



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 38 – janeiro/junho 2012

ISSN 1676-4781

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (Coordenadora)
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

HELDER SANTOS AMORIM
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO
Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 38 – janeiro/junho 2012
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hot site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2012. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 11, n. 38, jan./jun.,2012

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Caro(a) leitor(a),

O Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, em seu número 38, traz artigos dedicados a temas de Direito Internacional, Direito Penal e Processo Penal.

Daniela Oliveira Rodrigues, em *As flexibilidades do Acordo TRIPs na nova dinâmica comercial internacional*, aborda a questão das patentes, a flexibilidade diante do direito ao acesso de medicamentos como uma das consequências do direito à saúde.

No âmbito do Direito Penal, Aline Mota de Oliveira defende, em *A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade*, o excesso de tipos penais e a possibilidade da punição de determinadas condutas por meio de outros sistemas sancionatórios.

Gabriel Silveira de Queirós Campos, em *Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas*, escreve a respeito de pontos que estão na ordem do dia quando falamos de provas em processo penal e, em seu trabalho, esclarece conceitos e analisa decisões judiciais relacionadas.

Por seu turno, Guilherme Augusto Dornelles de Souza nos brinda com *A busca da verdade no processo penal e o estudo das falsas memórias*, que trata de técnicas para obter melhores resultados da colheita da prova testemunhal.

A presunção de inocência e a não previsão do efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, de Lucas Catib de Laurentiis, retoma o debate em torno do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n. 84078, quando restou decidido que não poderia haver execução provisória em matéria penal antes do trânsito em julgado, sendo interessante lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal tem afirmado a possibilidade da execução após os segundos embargos de declaração, por entender que posteriormente os recursos seriam procrastinatórios.

Por sua vez, Luciana de Oliveira Monteiro, em *A reconstrução do idealismo alemão como fundamento do conceito material de culpabilidade num Estado Democrático de Direito*, nos proporciona leitura sobre os fundamentos de clássicos como Kant e Hegel e do contemporâneo Claus Roxim para definição do referido conceito.

E, ao fechar esta publicação, Mateus Castriani Quirino apresenta estudo sobre a responsabilidade daquele que tem o dever de vigilância, cuidado ou proteção e os seus efeitos em âmbito penal em *Reinterpretando a posição de garante no Código Penal brasileiro*.

Esperamos que a leitura contribua para o esclarecimento de temas presentes na atualidade dos debates jurídicos.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Procuradora Regional da República
Coordenadora da Câmara Editorial do Boletim Científico

Sumário

Direito Internacional

As flexibilidades do Acordo TRIPS na nova dinâmica comercial internacional

Daniela Oliveira Rodrigues.....11

Direito Penal, Processo Penal

A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade

Aline Mota de Oliveira.....37

Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas

Gabriel Silveira de Queirós Campos.....109

A busca da verdade no processo penal e o estudo das falsas memórias

Guilherme Augusto Dornelles de Souza.....145

A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial

Lucas Catib de Laurentiis.....167

A reconstrução do idealismo alemão como fundamento do conceito material de culpabilidade num Estado democrático de Direito

Luciana de Oliveira Monteiro.....195

Reinterpretando a posição de garante no Código Penal brasileiro

Mateus Castriani Quirino.....245

Direito Internacional

As flexibilidades do Acordo TRIPS na nova dinâmica comercial internacional

Daniela Oliveira Rodrigues

Advogada. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora visitante do Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle, Université de Strasbourg, Estrasburgo, França.

Resumo: O presente artigo visa a analisar o contexto de negociação e elaboração das regras do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), destacando, para tanto, os interesses e objetivos das partes envolvidas, traçando um paralelo entre as regras atualmente vigentes e as flexibilidades pleiteadas pelos países em desenvolvimento, especialmente no que se refere ao acesso amplo a medicamentos. Aborda também o papel da Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública para o comércio internacional, em vista da dinâmica atual pautada na busca por regras de comércio mais flexíveis em contraposição à tendência de negociação de acordos bilaterais e de livre comércio, os quais se caracterizam pela previsão de regras TRIPS-*plus*.

Palavras-chave: Direito do comércio internacional. OMC. Acordo TRIPS. Declaração de Doha. Flexibilidades. Acordos bilaterais e de livre comércio.

Abstract: This article aims to analyze the drafting context of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), specially the interests and objectives involved during the negotiations. For this purpose, will be highlighted the bastidors relations, the interests of developed countries in IP enforcement rules and requirements from developing countries for more a different and innovative regulation. Also, this work will discuss the role of Doha Declaration on TRIPS and Public Health

for International Trade, considering the movement from developing countries for more flexible rules in the international trade environment, which opposes directly to the Bilateral and Free Trade Agreements, usually called as TRIPS-plus.

Keywords: International trade law. WTO. TRIPS Agreement. Doha Declaration. Flexibilities. Bilateral and Free Trade Agreements.

Sumário: 1 Introdução. 2 O processo de negociação do Acordo TRIPS e os interesses em jogo. 3 A importância da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública. 4 O Acordo TRIPS e a questão da saúde pública: patentes *vs.* acesso generalizado a medicamentos. 4.1 O uso dos períodos de transição – a perda de oportunidade pelo Brasil. 4.2 Critérios de patenteabilidade. 4.3 Licença compulsória. 4.4 Princípio do esgotamento internacional e facilitação da importação paralela. 4.5 Exceções limitadas aos direitos sobre as patentes. 5 Os acordos bilaterais e de livre comércio e a proteção da saúde pública. 6 Conclusões.

