nefastas confere ao desenvolvimento da sociedade hodierna e ao progresso da humanidade.

Doutra banda, impõe-se o dever irrenunciável do Poder Judiciário, através dos Tribunais Constitucionais, de aferir se essa discricionariedade legiferante, enquanto adstrita a patamares que esbarram nos limites impostos à criminalização de condutas, com supedâneo em *standards* implícitos e explícitos inseridos no sistema jurídico vigente, revela-se racional

⁷⁸ Nas palavras de Faria Costa: “a verdade é que o bem jurídico, mesmo na atual sociedade tarso-moderna, permanece pedra angular do direito penal”. E ainda: “Imediatamente se reconhecerá, perante as indicadas funções que o conceito de bem jurídico cumpre no seio do sistema jurídico-penal, que a sua manutenção se revela como determinante para a continuação da interpretação do Direito Penal enquanto sistema axiologicamente fundado”. FARIA COSTA op. cit., p. 258-9.

⁷⁹ GODINHO, op. cit., p. 143.

⁸⁰ Nessa perspectiva de prevenção à criminalidade com intuito lucrativo, Godinho situa tal espécie delitativa no Direito Penal clássico ou de justiça, integrante da disciplina do próprio código penal, e não no Direito Penal econômico. GODINHO, op. cit., p. 147.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

e juridicamente adequada, de modo a não imprimir ares de inconstitucionalidade à norma penal em epígrafe. Pode-se falar, aqui, de atitude que se presta a conciliar o “princípio maioritário” com o “princípio da constitucionalidade”⁸¹, através do sopesamento da dignidade penal do bem jurídico a ser analisado.

A questão e o desafio consistem em se estabelecerem critérios uniformes e que não comprometam a segurança jurídica, de modo que se possam distinguir as hipóteses em que se revela adequada a intervenção penal daquelas em que tal interferência configure violência descabida do Direito Criminal, em terreno passível de controle através de outras searas do conhecimento, dentro ou fora do sistema jurídico posto. Há de se concluir, portanto que, *in abstracto*, revela-se oportuno que o Poder Judiciário, através de sua Corte Maior, quando provocado para tanto, no exercício do mecanismo de freios e contrapesos que deflui de todo sistema em que as instâncias de poder não se revelam absolutas ou despóticas, mas paralelas, harmônicas e que se retroalimentam entre si, possa analisar a validade das intervenções penais, inclusive sob os auspícios do fenômeno da neocriminalização, partindo-se da margem de liberdade conferida ao legislador, no exercício de sua função precípua de positivação do Direito Criminal, sempre sob o olhar atento do guardião da Carta Constitucional, que atua inspirado no dever do Estado de proteger bens jurídicos, na justa medida do quanto necessário e adequado a tal tutela.

Longe de se defender um “estado de juízes” ou uma judicialização da política criminal⁸², o que se tenciona é salvaguardar a harmonia do sistema jurídico como um todo, dentro da perspectiva de que o Direito Penal possui caráter fragmentário e subsidiário, dotado que é de mecanismos de violência a direitos fundamentais. Nesse sentido, sua aplicação demanda toda cautela e somente se revela legítima em casos de indispensabilidade e de insuficiência de outras formas de contenção ou punição menos robustas.

Ademais, conveniência e oportunidade são fatores extrínsecos ao espaço de atuação do Poder Judiciário, que deve permanecer atento – quando provocado – a descriminalizações que possam pôr em risco valores essenciais à dignidade humana ou, ao revés, a criminalizações que denotem o uso imoderado do Direito Penal, para a proteção de bens jurídicos de reduzida dignidade penal.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina ed.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fasc. 2, abr.-jun., p. 151-198, 1994.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Contreras y Jose Luis Murillo.. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1995.

STRECK, Lenio Luis. *O princípio da proibição da proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 35.

⁸² Ou ainda, uma “função de suplência” da magistratura nas relações do poder legislativo ou executivo, como adverte Alessandro Baratta. BARATTA, op. cit., p. 13.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

O TESTEMUNHO DO COARGUIDO NO CRIME DE CORRUPÇÃO

THE TESTIMONY OF CODEFENDANT IN CORRUPTION

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Ciências Jurídico-Criminais (FDUL). Advogado.

“O fim do processo penal é evitar que um inocente seja condenado. Não se pode transformar em uma ‘negociata’ ou em um ‘atirar a moeda ao ar’ para ver se é cara ou coroa, inocente ou culpado. A culpa jamais se negocia e, muito menos, uma condenação ou absolvição”. (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. T. I. Coimbra: Almedina, 2009.)

Resumo: O presente estudo versa sobre a impossibilidade de oferecimento da suspensão provisória do processo com a injunção ao corruptor de testemunhar no processo do corrompido (e vice-versa), na égide da atual Lei Portuguesa.

Para tanto, no primeiro item, discorrer-se-á acerca do caráter unissubjetivo dos crimes de corrupção ativa e passiva e, logo após, apontar-se-á a conexão subjetiva, objetivo-lógica e fático-consequencial entre os delitos.

Após argumentar-se-á que a injunção de testemunhar como requisito da suspensão provisória do processo, oferecida ao corruptor ou ao corrompido, em processos conexos, está em confronto com: a Legislação de regência da suspensão provisória, o Estatuto do Arguido, a paridade de armas, o contraditório, a lealdade processual e, por fim, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Corrupção. Conexão de crimes. Suspensão provisória do processo. Injunção de testemunhar. Estatuto do arguido.

Abstract: This study focusses on the impossibility of offering temporary suspension of the process with the injunction to the corruptor testify in the corrupter’s process (and vice versa), under the aegis of current Portuguese law.

For this, the first chapter we will discuss how the crime of bribery and passive corruption are two different crimes. After, we will point the subjective, objective logic and factual consequential connection among the crimes of bribery and passive corruption.

After, we will argue that the order to testify as a requirement of the temporary suspension of the process, offered to the corruptor or corrupted, in connection therewith, is confronting: the provisional suspension conducted by Law, the Statute of the Accused, the parity of weapons, the contradictory, procedural fairness and, finally, the dignity of the human person.

Keywords: Corruption, crime connection, Temporary suspension of the process, Injunction to Witness, Status of Accused.

Sumário: 1. Há bilateralidade necessária do crime de corrupção?; 2. A multiconexão nos crimes de corrupção; 3. O coarguido como testemunha; 3.1 Na separação dos processos conexos; 3.2 A injunção de testemunhar; 4. Conclusões; Bibliografia.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

1 Há bilateralidade necessária do crime de corrupção?

Ainda sob a vigência dos artigos 420 a 423 do Código Penal (hoje 373 e 374¹), que tratavam da corrupção, Almeida Costa² asseverou que o crime de corrupção não é um delito que fere um abstrato bem comum e sim crime que fere a autonomia intencional do Estado.

Por meio dessa alteração da objetividade jurídica do delito, houve uma reconstrução do crime de corrupção, alterando-se o *summantum opus*, tornando desnecessária a prova do *pactum sceleris* e separando, definitivamente, o crime de corrupção ativa e passiva³.

Contudo, a jurisprudência, de forma majoritária, ainda considerava necessárias para a tipificação do delito, provas que, sistematicamente, já não se encontravam no tipo⁴.

Observando essa discrepância entre doutrina e jurisprudência, e em muito inspirado pela Convenção do Conselho da Europa sobre a Corrupção e pela Convenção relativa à luta contra a corrupção de funcionários das comunidades ou dos Estados membros da União Europeia, o legislador português por meio das Leis 108/2001 e 32/2010 alterou os artigos 372 a 374 (hoje 373 e 374) do Código Penal com a finalidade de tornar claro o tratamento a ser dado ao crime de corrupção no futuro⁵.

Uma dessas alterações consistiu na tentativa de separar vez por todas os crimes de corrupção ativa e passiva. Entretanto, será que o legislador obteve êxito em seu intento?

Sob a máxima de que o Direito não cria a realidade e sim a regula, Bittencourt⁶, Hungria⁷ e Olivares⁸ afirmam que o crime de corrupção é plurissubjetivo⁹. Com efeito, por mais que existam alterações legislativas, o tipo perfazer-se-á somente com a ação conjunta do *intraneus* e do *extraneus*.

¹ Artigo 373.º Corrupção passiva 1 – O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer ato ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 – Se o ato ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Artigo 374.º Corrupção ativa 1 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial como fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 – Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa de até 360 dias. PORTUGAL. Lei 32/2010 de 2 de setembro. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2010/09/17100/0384903851.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2011.

² COSTA, António Manuel de Almeida. Sobre o crime de corrupção. In: *Estudos em homenagem ao professor Eduardo Correia*. Coimbra: [S.N.], 1987. p. 71-153.

³ Idem, p. 71-102; 132-53.

⁴ BIDINO, Claudia; MELO, Débora Thaís; SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009. p. 115-126.

⁵ Idem, p. 126-7.

⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84-90.

⁷ HUNGRIA, op. cit., p. 367.

⁸ OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Comentarios al nuevo código penal*. Navarra: Aranzadi, 2001. p. 1911.

⁹ Cavaleiro de Ferreira (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010. p. 499-500,) comentando a



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Explicam os núcleos do tipo no crime de corrupção, que independem da ação do corruptor ou corrompido, como uma opção de política criminal em que, devido à gravidade e reprovabilidade do fato, teve antecipado o momento consumativo.

Todavia, tal entendimento é incorreto. Por definição, o crime plurissubjetivo – ou de bilateralidade necessária – é aquele em que a tipicidade se completa com a participação de dois ou mais sujeitos¹⁰, *verbi gratia*, o crime de rixa.

Sendo assim, além do óbvio, ou seja, de que nem o tipo do artigo 373 e tampouco o do artigo 374 descrevem a participação de duas ou mais pessoas, estes são construídos de forma diversa, possuindo elementos diferentes, nomeadamente o sujeito ativo do delito, atingindo o bem jurídico protegido também de forma não equivalente.

Destarte, enquanto na corrupção passiva temos um crime de dano que lesa a Autonomia Intencional do Estado¹¹ apenas com o mercadejar do cargo, isto é, com o solicitar pelo funcionário público¹², o crime de corrupção ativa é de perigo, em todas as suas modalidades, tendo seu *summum opus* com a ação de prometer ou dar de qualquer pessoa, sendo indiferente à ação do *intraeus*¹³.

Por fim, e o que parece definitivo, admitir que quando o núcleo do tipo é o aceitar, ou com quaisquer outros, o crime de corrupção é de bilateralidade necessária; – é admitir a participação em crime já consumado – com o anterior prometer – o que, *de per se*, é um absurdo. Portanto, com isso se quer dizer que o crime de corrupção ativa e passiva são unissubjetivos, antes mesmo da supracitada alteração legal.

2 A multiconexão nos crimes de corrupção

De proêmio, cumpre salientar que entendemos como divergentes os conceitos de conexão de crimes, conexão de processos e competência por conexão¹⁴.

dicção do antigo artigo 420 e 423 do Código Penal, explicitou que esses crimes são de participação necessária em sentido lato, visto que a consumação pressupõe o concurso, todavia apenas um dos agentes é punido pelo fato típico.

¹⁰ Damásio (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. I. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 180.) explicita que há uma diferença entre os crimes de bilateralidade necessária e plurissubjetivos, em que há o concurso de pessoas para um fim único, e os crimes de bilateralidade, que exigem para a consumação o concurso de duas ou mais pessoas ainda que uma delas não seja culpável. Nós, por entendermos que aqui não há uma substancial diferença entre os conceitos, preferimos entendê-los como sinônimos. Neste sentido GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. Niterói: Impetus, 2009. p. 116

¹¹ COSTA, António Manuel de Almeida. *Comentário conimbricense ao código penal*. v. 5. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 661. Entendendo como formal ou de consumação antecipada o crime de corrupção passiva e ativa v. HENRIQUES, Manuel Leal; SANTOS, Manuel Simas. *Código penal*. v. II. Lisboa: Rei dos Livros, 1996. p.1180.

¹² PORTUGAL. Supremo Tribunal De Justiça. Processo 048892. Relator: Lopes Rocha. Data do Acórdão 15/01/1997. Acesso em: 29/04/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2f246a3d2114bd64802568fc003b6970?OpenDocument&Highlight=0,Corrup%C3%A7%C3%A3o,passiva,consuma%C3%A7%C3%A3o>

¹³ COSTA, op. cit., p. 189-93. Neste sentido v. GONÇALVES, Maia. *Código penal português: anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2002. p.1110.

¹⁴ Esta divisão é a adotada pela Legislação Adjetiva Penal Portuguesa (PORTUGAL. *Código de processo penal*. Decreto Lei 78/87 de 17 de fevereiro. Disponível em: <http://www.sousapineiro-advogados.com/jurisprudencia/modules/codigos/cpp.pdf>). Acesso em: 24 abr. 2011. Veja-se que o artigo 133, número 2, do Código de processo penal explicita que, apesar da separação de processos, ainda subsiste a conexão de crimes, posto que os legitimados passivos dos diversos processos devem ser entendidos como coarguidos. Assim, quando o artigo 24, número 1, da Lei Adjetiva Penal explicita que “há conexão de processos”, descrevendo a seguir o que entendemos por conexão de crimes, o legislador nada



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Conexão de processos é o julgamento conjunto de duas ou mais acusações; e tem como um de seus corolários a fixação do mesmo Tribunal como competente. A competência por conexão é uma regra de fixação de competência¹⁵ que tem como critério a conexão de crimes e, neste caso, tem como efeito concomitante¹⁶ a conexão de processos.

A conexão de crimes, que é o que a princípio nos importa e o que se analisará, é uma conexão, uma ligação, um liame entre os fatos descritos na acusação, objeto do processo e corolário dos crimes daí advindos¹⁷.

Todavia, não é qualquer liame entre os fatos que pode ser chamado de conexão de crimes, mas somente aquele que cumpra as funções teleológicas do Instituto – que se deduz a partir da interpretação da Lei –, quais sejam, economia processual, melhor apreciação dos fatos e não contradição dos julgados¹⁸.

mais faz do que apontar que a conexão de crimes das alíneas do supramencionado dispositivo redundando na conexão de processos, o que é reforçado pelo artigo 30 da mesma matrícula que descreve que haverá nos casos descritos nos números 1 e 2 separação de processos e não de crimes conexos. Por fim, e pela dicção do número 2 do artigo 24 do Código de processo penal, cumpre salientar que nem toda conexão de crimes redundando na conexão de processos, o que demonstra a divergência entre os conceitos (nesse sentido, v. Antonio Alberto Medina de. O conhecimento probatório do coarguido. *Stvdia Ivridica*. Coimbra: Coimbra editora, 1999. p. 57).

¹⁵ BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 100. A doutrina portuguesa em sua franca maioria (SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal I*. Lisboa: Verbo, 2008. p. 173; FERREIRA. *Curso de processo penal*. v. 1. Lisboa: Danúbio, 1986. p. 107; SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal. *Código de processo penal – decreto-lei 78/87*. v. I. Lisboa: Rei dos Livros, 2004. p. 184; SANTOS, Gil Moreira dos. *O direito processual penal*. Porto: Edições Asa, 2002. p. 188) entende serem as regras de conexão de processo uma exceção às demais regras de fixação da competência. Entretanto, as regras de competência por conexão são regras de fixação de competência da mesma forma que as demais (territorial, material e funcional); possuem regulamentação própria e compatíveis com as demais. Ademais, não é pelo simples fato de haver em determinados casos prorrogação de competência que há violação do juízo natural, bastando para tanto lembrar os termos do artigo 32, número 2, alíneas “a” e “b”, do Código de processo penal (Artigo 32º Conhecimento e dedução da incompetência 2 – Tratando-se de incompetência territorial, ela somente pode ser deduzida e declarada: a) Até ao início do debate instrutório, tratando-se de juiz de instrução; ou b) até ao início da audiência de julgamento, tratando-se de tribunal de julgamento. PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.). (MOUTINHO, José Lobo. *A competência por conexão no novo código de processo penal*. Lisboa: Universidade Católica, 1992. Op. cit., p. 137-44).

¹⁶ Moutinho (MOUTINHO... p. 169-171), apesar de defender os mesmos conceitos aqui apresentados, explicita que a competência por conexão é uma decorrência da união de processos e não da conexão de crimes. Temos tal opinião por equivocada. É que o artigo 31, alínea “b”, do Código de processo penal (PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.) é claro em manter a competência por conexão do tribunal anteriormente indiciado ainda quando há a separação dos processos.

¹⁷ De fato, a doutrina portuguesa é em sua maioria omissa ao definir um caráter da conexão de crimes afastada da norma posta, limitando-se em muito apenas à descrição dos casos legais e uma vaga definição teleológica do Instituto (MOUTINHO, op. cit., p. 114-5.). É especialmente em Itália que – devido a aspectos históricos ligados à definição do estatuto material do arguido (SEIÇA, op. cit., p. 51) – a discussão sobre um critério geral ganhou relevo. Assim, temos concepções amplas de conexão abarcando tanto a processual como a material (entendida como concurso de crimes e de pessoas) em Manzini (In: MOUTINHO, op. cit. p. 73-9); no mesmo sentido, Manzini. In: NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 64); e ainda definições algo genéricas como a de Carnelutti (In: MOUTINHO, op. cit. p. 94-5); no mesmo sentido, Carnelutti (In: BARBOSA, Marcelo Fortes. *A conexão penal*. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n.3, p. 120, jul.-set.1993.), afirmando apenas uma posição intermediária entre igualdade e diversidade de processos; ou a do doutrinador brasileiro Fortes Barbosa (BARBOSA, op. cit., p.119-127) que parte de uma concepção de conexão causal entre dois tipos penais. Por outro lado, existem concepções estritas, colocando a conexão como algo próximo à questão prejudicial em direito civil (FOSCHINI. In: Moutinho, op. cit., p. 95-99) e outras que fazem derivar a conexão de uma causalidade entre os crimes (NICOLINI, PESCATORE, FAGGELA, ORTOLAN (na doutrina francesa). In: TORNAGHI. op. cit., p. 39-50).

¹⁸ BARREIROS, op. cit., p. 100-101. BARBOSA, op. cit., 119-123. TORNAGHI. op. cit., p. 29. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 271. GIMENO, Vicente Sendra; DIAZ, Manuel Martinez. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004. p. 149. SILVA, op. cit. p. 173.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Por fim, e como não poderia deixar de ser, a conexão de crimes, enquanto regra de fixação de competência, deve observar, além do alhures, a Lei posta¹⁹, que é o que se passa a fazer.

A doutrina portuguesa²⁰ apresenta a conexão de crimes de duas formas, tendo como critério diferenciador a unidade ou multiplicidade de sujeitos ativos.

Destarte, a conexão subjetiva dá-se quando há um único sujeito acusado e multiplicidade de crimes²¹. Assim, no Código de Processo Penal Português, a conexão subjetiva está disposta no artigo 24, número 1, alínea 'a' e 'b'²².

Já na conexão objetiva há multiplicidade de sujeitos ativos; e unidade da descrição dos fatos da acusação²³, unidade de fato, que se reflete ora em comparticipação, ora em conexão lógica, fática ou teleológica entre os crimes²⁴. Logo, esse tipo de conexão está prevista no artigo 24, número 1, alíneas 'c', 'd' e 'e' da Lei Adjetiva Penal Portuguesa²⁵.

A seu turno, a doutrina brasileira²⁶ parte do pressuposto de que na conexão do Código de Processo Penal há sempre uma pluralidade de agentes²⁷, subdividindo os casos de conexão pela natureza do liame entre os fatos delituosos.

¹⁹ Apesar de não haver qualquer prejuízo na adoção de qualquer das teorias para o reconhecimento da conexão entre os crimes de corrupção (como abaixo ver-se-á), preferimos adotar – por entender ser a mais completa – a teoria de PAGLIARO – adotada em termos por LOBO MOUTINHO –, teoria esta que defende exatamente o esposado, i.e., que a conexão de crimes é um liame entre os fatos alegados pela acusação (que se refletem em crimes e no objeto do processo concomitantemente), interpretados a partir da teleologia do Instituto e de sua definição pela norma posta (MOUTINHO, op. cit., p. 103-115).

²⁰ SILVA, op. cit., p. 174. BARREIROS, op. cit., p. 99.

²¹ Ibidem, p. 175. No mesmo sentido, v. DIAS, Figueiredo. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra editora, 1981. p. 346.

²² Artigo 24º Casos de conexão 1 – Há conexão de processos quando: a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma ação ou omissão; b) O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; (...). In: PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit. Neste sentido, v. GONÇALVES, Maia. *Código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 120.

²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. p. 100.

²⁴ A doutrina portuguesa (v. SILVA, op. cit., p. 179; SANTOS, op. cit., p. 188; GONÇALVES, op. cit., p. 108; SANTOS, op. cit., p. 188; ALBUQUERQUE, op. cit., p. 100; SEIÇA, op. cit., p. 58) é uníssona em reconhecer os critérios da alínea "d" do artigo 24 como alternativos. Isto se revela pela presença da conjunção alternativa "ou" no final da alínea. Ademais, haveria uma clara contradição lógica em admitir-se comparticipação – que pressupõe apenas um crime – em crimes que sejam causa e efeito um do outro e, portanto, não o mesmo delito. Outrossim, o artigo 28, número 1, alínea "a" do Código de processo penal (PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.) dispõe que se os processos conexos devessem ser da competência de tribunais com jurisdição em diferentes áreas ou com sede na mesma comarca, será competente para conhecer de todos aquele tribunal que seria para conhecer do crime a que couber pena mais grave, [TRECHO SEM SENTIDO. REVER REDAÇÃO] o que pressupõe crimes diversos e não em comparticipação. Por fim, o artigo 29 da mesma matrícula explicita que, para todos os crimes determinantes de uma conexão, o que de prêmio não caberia apenas na comparticipação.

²⁵ Artigo 24º Casos de conexão 1 – Há conexão de processos quando: c) O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação; d) vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou e) vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar. In: Ibidem.

²⁶ Neste sentido JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303-6. PACELLI, Eugênio. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 247-8.

²⁷ A regra de fixação de competência por concurso – de pessoas e de crimes – está prevista no artigo 77 do Código de Processo Penal Brasileiro; e dá-se a ela o nome de continência (BRASIL. *Código de processo penal*. Decreto 3.689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>). Acesso em: 29 abr. 2011.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Assim o liame subjetivo dá-se quando existe uma conexão entre os sujeitos do fato delituoso, subdividindo-se esta em de simultaneidade, de concurso ou de reciprocidade, previstas respectivamente na primeira, segunda e terceira parte do artigo 76, inciso I, do Código de Processo Penal Brasileiro²⁸.

Quando a ligação se dá entre o fato delituoso, quer ela seja lógica, teleológica ou consequencial temos a conexão objetiva prevista no artigo 72, inciso II, da Lei Processual Penal Brasileira²⁹.

Por fim, na Legislação Brasileira há uma forma específica desse Instituto, pela qual se prescinde tanto de elementos subjetivos quanto de objetivos do crime. Essa conexão, prevista no artigo 72, inciso III³⁰ do Código de Processo Penal, tem lugar quando a prova de um delito incide sobre a de outro. Por tal motivo, esse tipo de conexão é conhecido como probatória ou instrumental³¹.

É por meio da conexão probatória que a jurisprudência brasileira³², de forma geral, fundamenta o julgamento conjunto dos crimes de corrupção. Nesse sentido, na ação penal 460-RO, que investigava compra e venda de sentenças, atos administrativos e legislativos, por deputados, desembargadores, juízes, membros do Ministério Público Federal e particulares, a Ministra Eliana Calmon, ao receber a denúncia contra os acusados, asseverou que o liame justificador do julgamento conjunto dos crimes de corrupção ativa e passiva era o instrumental, previsto no artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal Brasileiro³³.

Sendo assim, por meio dessa interpretação, poder-se-ia dizer que a única conexão entre os crimes de corrupção ativa e passiva é a probatória e, sabendo que não existe previsão semelhante na Lei Portuguesa, não haveria necessidade de julgamento conjunto dos delitos.

Contudo, tal assertiva seria incorreta. Em primeiro lugar, a interpretação da norma, como dito algures, deve sempre ter em conta a finalidade do Instituto. Destarte, ao falar em causa e efeito, a Lei remete em parte à não contradição dos julgados³⁴, isto é, ao conjunto de fatos indissolúvelmente ligados em que a decisão de um importa a decisão de parte de outro³⁵.

²⁸ Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras. BRASIL. *Código de processo penal*, op. cit.,

²⁹ Art. 76. A competência será determinada pela conexão: (...) II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas. In: Idem .

³⁰ Art. 76. A competência será determinada pela conexão: (...) III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

³¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*.v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 277.

³² Neste sentido, v. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo. *Habeas Corpus* 990.09.306201-1. Relator: Amado de Faria. Data do julgamento: 08/04/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=4D6DF212228C6A6602AB7D00DB8EBBE6>. Acesso em: 30 abr. 2011.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 460/RO. Relatora: Eliana Calmon. Data do julgamento. 25/06/2007. Acesso em: 30/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600414504&dt_publicacao=25/06/2007

³⁴ Neste sentido, BARREIROS, op. cit., p. 101.