1 Introdução

O momento pelo qual a sociedade tem passado é de renovação. A cada dia assiste-se ao desmembramento de estruturas consideradas até então sólidas e tradicionais. Comportamentos e padrões são influenciados e alterados por informações recebidas e transmitidas muito rapidamente. Manifestações políticas são organizadas e os seus deslindes são transmitidos por meio das redes sociais.

Contexto idêntico de transformação se verifica nas relações comerciais internacionais. As necessidades e preocupações anteriormente verificadas já não mais fazem parte dos anseios dos países na dinâmica atual, de modo que se tem assistido à mudança de postura de atores presentes há muito no cenário comercial mundial. Em paralelo, tem-se a entrada de novos atores, bastante influentes, que alteram o “equilíbrio” até então verificado, trazendo novos fatos, novos desafios e um novo panorama comercial ao qual todos os envolvidos devem se adaptar (THORSTENSEN, 2010).

Manter a ordem e estabelecer relações comerciais estáveis com este cenário como pano de fundo tem sido considerado um dos maiores desafios da Organização Mundial do Comércio (OMC), em vista do aumento da importância dos acordos bilaterais e de livre comércio em detrimento do plano multilateral. Ao contrário da dinâmica verificada durante a Rodada Uruguai, hoje não se identifica tão nitidamente a preponderância dos interesses dos países desenvolvidos frente aos países em desenvolvimento, de modo que se permita aos primeiros ditarem, com total segurança, as atitudes a serem tomadas pelos últimos.

Mais fortalecidos, os países em desenvolvimento passaram a exigir do sistema multilateral de comércio a tutela de medidas condizentes com a sua realidade econômica, comercial e social, capazes de atenderem aos seus interesses. Exigem, pois, medidas que permitam o crescimento econômico, cultural e tecnológico e que também lhes concedam espaço maior para a promoção de políticas públicas.

No que se refere aos direitos de propriedade intelectual, o antagonismo de interesses é latente. Não raramente os países em desenvolvimento criticam o Acordo TRIPS quanto aos seus aspectos de estímulo ao comércio por meio da proteção, muitas vezes exacerbada, dos direitos de propriedade intelectual. Neste sentido, as desconfianças quanto aos possíveis efeitos negativos da adoção de um sistema TRIPS-*plus*, caracterizado pelo fortalecimento das normas que visem a proteger os titulares dos direitos de propriedade intelectual em detrimento das normas que atendam a fins de desenvolvimento.

Por essa razão, na busca pela concretização de seus interesses, os países em desenvolvimento vêm buscando a aceitação do efetivo uso das flexibilidades previstas pelo referido acordo. Prova disso é a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, de 2001, que aborda assuntos já presentes na pauta de discussões da conhecida Rodada Doha (ou “Rodada do Desenvolvimento”), iniciada no âmbito da OMC em 2001 e, até o presente momento, não encerrada.

Em razão desse panorama, o presente artigo tem como objetivo apresentar as principais flexibilidades oferecidas pelo Acordo TRIPS no que se refere à promoção dos direitos humanos à vida e à saúde, das quais os países em desenvolvimento poderiam fazer uso, bem como os diversos interesses que as circundam. Por fim, procurar-se-á apresentar em que medida as regras de direitos humanos poderiam contribuir para uma dinâmica comercial mais justa e eficaz, em se tratando de comércio envolvendo bens de propriedade intelectual.

2 O processo de negociação do Acordo TRIPS e os interesses em jogo

O Acordo TRIPS tem como objetivo assegurar a proteção dos bens de propriedade intelectual, porém, estabelecer os meios pelos quais se obteria a referida proteção foi um processo árduo, que exigiu dos envolvidos esforços e habilidade nas negociações.

A necessidade de trazer proteção dos bens de propriedade intelectual para o âmbito do comércio multilateral adveio dos países desenvolvidos a partir da década de 1970, em vista de sua insatisfação com o sistema de proteção das Nações Unidas¹.

A essa proposta, a princípio, os países em desenvolvimento reagiram com resistência. No entanto, com o estabelecimento da Rodada Uruguai, em 1986, e o crescimento, por parte dos países desenvolvidos, de ameaças de sanções comerciais e retaliações, bem como de oferta de concessões em setores da economia considerados estratégicos para os países em desenvolvimento, como agricultura e têxteis, terminou-se por aceitar o foro multilateral como o mais adequado para a elaboração de normas destinadas a estabelecer níveis ou padrões de propriedade intelectual e para aplicar as medidas necessárias para sua observância e sanções.

1 Para os países desenvolvidos, o sistema de proteção de propriedade intelectual gerido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) não falhou ao não proteger adequadamente os direitos de suas indústrias de tecnologia, uma vez que não eram oferecidos padrões substanciais de proteção e, tampouco, mecanismos de *enforcement* efetivos frente às infrações cometidas (UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 3).