³⁵ Tornaghi (TORNAGHI, op. cit., p. 28) explicita que há a conexão sempre que a decisão de um juízo acarreta necessariamente parte da decisão de outro, posição muito semelhante da defendida por Foschini (FOSCHINI. In: MOUTINHO, op. cit., p. 97).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

In casu, a decisão do magistrado judicial sobre o oferecimento da propina transcende o hipotético processo singular do corruptor ativo, atingindo a parte relativa a tal alegação no processo do corruptor passivo. Dito de outra forma, nada seria mais contraditório de que condenar o funcionário público por aceitar uma vantagem indevida de um particular que em outro processo fosse absolvido por insuficiência probatória ou prova da inexistência do fato.

Ademais, há uma conexão nos fatos alegados pelo Ministério Público: a violação do mesmo bem (em intensidade diferente, como acima), pelas mesmas pessoas (embora cada uma em uma posição diferente), com a mesma finalidade³⁶. Portanto, a “causa e efeito” descritos pela norma também aqui estão presentes no sentido de não repetição de atos processuais (economia processual) e melhor apreciação dos fatos que apenas artificialmente poderiam ser cortados³⁷.

Ainda que se considere na definição da conexão de crimes apenas a letra da lei, não podemos olvidar que o elemento subjetivo descrito no tipo da corrupção ativa abarca elementar do tipo na corrupção passiva, isto é, “o acordo ilícito desejado, expresso ou tácito, encontrar a sua razão de ser precisamente nesse exercício do serviço, função ou cargo³⁸”, i.e., há uma ligação lógico-causal já no tipo penal descrito tornando os delitos conexos³⁹.

Assim, concluímos como o Juiz Heitor Vasques Osório no julgamento do processo 1522/02.4TACBR⁴⁰, *in verbis* “Ainda que a teoria da bilateralidade da corrupção esteja definitivamente afastada, as condutas **(de corrupção ativa e passiva)** se relacionam diretamente (...) numa relação de causa e efeito, ou, se quiser, como se face e verso da mesma moeda se tratasse”.

Portanto, na seara do Direito português, os crimes de corrupção ativa e passiva são crimes conexos na forma do artigo 24, número 1, alínea ‘d’ do Código de Processo Penal Português – que dispõe haver conexão quando há relação de causalidade entre os delitos –, devendo ser julgados no mesmo processo⁴¹.

³⁶ Neste ponto a conexão nos crimes de corrupção se enquadram perfeitamente na doutrina de Nicolini (NICOLINI. In: TORNAGHI. op. cit., p. 43-4), para quem existe a conexão sempre que houver uma unidade psicológica que não necessariamente o dolo entre os sujeitos – e de Faggella (FAGGELLA. In: TORNAGHI, op. cit., p. 47-8), que ensina que há a conexão sempre que houver identidade do fim criminoso e do direito violado e relação de causa e efeito entre os crimes.

³⁷ Neste sentido, BUENO. In: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 271. Da mesma forma, BARREIROS, op. cit., p. 100.

³⁸ MENDES, Paulo de Sousa. Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem no código penal. In: PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa; DIAS, Augusto Silva. *2º Congresso de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2011.

³⁹ Em sentido semelhante, Barbosa (BARBOSA, op. cit., p. 124) afirma que há conexão entre crimes quando há um vínculo psicológico entre os autores, não necessariamente o dolo. Faggella (TORNAGHI, op. cit., p. 47) leciona que há a conexão quando existe uma identidade do fim criminoso e do direito violado, somados a esses dois requisitos uma relação de causa e efeito entre os delitos. Já Nicolini (TORNAGHI, op. cit., p. 43) defende existir conexão quando houver – entre outros – conexão psicológica entre os autores dos fatos (leia-se não necessariamente do mesmo fato delituoso).

⁴⁰ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Processo: 1522/02.4TACBR.C1. Relator: Heitor Vasques Osório. Data do julgamento: 25/06/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3e2623382c803c128025748300354dc5?OpenDocument&Highlight=0,conex%C3%A3o,corrup%C3%A7%C3%A3o,ativa,passiva>. Acesso em: 30 abr. 2011.

⁴¹ E ainda quando não o forem, devem ser julgados como crimes conexos, evitando-se ao máximo as contradições entre os julgados, posto que a conexão de crimes transcende a conexão de processos (V. nota 18).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

3.0 coarguido como testemunha

3.1 Na separação dos processos conexos

Explicitada a conexão causal entre os crimes de corrupção ativa e passiva, resta agora discutir se *intraneus* e *extraneus* podem depor no mesmo processo como testemunha dos fatos.

Quando figurarem nos mesmos autos, corruptor e corrompido sempre considerar-se-ão coarguidos – por força do artigo 57, números 1⁴² e 2⁴³, cumulado com o artigo 133, número 1, alínea ‘a’⁴⁴, todos do Código de Processo Penal Português –, com todos os direitos advindos desse estatuto, nomeadamente, o direito de presença⁴⁵, o direito de audiência⁴⁶, de informação⁴⁷, de recurso⁴⁸, o de ser assistido por um defensor⁴⁹ e, naquilo que nos importa, de não prestar prova contra si mesmo⁵⁰, decorrência direta do princípio da presunção de inocência⁵¹ e que abarca tanto o direito a se calar quanto a não punição por falso testemunho.⁵²

Todavia, ao menos a princípio, a solução é algo diversa caso exista a separação dos processos. A lei processual penal portuguesa, no artigo 133, número 2⁵³, dispõe que, em caso de separação de processos, um arguido pode depor no processo de outro como testemunha se nisto expressamente consentir.

De tal assertiva, poder-se-ia entender que a Lei Adjetiva Portuguesa adotou o conceito formal de arguido. Destarte, os direitos e garantias de arguido manter-se-iam apenas e tão somente enquanto houvesse conexão de processos⁵⁴.

⁴² Artigo 57º Qualidade de arguido 1 – Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal (...). PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.,

⁴³ Artigo 57 Qualidade de arguido (...)2 – A qualidade de arguido conserva-se durante todo o decurso do processo. In: Idem.

⁴⁴ Artigo 133º Impedimentos 1 – Estão impedidos de depor como testemunhas: a) O arguido e os coarguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem aquela qualidade; (...) Idem.

⁴⁵ Artigo 61, número 1, alínea a. Idem.

⁴⁶ Artigo 61, número 1, alíneas b. : Idem.

⁴⁷ Artigo 61, número 1, alínea g. Idem.

⁴⁸ Artigo 61, número 1, alínea f. Idem.

⁴⁹ Artigo 61, número 1, alínea ‘d’ e ‘e’. Artigo 32, número 3. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 04 mai. 2011.

⁵⁰ Artigo 61, alínea c. In: PORTUGAL. Código de processo penal português, op. cit.,

⁵¹ Artigo 32, número 2. In: Constituição da República Portuguesa, op. cit.

⁵² Neste sentido, v. DIAS, op. cit., p. 449-52.

⁵³ Artigo 133º Impedimentos (...) 2 – Em caso de separação de processos, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo, mesmo que já condenados por sentença transitada em julgado, só podem depor como testemunhas se nisso expressamente consentirem. In: PORTUGAL. Código de processo penal português, op. cit.,

⁵⁴ Sob o conceito formal de arguido, v. SEIÇA op. cit., p. 18-9.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Entretanto, tal assertiva seria incorreta. O Código de Processo Penal adotou o conceito material de arguido⁵⁵, ou seja, atrelado à conexão de crimes, o que se comprova pela dicção do artigo 58, número 5, do Código de Processo Penal⁵⁶ – que dispõe pela impossibilidade de valoração do testemunho do arguido não constituído – e da própria dicção do artigo 132 da matrícula adjetiva.

Note-se que ao analisar a constitucionalidade do antigo artigo 132, número 2, da Lei Adjetiva Penal⁵⁷, o Tribunal Constitucional – no processo 957/2003 de relatoria do Conselheiro Arthur Maurício – já entendia⁵⁸ que a testemunha-arguido, ainda que em processos separados, tem o direito de não prestar prova contra si e, portanto, nesse ponto, calar-se⁵⁹.

Entretanto, tal restrição apenas no que tange à proteção de prestar prova contra si não faz qualquer sentido lógico. Veja-se que, como dito alhures, a conexão de crimes é uma conexão entre crimes concretos, *rectius*, entre fatos imputados pelo Ministério Público aos acusados⁶⁰. Com efeito, toda prova contra si é parte da imputação⁶¹; e na conexão de crimes ora tratada (entre os crimes de corrupção) é parte imanente.

Ademais, a Lei 48/2007 estendeu o conceito de arguido para além do trânsito em julgado da sentença condenatória⁶². Assim, o coarguido, independentemente da fase processual e da conexão de processos, sempre assim será, com todas as garantias daí advindas⁶³.

Por fim, não podemos olvidar que o artigo 133 visa justamente evitar “a troca de rótulos” entre testemunha e arguido⁶⁴ e não facilitá-la ou “legalizá-la” pela via da separação de processos, o que, de mais a mais, estaria eivado de inconstitucionalidade, como se passa a expor.

Em primeiro lugar, a ação de separação de processos como simples forma de obtenção de testemunho fere o princípio da lealdade processual.

⁵⁵ Sob o conceito material de arguido, v. *idem*, p. 19-20.

⁵⁶ No mesmo sentido, v. *idem*, p. 83.

⁵⁷ No qual não havia referência ao impedimento, ainda que houvesse sentença transitada em julgado.

⁵⁸ PORTUGAL. *Tribunal constitucional*. Processo 957/2003. Relator: Conselheiro Arthur Maurício. Data do Julgamento: 05/04/2004. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040304.html>. Acesso em 04 mai. 2011.

⁵⁹ O que alias é repetido pelo artigo 132, número 1, do Código de processo penal, *in verbis*: Artigo 132º Direitos e deveres da testemunha (...)2 – A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal. (PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.,).

⁶⁰ V. nota 21.

⁶¹ Em sentido semelhante, v. SEIÇA, op. cit., p. 46.

⁶² V. nota 57.

⁶³ Em sentido semelhante, o Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL. *Superior Tribunal de Justiça*. Processo 154/01.9JACBR.C1.S1. Relator: Rodrigues da Costa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1457c72c5958bd72802577190055478c?OpenDocument>) entendeu em um processo em que houve a separação e posteriormente os autos separados foram apensados que a testemunha-arguido manteve no processo original todos os direitos de arguido. Acesso em: 11 jul. 2011.

⁶⁴ Neste sentido, v. SEIÇA, op. cit., p. 47.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Imanente ao princípio do contraditório⁶⁵, do dever de legalidade e objetividade⁶⁶, e com guarida constitucional expressa⁶⁷, a lealdade processual⁶⁸ determina que as partes devem agir de forma proba na produção *a priori* da prova⁶⁹, não compactuando com a má-fé ou traição⁷⁰. Assim, o princípio da lealdade impele a administração da justiça a não recorrer a meios enganosos, a métodos ardilosos na obtenção de prova⁷¹.

Com efeito, caso ao final da investigação inexistam provas consistentes contra os acusados, seu dever é arquivar o processo⁷² ou, em havendo confissão de crime de grande potencial ofensivo atribuído a um arguido – na forma a seguir pormenorizada –, deve denunciá-lo. Não pode o Ministério Público utilizar-se de um engodo legal para atingir aquele arguido que não confessou o delito⁷³. O dever do Ministério Público, enquanto magistratura e enquanto promotor de justiça, é buscar a verdade com respeito à dignidade humana e ao interesse público, e não facilitar a acusação⁷⁴.

⁶⁵ SOUZA, Concelina Henrique de. *Princípio do contraditório no quadro do processo penal constitucional*. Lisboa: [s.n.], 1996. p.64.

⁶⁶ DIAS, Figueiredo. In: VALENTE, op. cit., p. 195. Deveres que se encontram presentes no artigo 2.º, número 2, do Estatuto do Ministério Público (Artigo 2.º Estatuto (...) 2 – A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas nesta lei. In: PORTUGAL. *Estatuto do Ministério Público*. Lei 47/86 de 15 de outubro. Disponível em: http://www.pgr.pt/grupo_pgr/mp_lei60-98/EstatutoMP-PT.pdf. Acesso em: 14 jun. 2011.

⁶⁷ Germano Marques (SILVA, op. cit., p. 62) aponta o princípio em voga como decorrência direta do artigo 32.º da C.R.P. (*in verbis*, Garantias de processo criminal (...)8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. In: Constituição da República Portuguesa, op. cit.). Entendemos que tal princípio também encontra guarida na exigência de boa-fé esculpida no artigo 266, número 2, da C.R.P. (*in verbis*, Princípios fundamentais 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé). Já Inês Ferreira Leite (LEITE, Inês Ferreira. Arrependido: a colaboração processual do coarguido na investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa; DIAS, Augusto Silva. *2o Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 383.) coloca o princípio da lealdade processual como decorrência direta da existência do Estado Democrático de Direito comungado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁸ O Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão 287/99.OTABJA-B. E1-A.S1*. Relator: Santos Cabral. Data do Julgamento: 16/12/2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a5f4cb6a6d8ec9d802578230035bc9d?OpenDocument>. Acesso em: 14 jun. 2010.) referiu-se ao princípio da lealdade processual, ao lado do dever de legalidade e objetividade, como sendo uma exigência de “Fair Play” de não subversão da lei à vontade do magistrado.

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 62

⁷⁰ ANDRIOLI, Virgílio. In: CARPENA, Marcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11218/da-des-lealdade-no-processo-civil>. Acesso em: 03 mai. 2011.

⁷¹ VALENTE, op. cit., p. 196.

⁷² PORTUGAL. Tribunal Da Relação De Lisboa. Processo 4452/2006-3. Relator: Carlos Almeida. Data do julgamento: 21/06/2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5dac01d8145bbc98025719b00546338?OpenDocument&Highlight=0,penal,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo>. Acesso em: 03 mai. 2011.

⁷³ No mesmo sentido esposado, Germano Marques (SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. In: *Direito e Justiça*, Revista da FDUC, Lisboa, v. VIII, t. II, p. 33, 1994.) aponta a violação do princípio da lealdade processual sempre que for oferecida qualquer vantagem como meio de obtenção de prova contra coarguido e, como exemplo, cita especificamente o artigo 9o da Lei 36/94 que, como se verá abaixo, trata do oferecimento da suspensão provisória do processo no crime de corrupção ativa.

⁷⁴ Em sentido semelhante, Caeiro (CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Sindicato do Ministério Público, Lisboa, p. 41, out.-dez. 2000.) afirma que a decisão de acusar ou de suspender o processo não pode se fundar na conveniência pessoal do magistrado do Ministério Público.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Ademais, não podemos olvidar que o processo penal é pautado pelo princípio da igualdade de armas – na forma disposta pelo artigo 6 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais⁷⁵, e como decorrência direta do princípio da equidade⁷⁶, na forma disposta no artigo 20, número 4, da C.R.P⁷⁷. A igualdade de armas é uma equivalência no direito de ação no processo, no direito de requerer no processo⁷⁸. No processo penal português, na esteira da Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça⁷⁹ e do Tribunal Constitucional⁸⁰, tal princípio é mitigado e só é violado quando a diferença entre poderes do arguido e do Ministério Público tem um fundamento arbitrário.

Ora, o simples fato de ser o Ministério Público que, em fase do inquérito, tem o poder de determinar a separação do processo, sem qualquer controle judicial – para os que assim entendem⁸¹ –, já se mostra arbitrário. Entretanto, ainda que com o controle judicial, seria um absurdo aceitar como razoável a separação dos processos com fundamento em uma “conveniência probatória” do Ministério Público – ainda mais quando se tem em mente que a este órgão é dado todo o aparato investigatório estatal. Ou isso, ou devemos aceitar a possibilidade de o arguido pleitear a separação do processo para arrolar o coarguido como testemunha.

Ademais, caso se aceitasse a separação como meio da burla de etiquetas, restaria clara a violação do contraditório, disciplinado no artigo 32, número 1, da C.R.P⁸². Seria negado ao arguido do processo original o direito a contraditar, intervir, defender-se, de ter “uma influência efetiva no desenvolvimento do processo⁸³” separado que, ao final, tornará uma decisão de condenação dificilmente rebatível – a não ser por uma gritante contradição de julgados – no processo onde é formalmente arguido.

No encerramento, cumpre salientar que o arguido é ser humano e não um objeto de prova⁸⁴ no processo, que pode ser alterado “de lá para cá” ao bel prazer dos demais sujeitos processuais. A verdade real é a finalidade do processo, porém

⁷⁵ Artigo 6 – Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf. Acesso em: 03 mai. 2011.

⁷⁶ FREITAS, op. cit., p. 118.

⁷⁷ Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. Constituição da República Portuguesa, op. cit.

⁷⁸ Idem, p. 118-9. Em sentido semelhante, Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 614) entende que a igualdade de partes se manifesta como uma mesma capacidade e mesmos poderes da acusação.

⁷⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 08P1954*. Relator: Simas Santos. Data do Julgamento: 04/12/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3b99a72a5577998b802575350051bf43?OpenDocument>. Acesso em: 14 jun. 2011.

⁸⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Processo 236/94*. Relatora: Cons. Fernanda Palma. Data do Julgamento: 17/04/1996. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960610.html>. Acesso em: 14 jun. 2011.

⁸¹ Neste sentido, Albuquerque, op. cit., p. 107. Em sentido contrário, GONÇALVES, op. cit., p. 128.

⁸² Artigo 32.º Garantias de processo criminal 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. Constituição da República Portuguesa, op. cit..

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In: VALENTE, op. cit., p. 120.

⁸⁴ DIAS, op. cit., 431.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

esta não pode ser obtida à custa da dignidade da pessoa humana⁸⁵, fundamento de qualquer Estado Democrático de Direito⁸⁶.

Portanto, há uma quádrupla inconstitucionalidade do artigo 133, número 2, do Código de Processo Penal: a uma, por violação do princípio da lealdade processual, antevista no artigo 32, número 8, e artigo 266, número 2, da C.R.P.; a duas, por violação da paridade de armas, decorrência direta de obrigações internacionais, nomeadamente artigo 6 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais e como decorrência direta do princípio da equidade, na forma disposta no artigo 20, número 4, da C.R.P; a três, por violação do contraditório, disposto no artigo 32, número 1, da C.R.P. 4) e, por fim, por desconsiderar a dignidade de pessoa humana, fundamento da República Portuguesa. Violação esta que se avulta quando acompanhada da suspensão provisória do processo em que há injunção de obrigação de testemunhar.

3.2 A injunção de testemunhar

A suspensão provisória do processo é uma emanção do princípio da oportunidade⁸⁷, que veio a lume no direito português na esteira do *Einstellung gegen Auflagen und Weisungen* do § 153 a, da StPO germânica⁸⁸.

Por meio desse instituto dá-se um poder-dever ao Ministério Público de oferecer ao arguido a suspensão, e posterior arquivamento, do processo caso este cumpra determinadas injunções propostas pelo *Parquet*. Contudo, essas injunções, por expressa disposição legal, não podem ofender a dignidade do arguido⁸⁹; dentre as injunções que ferem a dignidade do arguido estão, por óbvio, as injunções ilegais e inconstitucionais⁹⁰.

Bem, na forma explicitada alhures, a lei portuguesa adota a concepção material de arguido atrelada à conexão de crimes. Assim todos os atos do arguido, ainda que em processo separados, devem ser expressão de sua livre personalidade, conforme demonstra o artigo 61, número 1, alínea 'd', do Código de Processo Penal⁹¹ – decorrência

⁸⁵ Previsto no artigo 1o da C.R.P. *in verbis*, Artigo 1.º República Portuguesa Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. In: Constituição da República Portuguesa, op. cit.,

⁸⁶ Neste sentido, SILVA, op. cit., p. 102.

⁸⁷ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade – manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 41.

⁸⁸ TORRÃO, Fernando José do Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000. p.131. No mesmo sentido, MAIA, op. cit., p. 672.

⁸⁹ Artigo 281.º Suspensão provisória do processo (...) 3 – Não são oponíveis injunções e regras de conduta que possam ofender a dignidade do arguido. (PORTUGAL. Código de processo penal. de processo penal português, op. cit.)

⁹⁰ Ao comentar figura semelhante no artigo 49, número 2, do Código Penal de 1982, Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. *As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993. p. 350) descreve a ofensa a dignidade pessoal ocorre sempre que a regra de conduta imposta seja incompatível com a Lei.[Frase sem sentido. Verificar]

⁹¹ Artigo 61.º Direitos e deveres processuais 1 – O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo, e, salvas as exceções da lei, dos direitos de: (...) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;



01 02



01



01 02 03 04 05



01

direta do princípio da presunção de inocência esculpido no artigo 32, número 2, da Constituição. Sendo assim, serão inadmissíveis quaisquer formas de coação que objetivem extorsão de declarações⁹².

Com efeito, ao encararmos o testemunho como uma regra de conduta que tem como consequência por seu descumprimento uma pena, ferimos o direito à liberdade de declaração do coarguido. Ora, muito embora a suspensão provisória do processo não seja – como o *plea bargain* norte-americano⁹³ – uma negociação da pena aplicada, é inegável que a ameaça do processo e da estigmatização por este causada tolhe a liberdade de declaração do arguido⁹⁴, sendo, portanto, uma injunção ilegal; não podendo o processo ser suspenso quando esta se faça presente⁹⁵.

Entretanto, ainda que se entenda que a Lei adota um conceito formal de arguido, e que se supere toda a inconstitucionalidade advinda da burla de rótulos, não é possível uma injunção de testemunhar.

Antes de adentrar o mérito da questão, cumpre um pequeno parêntesis. Em primeiro plano, analisaremos a suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal, tendo em vista a possibilidade de oferecimento, ao menos em tese, ao crime de corrupção passiva para ato lícito⁹⁶ e, na corrupção passiva, para ato ilícito, caso o Ministério Público entenda – na forma do artigo 16º, número 3, do Código de Processo Penal⁹⁷ – que não deva ser aplicada pena superior a cinco anos⁹⁸. Em seguida, analisaremos conjuntamente, posto que as críticas são as mesmas, tanto para a suspensão do Código de Processo quanto a prevista no artigo 9º da Lei 36/1994 – esta última válida apenas para a corrupção ativa.

Como dito acima, a suspensão provisória do processo é um poder-dever do Ministério Público. Todavia, este poder-dever não é um mero ato discricionário, mas sim vinculado à presença dos pressupostos previstos no artigo 281, número 1, da Matrícula Adjetiva Penal, quais sejam, pena não superior a 5 anos, concordância do juiz de instrução⁹⁹,

⁹² DIAS, op. cit., p. 430. Sobre o tema, Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006. p. 241) explicita que viola o princípio da lealdade processual (supra) a promessa ou pressão para o réu (arguido) prestar declarações ou violar o seu silêncio.

⁹³ Tereza Pizarro (PIZARRO, Tereza “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento do coarguido no processo penal português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Cooperativa das Artes Gráficas, abril-junho 1998) reconhece a similitude do *plea bargain* com a suspensão provisória do processo e reconhece que naquele caso há – e neste pode haver – uma coação para que o arguido confesse o delito que lhe foi imputado.

⁹⁴ TORRÃO, op. cit., p. 164.

⁹⁵ Neste sentido, v. CORREIA, João Conde. Concordância judicial a suspensão provisória do processo: equívocos que persistem. *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, jan.-mar. 2009.

⁹⁶ Suspensão teoricamente possível também aos crimes de recebimento indevido de vantagem e oferta e promessa de vantagem, previstos respectivamente nos artigos 372, número 1 e número 2, do Código Penal Português.

⁹⁷ Artigo 16.º Competência do tribunal singular 3 – Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos no artigo 14.º, n.º 2, alínea b), mesmo em caso de concurso de infrações, quando o Ministério Público, na acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a cinco anos.

⁹⁸ Sobre a admissibilidade da suspensão no caso do artigo 16º, número 3, do Código de processo penal, v. TORRÃO.

⁹⁹ Artigo 281, número 1. In: PORTUGAL. Código de processo penal português.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

do assistido e do arguido¹⁰⁰, ausência de condenação¹⁰¹ e de aplicação anterior do Instituto¹⁰², não ser aplicável medida de segurança¹⁰³, suficiência das injunções no caso concreto¹⁰⁴ e ausência de um grau de culpa elevado¹⁰⁵.

Pela amplitude semântica da cláusula ausência de um grau elevado de culpa¹⁰⁶, parte da doutrina entende que não há uma vinculação do Ministério Público quanto ao oferecimento ou não da suspensão provisória do processo, mas sim uma “discrecionalidade vinculada” respeitante a finalidade do Instituto, *in casu*, considerações de prevenção geral e ressocialização do arguido¹⁰⁷.

Contudo, o estrito controle judicial do instituto¹⁰⁸, bem como a recente alteração da Lei 48/2007, que ressaltou o dever¹⁰⁹ do Ministério Público de oferecer a suspensão provisória do processo sempre que estejam presentes os requisitos legais¹¹⁰ – e, a *contrariu sensu*, de não oferecer quando não houver o preenchimento – demonstram que ainda no requisito grau elevado de culpa é imprescindível uma definição clara, sob pena de macular-se o princípio da legalidade.

Analisando a culpa como reprovabilidade do caso concreto¹¹¹, ou ainda como culpa indiciária¹¹², dificilmente poder-se-á considerar de culpabilidade diminuta ou mediana o desvio de milhões de Euros dos cofres públicos ou o favorecimento de grandes empresas por meio de ações estatais previamente ajustadas; ou seja, nos casos em que justamente há o maior interesse em socorrer-se do instituto, a culpa de corruptor e corrupto é elevada¹¹³.

¹⁰⁰ Artigo 281, número 1, alínea ‘a’. Idem.

¹⁰¹ Artigo 281, número 1, alínea ‘b’. Idem.

¹⁰² Artigo 281, número 1, alínea ‘c’. Idem.

¹⁰³ Artigo 281, número 1, alínea ‘d’. Idem.

¹⁰⁴ Artigo 281, número 1, alínea ‘f’. Idem.

¹⁰⁵ Artigo 281, número 1, alínea ‘e’. Idem.

¹⁰⁶ Magistrados do Ministério Público da Relação do Porto, op. cit., p. 706.

¹⁰⁷ TORRÃO, op. cit., p. 242. No mesmo sentido, v. TEIXEIRA, op. cit., p. 41.

¹⁰⁸ Cabendo ao juiz de instrução “não só a comprovação dos pressupostos formais descritos no artigo 281 do CPP bem como a formulação de um juízo materialmente jurisdicional relativamente às consequências jurídicas decorrentes das medidas sancionatórias propostas pelo M.P, designadamente da necessidade de preservação da dignidade do arguido, bem como de adequação de tais medidas com os fins preventivos, especiais ou gerais, de modo a obter-se a paz social. (PORTUGAL, Tribunal da Relação do Porto. Processo 628/07.8TAAMT.P1. Relator Joaquim Gomes. Data do Acórdão 09/12/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e1bfaca72f30ca398025768f00515b92?OpenDocument&Highlight=0,penal,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo>). Acesso em: 29 abr. 2011.

¹⁰⁹ CORREIA, op. cit., p. 53-4.

¹¹⁰ Neste sentido, v. PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07P4561. Relator: Simas Santos. Data do Acórdão: 13/02/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5252179129522356802573f30040d986?OpenDocument&Highlight=0,validade,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo,penal>. Acesso em: 29 abr. 2011.

¹¹¹ Neste sentido, v. FERNANDO, Rui do Carmo Moreira. O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo). *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, p. 145, jan.-mar. 2000.

¹¹² Neste sentido, TORRÃO, op. cit., p. 162.

¹¹³ Corrobora com nosso entendimento a redação do artigo 374-A, número 1 e 2, do Código Penal (*in verbis*: Artigo 374.º -A Agravação1 – Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um



01 02



01



01 02 03 04 05



01

É de pouca lógica, ao cabo, fazer-se a acusação do corruptor, posto que grave a culpabilidade; e, no crime consequente ou causal, no outro lado da moeda – mais uma vez parafraseando os ilustres juízes da Relação de Coimbra¹¹⁴ –, deixar de fazê-lo por não considerar elevada a culpa.

Ainda que se entenda que ao falar de “culpa grave” o Código de Processo Penal fale de responsabilidade sobre o fato delituoso¹¹⁵ – o que seria incompatível com a presunção de inocência¹¹⁶ –, é certo que não se pode entender como pequena, como improvável a culpa de quem confessa o delito informando minúcias do mesmo como o *modus operandi*, os coautores, entre outros.

Neste ponto, sobressalta evidenciar que uma das diferenças da suspensão provisória do processo prevista na Lei Adjetiva Penal, e a suspensão do artigo 9º da Lei 36/94¹¹⁷, é que aqui não há qualquer requisito de culpa para a suspensão provisória do processo¹¹⁸. Consequentemente, o que foi dito sobre o elevado grau de culpa não se aplica. No mais, e a partir desse momento, todas as considerações tecidas são válidas tanto para uma quanto para outra suspensão provisória do processo.

O segundo problema a ser apontado quanto à possibilidade da injunção de testemunhar na suspensão provisória do processo – primeira, se levarmos em conta apenas a corrupção ativa – pertence à injunção considerada de *per se*.

quarto nos seus limites mínimo e máximo. 2 – Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo em um terço nos seus limites mínimo e máximo. Lei 32/2010, op. cit.,). Se há uma agravante no caso de grande vantagem, é indubitável que a culpabilidade não é pequena.

¹¹⁴ Vide nota 29.

¹¹⁵ O que aproximaria o sistema português do previsto no artigo 787 da Ley de Enjuiciamiento Criminal Espanhola (sobre o tema, v. RODRIGUES GARCIA, Nicolas. Análisis de la nueva regulación del ‘principio del consenso’ en el procedimiento penal abreviado español. In: *Liber Discipolorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 1455-500.) e da “Applicazione della pena su richiesta delle parti” (sobre o tema, v. DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. *Justiça criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado em los EE.UU., Itália y Portugal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 123-83).

¹¹⁶ Parte da Jurisprudência (v. nota 49) entende que a suspensão provisória do processo é uma relativização do princípio da presunção de inocência, pois pressupõe a confissão do arguido. No mesmo sentido parece caminhar a Recomendação R(87) 18 do Conselho da Europa (CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação R(87) 18 sobre a Simplificação da Justiça Penal*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>. Acesso em: 13 jul. 2011) pois o número 9 da Recomendação dispõe que a decisão de suspensão não será encarada como uma condenação (*conviction*) a não ser que o arguido assuma a culpa (*guilt*). Para nós, tal opinião é equivocada. Caso se admita uma relativização de uma Garantia Constitucional – de concretização da Liberdade Individual, diga-se – por uma norma ordinária, não há porque existir qualquer garantia ou mesmo Constituição. São as Leis que devem se amoldar às disposições constitucionais e não ao contrário (neste sentido, v. TORRÃO, op. cit., p. 237; e DIEGO DíEZ, op. cit., p. 203; ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 353).

¹¹⁷ Artigo 9.º – Suspensão provisória do processo: 1 – No crime de corrupção ativa, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido; b) ter o arguido denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade; c) ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. 2 – É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 281.º, n.ºs 2 a 5, e 282.º do Código de processo penal.

¹¹⁸ Como ressalta Pinto Albuquerque, há na suspensão provisória da Lei 36/94 necessidade de que o corruptor ativo “tenha contribuído decisivamente para a descoberta da verdade e for de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responde suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. Portanto, a suspensão pode ser determinada mesmo que o arguido tenha antecedentes criminais pelo crime de corrupção ativa e sua culpa seja grave”. (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. p.738-9.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Apesar de a injunção fixada no processo não ser considerada pena¹¹⁹, é um equivalente funcional desta¹²⁰. Por tal motivo, deve satisfazer exigências de prevenção geral positiva e prevenção especial¹²¹, como demonstram claramente o artigo 281, número 1, alínea ‘f’, do Código de Processo Penal¹²² e o artigo 9, número 1, alínea ‘c’, da Lei 36/94¹²³.

Ora, o testemunho, e especificamente a confissão, apesar de poder ser aceitável como uma forma de arrependimento do arguido¹²⁴, e como tal poder-se-ia dizer que cumpriria uma função de prevenção especial, não cumpre a função de prevenção geral positiva¹²⁵.

De fato, nos parece que a confiança dos jurisdicionados na aplicação da norma¹²⁶ restaria abalada pois, apesar de haver confissão – ou senão tecnicamente ao menos um testemunho pormenorizado das ações criminosas –, não haveria qualquer punição¹²⁷. Sendo assim, por não cumprir uma das funções da pena, restaria impossibilitada a suspensão do processo com injunção de testemunhar¹²⁸.

Por fim, a injunção de testemunhar fere o estatuto do arguido, ainda que se entenda que a Lei Adjetiva adotou o conceito formal de arguido.

¹¹⁹ Neste sentido, v. CORREIA, op. cit., p. 50. Contra, v. a declaração de voto do Conselheiro Vital Moreira no Acórdão 7/1987 do Tribunal Constitucional (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Processo 302/1986*. Data do Julgamento: 09/02/1987. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/904714e45043f49b802565fa004a5fd7/ecba4739f72023ce8025682d0064bba9?OpenDocument&Highlight=0,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo>). Acesso em: 12 jul. 2011.

¹²⁰ TORRÃO, op. cit., p. 193.

¹²¹ TORRÃO, Fernando. Suspensão provisória do processo – justiça penal negociada? In: *Crise na justiça: reflexões e contributos do processo penal*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007. p. 24. No mesmo sentido, v. DIEGO DíEZ, op. cit., p. 196.

¹²² Artigo 281º Suspensão provisória do processo 1 – Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos: (...) f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso de façam sentir. (PORTUGAL. Código de processo penal, op. cit.).

¹²³ Artigo 9.º Suspensão provisória do processo 1 – No crime de corrupção ativa, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: (...) c) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir (In: PORTUGAL. *Lei 36/94 de 29 de setembro*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis). Acesso em: 11 jul. 2011.

¹²⁴ DAMÁSIO, op. cit., p. 260.

¹²⁵ Dentro da doutrina norte-americana, Brown (BROWN. In: DIEGO DíEZ, op. cit., p. 49) acentua que o *plea bargain*, em que há a possibilidade de fixação de uma pena privativa de liberdade, se repercute em prejuízo das exigências de prevenção geral.

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. p. 90-1.

¹²⁷ Monte (MONTE, Mário Ferreira. Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade. *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, jan.-mar. 2005. p. 75), ao analisar a questão da expansão e eficácia da suspensão provisória do processo, revela um certo temor com essa expansão e as expectativas comunitárias.

¹²⁸ Neste sentido, v. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. *Processo 1418/08.6TAMAI-A.P1*. Relator: Custódio Silva. Data do julgamento: 18/11/2009. Acesso em: 11/07/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cb71fb5108d4106802576790041171f?OpenDocument>. Acesso em: 11 jul. 2011. Contra, v. CORREIA, op. cit.,



01 02



01



01 02 03 04 05



01

É que em seus respectivos processos corruptor e corrompido serão considerados arguidos – e aqui não há o que discutir. Com isso se quer dizer que ambos serão considerados sujeitos do processo e não objetos do mesmo¹²⁹.

Desta feita, o que ficou dito acima acerca do estatuto do arguido repetir-se-ia, ou seja, todas as suas declarações no processo devem ser expressão de sua liberdade, e a fixação da injunção de testemunhar atrelada à suspensão do processo cercearia essa liberdade, sendo, portanto, inadmissível.

Nem se diga que o consentimento do arguido, expressamente previsto em Lei como requisito da suspensão, permitiria a troca de rótulo e corolário à injunção. Isso porque

um tal consentimento só muito raramente poderia considerar-se livre, por estar o arguido que prestou, coagido pelo receio de que a negação do consentimento pudesse ser interpretada como indício da sua culpa e de fazer recair sobre bens indisponíveis – autonomia e dignidade da pessoa e a sua liberdade de vontade e decisão.¹³⁰

Como se não bastasse o supramencionado, veja-se que a Constituição da República, em seu artigo 32, número 8, dispõe pela nulidade da prova obtida mediante ofensa à integridade física ou moral da pessoa¹³¹. A seu turno, o Artigo 126, número 2, alínea ‘d’, do Código de Processo Penal explicita que a prova obtida mediante denegação ou condicionamento de benefício legalmente previsto, ainda que com o consentimento da pessoa, viola sua integridade moral¹³²¹³³.

Assim, além da nulidade de prova – oponível a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória¹³⁴ –, a obtenção de declaração de arguido em injunção de suspensão provisória do processo viola diametralmente garantia Constitucional¹³⁵.

¹²⁹ Maria João Antunes (ANTUNES, Maria João. As garantias do arguido no processo penal português. *Anuário de Relações Exteriores*. Lisboa: Público, 2004. p. 188.) entende que o arguido pode ser visto como objeto do processo. Todavia, aponta que sempre deve ser respeitada a vontade do arguido.

¹³⁰ DIAS, op. cit., p. 460. No mesmo sentido, v. ANDRADE, op. cit., p. 331-2. Mesmo no sistema da *plea bargain* norte-americano – como decidido pela *Supreme Court* no caso *Brady vs. United States* – não é permitida na negociação qualquer tipo de pressões, ameaças ou falsas promessas ao arguido (DIEGO DíEZ, op. cit., p. 47-8).

¹³¹ v. nota 51.

¹³² Artigo 126º Métodos proibidos de prova 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: (...) d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; (...) O Tribunal Constitucional no Processo 957/2003 (V. nota 48) em relatório afirmou que o recorrente aduziu a inconstitucionalidade da injunção de testemunhar com fulcro no artigo 32 número 8 da C.R.P. Entretanto, o douto Relator afirmou que o patrono do recorrente não informou de que forma restou violado o supramencionado artigo e, corolário, não enfrentou a questão.

¹³³ Inês Ferreira Leite (LEITE, op. cit., p. 394), ressalta que o Ministério Público não pode prever a concordância do juiz com a suspensão; portanto, tal proposta seria um meio ilegal de obtenção de prova, importando em nulidade absoluta desta.

¹³⁴ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: *Jornadas de processo penal e justiça*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 149.

¹³⁵ Paulo de Sousa Mendes (MENDES, Paulo de Sousa. Estatuto do arguido e posição processual da vítima. *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 601-612, out.-dez. 2007.) afirma que tal dispositivo visa impedir o Ministério Público e as OPCs de utilizar “táticas mais ou menos matreiras” na obtenção de provas, como, v.g., a ameaça com processo crime por falso testemunho.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Por fim, admitindo, *ad argumentadun tantum*, como possível a troca de rótulos e, corolário possibilidade da injunção de testemunhar contra o antigo coarguido, essa obrigação seria limitada, sob pena de ser ilegal.

É que, como visto, a Lei é clara ao impedir qualquer injunção ilegal. A seu turno o artigo 132, número 2¹³⁶, da Lei Adjetiva, dá à testemunha o direito ao silêncio caso a declaração possa importar em sua responsabilização. Portanto, apesar da possibilidade hipotética da injunção de testemunhar no antigo processo, a testemunha-arguido poderia, naquilo que importa a condenação de outrem, calar-se e, em o fazendo, importaria na impossibilidade de valoração de seu depoimento¹³⁷.

Sendo assim, não se vislumbra qualquer necessidade e mesmo utilidade da injunção de testemunhar na suspensão provisória do processo. Ainda para aqueles que aceitam a legalidade e constitucionalidade da injunção, ao final o que moveria o corruptor ou o corrompido a prestar declarações contra o antigo coarguido é justamente aquilo que o moverá caso testemunhe; a sua vontade.

Certo é que há uma obrigação da testemunha de dizer a verdade. Porém, essa obrigação é mitigada, senão anulada, pelo direito ao silêncio – decorrência direta da presunção de inocência e do sistema penal acusatório.

Por outro lado, dentro do sistema de livre apreciação da prova, o Juiz poderia, sem qualquer dificuldade, valorar a declaração do coarguido confessando o delito – o que demonstra um verdadeiro arrependimento – como prova tão valorosa ou até de maior valor que um depoimento testemunhal baseado num acordo feito – para dizer o mínimo – sobre a área cinza da legalidade.

4 Conclusões:

4.1 Os crimes de corrupção, ainda antes da alteração legislativa, são unissubjetivos em todas as suas modalidades, posto que nenhum deles exige na descrição legal qualquer participação necessária para a consumação;

4.2. Ademais, os diferentes elementos dos delitos, nomeadamente o sujeito ativo e o *summantum opus*, e a forma pela qual cada um deles atinge o bem jurídico protegido, impedem que os crimes de corrupção sejam considerados um único delito, sob pena de admitir-se participação em crime consumado.

4.3 Crimes conexos são aqueles em que há um liame entre os fatos descritos na acusação com outros descritos ou não naquela, que cumpram a função teleológica decorrente da interpretação da Lei e esteja nesta descrita, tendo como consequência, em regra, a conexão de processos e a fixação de um mesmo Tribunal como competente para julgamento;

4.4 Os crimes de corrupção possuem uma múltipla conexão. Por um lado, estão conectados subjetivamente, pois a intenção de *intraneus* e *extraneus* é exatamente a mesma, a produção de uma ação específica que tem como finalidade violação da autonomia intencional do Estado;

¹³⁶ Artigo 132º Direitos e deveres da testemunha (...) 2 – A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal. Idem. Neste sentido, BELEZA, op. cit., p. 43.

¹³⁷ LEITE, op. cit., p. 408.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

4.5 Ainda, há uma conexão objetivo-lógica entre os tipos de corrupção ativa e passiva, vez que o elemento subjetivo do tipo do crime de corrupção ativa é o crime de corrupção passiva;

4.6 Por fim, há uma conexão fático-consequencial entre os delitos, posto que a prova de um delito é determinante à existência do outro.

4.7 A Lei Adjetiva Penal Portuguesa adotou o conceito material de arguido, assim, ainda que em processos separados, ou mesmo que nunca tenham formado um único processo, os arguidos mantêm todos os direitos desse estatuto, independentemente de serem arrolados como testemunha;

4.8 Quando interpretado no sentido de ser possível a separação de processos para que corruptor ou corrupto testemunhem contra o outro, o artigo 133, número 2, do Código de Processo Penal é inconstitucional. A uma, por violação do princípio da lealdade processual, por ser um ardil processual transformar um acusado em uma testemunha apenas por motivo de conveniência da acusação;

4.8.1 A duas, por violação da igualdade de armas, pois atribui poderes arbitrários ao Ministério Público, seja com a separação sem qualquer fundamento no inquérito, seja porque a separação por conveniência probatória não seria admissível ao arguido não-testemunha;

4.8.2 A três, por violação do contraditório, pois o arguido não-testemunha seria impedido de conhecer e contraditar a acusação no processo separado;

4.8.3 Por fim, por violação da dignidade humana, pois transforma o coarguido testemunha em objeto de prova;

4.9 A injunção de testemunhar imposta ao arguido na suspensão provisória do processo é ilegal, pois fere frontalmente a liberdade de declaração deste;

4.10. A suspensão provisória do processo é inaplicável ao crime de corrupção passiva, posto que a culpa do *intraneus* – considerada concretamente e ainda enquanto responsabilidade pelo fato delituoso – sempre será grave, se a do *extraneus* também for;

4.11 Não é possível uma injunção de testemunhar na suspensão provisória do processo, pois esta não cumpre o requisito de suficiência para prevenção geral positiva;

4.12. Ademais, a injunção de testemunhar fere o estatuto do arguido – ainda que considerado em seu conceito formal –, em especial o dever de não obter prova por meio de coação;

4.13 O testemunho obtido por meio de injunção em suspensão provisória do processo é nulo, posto que obtido mediante violação à integridade moral da pessoa;

4.14 Ainda que possível, uma injunção de testemunhar, a injunção de testemunhar não tolheria, sob pena de tornar ilegal a suspensão, o direito de silêncio da testemunha-arguido naquilo que poderia incriminá-lo;

4.15 Tendo em vista o sistema de livre apreciação de prova, poderia o juiz dar valor igual ou maior à livre confissão do arguido nos autos do que ao testemunho da testemunha-arguido em autos separados.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Referências

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto 3.689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Ação Penal 460/RO*. Relatora: Eliana Calmon. Data do julgamento. 25/06/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600414504&dt_publicacao=25/06/2007. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 88.558-6 SP*. Relator: Ricardo Lewandowski Data do Julgamento: 06/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412530>. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Criminal nº 993.04.018950-0*. 4ª Câmara Criminal. Relator: William Campos. Data do Julgamento: 9/9/2008. Acesso em: 30 abr. 2011. 888811RJ 67769.

_____. Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus 990.09.306201-1*. Relator: Amado de Faria. Data do julgamento: 08/04/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=4D6DF212228C6A6602AB7D00DB8EBBE6>. Acesso em: 30 abr. 2011.

CARPENA, Marcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11218/da-des-lealdade-no-processo-civil>. Acesso em: 03 mai. 2011.

DIAS, Figueiredo. *Direito processual penal - v. I*. Coimbra: Coimbra editora, 1981.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal - Volume IX*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MAGISTRADOS do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto. *Código de processo penal do Porto - comentários e notas práticas*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Decreto Lei 78/87 de 17 de fevereiro. Disponível em: <http://www.sousapinheiro-advogados.com/jurisprudencia/modules/codigos/cpp.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. Acesso em: 04/05/2011. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 04 mai. 2011.

_____. *Estatuto do Ministério Público*. Lei 47/86 de 15 de outubro. Disponível em: http://www.pgr.pt/grupo_pgr/mp_lei60-98/EstatutoMP-PT.pdf. Acesso em: 14 jun. 2011.

_____. Lei 32/2010 de 2 de setembro. Acesso em: 04/05/2011. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2010/09/17100/0384903851.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2011.

_____. Lei 36/1994 de 29 de setembro. Acesso em: 11/07/2011. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis. Acesso em: 11 jul. 2011.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 048892*. Relator: Lopes Rocha. Data do Acórdão 15/01/1997. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2f246a3d2114bd64802568fc003b6970?OpenDocument&Highlight=0,Corrup%C3%A7%C3%A3o,passiva,consuma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 07P4561*. Relator: Simas Santos. Data do Acórdão: 13/02/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5252179129522356802573f30040d986?OpenDocument&Highlight=0,validade,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo,penal>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 270/09.9YFLSB*. Relator: Santos Cabral. Data do julgamento: 18/11/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6b01456f489c91b802576a100430e2c?OpenDocument>. Acesso em: 03 mai. 2011.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 287/99.0TABJA-B.E1-A.S1*. Relator: Santos Cabral. Data do Julgamento: 16/12/2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a5f4cb6a6d8ec9d802578230035bc9d?OpenDocument>. Acesso em: 14 jun. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. *Processo 957/2003*. Relator: Conselheiro Arthur Mauricio. Data do Julgamento: 05/04/2004. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040304.html>. Acesso em: 04 mai. 2011.

_____. Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo: 1522/02.4TACBR.C1*. Relator: Heitor Vasques Osório. Data do julgamento: 25/06/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3e2623382c803c128025748300354dc5?OpenDocument&Highlight=0,conex%C3%A3o,corrup%C3%A7%C3%A3o,ativa,passiva>. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. *Processo 50/05.0TELSB-AD.G1*. Relator: Carlos Barreira. Data do julgamento: 29/06/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dae646c1951b2de880257651005143db?OpenDocument>. Acesso em: 03 mai. 2011.

_____. Tribunal Da Relação De Lisboa. *Processo 4452/2006-3*. Relator: Carlos Almeida. Data do julgamento: 21/06/2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5dac01d8145bbc98025719b00546338?OpenDocument&Highlight=0,penal,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo>. Acesso em: 03 mai. 2011.

_____. Tribunal Da Relação Do Porto. *Processo 0640507*. Relator: Custódio Silva. Data do julgamento: 07/06/2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bbe668bb99927ef280257192003eee55?OpenDocument>. Acesso em: 03 mai. 2011.

_____. Tribunal Da Relação De Porto. *Processo 628/07.8TAAMT.P1*. Relator Joaquim Gomes. Data do Acórdão 09/12/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e1bfaca72f30ca398025768f00515b92?OpenDocument&Highlight=0,penal,suspens%C3%A3o,provis%C3%B3ria,do,processo>. Acesso em: 29 abr. 2011.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

_____. Tribunal da Relação do Porto. *Processo 1418/08.6TAMAI-A.P1*. Relator: Custódio Silva. Data do julgamento: 18/11/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cb71fb5108d4106802576790041171f?OpenDocument>. Acesso em: 11 jul. 2011.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal I*. Lisboa: Verbo, 2008.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS: ANÁLISE DA LEI 13.330/16

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE PROPERTY CRIMES: ANALYSIS OF THE LAW 13.330/16

Rafhaella Cardoso

Doutoranda em Direito Penal na USP). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) (2009). Professora de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI) e na Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP). Advogada.

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo

Pós-graduada em Marketing pela ESAMC Uberlândia. Advogada.

Cintia Paula Pereira Urias

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo. Graduada em Artes Plásticas, pela UFU.

Resumo: O presente trabalho se propõe a criticar a recém-sancionada Lei 13.330/16, que inaugura no Código Penal brasileiro qualificadora de crime de furto, em sendo a *res furtiva* semovente domesticável de produção, bem como cria um novo tipo penal, qual seja, receptação de animal. Tal análise, no entanto, é feita somente na parte final do trabalho, sendo que seu escopo se ocupa de estudo histórico e teórico acerca da tutela penal do patrimônio, em especial à luz do princípio da proporcionalidade. A partir da pesquisa realizada, foi possível observar que, ao longo do desenvolvimento do Direito Penal pátrio, a propriedade privada adquiriu status de direito absoluto, sendo atualmente direito constitucional fundamental. Nesse diapasão, a tutela penal da propriedade privada, por vezes, é desproporcional em relação a outros bens jurídicos. Tal conclusão teórica/abstrata foi observada, *in casu*, na análise dogmática da Lei 13.330/16 que, nos parece, veio a contribuir para um Direito Penal deficiente de racionalidade e proporcionalidade, ao menos no tocante aos crimes patrimoniais.