Durante as negociações na Rodada Uruguai, as diferenças de interesses entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento mostraram-se de modo latente, o que, inclusive, em muito influenciou na redação final das regras do Acordo TRIPS.

Surgiram três concepções sobre propriedade intelectual. De acordo com a primeira, liderada pelos Estados Unidos, a proteção da propriedade intelectual seria instrumento destinado a favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Para a segunda, na visão das nações em desenvolvimento, o sistema de propriedade intelectual constituiria meio para assegurar a difusão de tecnologia, mediante a previsão de mecanismos formais e informais de transferência. Na terceira concepção, em caráter intermediário, visão defendida especialmente pelo Japão e pela Comunidade Europeia, o sistema de propriedade intelectual seria mecanismo de proteção e de impedimento de abusos por parte dos titulares dos bens de propriedade intelectual, de modo a evitar a ocorrência de barreiras ao comércio e outras distorções (AMARAL JUNIOR, 2002).

Na realidade, nenhuma das concepções foi adotada em sua integralidade. Ao final das negociações, foi elaborado o projeto de Acordo TRIPS denominado *Dunkel Draft*, em que se procurou obter um ponto de equilíbrio entre os interesses dos países em desenvolvimento e os desenvolvidos. Nesse sentido é a afirmação do diretor-geral Dunkel de que “*all the parties ‘won’ and ‘lost’ important issues*”².

No que concerne às vitórias obtidas pelos países em desenvolvimento, há de se destacar as denominadas “flexibilidades”, que consistiriam na previsão de adoção, pelos Estados-Membros, de medidas excepcionais àquelas de proteção aos direitos de propriedade intelectual com o fim de política pública e cumprimento do interesse público.

2 Cf. “Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations”, *Gatt DOC.TNC/W/FA* (20 December 1991).

A menção à possibilidade de tais medidas estaria destacadamente presente no preâmbulo³, bem como nos artigos 7⁴ e 8⁵ do Acordo. Resumidamente, pode-se afirmar que o preâmbulo reconhece, expressamente, a necessidade de implementação de políticas públicas, a fim de que sejam atendidos os objetivos de desenvolvimento social, cultural e tecnológico. Para tanto, deve o Estado lançar mão de mecanismos que promovam a inovação tecnológica e possibilitem a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico, o que pode se dar por meio da adoção das medidas voltadas à proteção e promoção do interesse público em setores considerados estratégicos.

Assim, a princípio, o Acordo TRIPS contribuiria para a obtenção de espaço pelos países em desenvolvimento para a realização de políticas públicas em setores como saúde, educação e tecnologia. Contudo, o que se observa é a situação contrária, em que as regras de comércio internacional contribuem para a redução desse espaço, impedindo a consecução de interesses estratégicos e de grande rele-

3 “Reconhecendo os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;

Reconhecendo igualmente as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo a Membros no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;”.

4 “A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

5 “1 – Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo. 2 – Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia”.

vância. Ter como pressuposto os padrões mínimos de proteção em muito tem sido prejudicial, o que representa clara violação ao atendimento de direitos econômicos, sociais e culturais, universais por natureza. Por essa razão, a necessidade de discutir em foros dotados de maior independência, em que se permita repensar a estrutura de regulação atual e construir um modelo de regulação mais eficiente.

3 A importância da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública

Um das áreas mais estratégicas para um Estado e a que mais anseia por investimentos com vistas ao desenvolvimento, de fato, é a área da saúde. De acordo com relatório da Organização Mundial de Saúde, pessoas infectadas com doenças como tuberculose e AIDS ainda se encontram localizadas, em sua maioria, em países em desenvolvimento⁶. Esta situação está diretamente relacionada com a dificuldade de as pessoas residentes nesses países terem acesso aos medicamentos adequados.

A fim de fazer valer os dispositivos do Acordo TRIPS quanto às suas flexibilidades e conceder um guia de interpretação para os países em desenvolvimento, quanto às regras do referido Acordo, foi adotada, em 14 de novembro de 2001, durante a Conferência Ministerial de Doha, a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública.

A referida declaração representa a oportunidade concedida aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo para que discutam seus interesses, com maior liberdade, em um foro de negociações mais sensível aos seus anseios e às suas necessidades. Este seria o caso das questões relativas ao acesso a medicamentos essenciais por sua população por meio da aplicabilidade de normas que visem a conceder mais espaço para a adoção de políticas públicas, especialmente as que tratem diretamente sobre

⁶ Cf. Health-related Millennium Development Goals, 2011. Disponível em: <http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS2011_Part1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011

licença compulsória, mecanismos de importação paralela de medicamentos e requisitos de patenteabilidade.

A maior vitória para os países em desenvolvimento obtida por meio da declaração consistiu no reconhecimento de que as regras previstas pelo Acordo TRIPS não devem ser utilizadas como meio para obstaculizar a adoção de medidas de proteção à saúde pública. Por isso, seria totalmente legítimo o uso das flexibilidades previstas com o fim de proteger a saúde pública e de promover o acesso generalizado a medicamentos⁷.