Palavras-chave: Crimes Patrimoniais. Princípio da Proporcionalidade. Tutela Penal da Propriedade Privada.

ABSTRACT: The present work proposes to criticize the recently sanctioned Law 13.330/16, which inaugurates in the Brazilian Penal Code a qualifying for the crime of theft, in which the furtive *res* is the domestically livestock of production, as well as creates a new criminal type, that is, animal receiving. This analysis, however, is done only in the final part of the work, and its scope is concerned with historical and theoretical studies on the criminal protection of the patrimony, especially considering the principle of proportionality. From the research carried out, it was possible to observe that, throughout the development of the Brazilian Criminal Law, private property acquired absolute status, being currently a constitutional right. In this context, criminal protection of private property is sometimes disproportionate to other legal assets. Such a theoretical/abstract conclusion was observed, *in casu*, in the dogmatic analysis of Law 13.330/16, which seems to have contributed to a deficient of rationality and proportionality Criminal Law, at least in relation to property crimes.

Keywords: Property crimes; Principle of Proportionality; Criminal Oversight of Private Property.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceitos pertinentes; 3. Considerações sobre a tutela penal patrimonial; 3.1 O patrimônio na nova hermenêutica constitucional; 3.2 Os crimes contra o patrimônio no ordenamento brasileiro; 4. Problemas (e soluções) da tutela penal da propriedade privada; 4.1 O redimensionamento do patrimônio como bem jurídico proposto por Salvador Netto; 5 O princípio da proporcionalidade nos crimes patrimoniais: análise da Lei 13.330/2016; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho visa criticar, teórica e dogmaticamente, a questão da “supervalorização” da propriedade privada pelo Direito Penal, que acabaria por tutelar desproporcionalmente direitos de caráter privado e disponível. Assim, a partir da revisão teórica acerca do tema, buscaremos responder a seguinte pergunta: a Lei 13.330/2016, que estabelece nova qualificadora para o crime de furto, é adequada sistemática e principiologicamente ao ordenamento constitucional e penal vigente?

A partir dessa problemática, são objetivos do presente trabalho a) investigar a relação entre os crimes patrimoniais e os princípios atinentes à tutela do Direito Penal, em especial o princípio da proporcionalidade, com ênfase na inovação trazida pela Lei 13.330/2016; b) examinar os conceitos de propriedade privada e patrimônio, bem como a doutrina correlata ao tema; c) analisar, sistematicamente, as duas searas distintas do Direito atinentes à pesquisa proposta, quais sejam, Direito Penal e Direito Civil; d) problematizar o tratamento dado pelo Direito Penal a um bem jurídico¹ individual e disponível, empregando institutos como o da ação penal pública incondicionada e a predominância das penas restritivas de liberdade; e) criticar a inovação legislativa relativa ao crime de furto a partir da revisão bibliográfica relacionada à tutela penal do patrimônio.

A escolha do tema justifica-se pela importância de analisar o papel do Direito Penal na proteção ao patrimônio, em face das demais esferas de sancionamento estatal (civilista, administrativa), de forma a se encarregar àquele a última forma de intervenção do Estado. Faz-se pertinente, portanto, criticar o engajamento do Direito Penal no enfrentamento de uma questão que poderia ser tratada pelo Direito Privado, haja vista que o bem jurídico tutelado nos crimes patrimoniais é de natureza particular. Ou seja, há que se questionar se a atuação do Direito Penal na tutela do patrimônio é adequada e necessária, tendo em vista seu caráter de *ultima ratio*.

Assim, diante do encarceramento em massa que se observa no Brasil de presos (inclusive cautelares) responsáveis por crimes contra o patrimônio, parece relevante questionar porque esses crimes são tão veementemente combatidos pelo sistema penal, bem como se a atual política criminal traz respostas eficazes e proporcionais a esse tipo de criminalidade. Em outros termos, a escolha da temática justifica-se porque, antes de ser um problema jurídico, as

¹ Bem jurídico pode ser conceituado como um objeto de relevante interesse da sociedade, relacionado à manutenção de um *status quo* desejável. No âmbito do Direito Penal, os bens jurídicos eleitos para serem tutelados são dotados de especial importância, tendo em vista que são base para a tipificação da pena. Ou seja, quanto mais valioso um bem jurídico, maior a proteção penal, motivo pelo qual a vida humana, por exemplo, é protegida com penas rígidas e até mesmo rito específico quando diretamente atentada (homicídio ou tentativa de homicídio, cujo julgamento procede-se mediante Tribunal do Júri. Quanto à natureza, os bens jurídicos podem ser disponíveis ou indisponíveis, sendo estes bens relacionados à pessoa humana, como a vida, integridade física, direitos relacionados à personalidade etc. Ou seja, sobre tais “bens”, o sujeito de direito não pode dispor, transigir. Todos os demais bens jurídicos, dentre os quais se encontra o patrimônio, são disponíveis, passíveis de serem objeto de transação (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1997)



01 02



01



01 02 03 04 05



01

incoerências criticadas se refletem em problemas de ordem social, como a desigualdade social e criminalização da pobreza.

De outro lado, a vigência de uma nova Lei é sempre uma imperdível oportunidade para a pesquisa em Direito, haja vista que o novo diploma legal enfrentará toda uma sistemática desenhada para ser coerente, justa e sistemática, balizada pelo princípio da proporcionalidade, entre outros. Ou seja, o presente trabalho se justifica como exercício necessário a um jurista/acadêmico que se propõe a analisar criticamente uma inovação no ordenamento em vigor, visitando para isso a teoria e a principiologia norteadores do legislador e do intérprete, com vistas a aplicar o Direito de forma justa e proporcional.

A metodologia empregada, para tanto, é o método indutivo, por meio do qual, após visitar obras bibliográficas que tratem do tema histórica e teoricamente, nos ocuparemos da Lei especificamente, sob uma análise dogmática que visa compreender se a mesma encontra-se adequada à sistemática na qual encontra-se inserida.

2 CONCEITOS PERTINENTES

Prefacialmente, o enfrentamento do problema demanda conceituação necessária acerca dos temas correlatos, sendo pertinente elucidar os conceitos civilistas de propriedade privada e patrimônio. Assim, a propriedade, enquanto direito fundamental, pode ser definida como a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa.² De outro lado, fala-se em patrimônio como sendo o direito de reaver do poder de quem quer que, injustamente, possua ou detenha a coisa, nos termos do art. 1228 do Código Civil brasileiro.

Doutrinariamente, várias gerações de juristas se empenharam no estudo do conceito de propriedade. Para Álvaro Villaça Azevedo, “são os bens corpóreos com valor econômico, *res quae tangi possunt* – coisas que podem ser tocadas com os dedos, sobre os quais pode ser exercido o poder do titular”.³

Ainda segundo o autor, “a propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição (...). O direito de propriedade é a sujeição do bem à vontade do proprietário, seu titular”.⁴

Maria Helena Diniz, no mesmo sentido de Gomes, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, entende o direito de propriedade como “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar,

² Salvador Netto traz interessante compilação teórica acerca do conceito de coisa, distinguindo o sentido amplo do jurídico. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. A racionalidade do sistema penal do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014.) Citando os italianos Fiandaca e Musco (*Diritto penale, parte speciale: i delitti contro il patrimonio*. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2009. v. II, t. 2. p. 27), que entendem o conceito jurídico de coisa não apenas como um objeto físico, mas também uma “entidade do mundo externo ao homem, com *delimitação espacial e existência autônoma*” (SALVADOR NETTO, op. cit., p. 97), bem como Antolisei (*Manuale di diritto penale: parte speciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. I. p. 187), cujo ensinamento é no sentido de que coisa, em sentido amplo, é qualquer objeto do mundo exterior, ao passo que, em sentido jurídico, tais objetos devem estar aptos a produzir *direitos patrimoniais*, sendo tal distinção de suma importância na seara dos crimes patrimoniais, salvaguardando o conceito de coisa de imprecisão ou vulgaridade conceitual normativa.

³ (AZEVEDO, 2014, p. 4).

⁴ Ibidem, p. 38-39



01 02



01



01 02 03 04 05



01

dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”,⁵ na esteira da legislação civil vigente.

Luciano de Camargo Penteado (2008), por seu turno, ensina cinco sentidos para propriedade, sendo que a “primeira acepção é da titularidade de um direito; a segunda de um direito subjetivo patrimonial; a terceira de todo e qualquer direito subjetivo real; a quarta do direito real pleno e a quinta do direito incidente sobre criações ou expressões artísticas e científicas”.⁶

Tartuce, enuncia o conceito de propriedade como

o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo com substrato constitucional.⁷

Já o conceito de patrimônio⁸ remonta sua origem no Direito Romano, sendo que a conceituação de *res* romana deriva do vocábulo *pater* que, em tradução literal do latim, alude a “pai”. O sentido atribuído ao termo, na Roma Antiga, é o de conjunto de coisas corpóreas atribuídas à *paterfamilias*, sendo que na Lei das XII Tábuas, ao invés do termo patrimônio, empregou-se simplesmente “família”.⁹

Na doutrina clássica, o conceito de patrimônio, em síntese, corresponde à representação econômica da pessoa, sendo sua natureza jurídica a de universalidade de direitos e obrigações. Nesse sentido, patrimônio seria o conjunto de direitos e obrigações com valor pecuniário, compreendendo as coisas, os créditos, débitos e todas as relações jurídicas dotadas de conteúdo econômico, sempre atrelados à pessoa.¹⁰

Ou seja, o vínculo entre a personalidade e o patrimônio é um elemento de coesão, sendo que apenas as pessoas, naturais ou jurídicas, são aptas a possuir patrimônio, ao passo que este é inseparável da pessoa. Assim, ainda na perspectiva clássica, o patrimônio é a representação econômica da pessoa, atrelada à sua personalidade, conservando-se durante toda a vida do indivíduo, podendo ser suscetível de substituição, acréscimo ou decréscimo. Compõem o patrimônio, portanto, direitos e obrigações economicamente valoráveis (direitos reais e obrigacionais) excluindo-se os direitos extrapatrimoniais, como os de família e personalíssimos.¹¹

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 147.

⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 104.

⁸ Salvador Netto (op. cit.) perpassa, em sua obra, os conceitos jurídico, econômico e jurídico-econômico (ou misto) de patrimônio, sendo que adota esta segunda perspectiva, a qual denomina “tese intermediária”. O conceito misto ou jurídico-econômico de patrimônio contemplaria não apenas a existência de um valor econômico de um bem, mas também a sua titularidade, que não pode ser meramente de fato, mas reconhecida pelo Direito (p. 60).

⁹ FILARDI LUIZ, Antônio. *Curso de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

¹⁰ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹¹ Ibidem.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Finalmente, antes de nos ocuparmos do tratamento do tema pela doutrina contemporânea, é interessante abordar peculiaridades desses conceitos em sede de Direito Penal. Anote-se aqui, portanto, importante distinção feita por Salvador Netto entre os crimes patrimoniais e os crimes contra a propriedade. Com embasamento na doutrina alemã¹² e na teoria jurídico-econômica (ver nota 6), o autor subdivide os crimes patrimoniais entre crimes contra o patrimônio em sentido estrito e em sentido amplo (ou crimes contra a propriedade), sendo que nos primeiros a vítima sofre uma diminuição global em seu patrimônio (*universitas iuris*), contexto no qual o bem jurídico tutelado seria o “senhorio”, ou seja, os denominados direitos reais,¹³ ao passo que nos segundos a “coisa” afetada é, necessariamente, objeto material de delito, economicamente apreciável, devendo existir afetação material do bem jurídico.¹⁴

Ou seja, crimes como estelionato e extorsão, em que pese não atingirem obrigatoriamente a coisa em seu sentido material, afetam o patrimônio, de forma global, podendo inclusive o bem afetado ser de propriedade intelectual. Nos crimes contra a propriedade (ou contra o patrimônio em sentido amplo), por outro lado, o conceito de coisa é empregado no sentido material, sendo tipos penais que demandam objetivamente lesão a bem corpóreo o furto ou dano, por exemplo.¹⁵

Assim, feitas as conceituações e distinções necessárias, passa-se, finalmente, à análise da tutela penal do patrimônio e suas limitações constitucionais.

3 A TUTELA PENAL PATRIMONIAL

A partir das considerações iniciais históricas e conceituais, há que se ter em mente que, em que pese ser imprescindível o diálogo de fontes entre Direito Civil e Penal para uma abordagem sistemática do tema, em alguns momentos, conceitos civilistas assumirão outra roupagem em sede criminal.

Dito isso, ocupar-se-á, a seguir, do tratamento do tema pelo Direito Penal contemporâneo, não sem antes perpassar necessária, porém breve abordagem da nova hermenêutica constitucional, a qual provocou sensíveis mudanças no tratamento do patrimônio tanto pelo Direito Penal, quanto pelo Direito Civil.

3.1 O patrimônio na nova hermenêutica constitucional

Denomina-se nova hermenêutica constitucional o movimento observado no Direito Constitucional do século XXI, com origem a partir do século passado. Tal fenômeno também é alcunhado “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”.

¹² Salvador Netto cita o professor italiano POGLIARO (*Principi di diritto penale: delitti contra il patrimonio: parte speciale III*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 12-14) que, a partir da bipartição entre crimes patrimoniais em sentido amplo e estrito, entende que nos primeiros (denominados crimes contra a propriedade), a consumação não exige, necessariamente, diminuição no patrimônio, mas apenas um *dano abstracto*, exemplificando o caso de furtos de coisas desprovidas de valor patrimonial apreciável, ao passo que nos crimes patrimoniais em sentido estrito, é necessária a análise do dano concreto do patrimônio.

¹³ Ensina o autor que os direitos patrimoniais são, essencialmente, reais, pois a tutela criminal recai sobre o “domínio” da coisa (p. 86).

¹⁴ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 102.

¹⁵ “Na doutrina alemã se tentou uma classificação mais razoável, que remonta ao notável BINDING, esta de distinguir os crimes contra o patrimônio entre aqueles que atingem uma simples relação patrimonial, como é o caso do roubo, do furto e da apropriação indébita, e aqueles que atingem o patrimônio complexo ou conjunto, de tal sorte que o prejuízo causado não atingiria a um bem determinado, mas sim uma parte do patrimônio. Os crimes que atingem uma simples relação jurídica patrimonial gravitariam em torno do conceito de coisa móvel e os crimes que atingiriam o patrimônio como um complexo ou conjunto gravitariam em torno da ideia fundamental da obtenção de um proveito ilícito com a causação de um prejuízo” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I. p. 342).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Esse normativismo constitucional é observado após a 2ª Grande Guerra Mundial, momento em que ideia de afirmar que o direito é pós-moderno e pós-positivista promove a exaltação da normatividade dos princípios: O pós-positivismo é a designação provisória de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.¹⁶

Afirmava-se que a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse foi outra característica que ficou agregada ao neoconstitucionalismo, mesmo antes da Segunda Guerra Mundial. Ao neconstitucionalismo também é atribuída a “inovação” de valorar os direitos fundamentais, quando na verdade isso ocorre desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Algumas das características mais marcantes dessa teorização são: a prevalência dos princípios sobre as regras; a preferência da técnica da ponderação ao invés da subsunção; o aspecto axiológico (predomínio da justiça particular sobre a justiça geral); preferência da atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo etc.¹⁷

No Brasil, a nova hermenêutica constitucional desenhou os contornos da Constituição de 1988, alinhada com a ordem constitucional dominante no mundo ocidental. Essa “roupa nova do direito constitucional brasileiro”¹⁸ naturalmente influenciou as diversas searas do ordenamento pátrio, sendo que, para os fins do presente trabalho, enfocaremos os reflexos da Constituição de 1988, responsável por positivizar a nova ordem constitucional mundial no Brasil, no Direito Penal e no Direito Civil, especificamente no que tange às mudanças de tratamento da propriedade.

Como observa-se na seção 2 do presente trabalho, o direito à propriedade se desenvolveu com status de absoluto, baseado no *individualismo possessivo*. Hodiernamente, no entanto, a partir da enunciada nova hermenêutica constitucional, observa-se um “redimensionamento do conceito de propriedade”, orientado por uma “hierarquia jurídico-normativa” desenhada pela nova ordem constitucional, notadamente a partir do século XX.

A partir dessa nova hermenêutica, o conceito de propriedade passa a incorporar a “funcionalização”, devendo passar a atender apenas os interesses individuais do proprietário, mas observando-se também os direitos dos não proprietários.¹⁹

No ordenamento constitucional brasileiro vigente, a função social da propriedade é princípio norteador da ordem econômica (art. 170, II e III, CF), ao passo que a propriedade privada se posiciona como garantia individual fundamental, sendo tratada não apenas do ponto de vista individual, mas também social (art. 5º, XXII e XXIII, CF). No entanto, apesar do status constitucional de direito fundamental e de princípio da ordem econômica, a propriedade privada deve

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56.

¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

¹⁸ HORBACH, Carlos Bastide. *A roupa nova do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 859. p. 81-91, p. 82.

¹⁹ SALVADOR NETTO, op. cit.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

prevalecer quando sopesada à dignidade da pessoa humana, por exemplo, sendo tal bem jurídico um fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do inc. III do art. 1ª da Carta Magna de 1988.

Ou seja, contemporaneamente, o direito à propriedade é limitado por outros direitos com status constitucional “mais valioso”, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tendo em vista que “a propriedade e a livre iniciativa são princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim”.²⁰

De outro lado, a constitucionalização da *nova propriedade*, além da ideia de que o direito de propriedade deve ser exercido em harmonia com outros direitos fundamentais, também passou a impor obrigações ao proprietário, com vistas à conformidade com as finalidades coletivas, comunitárias e sociais.²¹

A funcionalização do direito à propriedade, no âmbito penal, produz reflexos, conforme anotações de Salvador Netto:

A consequência de maior repercussão dessa *função social* não parece ser a criação de simples deveres ao titular do domínio. O ponto de maior relevância, em realidade, é o que diz respeito à oscilação hierárquica da propriedade, rompendo com o paradigma de submissão que historicamente impôs em face de todos os demais direitos sociais e individuais. Na medida em que a propriedade torna-se dependente, em si própria, da consagração de outras metas sociais, verifica-se um projeto de funcionalização, eis que só é condizente a defesa da propriedade se esta for capaz de incrementar, ou ao menos não obstaculizar, outras conquistas de cunho econômico-sociais e aptas a melhor aperfeiçoar a igualdade material dos indivíduos.²²

Ensina o autor que tal construção constitucional possui esteio na Constituição Alemã de 1919, alcunhada “Constituição de Weimar”, que dispunha, em seu art. 153, a famosa expressão “a propriedade obriga”. Destaca o autor ainda o art. 37 da Constituição da Iugoslávia de 1921, que positivou claramente a ideia de que a propriedade impõe obrigações e que não pode ser exercida em prejuízo dos interesses da comunidade.

Ademais, esse movimento constitucional foi marcado por atender aos anseios da época, na qual a sociedade clamava por um Estado mais interventor, dada a desigualdade social produzida em larga escala pelo ascendente sistema capitalista, sobretudo no pós-guerra.²³

Nesse contexto, o denominado “Estar de Bem-Estar Social” (ou *Welfare State*) é, segundo Salvador Netto, um ponto intermediário entre os sistemas capitalista e socialista. A intervenção estatal proposta por essa nova ordem constitucional demanda um Estado atuante não apenas para intervir na economia, mas também prover os clássicos direitos individuais, bem como os direitos de ordem econômica e social.²⁴

²⁰ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RtT, 2002. p. 662.

²¹ Ibidem.

²² SALVADOR NETTO, op. cit., p. 187.

²³ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 183-184.

²⁴ SALVADOR NETTO, op. cit.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O Direito Civil, por seu turno, passa por um processo de *despatrimonialização*, iniciado com a Constituição de 1988 e refletida no Código Civil de 2002, mudando-se o foco do ordenamento civil do “ter” para o “ser”.²⁵ Assim, a partir de uma maior valorização da pessoa humana, as relações negociais passam a ser funcionalizadas, adotando-se por paradigma a *socialidade*,²⁶ a *eticidade* e a *operabilidade*, positivando-se a função social da propriedade e o dirigismo contratual, por exemplo.²⁷

Com relação aos crimes patrimoniais, Salvador Netto enuncia um fenômeno de “perda de protagonismo” do patrimônio enquanto bem jurídico penalmente tutelado, em que pese, em termos legislativos, ainda ser observada essa supervalorização do patrimônio no Código Penal vigente. O autor questiona se o “redimensionamento da hierarquia do direito de propriedade” observado na esfera civilista teria condão de influenciar o tratamento dos crimes patrimônio, pelo menos com relação à interpretação.²⁸

3.2 Os crimes contra o patrimônio no ordenamento brasileiro

O Direito Penal brasileiro já foi positivado em três códigos diferentes: O Código Penal do Império, de 1830; o Código Penal da República Velha, de 1890, e o Código Penal de 1940, que permanece vigente, em que pesem as diversas alterações. No entanto, antes da existência dessa legislação penal codificada, há de ser lembrado o fato de que, quando da descoberta do Brasil, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas de Justiniano, tendo no Brasil vigorado as “Ordenações do Reino”, que disciplinavam as condutas relevantes naquele momento histórico, qual seja, o Brasil Colônia.²⁹

Das ordenações que vigoraram nos primeiros anos do Brasil, destaca-se a Filipina, por sua influência no Direito Penal brasileiro. De forma geral, observa-se um denominador comum, no qual salta aos olhos a desproporção entre gravidade da conduta e penas, em um contexto marcado por um verdadeiro “Direito Penal do Autor”.³⁰

Analisando essas Ordenações, no que tange às normas penais nelas contidas, critica Cezar Roberto Bitencourt (2008):

²⁵ “Como consecuencia de la mayor importancia de la persona en el Derecho civil, y del proceso de personalización a que me he referido, se ha hablado de una tendencia hacia la despatrimonialización del Derecho civil” (AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez de. *El derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 150).

²⁶ A função social da propriedade foi absorvida pela legislação civilista, que, por meio do Código Civil de 2002, positivou infraconstitucionalmente o princípio em seu art. 1228.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, G. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. XV-XXXIII.

²⁸ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 194. O autor cita julgados da Corte Constitucional italiana para demonstrar que essa perda de protagonismo é um fenômeno observado de forma vanguardista, especialmente nos ordenamentos europeus, sugerindo ser essa uma abordagem acertada, na medida em que se propõe a construir um Direito Penal adequado à nova hermenêutica constitucional, pautado em princípios como o da racionalidade e da proporcionalidade

²⁹ LUTHOLD, Pedro Henrique. *Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS n.º 236/2012*. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12965.

³⁰ “Havia privilégios concedidos em razão da classe social do acusado. Fidalgos, Infantes, Duques, Mestres, Marqueses, Condes, Juízes, Vereadores, Mestres, Desembargadores, enfim, a elitizada nobreza da época estava imune às penas vis, como o açoite, o exílio e a pena de morte, conforme dispunha o título CXXXVIII da sobredita Ordenação. A exceção a essa regra se dava no tocante aos crimes de Lesa-majestade, sodomia, testemunho falso, moeda falsa, furto, feitiçaria, e alguns poucos mais, a cujas condenações não escapavam nem mesmo os aristocratas acima citados” (LUTHOLD, Obra citada, p. 1).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes.³¹

Em 1830, entrou em vigor o primeiro Código Criminal do Brasil, o Código Penal do Império, apresentando-se como um sistema mais humanizado do que aquele até então vigente.³²

A parte especial do Código do Império era formada por apenas duas seções: II) Dos Crimes Públicos; III) Dos Crimes Particulares, sendo que nestes eram tratados os crimes contra a propriedade. A Constituição de 1824 não mais tolerava as penas cruéis das Ordenações do Reino, porém, na realidade, continuavam a ser aplicadas por senhores de engenho e autoridades locais.³³

Aquela ordem constitucional inaugurou no Brasil, também, o Princípio da Equidade (art. 179, inc. XVIII, CF/1824). No entanto, observa-se que os escravos, àquela época, eram considerados coisa (*res*) e, portanto, tratados como propriedade.

Contra a propriedade, o Código Imperial de 1830 previa as seguintes condutas: crime de furto, art. 257; crime de bancarrota, estelionato, art. 263-265; crime de dano, art. 266-267 e ainda os crimes contra a pessoa, e contra a propriedade, que consistiam nos crimes de roubo com morte, art. 269-274. Os crimes de vadiagem e de mendicância foram previstos nos arts. 295 a 296 com penas de prisão com trabalho.³⁴

O Código Penal Republicano, de 1890, se antecipou ao próprio regime instituído pela Constituição de 1891. Essa urgência deu-se em razão da abolição da escravatura, que demandou um novo Código Penal. Bittencourt (2008) critica aquele Código por seus defeitos técnicos, atribuindo tais deficiências à “pressa” com que foi promulgado.

No que tange à propriedade, o bem jurídico foi tutelado por esse Código em nove capítulos, prescrevendo 38 condutas, destacando-se o crime de furto, o qual cominava em uma pena maior na medida em que a coisa furtada fosse mais valiosa (art. 330, §1º do Código Penal Republicano).

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1 – parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45.

³² Roberto Lyra (*O centenário do código criminal*. São Paulo: RT. v. 77. p. 19.), destaca as seguintes contribuições do Código Criminal de 1830: “1) No esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2) Na fórmula da cumplicidade (codelinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3) Na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesas e napolitana, e adotada muito tempo após; 4) No arbítrio judicial, no julgamento de menores de 14 anos; 5) Na *responsabilidade sucessiva*, nos crimes por meio de imprensa, antes da lei belga e, portanto, é esse sistema brasileiro e não belga, como é conhecido; 6) A indenização do dano *ex delicto* como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7) Na imprescritibilidade da condenação”.

³³ RIBEIRO, Neide Aparecida. A trajetória da criminalidade patrimonial nas legislações brasileiras à luz da criminologia crítica. *Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, p. 99-129, jan./jun., 2013.

³⁴ RIBEIRO, op. cit., p. 105.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A proteção ao patrimônio foi marcada, no Código de 1890, pela existência de contravenções penais que criminalizavam a mendicância e vadiagem, inclusive com diversas leis esparsas que dispunham sobre as “colônias penais”.³⁵

O atual Código Penal, de 1940, traz na exposição de motivos da parte especial as alterações no tratamento penal aos crimes patrimoniais, destacando-se a não interferência do valor da lesão patrimonial nas penas aplicadas.³⁶

Ribeiro (2013) traz ainda anotações precisas sobre o tratamento do patrimônio pelo Código Penal em vigor, elencando trinta e três condutas nas quais o bem jurídico tutelado é o patrimônio. Pontua a autora que novos tipos penais surgiram, em conformidade com o sistema econômico e político vigente. Nesse contexto, no crime de estelionato, por exemplo, outras hipóteses foram incluídas como a fraude relativa a seguro contra incêndio (art. 171, § 2º, V), ao passo que a conduta de “tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recurso para efetuar o pagamento” foi tipificada no ordenamento penal pátrio, conforme arts. 175 e 176 do Código Penal vigente.³⁷

Analisa a autora que, em relação ao Código de 1890, houve um recrudescimento nas penas previstas em relação aos crimes contra o patrimônio; bem como com as condutas patrimoniais contravencionais, que foram desagregadas do texto do Código Penal e tipificadas em capítulo próprio no Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, da Lei das Contravenções Penais. A vadiagem e a mendicância foram previstas como contravenções penais patrimoniais nos arts. 59 e 60 do referido decreto, sendo que o último tipo foi expressamente revogado pela Lei 11.983 de 2009.³⁸

Tendo em vista que os denominados “crimes contra o patrimônio” aparecem no título II do atual Código Penal, Salvador Netto entende que tal disposição não é em vão, e sim demonstra o valor que esse bem jurídico possui para nosso ordenamento penal. O autor extrai daí uma “hierarquização axiológica”, partindo-se do pressuposto de que, sendo o Direito Penal orientado pela racionalidade, não disporia os tipos penais de forma aleatória. Por esse motivo, segundo o autor, o título I do Código vigente se ocupa dos “crimes contra a pessoa”, iniciando-se pelo homicídio. Nesse diapasão, conclui Salvador Netto que, se é a vida humana o bem jurídico mais caro do Direito Penal, o patrimônio é o segundo.³⁹

Pontua o autor ainda a mudança em relação ao Código de 1890, que denominava apenas “crimes contra a propriedade”, protegendo apenas o domínio das coisas.

Assim,

A modificação da rubrica acaba por sinalizar, como já se pensava à época, a proximidade entre as duas esferas jurídicas, uma vez que a manutenção do vocábulo *propriedade* conduziria o ordenamento jurídico à inevitável confusão conceitual. Os tradicionais delitos patrimoniais são capazes de atentar, por exemplo, contra a posse

³⁵ RIBEIRO, op. cit., p. 109.

³⁶ “com exceção aos crimes de furto, apropriação indébita ou estelionato, que, em sendo de pequeno valor a coisa furtada e se o criminoso for primário, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la em até dois terços ou aplicar somente a pena de multa, art. 155, § 2º, 170, 171, § 1º” (RIBEIRO, op. cit., p. 110).

³⁷ RIBEIRO, op. cit.

³⁸ Ibidem.

³⁹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 13.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

ou a mera detenção, categorias factuais que apresentam dificuldades nos estudos de Direito Privado de serem identificadas com a noção de *domínio* (ou propriedade) ou mesmo com outras características dos direitos reais.⁴⁰

Conclui o autor, após analisar os diversos tipos penais patrimoniais positivados no Direito Penal brasileiro, uma *supervalorização da tutela penal patrimonial*, apontando algumas desproporcionalidades, sobretudo no comparativo na cominação de penas entre delitos contra o patrimônio e contra a integridade física da pessoa, por exemplo. Nas palavras do autor, “a legislação brasileira estabelece um completo cerco de proteção aos institutos patrimoniais, utilizando, para tanto, o recurso criminal em elevado grau de severidade.”⁴¹

Ante o exposto, após esse breve histórico da tutela patrimonial pelo Direito Penal brasileiro, cominando na também breve análise da temática no Código vigente, passemos às pontuais críticas com relação ao tratamento penal da tutela patrimonial, seguidas das propostas apresentadas por Salvador Netto e, finalmente, ao objeto principal do presente trabalho, qual seja, a análise da Lei 13.330/2016 à luz dos princípios atinentes, em especial, o da proporcionalidade.

4 PROBLEMAS (E SOLUÇÕES) DA TUTELA PENAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

A Criminologia Crítica enuncia duas funções distintas do Direito Penal: a primeira, “oficial”, seria a função ressocializadora, apaziguadora social. A segunda, “latente”, seria a de controle social, de forma a manter sua estrutura, criminalizando e etiquetando um estrato selecionado de pessoas.⁴²

Nesse contexto, o livre-docente Alamiro Velludo Salvador Netto, na sua obra *Direito Penal e propriedade privada*, cujas lições foram amplamente empregadas no presente trabalho, após percorrer caminho histórico e teórico acerca do tema, dedica a parte final de sua obra a considerações pontuais da tutela penal do patrimônio, trazendo suas pertinentes críticas.

Destaca-se, entre os pontos criticados pelo autor, o questionamento acerca da legitimidade do Direito Penal ao tutelar o patrimônio e a propriedade. A partir dessa questão, ensina Salvador Netto que a decisão de quais condutas serão criminalizadas, e em que proporção, é uma decisão política, orientada, ao longo do desenvolvimento do Direito Penal, pelo já citado *individualismo possessivo*. Assim, em economias capitalistas, a importância social do patrimônio é inquestionável. No entanto, os delitos patrimoniais são, para o autor, desproporcionalmente protegidos em relação a outros bens jurídicos, em relação à cominação de penas.⁴³

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 28.

⁴² Nesse sentido, BARATTA (Alessandro. *Criminologia crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 162): “a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos; o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade”.

⁴³ “(...) é correto dizer que os crimes patrimoniais não merecem a resposta punitiva comumente empregada nos casos de violação. Há um excesso de pena na norma primária, isto é, em termos abstratos da tipificação” (SALVADOR NETTO, op. cit., p. 220).



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Ao citar o trabalho de Sgubbi,⁴⁴ Salvador Netto critica a função do Direito Penal enquanto “ferramenta seletiva de criação de igualdades” ou “instrumento de tutela do domínio de classe”. Nesse contexto,

Há de ressaltar que a intensa defesa da propriedade feita pelo Direito Penal, protegendo-a de forma mais incisiva do que outros bens jurídicos de maior importância, não é algo, por si só, apto a gerar estranhezas. Afinal, a propriedade pode ser definida como o “símbolo máximo da ordem burguesa”, sendo aquela dimensão capaz de permitir a circulação de bens, satisfação de necessidades, realização de desejos, determinando, inclusive, a própria projeção, inserção e respeitabilidade do indivíduo na sociedade.⁴⁵

Cabe aqui destacar as Teorias de *Labeling Approach*, ou do Etiquetamento Social. Sob essa abordagem da Criminologia Crítica, o Direito Penal atuaria de forma seletiva, voltando-se não para as condutas, mas para os indivíduos que as cometem, por meio de um processo de *criminalização da pobreza*, nos moldes do já enunciado “Direito Penal do Autor”. Reiteram essa teoria os dados do INFOPEN de 2012, que dão conta de que, dos 249.577 presos no Brasil à época da pesquisa, inclusive cautelarmente, 256.357 eram represáveis por crimes patrimoniais, ou seja, cerca de 46% dos indivíduos em cárcere.⁴⁶

O sociólogo polonês Bauman (1998), falecido em 2017, atribui esse fenômeno ao fato de que, se não estão inseridos na lógica capitalista, os indivíduos são excedentes humanos, que por esse motivo são segregados – dentro e fora das prisões. Aliás, os estabelecimentos prisionais são, nas palavras de Wacquant (2001) “campos de concentração para pobres”.⁴⁷

Nesse diapasão,

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a *estigmatização* social do criminalizado.⁴⁸

Feitas essas considerações, e sem mais delongas no vasto campo da Criminologia Crítica, passa-se às propostas do autor para os problemas da tutela penal patrimonial, com vistas a dirimir os citados processos de criminalização da miséria e encarceramento em massa.

⁴⁴ SGUBBI, Filippo. *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio: libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1980.

⁴⁵ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 153.

⁴⁶ INFOPEN. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias* (Junho de 2014). Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁴⁷ WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Coletivo Contagem, 2001. p. 11.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

4.1 O redimensionamento do patrimônio como bem jurídico proposto por Salvador Netto

O autor pontua que o problema do encarceramento em massa é preocupação da Organização das Nações Unidas há mais de 25 anos, em todo o mundo, citando a Resolução 45/110 da ONU (Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não-privativas de liberdade). Ou seja, buscar alternativas para esse problema é urgente e necessário, em especial com relação aos crimes patrimoniais, desproporcionalmente responsáveis pelo agigantamento do sistema penal.

Defende o autor, como resposta a esse problema, “alternativas penais” – notadamente a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito nos crimes patrimoniais, sempre que possível. Tal possibilidade é prevista no art. 44 do Código Penal brasileiro, em caso de aplicação de pena não superior a quatro anos, sendo o crime doloso cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como não sendo o réu reincidente em crime doloso, avaliando-se também a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do condenado.

Nesse ponto, a crítica do autor reside no fato de que a substituição da pena fica ao arbítrio do julgador, orientado por aspectos subjetivos. Assim, Salvador Netto defende uma ampliação das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade para uma alternativa, sob pena de contribuir para o “excesso de criminalização/encarceramento”, bem como para a “gestão da miséria por meio da prisão”, tendo em vista que o criminoso patrimonial, via de regra, é pobre e não possui nem endereço nem trabalho fixo, fatores que acabam por dificultar o cumprimento de pena em liberdade.⁴⁹

Com relação à ação penal, Salvador Netto traça as diferenças entre as públicas ou privadas, sendo que as primeiras podem ou não ser condicionadas à representação do ofendido:

os crimes de ação pública são aqueles nos quais há afetação de bens jurídicos de notório interesse público, indisponíveis, capazes de exigirem a tutela do Estado independentemente da vontade específica do titular. Ao contrário, no caso das ações privadas, o interesse privado sobrepõe-se ao público, de sorte que, seja pela conveniência da acusação, seja pela natureza do bem jurídico, o Estado atribui ao particular a responsabilidade pela promoção da demanda. Entre esses dois opostos, a ação penal pública condicionada à representação do ofendido reside no ponto intermediário.⁵⁰

Esclarece o autor que, salvo algumas exceções, os delitos patrimoniais, incluindo-se as contravenções, são processados mediante ação pública incondicionada, o que seria incompatível com a *ultima ratio* do Direito Penal, bem como com a natureza essencialmente privada do bem jurídico tutelado. Defende, portanto, que a ação mais adequada para os crimes patrimoniais cujo objeto material seja bem privado, bem como aqueles desprovidos de violência ou ameaça à pessoa, seria a pública condicionada à representação, haja vista que é o ofendido o principal interessado na ação.⁵¹

Esse processamento, inclusive, favoreceria outra proposta levantada pelo autor: a composição patrimonial e extinção da punibilidade.

⁴⁹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 230.

⁵⁰ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 238.

⁵¹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 243.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Nas palavras de Salvador Netto:

O que se quer sustentar é que o reconhecimento de maior repercussão jurídica da reparação do dano nos crimes contra o patrimônio desprovidos de violência em sentido amplo apresenta vantagens de duas ordens. A primeira delas consiste na satisfação dos interesses das vítimas, na medida em que não sofrerão o prejuízo econômico, tendo em vista que a reparação do dano devolverá ao patrimônio afetado a sua integralidade tida no momento anterior ao evento criminoso. Neste aspecto, e ao menos como ideia a demandar especificações técnico-jurídicas, existe uma plena compatibilidade entre ressarcimento do dano e vitimologia, algo já amparado, em hipóteses mais estreitas, na prática judiciária brasileira. Em segundo lugar, o ressarcimento do dano funciona como fundamental ferramenta de *involução da intervenção penal*.⁵²

Assim, sustenta o autor que, para além da possibilidade de ressarcimento do dano suportado pelo ofendido como extinção de punibilidade, a reparação do dano possa acontecer não apenas até o recebimento da denúncia, mas ao longo de toda a persecução penal, tendo em vista que, independente do tempo processual, a composição desfaz o prejuízo patrimonial. Nesses casos (ressarcimento após a denúncia), ao invés da extinção da punibilidade, o autor propõe “um juízo de reprovação menos grave e capaz de inviabilizar a aplicação concreta da pena privativa de liberdade”,⁵³ ressaltando que tal composição civil só seria possível em caso de mudança da ação penal nos crimes contra o patrimônio (ou seja, em sede de ação penal pública condicionada à representação do ofendido).

Ou seja, as propostas de Salvador Netto, na medida em que partem do pressuposto da nova roupagem constitucional, na qual a propriedade privada perde protagonismo tanto na seara do Direito Civil quanto do Direito Penal, são relacionadas entre si, tendo em vista que não há que se falar em possibilidade de composição em sede de ação penal pública incondicionada. Ou seja, o que se propõe é um redimensionamento da tutela penal patrimonial, nos moldes da nova hermenêutica constitucional. Na mesma esteira, propõe o autor a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade como resposta ao problema do encarceramento em massa.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS: ANÁLISE DA LEI 13.330/2016

Antes de tratar do princípio da proporcionalidade, um dos mais importantes pertinentes ao presente trabalho, há que se clarificar a ideia, muitas vezes vaga, do que é e para que serve um princípio.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁵⁴

Gomes Canotilho ensina que a Constituição deve ser interpretada como um sistema aberto de regras e princípios, de forma a buscar o equilíbrio entre a segurança jurídica das primeiras e a justiça almejada pelos segundos. Ensina ainda

⁵² SALVADOR NETTO, op. cit., p. 247.

⁵³ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 248.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 817-818.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

o professor português que os princípios não necessariamente precisam estar positivados no ordenamento, podendo a recepção do princípio na consciência jurídica ser expressa ou tácita no texto constitucional.⁵⁵

O autor distingue regras e princípios, atribuindo às regras o status de normas imperativas/prescritivas, que exigem, impõem, permitem ou proíbem. Já os princípios são normas que impõem uma otimização das regras, compatíveis com diferentes graus de concretização. Ensina o professor português que norma seria o gênero do qual regras e princípios são espécies.⁵⁶

Como visto, o neoconstitucionalismo atribuiu normatividade aos princípios, sendo imprescindível a abordagem, ainda que breve, da principiologia atinente ao Direito Penal contemporâneo.

Para os fins do presente trabalho, não se pode passar a largo dos Princípios da Subsidiariedade e Fragmentariedade, desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, segundo o qual o Direito Penal só deve intervir quando as demais instâncias tenham se esgotado, bem como deve selecionar os bens jurídicos mais importante, tendo em vista que nem todos podem ser penalmente tutelados. Dirige-se ao legislador, que deve ter em mente que não tutelar penalmente todos os conflitos sociais, mas apenas aqueles de *ultima ratio*. Desse princípio, decorre o denominado Princípio da Insignificância (ou Bagatela), construção jurisprudencial que afasta a tipicidade material do fato em caso de lesão penalmente irrelevante.⁵⁷

O Princípio da Adequação Social,⁵⁸ por seu turno, dirige-se ao legislador no sentido de orientá-lo a observar a realidade fática para perceber quais fatos passaram ou deixaram de ser socialmente aceitos. Ou seja, há que se auferir o grau de reprovação social de uma conduta com vistas a tipificá-la penalmente de maneira adequada.⁵⁹

Com relação ao Princípio da Proporcionalidade, cerne do presente trabalho, Platão, na obra *As leis*, já problematizava, nos seguintes termos:

não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atendermos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁵⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1161.

⁵⁷ O citado autor Salvador Netto, em consonância com boa parte da doutrina internacional e pátria, defende um Direito Penal Mínimo, em acordo com a principiologia penal vigente. Defendem que, em que pese ser observada uma “inflação” legislativa, a falta de efetividade acaba por banalizar as leis penais, que acabam, muitas vezes, relegadas ao simbolismo. Sob essa perspectiva, as penas privativas de liberdade devem obedecer a lógica da *ultima ratio*, preferindo-se as “penas alternativas”, sendo os adeptos mais radicais dessa corrente denominados “abolicionistas” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 17. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁵⁸ O grau de reprovação da conduta há que ser considerado pelo legislador, com base no Princípio da Adequação Social, observando-se a realidade fática da época e os valores vigentes. Luthold, (2013) cita a conduta do homem se vestir como mulher e vice-versa, prevista nas Ordenações Filipinas: “Hoje, classificar a conduta acima descrita como crime seria um descalabro, porque os valores e a cultura da sociedade cambiaram, inadmitindo-se discriminações de tal natureza. Isso ocorrera porque moral, pecado e crime se confundiam, ganhando todos estes a tutela penal, o que hoje não condiz com a realidade vivida”.

⁵⁹ TOLEDO, op. cit.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

dão nos roubos que, sendo vários, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?⁶⁰

Nos primórdios do Constitucionalismo, a Magna Carta britânica de 1215⁶¹ falava em proporção entre pena e transgressão. Mais tarde, no século XVII, Cesare Beccaria, na clássica obra *Dos delitos e das penas*, com esteio no princípio da *poena debet commensurari delicto*, defendeu a ideia de que a pena deve guardar proporcionalidade com o dano causado. Tal princípio foi efetivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual versa, em seu art. 8º, que “a lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias”.⁶²

No ponto, importante distinguir o Princípio da Proporcionalidade do Princípio da Razoabilidade, em que pese o próprio Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina brasileira tratem os dois como sinônimos. O Princípio da Proporcionalidade nasceu no Direito Alemão, ao passo que o Princípio da Razoabilidade é apontado com desdobramento do Devido Processo Legal, originalmente enunciado pela Corte norte-americana.

A distinção fica mais clara quando se tem em mente que a expressão “proporcionalidade” transmite a ideia de equilíbrio, harmonia, orientando o intérprete à adequação de meios, fins e utilidade da tutela penal, almejando-se a proporcionalidade na relação entre delitos e penas.⁶³

Já o Princípio da Razoabilidade é inerente ao Estado de Direito, tendo em vista que busca justamente empregar, nas atividades legislativas e interpretativas do Direito Penal, coerência e adequação de meios razoáveis para atingir o fim constitucionalmente imposto, evitando-se tanto o excesso como o denominado *laxismo penal*.⁶⁴

Ou seja, como dito, trata-se, em última análise, do *due process of law*, ou Devido Processo Legal, positivado no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

O Princípio da Proporcionalidade, por outro lado, não se encontra positivado no ordenamento brasileiro, sendo fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais, assim como também não é expresso na maioria das constituições de tradição romano-germânica. No entanto, a Constituição de 1988 traz em seu escopo diversas normas principiológicas, sem distinção hierárquica entre si. Assim, “diante da possibilidade de concorrência entre os princípios, a noção de

⁶⁰ PLATÃO. *As leis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999. capítulo IX, 857b.

⁶¹ O documento, cujo título original em latim é “*Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*” (Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), originou-se de contenda entre o rei João, o papa e barões ingleses, veio no sentido de limitar os poderes do monarca britânico, o qual passava a se sujeitar à Lei, dirimindo assim a então vigente soberania monárquica absoluta e fundando o que mais tarde se chamaria de Estado de Direito.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996. p. 72.

⁶⁴ Aqui, a desproporcionalidade se manifesta diante de uma postura demasiado benevolente do julgador, que por vezes segue o caminho da absolvição, enquanto seria possível e desejável maior rigor por parte dos institutos do Direito Penal. Assim, da mesma forma que é indesejável a desproporção no excesso, também o é na “frouxidão” do sistema penal diante de situações graves. No ponto, ver: DIP, Ricardo; JUNIOR, Volney Correa Leite de Moraes. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso aparece como um critério dogmático destinado a racionalizar a argumentação”.⁶⁵

Contemporaneamente, doutrinadores do Direito Pátrio trazem importantes contribuições ao tema, destacando-se aqui o professor e procurador do Ministério Público Federal, Paulo Queiroz, para quem o Princípio da Proporcionalidade deve ser escalonado em três dimensões, quais sejam: 1) proporcionalidade abstrata, a ser observada pelo legislador no momento da cominação das sanções aplicáveis a cada crime, observando-se a gravidade da ofensa ao bem jurídico; 2) proporcionalidade concreta ou judicial, que deve orientar o julgador no momento da aplicação da pena e, finalmente, 3) proporcionalidade executória, a ser observada na fase da execução penal.⁶⁶

No que tange à proporcionalidade abstrata, na qual reside o objeto de estudo do presente trabalho, o ilustre jurista Juarez Tavares critica a não observância dos princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena pelo legislador penal, sob pena de prosperar “o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa”.⁶⁷

Salvador Netto, com propriedade, critica a tutela penal do patrimônio à luz do Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo (ou Princípio da Proibição do Excesso), questionando se tal princípio é lesionado diante da possibilidade de restrição de um caro direito fundamental (qual seja, a liberdade), diante de um direito de natureza individual e disponível (o patrimônio). Para tanto, fraciona o referido princípio em três subprincípios: a) idoneidade ou adequação,⁶⁸ o qual relaciona-se ao já mencionado Princípio da Fragmentariedade, e defende que devem ser penalmente tutelados apenas aqueles bens jurídicos merecedores de tal tutela; b) necessidade, que no mesmo sentido da ultima ratio, determina que a intervenção penal apenas será desejável se não houver outra forma de proteger o bem jurídico menos lesiva aos direitos fundamentais e c) proporcionalidade em sentido estrito, também denominado como proporcionalidade material, que busca coerência sistemática na cominação e aplicação das penas, devendo ser a resposta sancionatória adequada à lesão. Ou seja, os meios e fins devem ser adequados, especialmente em face do conflito entre os direitos fundamentais liberdade e patrimônio. Nas palavras do autor:

Parece que se exige, tanto judicial quanto legislativamente, um redimensionamento do bem jurídico patrimônio, a fim de que sua tutela não seja, em primeiro lugar, mais severa do que aquela conferida a outros valores de maior relevância constitucional (coerência sistemática). Em segundo lugar, a tutela penal não pode ser indiferente ao dano ocasionado em sua quantificação. Há que se recuperar uma perspectiva de ofensividade nos crimes patrimoniais, abandonando-se, pelas razões já expostas, qualquer tutela de meras posições jurídicas (direitos subjetivos) e aceitando, com todas as suas consequências, uma concepção mista ou jurídico-econômica. Por isso, aliás, que o princípio da insignificância não

⁶⁵ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 204.

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶⁷ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, dez. 1992, p. 82.

⁶⁸ Aqui, Salvador Netto cita Mata Barranco (*El principio de proporcionalidade penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 p. 128), que entende que a pena “deve ser um meio idôneo para tutelar o bem jurídico de que se trate, ou ademais, capaz de proteger condições fundamentais de vida em comum e evitar ataques especialmente dirigidos contra tais bens”.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

deixa de ser uma concretização específica desses anseios ao perceber inadequada, desnecessária e desproporcional a aplicação de pena a casos concretos de ínfima agressividade.⁶⁹

Ante o exposto, cumpre analisar a recém-inserida no ordenamento pátrio Lei 13.330/2016, que inova ao acrescentar um sexto parágrafo no art. 155 do Código Penal, bem como incorporou tipo penal autônomo, disposto no art. 180-A, alcunhado “receptação de animal”. Assim, com a nova redação, uma nova qualificadora para o crime de furto foi positivada, sendo que, nos termos do §6º, a pena de reclusão é de 2 a 5 anos caso a *res furtiva* seja semovente domesticável de produção.⁷⁰ Ademais, o art. 180-A inova ao prever a mesma pena, acrescida da possibilidade de multa, caso o autor adquira, receba, transporte, conduza, oculte, ou tenha em depósito ou venda, com a finalidade de produção ou de comercialização, animais de produção.