De acordo com informações da OMC, a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública deve atuar com fundamento em dois pilares: o primeiro consubstancia-se no dever de encontrar uma solução para os países que porventura enfrentem dificuldades em fazer da licença compulsória, o que foi solucionado com a decisão do Conselho-Geral da OMC de 2003; o segundo, destinado somente aos países de menor desenvolvimento relativo, refere-se à extensão do prazo para adequação do sistema de concessão de patentes para janeiro de 2016.

No mais, a Declaração de Doha reafirmou que cada Estado-Membro tem o direito de elaborar seus próprios critérios para que se caracterize a ocorrência de emergência nacional ou calamidade pública, situações em que se admitem, também, o uso das flexibilizações ao Acordo TRIPS. Nessas hipóteses poderiam ser enquadrados os casos de solicitação de medicamentos para tratamento de doenças epidêmicas, como malária e tuberculose, as quais trazem prejuízos significativos, ou diretamente às pessoas residentes no

7 “4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.

In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose”.

país atingido, ou, como consequência, ao desenvolvimento desses países, indiretamente.

A Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, tal como as demais disposições postas em discussão durante a Rodada Doha, é um marco para o comércio internacional ao reconhecer que as questões relacionadas à proteção da saúde e ao desenvolvimento devem ser discutidas em âmbito multilateral. Por essa razão, pode-se afirmar que esse documento representa a tentativa de se conceder maior equilíbrio aos interesses contrapostos entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, no tocante ao avanço do comércio internacional e aos objetivos internos em uma área tão sensível como a da saúde⁸.

4 O Acordo TRIPS e a questão da saúde pública: patentes vs. acesso generalizado a medicamentos

Um dos maiores desafios para o comércio internacional consiste na possibilidade de coadunar os interesses dos titulares de direitos patentários e da população em geral no que concerne à saúde pública.

É dever dos Estados tomar medidas para que o direito à saúde deixe de ser norma meramente programática, contribuindo com este objetivo a disponibilização de medicamentos em grande quantidade, bem como a diminuição do seu valor, de modo que sejam acessíveis financeiramente. Especificamente quanto à responsabilidade dos países desenvolvidos, estes têm o dever de assistência internacional e cooperação⁹.

8 De acordo com Caliarì (2011, p. 154-173), a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública concederia um espaço considerável para que os países em desenvolvimento transgredissem as regras de comércio quando tal atitude se fizesse necessária. Porém, em sua opinião, a regra deveria ser inversa: em vez de a “transgressão” constituir uma medida excepcional, deveria ser uma recorrente, considerando o objetivo de proteção da saúde pública, direito humano universal e absoluto.

9 Nesse sentido o artigo XXV.1 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuida-

A proteção concedida pelo Acordo TRIPS às patentes farmacêuticas tem impacto direto sobre a política de acesso a medicamentos. Ao se reconhecerem direitos negativos, exclusivos, sobre o processo ou sobre as invenções de produto, está-se, em contrapartida, impedindo que outras pessoas coloquem à disposição o produto patentado. Como consequência direta, tem-se a criação de monopólios à concorrência e o aumento abusivo do valor dos medicamentos, restringindo o acesso por parte daqueles que dele necessitam.

Utilizar-se dos “padrões mínimos de proteção” conferidos pelo Acordo TRIPS poderia representar uma saída para solucionar as distorções conferidas tanto no mercado quanto na sociedade. O aumento da rigidez no processo de análise e concessão de uma patente resultaria na redução do número de patentes concedidas, que aumentaria a concorrência e estimularia a queda do preço.

Todavia, atualmente, têm-se observado medidas com efeito contrário. Os países em desenvolvimento, que deveriam beneficiar-se das regras do Acordo TRIPS e fortalecer o sistema de concessão, tornando-o mais rígido, têm afrouxado as regras e concedido um grande número de patentes¹⁰, o que resulta em medicamentos com valores mais elevados, trazendo benefício apenas para o titular do bem em detrimento do próprio Estado, enquanto administração, e de sua população.

A preocupação com a implementação do Acordo TRIPS e seu impacto no acesso a medicamento tem levado o setor privado nacional e a sociedade civil organizada a questionarem a possibilidade de adoção de medidas em nível interno para reverter essa

dos médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

10 Dados do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) informam que, em 2009, foram deferidos 4.150 pedidos de registros de patentes. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_estatisticas/binpi-estatistico>. Acesso em: 15 jun. 2011

situação, sendo prova o grande número de ações judiciais propostas. Contudo, medidas como essas, restritas a casos específicos, não são suficientes para garantir o avanço social e tecnológico dos países em questão. De fato, a adoção efetiva das flexibilidades seria de maior impacto, pois atenderia às necessidades desses países no plano interno e contribuiria para o fortalecimento de uma postura em prol do respeito e do atendimento aos direitos humanos no âmbito comercial internacional.

Entre as flexibilidades permitidas, há de se destacar: a) o uso dos períodos de transição; b) a definição dos critérios de patenteabilidade; c) as licenças compulsórias; d) a adoção mais contundente do princípio do esgotamento internacional, para facilitar a importação paralela; e e) a criação de exceções limitadas aos direitos de patentes.