A inovação legislativa é fruto de projeto proposto pelo deputado federal José Afonso Ebert Hamm (PP-RS), representante da “bancada ruralista”. Assim, da mesma forma em que a qualificadora disposta no §5º do art. 155, qual seja, a que prevê pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos em caso de subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, à época, nasceu de lobby das seguradoras de veículos, a nova forma qualificada de furto e o novo tipo (receptação de animais) merecem críticas, sobretudo com base no princípio da proporcionalidade, do qual se ocupa, com especial atenção, nesta seção.

Nesse contexto, questiona-se no presente trabalho se tal princípio é observado no ordenamento penal brasileiro, em especial na cominação de penas em abstrato. Tal questionamento demanda análise dogmática comparativa entre diferentes tipos previstos em nosso Código Penal, em especial comparando-se crimes contra o patrimônio com delitos lesivos a outros bens jurídicos, teoricamente mais caros, como a honra, liberdade e integridade física, por exemplo.

Assim, tendo em vista que o delito tipificado no art. 155 do Código Penal (furto simples) é de reclusão de um a quatro anos e a de lesão simples (art. 129 do CP) de detenção de três meses a um ano, observa-se, de antemão, flagrante desproporcionalidade. Seguindo a mesma linha comparativa, compara-se a forma qualificada do furto por destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, I do CP) ou por emprego de chave falsa (art. 155, III do CP), por exemplo, cuja pena em abstrato varia de dois a oito anos, à lesão corporal grave que provoca perigo de vida (art. 129, II do CP) ou debilidade permanente de membro, sentido ou função (art. 129, III do CP), com previsão de pena de reclusão de um a cinco anos. A partir de tal comparativa, conclui-se que o patrimônio, mesmo quando violado sem violência ou grave ameaça à pessoa, é mais valioso ao Direito Penal do que a integridade física humana.

No mesmo sentido, a honra, estreitamente ligada à dignidade da pessoa humana, enquanto bem jurídico penalmente tutelado, parece menos importante que o patrimônio, aos olhos do Direito Penal positivado. Isso porque, a conduta de caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato cometido como crime, com condão de prejudicar uma pessoa em sua esfera pessoal e profissional de forma extremamente danosa e, por vezes, irreparável, nos termos do art. 138 do CP, é crime punível com detenção de seis meses a dois anos, enquanto que o crime de estelionato (art. 171 do CP) é

⁶⁹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 207.

⁷⁰ Bens semoventes, em termos jurídicos, são os animais, tratados como “coisas” pelo Direito Civil. Com relação ao “semovente domesticável de produção”, trata-se de animais domesticados com a finalidade de produção (de derivados ou carne, por exemplo. Ou seja, a nova Lei visa proteger animais como boi, galináceos, porcos etc.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

punível com reclusão de um a cinco anos, e o de receptação, reclusão de um a quatro anos (art. 180 do CP), sendo a forma qualificada (§ 1º) punível com reclusão de três a oito anos, ao arripio do Princípio da Proporcionalidade.

Nesse contexto, com relação à Lei em apreço, Azevedo e Cardoso acreditam ser

aberrante na medida em que torna a forma qualificada de furto mais grave do que ameaça, lesão, abandono de incapaz, corrupção de menores e sequestro, por exemplo. Nos termos da nova Lei, torturar e matar um animal é menos grave do que furtá-lo, caso o mesmo seja ferramenta de produção de lucros, o que soa incompatível com o princípio da proporcionalidade.⁷¹

Insta destacar que a presente crítica sequer contempla a questão dos *déficits* de investigação e execução, limitando-se apenas aos aspectos legislativos. Ou seja, evita-se adentrar no mérito da inércia das autoridades policiais e judiciárias na investigação de crimes como os de colarinho branco,⁷² por exemplo, ao passo que a coibição aos crimes contra o patrimônio é ferrenha, não sendo por acaso que são os responsáveis por esse tipo de criminalidade os principais “clientes” do sistema prisional, tendo em vista que os crimes patrimoniais contribuem sobremaneira para o encarceramento em massa, conforme se abordará, brevemente, a seguir.

O que se buscou aqui foi, ainda que brevemente, e com base em todo o exposto, em especial com relação à “hierarquia” constitucional, que posiciona os bens jurídicos relacionados à pessoa em status privilegiado em relação ao patrimônio, trazer à tona importante discussão pela qual a nova Lei não pode passar ilesa. Afinal, em sentido oposto à vigente hermenêutica constitucional, o Direito Penal parece tutelar de forma mais enfática a propriedade privada do que bens jurídicos intimamente ligados à pessoa, sua integridade física, liberdade e dignidade, colocando em risco a coerência sistemática do ordenamento e a almejada proporcionalidade entre delitos e penas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto objetivou, inicialmente, analisar a inovação legislativa que insere nova qualificadora para o crime de furto, e cria o tipo penal de receptação de animal. No entanto, os resultados alcançados foram mais amplos, tendo em vista a necessária compreensão de importantes institutos não apenas do Direito Penal, mas também do Direito Civil.

O retrospecto histórico realizado foi fundamental para que fosse possível lançar à Lei em tela um olhar crítico, tendo em vista que o histórico da tutela penal patrimonial é marcado por uma supervalorização desse bem jurídico, sendo que a nova Lei parece que, ao invés de quebrar com esse paradigma e caminhar para um Direito Penal mais racional e proporcional, vem para contribuir com a velha sistemática que protege em excesso o patrimônio, colocando em risco a denominada coerência sistemática do ordenamento.

Assim, foi possível perceber que a política criminal atual ainda está desconsoante com a ordem constitucional vigente, que trouxe a pessoa humana para o centro das relações jurídicas, relegando ao patrimônio o status de disponível.

⁷¹ AZEVEDO, Bruna Gabriela Tavares; CARDOSO, Rafaella. Sobre a Lei 13.330/16 e a “privatização” do Direito Penal. *Canal Ciências Criminais*. 05 ago. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sobre-a-lei-13-33016-e-a-privatizacao-do-direito-penal/>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁷² De acordo com Sutherland, criador da expressão *crime de colarinho branco* (*white collar crimes*), designa-se assim “um crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição (status) social, no exercício de suas ocupações”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

Como visto, o próprio Direito Civil reconheceu a perda de protagonismo da propriedade privada. No entanto, o Direito Penal parece não seguir o mesmo caminho, tendo em vista que a Lei, que entrou em vigor no ano de 2016, vem a reiterar práticas socioeconomicamente seletivas, criminalizadoras, desproporcionais e irracionais, sendo tais práticas historicamente observadas no Direito Penal, que parece estar seguindo o caminho inverso do Direito Civil. Isso porque, enquanto este passa, desde o Código de 2002, por um processo de “despatrimonialização”, o Direito Penal, em pleno ano de 2016, parece contribuir para o secular processo de “privatização”, incompatível com a natureza pública desse ramo jurídico.

As propostas de Salvador Netto, nesse contexto, são dignas de atenção pelo legislador penal brasileiro, bem como pela doutrina e jurisprudência, na medida em que propõem um processo inverso (e necessário) ao observado hodiernamente: uma constitucionalização do Direito Penal, nos moldes observados no Direito Civil. Assim, a ampliação das hipóteses de ressarcimento patrimonial e de substituição das penas privativas de liberdade, bem como a possibilidade de processamento por ação penal pública condicionada contribuíram para a reversão do atual cenário de encarceramento em massa ocasionado por crimes patrimoniais.

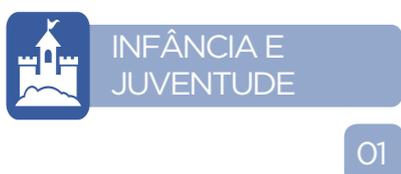
7 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BÍBLIA. A. T. Êxodo. In: BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.



A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E A ATIVIDADE LEGISLATIVA NO SENADO FEDERAL

THE REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY AND THE LEGISLATIVE ACTIVITY IN THE FEDERAL SENATE

Henrique Dotto

Especialista em Criminologia e Ciências Penais pela Faculdade Palotina – FAPAS. Especialista em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Advogado.

Leonardo Xavier Morais

Especialista em Criminologia e Ciências Penais pela Faculdade Palotina – FAPAS. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana – UNIFRA. Advogado.

Resumo: A redução da maioridade penal é um assunto bastante abordado pela sociedade, e explorado pela mídia, principalmente quando um ato considerado criminoso envolve adolescentes. O objetivo deste trabalho é verificar qual é a percepção dos legisladores sobre o adolescente autor de ato infracional nas propostas de Emenda Constitucional que buscam a redução da maioridade penal. O problema de pesquisa de que partiu o trabalho foi: qual é a percepção dos parlamentares brasileiros sobre o adolescente autor de ato infracional no âmbito das justificativas das Propostas de Emenda Constitucional sobre a redução da maioridade penal? Para tanto, foi utilizado o método dialético, pois busca-se verificar com mais precisão os objetos de análise justamente por serem postos frente a frente com o teste de suas contradições possíveis. O trabalho aborda, em seu primeiro capítulo, o jovem em conflito com a lei e o eficientismo penal. No segundo capítulo, será analisada a concepção dos autores das Propostas de Emenda Constitucional sobre os adolescentes na sociedade brasileira, bem como os argumentos com as posições dos senadores sobre a redução da maioridade penal. Conclui-se, através da pesquisa, que as propostas de redução da maioridade penal são feitas, por nossos senadores, no clamor popular, sem estudo e pesquisas avançadas do tema, indicando na maioria das vezes a intenção de garantir votos em futuras eleições, tentando mostrar serviço à comunidade, prometendo garantir a diminuição da criminalidade.

Palavras-chave: *Redução da maioridade penal. Adolescentes. Senadores.*

Resumen: La reducción de la edad de responsabilidad penal es un tema frecuente en la sociedad, y explotado por los medios de comunicación, sobre todo cuando se trata de un acto considerado adolescentes criminales. El objetivo de este trabajo es comprobar cuál es la percepción de los legisladores en el autor de la infracción adolescente en la propuesta de enmienda constitucional, que buscan reducir la edad de responsabilidad penal. El problema de la investigación que el trabajo se quedó: ¿cuál es la percepción de los parlamentarios brasileños sobre el autor hijo de un delito bajo la justificación de la enmienda constitucional propuesta en la reducción de la edad de responsabilidad penal? Para ello, se utilizó el método dialéctico, ya que se trata de verificar con mayor precisión los objetos de análisis, precisamente porque se ponen cara a cara con la prueba de sus posibles contradicciones. El trabajo analiza, en su primer capítulo, el menor en conflicto con la ley y eficientismo penal. El segundo capítulo analiza el diseño de los autores de la enmienda constitucional propuesta a los adolescentes en la sociedad brasileña, así como los argumentos de las posiciones de los senadores en la reducción de la edad de responsabilidad penal. Se concluye, a través de la investigación, que las propuestas para reducir la edad de responsabilidad penal se realizan en el clamor popular para



01 02



01



01 02 03 04 05



01

nuestros senadores, sin estudio y la investigación avanzada en el tema, y la mayoría de las veces con la intención de obtener votos en las elecciones futuras, tratando de mostrar servicio a la comunidad brasileña, con la promesa de garantizar la reducción de la delincuencia.

Palabras-clave: *La reducción de la edad de responsabilidad penal. Adolescentes. Senadores.*

Sumário: Introdução. 1 O adolescente em conflito com a lei e o eficientismo penal. 1.1 A responsabilidade do adolescente em conflito com a lei. 1.2 Política criminal e redução da maioridade penal. 2 As Propostas de Emenda Constitucional (PEC) sobre a maioridade penal. 2.1 PEC 20 – Percepção e análise da imagem dos senadores sobre os adolescentes. 2.2 PEC 20 – Argumentos com as posições dos senadores sobre a redução da maioridade penal. Conclusão. Referências.

Introdução

Desde meados do século XIX, com o surgimento da criminologia positivista, os estudiosos buscam respostas sobre o que leva os indivíduos a cometerem crimes. Apesar das mudanças no pensamento criminológico, atualmente ainda existem pesquisas direcionadas a essa linha etiológica, o que se pode comprovar por aquelas que vêm se propondo a investigar o cérebro de jovens em conflito com a lei, com o objetivo de compreender as bases biológicas da violência.¹

O trabalho parte de uma perspectiva crítica sobre a atuação do sistema infracional, que costuma perseguir preponderantemente os adolescentes pertencentes às classes mais baixas da população.

Vive-se a era do populismo penal, em que nosso Direito Penal está perdendo o caráter de *última ratio*. Desse modo, as consequências causadas pelo crescimento da criminalidade provoca uma resposta estatal que se dá por meio de alterações na legislação criminal, mais preocupado que se revela o Estado com o caráter retributivo da pena, descuidando de analisar o sistema jurídico penal como um todo, propiciando um verdadeiro choque entre leis penais dentro do ordenamento, gerando uma ineficácia no combate à criminalidade.

Os senadores de nosso país, em busca de oferecer uma resposta a nossa sociedade que implique redução da violência e o agravamento de punições, criaram no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 20, apensando a várias outras PECs que tratam sobre a redução da maioridade penal em nossa Constituição Federal.

Este trabalho tem por objetivo analisar os argumentos contidos nas propostas de Emenda Constitucional que tramitam no Senado Federal. Com a análise desses projetos, busca-se identificar: a) a representação social do adolescente em conflito com a lei; b) os argumentos utilizados pelos senadores para proporem a redução da maioridade penal.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dialético, pois busca verificar com mais precisão os objetos de análise justamente por serem postos frente a frente com o teste de suas contradições possíveis. A aplicação desse método resultou na divisão do trabalho em dois capítulos: primeiramente, trata-se do adolescente em conflito com a lei e o eficientismo penal, ressaltando a política criminal e redução da maioridade penal. Em um segundo momento,

¹ ETCHICHURY, Carlos. *Cientistas investigam as causas da violência entre adolescentes*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo>>. Acesso em: 03 jun. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

remete-se às Propostas de Emenda Constitucional (PECs) sobre a maioria penal, verificando qual é a percepção dos legisladores que constituíram e analisaram a PEC 20 durante sua tramitação no Senado Federal.

Constata-se neste trabalho que o debate tem sua relevância social e jurídica na linha de pesquisa do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano *Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização*, na busca por uma reflexão profunda sobre a proteção integral à população infanto-juvenil.

10 adolescente em conflito com a lei e o eficientismo penal

O sistema penal divide-se em três segmentos: agência executiva, agência judicial e agência política. Segundo Nilo Batista, o sistema penal compõe-se pela instituição policial, instituição judiciária e instituição penitenciária; esse grupo de instituições seria o responsável pela materialização do Direito Penal. Essas instituições revelam-se em três estágios: a polícia como responsável pela investigação dos crimes, o promotor representando a justiça pública, o juiz no papel de “aplicador da lei”. Essas agências, de acordo com Zaffaroni, exercem relações de concorrência entre si e dentro da estrutura, principalmente as de comunicação social (através do mercado da audiência do poder político, formador de opinião) e as políticas (disputa de poderes entre ministros, partidos, blocos parlamentares).²

O Brasil, nas últimas décadas, tem sido alvo de debates e apelos da sociedade para uma resposta mais dura, mais forte a respeito do combate à criminalidade. Crimes de gravidade contundente, com grandes repercussões na mídia, fomentam preocupações na sociedade, assim como anseios por uma resposta estatal. Ocorre que o país obteve um crescimento populacional acelerado e, concomitantemente, sofreu com a falta de profissionais na polícia, e aparelhagem de trabalho no judiciário e no Ministério Público, o que acarretou demora em agilizar a persecução penal em juízo e a decorrente efetividade punitiva.

Os movimentos sociais, no que diz respeito aos problemas criminais, criticam a atual legislação criminal como exagerada, focada em muitos crimes de pouca relevância; consideram que se o Código Penal se voltasse aos ilícitos mais graves, teríamos uma intervenção punitiva mais diferenciada e rápida.³

As cobranças por medidas estatais mais concretas são imbuídas de uma falsa ideia punitivista: como se o aumento das penas e o endurecimento dos regimes pudessem resolver os problemas criminais em nossa sociedade. A redução da maioria penal seria uma dessas medidas direcionadas a resolver os problemas da criminalidade.

As pautas punitivistas se caracterizam por um discurso clientelista, do senso comum, por meio do qual se quer resolver problemas sociais sem uma investigação mais profunda. O discurso simplista reitera a voz dos meios de comunicação. Segundo Zaffaroni et al, “a mensagem jornalística se assemelha à publicitária quanto à sua concisão, simplicidade, emotividade, aonde vai se reduzindo o espaço da reflexão e, por conseguinte, os discursos vão ficando desacreditados”.⁴

² ZAFFARONI, Eugenio R. et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 67.

³ COELHO, Edihermes Marques. *Controle da criminalidade: alternativas aos movimentos punitivistas*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2496/Controle-da-criminalidade-alternativas-aos-movimentos-punitivistas>> Acesso em: 20 abr. 2013.

⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 72.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Ocorre que essa reiteração reforça a imagem de um sistema penal punitivo como meio eficaz de resolver todos os problemas sociais de que sofre o país, dificultando que as questões sejam analisadas com seriedade. O discurso simplista se estende às agências judiciais, sendo que, quanto mais dependente das agências políticas for a estrutura judicial, maiores serão as pressões e menor o potencial crítico. O resultado final de tudo, geralmente, é a produção de leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos e uma opinião pública confundida e desinformada.

Os autores deste texto demonstram a dificuldade que o discurso jurídico-penal tem de se remeter aos estudos sociológicos – o juiz acaba muito centralizado na lei, deixando por vezes de olhar para a realidade social.

A denominada opinião pública tem caráter vago, transitório e abstrato. Quando se trata de vontades coletivas, ou determinadas políticas públicas específicas, a situação se torna complexa. No caso do tema da redução da maioria penal, já fomentado pela mídia sensacionalista, e dado o baixo nível cultural da população brasileira, a reflexão da sociedade sobre o assunto é bastante limitada. Os meios de comunicação de massa primam por dar ênfase à crueldade do bandido e à suposta impunidade, além de terem como alvo os adolescentes em conflito com a lei que entram e saem dos Centros de Atendimento Socioeducativo (CASEs) graças ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Constrói-se a imagem de que as leis são brandas, especialmente a Constituição Federal, que só garantiria “direitos humanos para bandidos”. Ao compactuar com opiniões como essa, a mídia acaba por contribuir para a formação de um senso comum criminológico fundado em fatos consumados a partir de informações precoces.⁵ A mídia deveria se limitar a conhecer e apresentar os fatos e não construir uma imagem virtual que não condiz com a realidade; o resultado de sua atuação no imaginário popular é a sensação de pânico e de terror, incutidos de forma sensacionalista.

A produção legislativa penal brasileira caminha paralelamente às pressões exercidas pelos veículos de comunicação. Essa produção não vem trazendo avanços positivos, em virtude de o legislador atuar de forma imediatista, cedendo aos apelos da mídia. A guerra comunicacional prejudica todo o sistema penal, pois muitas vezes evoca projetos e leis contraditórios, produzidos ante o clamor popular.⁶

A redução da maioria penal implicaria, em nosso sistema carcerário, a construção de mais casas prisionais para abrigar os jovens; e mantendo os atuais apenados confinados em péssimas condições de sobrevivência, em um sistema que está superlotado. Apesar da atual Lei de Execução Penal (LEP) ter uma concepção humanística de reinserção do apenado à sociedade, o sistema caracteriza-se por insuficiências organizacionais e estruturais que a cada dia se agravam, com o aumento indiscriminado da população carcerária.⁷ Várias penitenciárias em nosso país não têm as mínimas condições de receber apenados, pois a infraestrutura é precária, infringindo princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana.⁸

⁵ MASCARENHAS, Oacir Silva. *A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727> Acesso em: 21 abr. 2013.

⁶ MASCARENHAS, op. cit.

⁷ CUNHA, Vagner da Silva. *Redução da maioria penal sob a ótica de uma sociedade excludente*. Disponível em: <http://www.ucpel.tche.br/mps/dissertacoes/Mestrado/2009/Dissertacao_Vagner_Cunha.pdf> Acesso em: 24 abr. 2013.

⁸ SILVA, Marcelo Gomes. *Análise crítica da minoridade penal: da exclusão econômico-criminológica à proteção integral*. 2010. 107p. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010. p. 21.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Leonardo Sica entende que no Brasil de hoje a prisão é uma pena sem finalidade, ou sem finalidade construtiva. O autor afirma que “se é um mal necessário, cabe ao homem esvaziá-la o máximo possível de funções maléficas. A prisão apenas reafirma e reforça a disseminação de valores negativos e destrutivos tanto na sociedade, quanto no condenado”.⁹

A prisão nunca conseguiu cumprir sua finalidade básica de ressocialização dos indivíduos; sua função principal é a de castigar pura e simplesmente; mas não será este o melhor caminho a trilhar para atingir os objetivos esperados da redução da criminalidade.

Para diminuir a violência, como vários estudiosos apontam, deve-se, além de investir em segurança pública, tornar as penitenciárias mais estruturadas, para efetivamente tirar do papel a ideia da ressocialização; somente assim vamos conseguir baixar os índices de reincidência, ajudando os detentos através da educação e da capacitação profissional, inserindo-os novamente no mercado de trabalho e na sociedade.

A partir dessa perspectiva crítica, analisa-se a seguir a maneira como, a partir do final do século XIX, o discurso jurídico brasileiro vem tratando o tema do adolescente em conflito com a lei (1.1), para, a seguir, analisar de que maneira os pleitos pela redução da maioria penal se inserem em movimentos mais amplos de política criminal eficientistas (1.2).

1.1 A responsabilidade do adolescente em conflito com a lei

A indiferenciação entre o mundo infantil e o mundo adulto até fins do século XIX é visível na primeira legislação penal brasileira: o Código Criminal do Império, de 1830, previa que os menores de 14 anos estavam isentos da responsabilidade criminal pelos atos por eles realizados, desde que ficasse comprovado que não possuíam “discernimento”. Do contrário, a partir dos nove anos já era possível o seu recolhimento às chamadas Casas de Correção, até que completassem os 17 anos de idade.¹⁰

Também o primeiro Código Penal da República, criado em outubro de 1890, quando tratou da responsabilidade criminal e das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes, dispôs que os menores de 9 anos não seriam criminosos, como também os maiores de 9 e menores de 14 que tivessem agido sem discernimento. Se aqueles entre 9 e 14 anos tivessem praticado os atos ditos como delituosos com discernimento, eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz julgasse conveniente, desde que não excedesse os 17 anos de idade. A menoridade era considerada como atenuante quando o agente fosse de idade inferior a 21 anos.¹¹

Rompendo com essa tradição, que historicamente percebeu a criança como um adulto em miniatura, o paradigma assistencialista do “menorismo” trouxe consigo a produção da infância como objeto de tutela e repressão, focada na situação de abandono. Em 1927 foi criado o Código de Mello Mattos, que conseguiu sintetizar leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse especial atenção à criança e ao adolescente. O referido texto legal foi denominado Código de Menores, e tinha como um dos seus objetivos alterar e substituir concepções

⁹ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTR, 1999. p. 70.

¹¹ Idem, *ibidem*.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder, passando a assumir a assistência ao menor de idade sob a perspectiva educacional, abandonando a postura anterior, e priorizando a questão básica de regenerar e educar. A regra predominante dessa legislação era corretiva; fazia-se necessário educar, disciplinar as crianças oriundas das chamadas “famílias desajustadas”.¹²

As principais modificações que esse código trouxe foram a instituição de um juízo privativo de menores, a elevação da idade da irresponsabilidade penal do menor para 14 anos e a instituição de um processo especial para os menores infratores de idade entre 14 e 18 anos. Com o passar do tempo, o Código de Menores de 1927 encontrou uma grande barreira, praticamente intransponível, em virtude da política da época: a falta de recursos e de autonomia para a manutenção dos institutos já existentes e a implantação de novos.¹³

Essa situação gerou, em 1941, a criação do Serviço de Assistência a Menores (SAM), com a tarefa de prestar, em todo o território nacional, amparo social aos menores desvalidos e infratores, tendo como meta centralizar a execução de uma política nacional de assistência; o SAM preocupava-se em ir além do Código de Menores de 1927. Os objetivos do SAM eram de natureza assistencial, enfatizando a importância de estudos, de pesquisas e atendimento psicopedagógico às crianças e adolescentes carentes com problemas de conduta.¹⁴

Ainda assim, o SAM não conseguiu cumprir as suas finalidades, devido à sua estrutura emperrada, sem autonomia e sem flexibilidade, com métodos inadequados de atendimento, que acarretaram revoltas naqueles que deveriam ser amparados e orientados.

A FUNABEM, criada no ano de 1964, veio substituir o SAM. Foi obra da ditadura militar, mais preocupada esta com o controle da juventude e, portanto, com a “ameaça” comunista, do que com o bem-estar das crianças e adolescentes do país.

Exigiam-se soluções para o descrédito que se havia abatido sobre o SAM. Essa era a percepção das elites sobre o problema da infância; estavam em pauta também os desajustes interburocráticos nas instituições de atendimento aos menores, em virtude da ausência de uma política, além das prescrições do Código de Menores; era preciso estabelecer uma linguagem comum e específica para tal atuação.

A FUNABEM instituiu a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), pela qual a criança deixou de ser responsabilidade de entidades privadas e de alguns organismos estatais que atuavam apenas de acordo com os preceitos regionais. O governo militar, ao tomar posse no ano de 1964, prometendo a implantação de um governo revolucionário, passou a abordar de forma sensibilizadora o drama da criança e do adolescente, anunciando a FUNABEM como o órgão que tentaria mudar o paradigma da época.

No momento em que a situação da infância e do menor virou uma questão social, a FUNABEM entrou em ação, baseada na fundamentação teórica da Declaração Universal dos Direitos da Criança,¹⁵ criada em novembro de 1959, a

¹² VERONESE, op. cit., p. 26.

¹³ Idem, p. 31.

¹⁴ Idem, p. 32.

¹⁵ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

qual destacava a importância da família na formação moral e educacional da criança e do adolescente. Ocorre que a FUNABEM, na verdade, pelo contexto político da época, não aplicou os preceitos da Declaração Universal dos Direitos da Criança à realidade nacional.

A PNBEM e a FUNABEM serviram apenas como instrumentos de propaganda política da ditadura; os resultados não foram os esperados, pois a criança era ali um sujeito passivo, objeto de uma pedagogia alienada. Isso acarretou elevado crescimento no número de crianças marginalizadas. Já nos últimos anos da ditadura militar, foi criado o segundo Código de Menores, de 1979, no Ano Internacional da Criança. Esse Código trouxe uma inovação: a expressão “menor em situação irregular”, que dizia respeito ao menor de 18 anos de idade que se encontrava abandonado, vítima de maus-tratos, desassistido juridicamente. A situação irregular estava vinculada ao sistema penal adotado pelo Código Penal de 1940, que exclui os menores das sanções penais, sujeitando-os, no entanto, às normas previstas por legislação especial. O Código de 1979 denominava e dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância aos menores, definindo de forma exaustiva o que era a situação irregular, a falta de saúde e a omissão dos pais, por exemplo.¹⁶

Os jovens entre 18 e 21 anos eram designados jovens-adultos. Os autores de delitos praticados antes dos 18 anos recebiam como medida punitiva a internação. Ocorria que, mesmo alcançando a maioridade, esses jovens não podiam se reinserir na sociedade se continuassem apresentando os mesmos desvios; permaneceriam sob a jurisdição do Juízo de Menores, sujeitos às medidas previstas no Código. A criança ou adolescente, uma vez infrator, não podia permanecer junto à família ou à comunidade; passavam a ser tutelados pelo Estado.

As críticas que o Código de Menores começou a receber deveram-se à denominada “situação irregular”, pois esta legitimava o recolhimento de todos os jovens que fugissem do comportamento esperado. As críticas foram fundamentais ao fomento de uma nova legislação posteriormente promulgada, em julho de 1990, com base na Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).¹⁷

O ECA trouxe várias mudanças para a questão da infância no Brasil, substituindo o termo “menor” por “criança e adolescente”, e estabeleceu uma nova forma de considerar a infância e juventude. Ocorreu uma transformação na condição jurídica infanto-juvenil, convertendo-se o termo “menor” em “cidadãos crianças” e “cidadãos adolescentes”.

A base do Estatuto é considerar os adolescentes sujeitos de direitos, e não objetos de intervenção, como vinham sendo tratados nas legislações passadas. O ECA veio consolidar o paradigma da Proteção Integral quanto aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, como direito a desenvolvimento físico, intelectual, afetivo, social e cultural. É dever do Estado e da sociedade zelar pelo cumprimento de tais direitos.¹⁸

A redução da maioria penal debatida hoje em nosso país como uma das soluções para diminuir os índices de criminalidade e conter a violência seria um grande retrocesso nas lutas históricas que culminaram na atual legislação. Como foi possível perceber nessa breve exposição histórica, tanto a idade tenra para a responsabilização criminal

¹⁶ VERONESE, op. cit., p. 35.

¹⁷ OLIVEIRA, Salete Magda. *A moral reformadora e a prisão de mentalidades: adolescentes sob o discurso penalizador*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400008&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 abr. 2013.

¹⁸ MORAIS, Edson. *Contexto histórico do Código de Menores ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Mudanças necessárias? Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/contexto-historico-do-codigo-de-menores-ao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-mudancas-necessarias/19148/>>. Acesso em: 20 abr. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

quanto o uso do equivocado termo “discernimento” para determiná-la foram características que predominaram nas legislações brasileiras do século XIX; mas foram superadas por uma nova visão sobre a infância ao longo do século XX. A doutrina da proteção integral, prevista na Constituição Federal de 1988 e no ECA, superou ambos os paradigmas anteriores, com base em um consenso internacional em prol do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. A aposta legislativa inspirada no século XIX vem acompanhada, portanto, de irrefletido retrocesso, que pode ser explicado por uma mudança vivenciada nos últimos vinte anos no rumo das políticas criminais no mundo. No tópico a seguir, busca-se compreender as iniciativas legislativas sobre a redução da maioria penal no Brasil, no contexto da política criminal predominantemente aplicada na atualidade na maior parte dos países ocidentais, lideradas pelos Estados Unidos.

1.2 Política criminal e redução da maioria penal

O problema da menoridade penal no Brasil é social e não jurídico. A violência não irá desaparecer por uma simples troca de legislação. É preciso estudar nas origens quais as condições de vida a que são submetidos os adolescentes; se lhes é negado o mínimo necessário à sobrevivência, como alimentação, moradia, saúde e educação de qualidade. A tudo isso deve se associar a atuação do Estado quanto à vida desses jovens.¹⁹

A educação é um direito de todos os cidadãos, garantido em nossa Constituição Federal de 1988. Ela expressa, em seu artigo 205, que a educação tem como objetivos o desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o mercado de trabalho. Ocorre que, devido ao sucateamento do ensino público, a educação no Brasil não forma nos jovens espírito crítico capaz de filtrar e analisar a informação de massa divulgada pelo rádio, pela televisão, pelos jornais e internet.

As deficiências do sistema educacional, acrescidas da falta de valorização e investimento público no setor, levam à exclusão de muitos jovens do sistema de ensino regular; além do que, muitos são forçados a trabalhar desde cedo, para contribuir no orçamento doméstico, sem acesso a qualquer qualificação, por vezes delinquindo, até mesmo para o seu próprio sustento.

Loïc Wacquant, em sua obra *As prisões da miséria*, afirma que a penalidade neoliberal pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social; esta seria a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.²⁰

Essa situação de “mais Estado” policial e penitenciário se aplica bem ao Brasil, um país com pouco investimento em educação, má distribuição de renda e leis mais severas como proposta de diminuição da criminalidade, inclusive com proposta de redução da maioria penal. Ainda que Wacquant trate da realidade europeia e norte-americana, sabemos que o encarceramento em massa já é fato no Brasil também, com a diferença de que aqui nunca houve um “Estado Providência” que a doutrina neoliberal viesse a destruir.

¹⁹ CERQUEIRA, Lucília; MARQUES, Micaella Bruno. *Redução da maioria penal: uma solução viável?* Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7096> Acesso em: 04 jun. 2013.

²⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 17.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A preocupação com a violência criminal tornou-se uma obsessão coletiva; de modo tal que o combate a ela tem ganhado proporções tão graves quanto nos tempos da ditadura militar, época em que a doutrina da “segurança nacional” legitimava todo tipo de violação dos direitos humanos. Atualmente, é a ideologia da segurança pública que desempenha o papel de legitimadora da violência do Estado contra os cidadãos.²¹

Para que o problema da criminalidade seja combatido, devem ser atacadas suas raízes estruturais (sociais e econômicas) e político-ideológicas. Atacam-se os criminosos em vez de se atacar a violência estrutural (desigualdade social e pobreza), razão pela qual a sociedade contemporânea enfrenta crises políticas e socioeconômicas.²²

Sobre as crises políticas e socioeconômicas, Katie Arguello explica:

Em face da incapacidade de apresentar soluções aos problemas coletivos, as elites políticas, que já não podem prometer uma existência estável aos seus cidadãos, podem ao menos desviar o foco das incertezas individuais sobre como garantir os meios de vida para uma preocupação desatinada com a segurança pública. De um ponto de vista estritamente pragmático, recorrer aos sentimentos vingativos de indivíduos que necessitam ter onde despejar seus temores, sua ira, sua impotência ou seu fracasso pode render muitos votos. Os discursos se assemelham: quase todos preconizam a construção de mais prisões, o aumento do número de policiais nas ruas, leis mais rigorosas, enfim, a implacabilidade com o crime, como se aí estivesse a verdadeira raiz de toda a insegurança que necessita ser extirpada.²³

No mesmo sentido, Loïc Wacquant relata que a Europa foi atingida recentemente por um discurso ideológico conservador, em que os jovens, as classes pobres e os estrangeiros passaram a ser vistos como causadores da violência e dos problemas urbanos. Esse discurso é proveniente de mudanças na política criminal dos Estados Unidos, onde vem ocorrendo a transformação de um “Estado Providência” em um “Estado Penitência”. Esse país é o principal proclamador desse discurso.²⁴

Para combater a violência, foi criada nos EUA uma política que ficou conhecida como “Tolerância zero”, por meio da qual se pretendia cortar o mal pela raiz, incluindo nesse combate até mesmo os menores delitos.

A retórica da “Tolerância zero” era militar, de guerra ao crime e reconquista do espaço público, o que afastou para longe das ruas os mendigos, os sem-teto e outros marginalizados.²⁵ Essa nova forma de coibir a violência representou, para certa classe política, a oportunidade de proporcionar ares de novidade e determinação do Estado no ato de punir o crime, ao mesmo tempo isentando-o de suas responsabilidades no âmbito social e econômico. Fazendo um paralelo com a situação brasileira, a demanda de nossa população por um Direito Penal mais rigoroso – fomentada também pela mídia, que ajuda a difundir a ideia de que o Brasil é o país da impunidade e dos “direitos humanos para bandidos” – segue na esteira punitivista adotada nos Estados Unidos. O resultado disso é um Estado penal repressor,

²¹ ARGUELLO, Katie. *Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

²² Idem, ibidem.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ WACQUANT, op. cit., p. 18.

²⁵ Idem, p. 30.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

que criminaliza a miséria e não proporciona segurança nenhuma. A população é ceifada em seus direitos sociais, sem acesso a saúde, educação e salário.

No caso norte-americano, a expansão do sistema carcerário acarretou o crescimento das populações aprisionadas. Naquele país, a população carcerária triplicou em 15 anos, situação sem precedentes em qualquer sociedade democrática.²⁶

As prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum, por crimes mais brandos, como furto, roubo ou atentados à ordem pública, geralmente oriundos das parcelas da classe trabalhadora.²⁷

A principal mensagem que a obra de Loïc Wacquant nos transmite sobre o sistema penal norte-americano é que estratégias de legislações mais rigorosas e radicais como a “Tolerância zero” não garantem o funcionamento saudável da sociedade. Trata-se de um modelo instituído para excluir ainda mais as classes pobres e tidas como indesejáveis.

Comparando a política de Tolerância zero e a situação político-criminal no Brasil, Arantes entende que o debate social em torno da infância e da adolescência tem gerado crescente ansiedade e pânico, além de ambiguidade, o que propicia o surgimento de programas e ações nem sempre condizentes com a complexidade das questões tratadas.²⁸ Aponta que filhos de adolescentes, filhos de pais solteiros, moradores de bairros pobres, crianças com baixa frequência escolar, pessoas que conhecem pessoas que usam drogas ou que estão presas, que estudam em determinados bairros, todos são considerados como prováveis delinquentes futuros, ensejando programas e intervenções diversas que visam reduzir os riscos que os ameaçam.²⁹

No Brasil hoje há uma intensa produção de leis, bem como muito ativismo jurídico, como resposta imediata a questões sociais, principalmente quando o tema é exaustivamente pautado na mídia. Exemplo de pautas exploradas à exaustão pela mídia: uma nota publicada pelo jornalista Ancelmo Gois em 2011 afirmava que, em 2001, praticamente nenhum jornal de grande circulação nacional havia até então mencionado a palavra *bullying*. Em 2011, só até o mês de abril, o Jornal O Globo já tinha mencionado a palavra 100 vezes, o mesmo se dando com a Folha de S. Paulo e o Estadão. A presença de tal palavra na mídia decorreu do assassinato e ferimentos de dezenas de crianças ocorrido em 07 de abril de 2011 em uma escola municipal localizada no bairro de Realengo, no município do Rio de Janeiro.

Desde então, inúmeros projetos de leis foram aprovados, ou encontram-se em tramitação na Câmara e no Senado Federal, bem como nos âmbitos municipais e estaduais, criminalizando a prática do *bullying*.

2 As Propostas de Emenda Constitucional (PEC) sobre a maioria penal

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, expõe que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Além disso, prevê que

²⁶ Idem, p. 81.

²⁷ Idem, p. 18.

²⁸ ARANTES, Esther Maria; VAZ, Paulo. Entre a delinquência e o risco. Notas sobre a infância no contemporâneo. In: BATISTA, Vera Malaguti. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 77.

²⁹ Idem, p. 78.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

a tramitação deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A redução da maioria penal em nosso país só poderá ocorrer através de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), pois o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas de legislação especial”.³⁰

Uma Proposta de Emenda Constitucional é uma espécie de atualização da Constituição Federal, sendo um dos trâmites que exige mais tempo para preparo, elaboração e votação, uma vez que modificará o texto da Carta Magna. Para ser aprovada, deverá passar por todos os ritos estabelecidos no artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1999, altera o artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para dezesseis anos a idade para a imputabilidade penal. A PEC nº 20 é de autoria do Senador José Roberto Arruda (DEM); apensadas a ela estão outras seis: as PECs nº 18 e 20, de 1999; nº 3, de 2001; nº 26, de 2002; nº 90, de 2003 e nº 9, de 2004, todas buscando alterar o artigo 228 da Constituição Federal para reduzir a maioria penal. Além da árvore de apensados da PEC nº 20, outras duas propostas tramitam hoje no Senado Federal: a PEC 83, de 2011, e a PEC 33, de 2012. O apêndice 1 deste texto sintetiza as mudanças propostas.

A maior parte das propostas pretende o retorno da verificação do discernimento do adolescente para que possa ser considerado imputável. Outras, porém, pretendem desde já que todo o contingente de 16 anos já seja considerado imputável. Pretendem que o amadurecimento intelectual e emocional do jovem seja definido em lei ordinária. Preveem a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar. Como se pode ver, desde o ano de 1999 vem sendo discutida pelo Congresso Nacional Brasileiro, em várias Propostas de Emenda Constitucional, a redução da maioria penal. Nenhuma dessas propostas até hoje chegou a finalizar sua tramitação, mas uma movimentação crucial ocorreu no dia 26 de abril de 2007, quando a PEC nº 20 e apensados foram objeto de apreciação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, em uma votação de 12 votos a 10, aprovando o substitutivo de autoria do senador Demóstenes Torres (DEM-GO), que reuniu seis das Propostas de Emenda à Constituição.

Como foi aprovada na CCJ do Senado (CCJS), a proposta seguiu diretamente para o Plenário do Senado; porém, não chegou a ser apreciada ainda. A aprovação exige dois turnos, com votação favorável mínima de 60%, 3/5 dos Senadores em cada um dos turnos. Nossa atual legislação exige 49 votos dos 81 senadores. O intervalo das votações é de no mínimo cinco dias. Se for rejeitada, a proposta não poderá mais ser apresentada na mesma legislatura, pois traria um “impedimento constitucional”.

Caso a PEC venha a ser aprovada no Senado, a matéria será encaminhada à Câmara Federal, que constituirá uma comissão para analisar o projeto. Se for aprovada na comissão especial, a PEC também terá que ser analisada pelo Plenário da Câmara, em dois turnos, e terá que obter a aprovação de pelo menos 3/5 dos deputados federais, 308 votos.³¹

³⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_228_.shtm> Acesso em: 14 mai. 2013.

³¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Por que dizer não à redução da idade penal*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Diversos/estudo_idade_penal_completo.pdf> Acesso em: 23 mai. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O parecer do Senador Demóstenes Torres sofreu forte influência do assassinato do menino João Hélio Fernandes Vieites, em assalto com a participação de um adolescente de 16 anos; João Hélio foi arrastado por mais de 7 km preso ao cinto de segurança do carro de sua mãe na zona norte do Rio de Janeiro, após o assalto. O crime ocorreu no dia 6 de fevereiro de 2007; o parecer do senador Demóstenes Torres, foi dado no dia 26 de abril do respectivo ano, sendo aprovado por 12 votos a favor e 10 contra.

A Folha de S. Paulo, na edição de 27 de abril de 2007, publicou matéria afirmando que o Senado, motivado pelo assassinato de João Hélio, havia aprovado, desde fevereiro de 2007, 20 projetos na área de segurança, endurecendo a legislação penal e propondo reformas no sistema penitenciário. Desses projetos, só dois tiveram a tramitação concluída e foram enviados à sanção presidencial. O professor Alexandre Magno comenta que se convive hoje no Brasil com um “direito penal espasmódico”, em que as novas leis são imaginadas e criadas sempre que ocorre um fato que indigna a opinião pública. O endurecimento da lei penal baseia-se muito mais na necessidade de satisfazer o clamor popular do que em dados concretos.³²

Segundo a análise da CCJS nos termos do artigo 356 do Regimento Interno do Senado Federal, as PECs não ofenderiam as cláusulas pétreas; e observariam a exigência constitucional quanto à iniciativa, não sendo identificados impedimentos em razão de constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade. Por isso a PEC foi aprovada, com uma emenda, tendo como redação final a seguinte:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Parágrafo único. Os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos:

I- Somente serão penalmente imputáveis quando, ao tempo da ação ou omissão, tinham plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, atestada por laudo técnico, elaborada por junta nomeada pelo juiz;

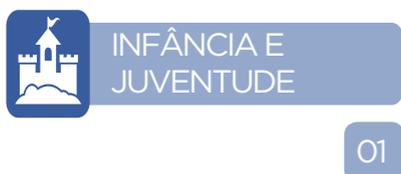
II- Cumprirão pena em local distinto dos presos maiores de dezoito anos;

III- Terão a pena substituída por uma das medidas socioeducativas, previstas em lei, desde que não estejam incurso em nenhum dos crimes referidos no inciso XLIII, do artigo 5º, desta Constituição.

A votação não foi unânime; dois senadores, Patrícia Saboya e Aloizio Mercadante, apresentaram votos em separado, cujo conteúdo será analisado a seguir.

A segunda parte deste artigo tem por objetivo analisar, nas justificativas das propostas de emenda constitucional, nos pareceres e votos em separado, que constituem os documentos da tramitação das propostas, a representação social do adolescente em conflito com a lei, bem como os argumentos dos senadores favoráveis e contrários à redução da maioria penal.

³² MAGNO, Alexandre. *Novamente, a questão da redução da maioria penal*. Acesso em: <http://alexandremagno.com/site/?p=artigos_2&id=33> Acesso em: 23 abr. 2013.



2.1 PEC 20 – Percepção e análise da imagem dos senadores sobre os adolescentes

Esta seção tem o objetivo de analisar os argumentos utilizados pelos senadores para justificar a redução da maioria penal. Para tanto, serão estudadas as justificativas contidas nas PECs. As principais justificativas dos senadores para a redução da maioria penal na legislação brasileira e o conceito acerca da imputabilidade penal dos jovens constam resumidamente no Quadro 1:

QUADRO 1 – RELAÇÃO DAS PECs QUE BUSCAM MODIFICAR A IDADE DA IMPUTABILIDADE PENAL, COM SEUS PRINCIPAIS ARGUMENTOS

Principais justificativas	PECs
Amadurecimento intelectual precoce dos jovens nos dias atuais	Nº 9 de 2004, nº 90 de 2003, nº 18 de 1999, Nº 26 de 2002, Nº 83 de 2011, nº 74 de 2011.
Ineficácia da legislação atual “ECA”	Nº 33 de 2012, nº 9 de 2004, nº 3 de 2001.
Críticas acerca de o critério biológico ter definido a maioria penal.	Nº 18 de 1999, nº 74 de 2011.
Tráfico de drogas tem arregimentado menores porque são menos punidos.	Nº 33 de 2012, nº 18 de 1999, nº 20 de 1999.
Os adolescentes estão mais envolvidos em crimes do que em décadas passadas.	Nº 9 de 2004, nº 18 de 1999, nº 74 de 2011.

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos na página do Senado Federal.

Alexandre Aguiar define que a pena é a mensagem que o Estado transmite à sociedade, o anúncio de que existe uma consequência para aqueles que cometem infrações penais. Essa mensagem tem por objetivo estimular as pessoas a se manterem dentro do marco legal, ou seja, a não cometerem infrações penais. Para que isso se concretize, é preciso que as pessoas compreendam a mensagem, e pautem as suas condutas dentro dos termos dessa compreensão. Desse modo, somente pode sofrer sanção penal aquele que compreende a ilicitude do fato que praticou, e mesmo assim, escolheu praticá-lo.³³

A PEC nº 18 de 1999, na sua justificativa, afirma, por exemplo, que “os menores têm sido instigados por adultos criminosos a praticar delitos, ou a assumir a autoria de crime de outrem, tendo em vista a certeza da imputabilidade penal, pressuposto indispensável de culpabilidade”.³⁴

³³ AGUIAR, Alexandre Magno. *Imputabilidade*. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/imputabilidade>> Acesso em: 24 abr. 2013.

³⁴ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 18 de 1999*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38391&tp=1>> Acesso em: 19 mai. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Na precisa lição de Miguel Reale Júnior, citado por Greco, define-se culpabilidade: “reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei”.³⁵

Assim, são imputáveis aqueles que têm consciência (da ilicitude do fato) e vontade (possibilidade de se escolher entre praticar ou não o ato). Imputabilidade é a capacidade atribuída a alguém de ser responsabilizado penalmente pela infração penal cometida; inimputabilidade é a ausência dessa capacidade.³⁶

Os inimputáveis que praticam crimes recebem medida de segurança, que é um tratamento, cujo objetivo é reduzir a periculosidade do agente, como consta nos artigos 96 a 99 do Código Penal Brasileiro. A imputabilidade é considerada como um dos elementos da culpabilidade, juntamente com a exigibilidade de conduta diversa e o conhecimento potencial da ilicitude.

Os senadores alegam reiteradamente como justificativa para suas propostas de redução da maioria penal que os jovens na sociedade atual apresentam amadurecimento intelectual mais precoce do que em épocas passadas, o que tornaria a legislação atual ultrapassada.

O Parecer nº 478 de 2007, do senador Demóstenes Torres, deixa claro que o constituinte decidiu ignorar o progresso cultural e intelectual de todo um século.

Assim também a PEC nº 9, de 2004, traz em sua justificativa que:

é consabido que, com a evolução dos meios de comunicação, um adolescente com dezesseis ou dezessete anos, por exemplo, tem uma idade psicológica superior à sua idade cronológica, podendo compreender facilmente o caráter ilícito de sua conduta.³⁷

Psicólogos, sociólogos e antropólogos definem a adolescência como um estágio inerente ao desenvolvimento humano, um período de alterações psíquicas e sociais. Junto com as modificações hormonais, o adolescente vive uma fase de amadurecimento psicológico que passa pela reavaliação das relações parentais e por um período de desajuste social, no qual deixou de ser criança, mas ainda não é aceito na sociedade adulta.

A questão não se resume em possuir ou não capacidade para discernir entre o certo e o errado. Por estarem passando por uma fase peculiar de desenvolvimento, os adolescentes devem receber tratamento de recuperação específico para recuperá-los para o convívio social, diferente daquele aplicado aos adultos que são submetidos à legislação penal.³⁸

³⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 89.

³⁶ AGUIAR, op. cit.

³⁷ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 9 de 2004*. p. 1. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38393&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013.

³⁸ MONTEIRO, Ivana dos Santos. SANTOS JUNIOR, Rodimar da Silva. *Redução da maioria penal: advento ao retrocesso*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2309> Acesso em: 21 mai. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Argumentos favoráveis à redução da maioridade penal, como esses aqui citados, são artifícios utilizados para esconder as consequências que a medida pode acarretar em nosso país. São resquícios da Constituição Federal de 1927 e da Doutrina da Situação Irregular.³⁹

Alegam os defensores da tese que: se os jovens aos 16 anos podem votar, têm consciência para escolher os seus representantes políticos, por que não podem responder por seus atos criminais? Ora, é preciso ressaltar que um voto e um crime são atos jurídicos completamente diversos, não podendo ser equiparados; ademais, o voto é facultativo aos adolescentes de 16 anos que não se sentem preparados para exercer tal compromisso.