4.1 O uso dos períodos de transição – a perda de oportunidade pelo Brasil

Durante a Rodada Uruguai, uma das grandes conquistas dos países em desenvolvimento consistiu na concessão de tempo de transição aos Estados que aderiram aos acordos da OMC em razão da necessidade de adaptação de sua conjuntura interna para o recebimento de um fluxo de comércio relevante em bens de propriedade intelectual que, à época, para a maioria, era bastante incipiente. Tratando-se de patentes de medicamentos, boa parte desses países sequer possuía procedimento de proteção para a sua concessão. Este era o caso do Brasil, que teria cinco anos para se adaptar à então novel dinâmica internacional.

O Brasil, porém, perdeu a oportunidade de valer-se do referido tempo de concessão para adaptação, a fim de construir sua política de desenvolvimento, pautada no crescimento da indústria local e na concessão de subsídios para o amplo acesso a medicamentos. Idêntica situação ocorreu na maioria dos países francófonos, que se adiantaram ao prazo concedido para transição em onze anos.

Como resultado, obteve-se um sistema que muito pouco atende às necessidades nacionais, haja vista a presença de normas que contemplam privilégios individuais frente a interesses coletivos, atravancando o desenvolvimento social e tecnológico de um Estado que tanto dele necessita¹¹.

4.2 Critérios de patenteabilidade

O artigo 27.1 do Acordo¹² exige como requisitos para a patenteabilidade de um bem a novidade, a aplicação industrial e a atividade inventiva, sem, contudo, defini-los expressamente. Assim, os Estados-Membros possuem liberdade para definir esses critérios de acordo com as suas necessidades, podendo reduzir ou aumentar, conforme a política comercial e social que desejem aplicar, os padrões de patenteabilidade, como mencionado anteriormente.

Ademais, há de se destacar a possibilidade de excluir certas categorias de invenções do rol de bens patenteáveis, como os produtos cuja exploração comercial seja prejudicial à saúde ou vida humana ou, ainda, os métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos. O Acordo TRIPS não prevê uma lista exaustiva de produtos não patenteáveis, de modo que fica a critério dos Estados-Membros excluir certas categorias de invenções a fim de proteger a saúde pública.

11 Para Salomão (2009), o legislador brasileiro, ao promulgar nova lei sem levar em conta as condições estruturais em que se encontrava o país, bem como ao ir além das regras previstas pelo Acordo TRIPs e privilégios como o previsto pelos artigos 230 e 231 (patentes “*pipeline*”), cometeu grave ofensa contra o ordenamento jurídico constitucional, ocasionando graves prejuízos à população como desestímulo ao desenvolvimento tecnológico nacional, concentração econômica pelo monopólio das empresas farmacêuticas e aumento considerável dos preços dos medicamentos, dificultando o acesso por aqueles que deles venham a necessitar.

12 “27.1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do artigo 65, no parágrafo 8 do artigo 70 e no parágrafo 3 deste artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importantes ou produzidos localmente”.

A liberdade para definir os critérios de patenteabilidade constitui importante ferramenta para evitar o uso abusivo do sistema, como, por exemplo, a revalidação de patentes com prazo de vigência próximo do encerramento por meio da obtenção de novos registros que, em sua essência, não apresentam caráter inovador algum, assegurando que as patentes são concedidas apenas para invenções genuínas na área farmacêutica. Outrossim, a redução na concessão do número de patentes sobre medicamentos pode limitar o impacto do uso desse bem no acesso a fármacos e facilitar a entrada de concorrentes produtores de medicamentos genéricos.

4.3 Licença compulsória

Prevista no artigo 31¹³, a licença compulsória permite que os Estados-Membros façam uso de uma invenção patenteada ou

¹³ “31. Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo Governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

- a. a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual;
- b. esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esforços não tenham sido bem-sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado;
- c. o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial;
- d. esse uso será não exclusivo;
- e. esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que ele usufrui;
- f. esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que o autorizou;
- g. sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir

concedam tal autorização a terceiros sem a necessidade da anuência do titular. Sua aplicação é restrita a certas situações, de modo que a sua emissão dar-se-á nos seguintes casos: recusa de concessão da licença ao Estado; em prol do interesse público; com vistas à saúde pública e à nutrição; situação de emergência nacional ou de extrema urgência; adoção de práticas anticompetitivas pelo seu titular; em se tratando de patentes dependentes; e na falta ou insuficiência de exploração.

O rol de previsão de hipóteses não é taxativo, concedendo aos Estados-Membros a liberdade para estabelecer novas bases. Nesse sentido, a legislação brasileira previu outras situações, como não exploração do objeto da patente no território nacional e a comercialização insuficiente do produto, tendo em vista as necessidades do mercado.

novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem;

h. o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização;

i. a validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou a outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;

j. qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;

Os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos “b” e “f” quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciaram forem tendentes a ocorrer novamente; quando esse uso é autorizado para permitir a exploração de uma patente (“a segunda patente”) que não pode ser explorada sem violar outra patente (“a primeira patente”), as seguintes condições adicionais serão aplicadas:

a invenção identificada na segunda patente envolverá um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente;

o titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; e

o uso autorizado com relação à primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente”.

A necessidade de regulação da oferta de medicamentos via licenciamento compulsório foi também tratada pela Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública. O parágrafo quinto reafirma a liberdade que os Estados-Membros possuem na proteção da saúde pública, podendo estabelecer os níveis em que tais licenças serão concedidas. Isso permite um processo rápido, que auxilia os governos no cumprimento das suas obrigações para proporcionar acesso a medicamentos¹⁴.

Há de se destacar, porém, a dificuldade que os países de menor desenvolvimento relativo enfrentam para aplicar o instituto da licença compulsória, tendo em vista a pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico, motivo pelo qual teriam dificuldade em fazer uso desse instrumento.

Considerando que o artigo 31 (f) do Acordo TRIPS contribua para isto, ao restringir a produção de medicamentos licenciados compulsoriamente ao mercado do país que concede a licença, foi proposta pelo Conselho-Geral da OMC a decisão de 30 de agosto de 2003, que determinou a flexibilização desse dispositivo para permitir que remédios fabricados sob licença compulsória fossem exportados para países sem capacidade de fabricação. Essa medida atendia ao parágrafo sexto da Declaração de Doha, que

14 “5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.

Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.

The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4”.

instruiu o Conselho de TRIPs a encontrar, até o fim de 2002, uma solução expedita para esse problema.

Com base nessa decisão, foi apresentada uma proposta de emenda ao Acordo TRIPs, que, de acordo com a decisão de 6 de dezembro de 2005, entrará em vigor somente quando dois terços dos membros aceitarem as suas disposições e notificarem o Conselho para TRIPs a respeito de sua adesão¹⁵.

4.4 Princípio do esgotamento internacional e facilitação da importação paralela

O princípio do esgotamento internacional ou da exaustão de direitos estabelece que o direito de exclusão do titular se esgota com a introdução por ele do produto patenteado no comércio ou, se realizada por terceiro, no momento em que consente com tal ação.

A importação paralela, por sua vez, consiste na aquisição de um produto patenteado de uma fonte legítima de um país exportador e na importação da referida mercadoria, sem que para tanto seja obtido o consentimento do detentor da patente “paralela” no país importador. Trata-se, na realidade, do retorno ao país de origem de produtos patenteados inicialmente comercializados fora de seu território (BASSO, 2010). O uso dessa ferramenta pelos países em desenvolvimento pode representar a oportunidade de importar produtos patenteados por um preço menor daquele oferecido no seu mercado interno.

Importação paralela e princípio do esgotamento internacional são assuntos relacionados, uma vez que os direitos de exclusividade decorrentes da titularidade da patente se exaurem assim que o produto é disponibilizado no mercado internacional, liberando

15 Informação obtida junto ao sítio da OMC. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_e.htm#notification>. Acesso em: 15 jun. 2011. Mediante decisão do Conselho Geral, de 17.12.2009, o prazo para adesão ao Anexo ao Acordo TRIPs foi estendido até 31.12.2011. Até julho de 2012, 45 países haviam aderido, entre eles o Brasil. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm>.

as demais importações e vendas paralelas do produto no Estado importador em que a patente esteja registrada.

O artigo 6 do Acordo TRIPS permite aos Estados-Membros estabelecerem os limites em que os direitos de propriedade intelectual se sujeitarão ao esgotamento, bem como se essa regra se estenderá ou não às patentes¹⁶. A adoção desse princípio constitui resultado da globalização e da intensificação dos fluxos comerciais, situação de que devem se valer os países em desenvolvimento para cumprirem com o objetivo de atendimento à saúde pública por meio do abastecimento de seu mercado com a aquisição de medicamentos a um custo menor.

Entre as suas modalidades (nacional, regional e internacional), de fato, o esgotamento regional é o que melhor atende aos objetivos de atendimento da saúde pública e acesso a medicamentos devido à maior liberdade concedida ao importador. É o caso de países como Índia, África do Sul, Quênia e membros da Comunidade Andina. Por seu turno, o Brasil optou pelo regime de esgotamento nacional¹⁷, mais restritivo ao comércio, especialmente em se tratando de bens essenciais, como medicamentos.

4.5 Exceções limitadas aos direitos sobre as patentes

Das flexibilidades listadas, a última entre as mais relevantes refere-se à possibilidade que o artigo 30 do Acordo TRIPS concede aos seus Estados-Membros para elaborarem exceções limitadas aos direitos conferidos pelas patentes, desde que não resultem em prejuízo injustificado para seu titular¹⁸. Trata-se de uma norma deixada em aberto para que os Estados-Membros, por meio de sua

16 “6. Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual”.

17 De acordo com Basso (2010, p. 15), “a venda de um produto protegido em país não tem efeitos no que diz respeito à exaustão de direitos de propriedade intelectual em outro país”.

18 “30. Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua

legislação interna, a preenchem da maneira que melhor atender aos seus interesses, principalmente em se tratando de saúde pública.

Nessa abertura do sistema, encontra-se o estímulo à pesquisa e o uso experimental para fins científicos. Assim, a legitimidade do uso da exceção bolar no âmbito do comércio internacional para patentes de medicamentos que estão muito próximos do encerramento de seu prazo de vigência, o que aceleraria a produção do medicamento genérico, uma vez que não haveria extensão do prazo ao titular e os medicamentos genéricos seriam comercializados em seguida à expiração da patente, bem como estimularia a inovação do setor.