A adolescência é considerada pela psicologia como uma fase delicada, de fragilidade; não pode ser tida como de características inerentes ao período em si, mas sim como uma construção da sociedade. As diferenças de classe social, culturais e de gênero, entre outras, estas sim devem ser incluídas no planejamento de políticas públicas ou de programas sociais para jovens em conflito com a lei, de modo a levar em consideração suas realidades e necessidades.⁴⁰

As críticas dos defensores da redução da maioridade a respeito de o legislador ter seguido um critério biológico para estabelecer os limites da medida são expressas na justificativa da PEC nº 18, de 1999:

O Código Penal Brasileiro adotou o critério biológico para fixar os limites da imputabilidade, no qual o elemento decisivo é a idade inferior aos dezoito anos. Desde a vigência desse Código, iniciada em 1940, a Nação tem sido contaminada com essa insólita concepção, que merece ser revista diante do avanço da criminalidade em nosso País.⁴¹

No Código Penal de 1940, o legislador não se deteve, no entanto, na questão do caráter delituoso da conduta, mas sim no fato de que o jovem ainda se encontra em formação, concluindo resultar inconveniente aos próprios fins de prevenção e repressão submeter crianças e jovens ao sistema penitenciário reservado aos adultos.

O Código penal Brasileiro adotou o critério biopsicológico. Segundo esse critério, é inimputável o sujeito que ao tempo do crime apresenta transtornos ou deficiências mentais que o incapacitam de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

A política criminal propõe como alternativa ao método rígido das penas criminais um sistema flexível de medidas preventivas ou socioeducativas, capazes, conforme o caso, de proteger, educar, e até punir prevenindo práticas antissociais.⁴²

Senadores utilizam o argumento de que traficantes, buscando não se incriminarem, utilizam os jovens para o tráfico de drogas, pois a pena a eles é mais branda.

É o que consta na PEC nº 33, de 2012:

³⁹ SILVA, Felipe. *Adolescência e maioridade penal: reflexões a partir da psicologia e do direito*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext> Acesso em: 21 mai. 2013.

⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 18 de 1999*. p. 1. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38393&tp=1>> Acesso em: 19 mai. 2013.

⁴² SILVA, Amaral e *Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade?* Disponível em: <http://rebidia.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=339> Acesso em: 20 mai. 2013.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

Menores infratores, muitas das vezes patrocinados por maiores criminosos, praticam reiterada e acintosamente delitos que vão desde pequenos furtos até crimes como tráfico de drogas e mesmo homicídios, confiantes na impunidade que a Constituição e o ECA lhes conferem.⁴³

Ocorre que o centro da violência no Brasil é o crime organizado, principalmente em torno do contrabando de armas e do tráfico de drogas. As quadrilhas invadem as comunidades com o intuito de garimpar jovens para contribuir com a organização criminosa e garantir o domínio do tráfico. Muitos jovens são executados por traficantes em lutas armadas por disputas de território.

As quadrilhas se apropriam de determinados grupos sociais para tirarem proveito; nesses grupos encontram-se negros, migrantes e pessoas de baixa renda, que sofrem as principais arbitrariedades quanto à responsabilidade penal, ao passo que os mentores das quadrilhas muitas vezes permanecem impunes.

Enquanto as classes favorecidas contratam segurança privada para garantir sua segurança pessoal, as classes pobres se submetem à segurança oferecida pelos traficantes, já que o poder público não se compromete com uma política de segurança.⁴⁴

Patrícia Otoni publicou um estudo da Organização do Trabalho que conclui que 15% dos jovens que trabalham no tráfico de drogas têm entre 13 e 14 anos. Isso demonstra que o tráfico não encontra dificuldades para aliciar crianças cada vez menores. A cada redução de faixa etária que se propuser para a redução da maioridade penal, mais novos serão as crianças e jovens a serem aliciados pelo tráfico. Desse modo, reduzir a idade penal significa jogar no mundo do crime crianças cada vez mais jovens.⁴⁵

A justificativa da PEC nº 33, de 2012, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, faz críticas ao ECA: “... os números revelam que a tendência à reincidência é muito alta. E um dos motivos para isso é a sensação de impunidade, que o espírito do ECA atualmente nos transmite”.⁴⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente, alvo de críticas dos parlamentares, foi criado a partir da Lei nº 8.069/90, estabelecendo medidas de proteção à criança e ao adolescente, quando estes tiverem seus direitos ameaçados ou violados. Sua principal diretriz foi a Constituição Federal de 1988, documento que, no tocante aos direitos humanos, traz o que há de mais avançado em termos de direitos das crianças e dos adolescentes. Acontece que, apesar do Estatuto ter completado 22 anos desde a sua promulgação, ele ainda precisa ser implementado e conhecido pela sociedade como um todo. Os meios de comunicação deveriam aproveitar seu grande poder de difusão e publicar dados, como os que a jornalista Eliane Brum apresentou em sua coluna. Segundo ela, a Fundação Abrinq realizou um estudo sobre adolescentes que contabiliza mais de 8.600 crianças e adolescentes assassinados no Brasil em 2010,

⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012*. p. 4. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013.

⁴⁴ ARGOLO, Francisco Sales de. *Redução da maioridade penal uma maquiagem nas causas da violência*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9943/reducao-da-maioridade-penal/2>> Acesso em: 22 mai. 2013.

⁴⁵ OTONI, Patrícia. *Por que recusar a redução da maioridade penal*. Disponível em: <<http://www.casadajuventude.org.br/index.php?option=content&task=view&id=251&Itemid=2>> Acesso em: 22 mai. 2013.

⁴⁶ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012*. p. 5. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

segundo o Mapa da Violência. Esse número coloca o Brasil na quarta posição entre os 99 países com as maiores taxas de homicídio de crianças e adolescentes de 0 a 19 anos. Em 2012, mais de 120 mil crianças e adolescentes foram vítimas de maus-tratos e agressões, conforme relatório dos atendimentos no Disque 100. Desse total de casos, 68% sofreram negligência; 49,20%, violência psicológica; 46,70%, violência física; 29,20%, violência sexual; e 8,60%, exploração de trabalho infantil. Menos de 3% dos suspeitos de terem cometido violência contra crianças e adolescentes tinham entre 12 e 18 anos incompletos, conforme levantamento feito entre janeiro e agosto de 2011. Quem comete violência contra crianças e adolescentes são os adultos.⁴⁷

Não basta termos uma legislação avançada em questões mundiais, é preciso alterar a visão sociocultural entre nós. Esse processo é lento e doloroso muitas vezes. A saída da situação irregular para a doutrina da proteção integral ainda não foi assimilada e compreendida por nossa sociedade. A segregação persiste em todos os lugares para onde são levados os adolescentes que cometem atos infracionais.

É necessário construir uma nova visão a respeito das crianças e dos adolescentes, lembrando que eles são pessoas em desenvolvimento; e a partir do princípio do melhor interesse do menor.⁴⁸

A senadora Patrícia Saboya, em seu voto separado na PEC nº 20 de 1999, afirma que as medidas previstas pelo ECA não são brandas, dependendo da gravidade da conduta do adolescente; este pode ficar sem liberdade por até três anos. Isso significa ¼ da existência daquele com 12 anos; e 1/6 daquele de 18, nada pouco para quem está fixando limites e valores. Em termos proporcionais, esse quantum representa penas de nove e seis anos de reclusão, respectivamente, para um adulto com 36 anos de idade.⁴⁹

Destaca ainda que é ignorado o fato de que o menor infrator pode ser submetido a mais de uma medida de internação, caso pratique mais de um ato infracional grave no curso da adolescência.

O senador Aloizio Mercadante, na mesma votação, frisou que vários Estados e municípios brasileiros têm muita dificuldade em separar os jovens de acordo com a idade e a gravidade das infrações cometidas, ou mesmo promover atividades vinculadas aos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mencionou uma pesquisa realizada pelo IPEA, que revelou que 71% das unidades de internação não atendem às mínimas condições definidas pelo ECA.⁵⁰

Antes de criticar o mau funcionamento de um dos estatutos mais avançados e protetivos do mundo, os senadores e os políticos de forma geral deveriam começar a analisar a estrutura, as condições físicas dos prédios dos Centros de Atendimento Socioeducativo bem como o número de funcionários disponíveis; deveriam exigir que os governos invistam para que se realizem de forma mais efetiva as medidas educativas em prol dos menores.

⁴⁷ BRUM, Eliane. *Pela ampliação da maioridade moral*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2013/04/pela-ampliacao-da-maioridade-moral.html>> Acesso em: 01 jun. 2013.

⁴⁸ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588> Acesso em: 23 abr. 2013.

⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 20 de 1999*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013.

⁵⁰ Idem, ibidem. Senador Aloizio Mercadante votou pela rejeição da Proposta.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

No que diz respeito ao aumento da criminalidade de jovens, o jornal Gazeta do Povo publicou uma matéria em 11 de maio de 2013 com estatísticas a respeito do número de delitos praticados por adolescentes. Os dados foram levantados pela 3ª Vara da Infância e da Juventude de Curitiba; demonstrou-se ali que pouco mais de 3% dos 2.237 atos infracionais registrados naquela cidade, ao longo do ano anterior, equivaliam a crimes hediondos como homicídio, latrocínio ou estupro. A maioria dos casos dizia respeito a infrações de menor gravidade, principalmente posse ou tráfico de drogas e pequenos furtos e roubos. O levantamento ainda demonstrou que apenas um em cada quatro adolescentes encaminhados em 2012 para medidas socioeducativas em Curitiba era reincidente.⁵¹

A jornalista Eliane Brum publicou em sua coluna na revista Época números interessantes, segundo dados da Secretaria Nacional de Direitos Humanos. Entre 2002 e 2011, os casos de homicídio apresentaram uma redução de 14,9% para 8,4%; os de latrocínio (roubo seguido de morte), de 5,5% para 1,9%; e os de estupro, de 3,3% para 1%. Vale a pena também dar a dimensão real do problema: da população total dos adolescentes brasileiros, apenas 0,09% cumprem medidas socioeducativas como infratores. A maioria deles cometeram crimes contra o patrimônio.⁵²

Os números vão ao encontro do que a senadora Patrícia Saboya relatou em seu voto em separado na CCJS, que o rebaixamento da idade penal não teria nenhum impacto nos índices de criminalidade, porque mais de 90% dos crimes são praticados por adultos. No Estado de São Paulo, os adolescentes foram responsáveis por menos de 4% dos crimes cometidos em 2003. O percentual de delitos atribuídos aos adolescentes brasileiros está abaixo da média mundial, que é 11,6%, muito aquém do registrado no Japão (42,6%).

2.2 PEC 20 – Argumentos com as posições dos senadores sobre a redução da maioridade penal

O relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 20 de 1999, senador Demóstenes Torres, comenta que o Código Penal brasileiro de 1940 adotou um critério puramente biológico e naturalístico ao estabelecer que “os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis”; e que esse critério foi mantido na reforma do Código Penal de 1984. Afirma também que um menor de 18 anos não é dotado, por força de lei, de capacidade de culpabilidade, ou seja, não pode responder por seus atos, e contra isso não se admite prova em contrário, tratando-se de uma presunção absoluta.

Observa ainda que estamos diante de uma ficção jurídica, uma construção abstrata e apriorística da lei, sem ligação com a realidade concreta, e que desconsidera se o agente era ou não capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento. As principais justificativas das PECs, de uma forma geral, trazem o argumento de que o desenvolvimento mental dos jovens dos dias de hoje é muito superior; e relatam o aumento exponencial da criminalidade.

Torres menciona que Tobias Barreto, o maior penalista do Império brasileiro, em sua obra *Menores e loucos em direito criminal*, escrita em 1884, e reeditada em 2003 pelo Senado Federal, já clamava por um direito penal que estabelecesse uma relação direta entre a maioridade penal e o discernimento do agente. Para Demóstenes Torres,

⁵¹ Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1371530&tit=Apenas-3-dos-delitos-cometidos-por-jovens-sao-graves> Acesso em: 24 abr. 2013

⁵² BRUM, op. cit. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2013/> Acesso em: 01 jun. 2013.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O legislador constituinte de 1988 decidiu simplesmente suspender a história, e um dos resultados é o aumento da criminalidade em meio aos jovens e o uso crescente de menores por parte de quadrilhas organizadas, que apenas procuram formar um escudo protetor contra o Poder Judiciário, beneficiando-se da lei.

Ele apresenta dados demonstrando que, no Rio de Janeiro e em São Paulo, estima-se que mais de 1% da população trabalha para o tráfico de drogas, o qual ocupa, majoritariamente, mão de obra jovem ou adolescente. Esses números demonstram claramente que os jovens são o grupo populacional que mais se envolve com esse tipo de crime nos dias de hoje, e o direito constitucional não pode permanecer inerte e suspenso diante dessa realidade.

O senador Aloizio Mercadante, em seu voto em separado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, discorda inicialmente de que as propostas de emenda à Constituição não ofendem as cláusulas pétreas do art. 60, §4º da Constituição Federal. Para Mercadante, a redução da idade mínima da imputabilidade penal ultrapassa os chamados limites materiais de reforma da Constituição.⁵³ Ainda que o jovem com idade inferior a 18 anos seja casado, ou emancipado, ou mesmo que se trate de um superdotado com excepcional inteligência, a presunção legal persiste pelo seu caráter absoluto, que não admite prova em contrário.

Mercadante ressaltou que o Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a “guarda da Constituição”, tem entendido desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, em 18 de março de 1994, que as garantias individuais protegidas pelo manto da imutabilidade do art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Básica, não se limitam às elencadas no art. 5º da Carta Magna, podendo ser encontradas em diversos dispositivos do documento.

Desse modo, frisa que o §4º do artigo 60 da Constituição Federal não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, seguindo-se aí as cláusulas pétreas. Os senadores têm o compromisso de cumprir a Constituição, em conformidade com o §2º do art. 4º do Regimento Interno, sendo que só podem decidir sobre os termos compatíveis com as cláusulas pétreas, o que não é o caso das PECs analisadas.

No que pertine à regra de o agente entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento, sem prejuízo da constatação de que tal regra iria de encontro com critério biológico, afetaria os princípios do tratamento isonômico perante a lei de observância do devido processo legal, pois seria irrazoável reconhecer a imputabilidade do menor nas hipóteses do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e não as reconhecer em outras, conforme o projeto da PEC nº 18 de 1999.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal, determina em seu artigo 40, parágrafo 3º, “a” que os Estados estabeleçam uma idade mínima da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal. Nesse sentido, o Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU já deliberou indicativo sugerindo que a idade penal mínima a ser adotado pelos Estados seja 18 anos.

Lembrou em seu voto que inimputabilidade não significa impunidade. O próprio ECA, ao tratar das medidas socioeducativas, prevê que o jovem pode ficar até nove anos dentro do sistema de medidas socioeducativas, progredindo do regime de internação para a semiliberdade e, em seguida, para a liberdade assistida.⁵⁴

⁵³ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 20 de 1999*. p. 15. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 22 mai. 2013. Senador Aloizio Mercadante votou pela rejeição da Proposta.

⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 20 de 1999*. p. 22 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013. Senador Aloizio Mercadante votou pela rejeição da Proposta.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

O CONANDA, principal órgão do sistema de garantia dos direitos da infância e da juventude, em nota divulgada à imprensa, condena a redução da maioridade penal:

(...) é errônea a ideia de que o problema da violência juvenil em nosso país é mais grave uma vez que a participação de adolescentes na criminalidade é de 10% do total de infratores. No Brasil, o que destaca é a grande proporção de adolescentes assassinados, bem como o número elevado de jovens que crescem em contextos violentos.

O UNICEF também publicou nota sobre o assunto, em que afirma:

A urgência é garantir o direito de crescer sem violência e reverter a alarmante média de 16 assassinatos de crianças e adolescentes por dia no Brasil, que chama a atenção em todo o mundo (...). Custa muito caro para toda a sociedade brasileira não implementar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A aprovação da redução da maioridade penal, ou a sua desconsideração, como está sendo proposta, significará a morte do ECA uma vez que vai haver substituição do conceito de medida socioeducativa pela ideia pura e simples de punição retributiva. Além disso, o país terá de assumir as consequências terríveis de encaminhar jovens para os atuais presídios brasileiros, comandados pelo crime organizado.

Afirma que, em um país em que sofrem morte violenta cerca de 16 jovens por dia, na maioria pobres e negros, a redução da maioridade penal significa afastamento do caminho que se deveria seguir. Se há uma dívida do parlamento para com a sociedade brasileira em relação à questão da violência, não se pode esquecer a dívida que todos temos em relação a nossos jovens.

Seria um grave erro político transformar a questão da maioridade na grande vilã da segurança no país. Destacou que temas como o financiamento da segurança pública, a integração das polícias civil e militar, o aperfeiçoamento da legislação penal, a melhoria na educação brasileira e o investimento nas políticas destinadas ao jovem são imprescindíveis nessa discussão.

Em seu voto, votou pela rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 20, de 1999, bem como das demais que tramitam apensadas.⁵⁵

A senadora Patrícia Saboya também votou em separado perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.⁵⁶

Primeiramente, antes de fazer a análise do mérito das PECs, ressaltou que a fixação da inimputabilidade penal aos 18 anos de idade é uma medida de política criminal profundamente incorporada à tradição jurídica e cultural brasileira.⁵⁷

A Constituição Federal de 1988, além de constitucionalizar a inimputabilidade penal aos 18 anos, converteu-a em garantia fundamental para toda criança e todo adolescente, incorporando o princípio da proteção integral a que eles fazem jus, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 20 de 1999*. p. 27 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 21 mai. 2013. Senador Aloizio Mercadante votou pela rejeição da Proposta.

⁵⁶ Idem, p. 28. Senadora Patrícia Saboya votou pela rejeição da Proposta.

⁵⁷ Idem, p. 30. Senadora Patrícia Saboya votou pela rejeição da Proposta.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

Citou que o STF tem o entendimento de que os direitos e garantias individuais não estão restritos ao art. 5º, mas se disseminam por toda a Constituição, por força do disposto no § 2º do seu artigo 5º. A manutenção do limite da maioridade penal também está garantida pelo princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal, considerado vinculante não só para a interpretação e aplicação do Direito, mas também para a produção das normas legais, de acordo com o STF.

Quando aborda o mérito das propostas, Saboya esclarece que a legislação brasileira não escolheu a idade de 18 anos de maneira aleatória. A escolha está pautada no padrão adotado pelos mais importantes documentos internacionais sobre o tema: A convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras Mínimas para a Administração da Justiça de Menores, as Diretrizes para a Proteção da Delinquência Juvenil e o Pacto de San José da Costa Rica são documentos que, ratificados ou apoiados pelo Brasil, demandam proteção e cuidados especiais para os infratores com menos de 18 anos.

A adoção das propostas de redução prejudicaria a imagem do Brasil no exterior e provocaria imenso desgaste político, não só por conflitar com a nossa tradicional postura de vanguarda no tocante à edição de leis voltadas à proteção dos direitos humanos, como também, e especialmente, por significar um retrocesso incabível para o país que se notabilizou justamente por ser o primeiro do mundo a aprovar uma lei relativa à infância e juventude em total conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança.⁵⁸

Saboya também comentou que o rebaixamento da idade penal teria pouco ou nenhum impacto sobre os índices de criminalidade, porque mais de 90% dos crimes são praticados por adultos. No Estado de São Paulo, onde se registra o maior número de delitos, os adolescentes foram responsáveis por menos de 4% dos crimes cometidos em 2003. O porte de arma, o tráfico de drogas e a condução de veículo sem habilitação praticamente completam o rol de infrações dos adolescentes; são raros os homicídios (cerca de 1%), embora os mais cruéis ganhem notoriedade devido à superexposição na imprensa.⁵⁹

O aumento dos índices de criminalidade é também consequência do êxodo rural e do crescimento desordenado dos centros urbanos. Há mais de um século, a participação dos adolescentes no total dos crimes perpetrados no Brasil continua inferior a 10%. Saboya enaltece o fato de que a justiça juvenil tem se mostrado ágil e rigorosa: leva no máximo três meses para estabelecer as punições cabíveis aos infratores e determina a privação da liberdade para boa parte delas, como fez com os 38,5% que estão submetidos à internação, a mais severa das medidas socioeducativas.

Segundo ela, a redução da maioridade penal, em vez de pôr termo à prática de utilizar o adolescente como instrumento das ações criminosas dos adultos, iria fazer com que estes passassem a explorar pessoas cada vez mais novas. Significaria ver a adolescência sob a ótica do crime e ignorar a necessidade de reinserção social do jovem infrator.

Aprovado, o projeto de redução da maioridade penal importaria no afastamento quase completo da hipótese de ressocialização do adolescente, que ficaria trancado em um espaço onde imperam corrupção, tratamento desumano, superlotação, tortura, ameaças à saúde como o vírus HIV, doenças como tuberculose e hepatite.

⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 20 de 1999*. p. 32. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>> Acesso em: 20 mai. 2013. Senadora Patrícia Saboya votou pela rejeição da Proposta.

⁵⁹ Idem, p. 33. Senadora Patrícia Saboya votou pela rejeição da Proposta.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

A redução do limite da idade penal aumentaria o sentimento geral de impunidade, traria mais descrédito à justiça e fustigaria a criminalidade, tanto juvenil quanto adulta. Acarretaria o inchaço da população carcerária e o consequente agravamento da carência de vagas no sistema penitenciário.

Saboya finaliza seu voto pela rejeição das PECs bem como das Emendas apensadas, afirmando que o caminho é exigir a implantação da efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente, até convertê-lo inteiramente em realidade, com a criação de políticas públicas de atendimento básico e de assistência integral à infância e à juventude.

Conclusão

Com esta pesquisa concluímos que o Brasil levou vários anos para consolidar uma legislação protetiva aos menores como é o Estatuto da Criança e do Adolescente. As propostas de redução da maioria penal se deixam levar por pressões midiáticas e são criadas sem embasamento científico, colocando em risco uma das legislações mais protetivas e avançadas do mundo, que, infelizmente, não alcança sua eficácia plena por falta de investimento dos governantes brasileiros. A falta de investimento em projetos sociais, em educação e cultura agrava cada vez mais a desigualdade social no país.

A desigualdade social é um fator determinante para os elevados índices de violência -na nossa sociedade, na qual, de um lado estão os jovens brancos, bem vestidos, com bom nível de escolaridade, trabalho formal garantido; do outro lado, jovens negros, malvestidos, analfabetos, esmolando ou trabalhando na informalidade para sustentarem seus lares, muitas vezes praticando pequenos delitos para saciar sua fome.

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma grande crise estrutural; é incapaz de oferecer mínimas condições de dignidade aos presos, garantia determinada pela Constituição Federal de 1988.

Um menor de 16 anos que ingresse em uma casa prisional superlotada será alvo fácil para criminosos de maior periculosidade, podendo tornar-se pessoa mais perigosa do que quando entrou.

As propostas de redução da maioria penal são surgem ante o clamor popular, engendradas por nossos legisladores sem as necessárias pesquisas avançadas no tema - na maioria das vezes, a intenção é mesmo a de garantir votos em futuras eleições; de mostrar serviço à comunidade, prometendo falsa garantia de diminuição da criminalidade.

Referências

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa do Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de julho de 1990.

BRASIL. Projeto de Lei nº 478, de 26 de abril de 2007. Dispõe sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1999. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 12 maio 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38194&tp=1>> Acesso em: 18 mai. 2013.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



CRIME E SOCIEDADE

01 02



DIREITOS HUMANOS

01



ESCOLAS PENAIS

01 02 03 04 05



INFÂNCIA E
JUVENTUDE

01

GOMES, Flávio Luiz *Para onde vamos com o populismo penal?* Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal/>> Acesso em: 24 set. 2012.

APÊNDICE 1 – Relação das PECs que buscam modificar a idade da imputabilidade penal

PEC	Descrição das alterações propostas
PEC nº 20 de 1999	Art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial. Parágrafo único: Os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente imputáveis quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei.
PEC nº 18 de 1999	Art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial. Parágrafo único. Nos casos de crimes contra a vida ou patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, são imputáveis os infratores com dezesseis anos ou mais de idade.
PEC nº 3 de 2001	Art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial. Parágrafo único. Os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis na hipótese de reiteração ou reincidência em ato infracional e quando constado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei.
PEC nº 26 de 2002	Art. 228 Os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos responderão pela prática de crime hediondo ou contra a vida, na forma da lei, que exigirá laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo Juiz, para atestar se o agente, à época dos fatos, tinha capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato.
PEC nº 90 de 2003	Art. 228 Parágrafo único: Os menores de dezoito anos e maiores de treze anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos são penalmente imputáveis.
PEC nº 9 de 2004	Art. 228 Nos casos de crimes hediondos ou lesão corporal de natureza grave são imputáveis os menores que apresentem idade psicológica igual ou superior a dezoito anos, sendo capazes de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.
PEC nº 74 de 2011	Art. 228. [...] Parágrafo único: Nos casos de crime de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos.



01 02



01



01 02 03 04 05



01

**PEC nº
83 de
2011**

Art. 228. A maioridade é atingida aos 16 (dezesseis) anos, momento a partir do qual a pessoa é penalmente imputável e capaz de exercer diretamente todos os atos da vida civil.

**PEC nº
33 de
2012**

Art. 228. ...

Parágrafo único: Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

Julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

Cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

Capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

Efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade;

Cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos na página do Senado Federal.