A falta de consentimento do titular da patente para a concessão de autorização visando à realização de testes clínicos com o fim de lançar, em seguida à expiração do prazo da patente, o medicamento genérico no mercado foi questionada no final de 1997 pela União Europeia no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, com base no mencionado artigo 30 do Acordo TRIPS, tendo em conta a permissão, pelo governo canadense, de testes clínicos envolvendo patentes farmacêuticas que ainda não haviam expirado o prazo de vigência. A decisão do Painel, adotada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, admitiu não ser necessário o consentimento do titular em se tratando de utilização da patente nessas condições, desde que se obtenha a autorização do Estado-Membro para tanto. Afinal, não se trataria de medida conflitiva com a exploração normal do bem e tampouco prejudicial aos interesses legítimos do titular¹⁹.

Recentemente, o Brasil solicitou a instauração de painel para consulta com a União Europeia e os Países Baixos para discutir a legitimidade da apreensão de medicamentos genéricos nacionais e

exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros”.

¹⁹ Cf. WT/DS114/R.

produzidos na Índia pelos portos e aeroportos dos Países Baixos. O caso se encontra em fase de consultas, tendo sido admitidos como partes Canadá, Equador, China, Índia Japão e Turquia²⁰. Consulta fundamentada em motivo idêntico foi solicitada pela Índia e também se encontra em fase de consultas²¹.

5 Os acordos bilaterais e de livre comércio e a proteção da saúde pública

As negociações de acordos regionais ou de livre comércio são uma tendência no cenário do comércio mundial. De acordo com dados da OMC, foram notificados, desde a sua constituição até o presente momento, cerca de 489 acordos, sendo que 90% deles são de livre comércio e de alcance parcial, e os 10% restantes são uniões aduaneiras²².

Esses acordos têm implicações significativas para a propriedade intelectual, podendo impactar diretamente a proteção de patentes farmacêuticas e o acesso a medicamentos. É até mesmo comum que esses acordos tragam disposições sobre a regulamentação da proteção da propriedade intelectual.

Negociados com pouco transparência ou participação social, por meio de organizações não governamentais e setores especializados, não é difícil encontrar no corpo desses ajustes regras favoráveis ao sistema TRIPS-*plus*, as quais em muito prejudicam e impedem a implementação das flexibilidades conferidas pelo Acordo TRIPS. Estudos concluíram que adoção de padrões TRIPS-*plus* resulta no aumento de preços de medicamentos e na restrição do mercado de genéricos, uma vez que se permite a produtores locais

20 Cf. WT/DS409/R.

21 Cf. WT/DS408/R.

22 Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

e estrangeiros a manipulação das características do produto patenteado como meio de barreira ao mercado²³.

Nessa categoria de acordo, os padrões TRIPs-*plus* costumam variar, porém, em se tratando de proteção às patentes, é possível identificar como disposições mais comuns regras que: estendem o prazo de proteção das patentes; asseguram a exclusividade da base de dados, impedindo o acesso ao produto patenteado pelos fabricantes de genéricos para a realização de testes clínicos; permitem a adoção de providências cautelares pelos titulares de patentes para impedir a entrada de medicamentos genéricos no mercado (*patent linkage*); criam mecanismos visando ao fortalecimento da proteção da propriedade intelectual, como sanções criminais mais severas ou a apreensão de medicamentos por suposta contrafação.

Por óbvio, é bastante relevante o prejuízo que referidas medidas podem representar para os países em desenvolvimento no que tange ao avanço social, científico e tecnológico de que necessitam. Além disso, a assinatura de acordos com tal viés representa a prevalência de uso de medidas que privilegiam tão somente o comércio internacional, em detrimento do atendimento aos direitos humanos fundamentais e universais, que deveriam ser levados em consideração, pois o sistema de comércio não constitui um ramo à parte do sistema internacional, mas com ele está relacionado e dele é bastante dependente.

Assim, em razão do que foi construído tanto pelo Acordo TRIPs quanto pela Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPs e a Saúde Pública, a assinatura de acordos de livre comércio ou bilaterais que restrinjam o espaço para a adoção de políticas de que tanto necessitam os países em desenvolvimento, em prol da exacerbada proteção dos direitos dos titulares de patentes, representa potencial violação ao direito à saúde da sociedade como um todo.

Considerando que a sua assinatura e notificação à OMC são práxis já consolidadas no sistema internacional de comércio, há de se considerar a possibilidade de desenvolvimento de mecanismos

²³ Cf. UNDP-ICTSD Conference, 2008.

de controle por parte da OMC a fim de impedir os abusos atualmente verificados, como, por exemplo, o uso amplo dos princípios estabelecidos em âmbito multilateral, especialmente tratamento nacional e nação mais favorecida.

6 Conclusões

Apesar de amplamente discutidos, os problemas decorrentes da falta de acesso a medicamentos é um tema que permanece atual. Tal característica decorre principalmente da adoção, em âmbito comercial, de medidas incipientes em prol do desenvolvimento econômico, tecnológico e social dos países em desenvolvimento.

De fato, da análise conjunta do Acordo TRIPS com a Declaração de Doha sobre TRIPS para a Saúde Pública se obtêm importantes flexibilidades a fim de estimular o desenvolvimento econômico e social. Contudo, conforme destacado, referidas aberturas ainda são insuficientes para garantir um espaço adequado à promoção de políticas públicas efetivas, capazes de atingir de forma contundente àqueles a quem abstratamente se destinam.

Paralelamente, a assinatura de acordos bilaterais e de livre comércio entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, em que constam normas que privilegiam o sistema TRIPS-*plus*, constituem ameaça aos objetivos a que se propõe o sistema internacional de comércio em sentido amplo. Por essa razão, a despeito de esse novo cenário de negociações ser uma tendência da ordem internacional que não se pode evitar, cabe à OMC estabelecer, em âmbito multilateral, limites concretos para sua aceitação, aproximando-se, para tanto, dos outros ramos do Direito Internacional, como as regras de direitos humanos e fundamentais.

Portanto, a fim de conquistarem seu espaço no plano comercial internacional, tendo em vista as mudanças ocorridas, devem os países em desenvolvimento não apenas adaptarem-se às novas demandas mas também delas utilizarem-se como instrumento para satisfazer seus interesses.

Referências

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional – aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARAL JÚNIOR, Alberto (Coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

———. *Importação paralela: efeitos no comércio internacional e nos direitos de propriedade intelectual*. Tese apresentada para o concurso de professor titular junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

———. et al. *Direitos de propriedade intelectual e saúde pública*. São Paulo: IDCID, 2007.

CALIARI, Aldo. Comércio, investimento, financiamento e direitos humanos: avaliação e estratégia. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, 2009.

CELLI, Umberto et al. *MERCOSUR in south-south agreements: in the middle of two models of regionalism*. UNCTAD VIRTUAL INSTITUTE, 2010.

CORREA, Carlos. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 2, n. 3, 2005.

CRETELLA NETO, José. *Direito processual na organização mundial do comércio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

INPI. *Boletim estatístico de patentes 2010*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_estatisticas/binpi-estatistico>. Acesso em: 15 jun. 2011.

MASKUS, Keith E. *Intellectual property rights in the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 2000.

SALOMÃO, Calixto. *Parecer apresentado na ação direta de inconstitucionalidade n. 4234*. 2009.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio*. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

_____. China e EUA – de guerras cambiais a guerras comerciais. *Revista Política Externa*, 2010.

UNCTAD-ICTSD. *Resource book on the TRIPS and development*. Cambridge University Press, 2005.

_____. *Trade and environment: a resource book*. International Institute for Sustainable Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, The Regional and International Networking Group, 2007.

UNDP-ICTSD Conference: Monitoring the impact of IP protection on public health. *Reviewing Progress*, 2008. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/events/dialogues/18925/?view=documentation>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover*. HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2009.

WTO. Disponível em: <<http://www.wto.org/>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

Direito Penal, Processo Penal

A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade

O proibir um sem número de ações indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos, é um definir a seu bel-prazer a virtude e o vício, que nos são anunciados como eternos e imutáveis (Cesare Beccaria, em Dos delitos e das penas).

Aline Mota de Oliveira

Advogada criminalista. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O presente estudo tem por escopo traçar um panorama relativo aos principais aspectos da expansão do Direito Penal na atualidade bem como analisar a importância da noção de bem jurídico-penal como referente material (padrão crítico) para a (des)criminalização. Ademais, tendo em vista a atual conjuntura do Direito Penal, fruto do surgimento de novos tipos penais em um ritmo acelerado, discute-se a necessidade de novas iniciativas descriminalizantes assim como a possibilidade de desenvolvimento de novo(s) sistema(s) sancionatório(s) para disciplinar(em) condutas que, ainda hoje, permanecem tuteladas de modo inapropriado pelo Direito Penal.

Palavras-chave: Direito penal. Bem jurídico-penal. Expansão do Direito Penal. Descriminalização.

Abstract: The present essay intends to trace a general panorama of the main aspects of de Criminal Law expansion, as well as analyzes the importance of the notion of criminal legal good as substantive reference to the (des)criminalization. Furthermore, because the actual conjecture of the Criminal Law, consequence of accelerated emergence of new penal types, the need of descriminalization initiatives has been discussed, as well as the possibility of development of new punishment system(s) to conducts discipline that remains amiss protected by Criminal Law.

Keywords: Criminal Law. Criminal legal good. Criminal Law expansion. Descriminalization.

Sumário: 1 Introdução. 2 A expansão do Direito Penal e seu contexto hipercriminalizante (ou o Direito Penal na atualidade). 2.1 Alguns aspectos da expansão do Direito Penal: causas e consequências. 2.1.1 A era pós-industrial, o fenômeno da globalização, produção e gerência de riscos e as novas formas de criminalidade. Breve esboço acerca da “Sociedade de Risco”. 2.1.2 Mídia de massa, violência e a “institucionalização da insegurança”. 2.1.3 O uso de instrumentos punitivos como resposta simbólica aos conflitos sociais. Breve análise acerca da função simbólica do Direito Penal (ou da pena). 2.1.4 Antecipação da tutela penal. O Direito Penal moderno e o recurso aos tipos de perigo abstrato. 3 (Des)criminalização: um imperativo? 3.1 Algumas distinções necessárias: despenalização, diversificação e descriminalização. 3.1.1 Espécies de descriminalização. 3.2 As categorias do merecimento e “necessidade (carência)” de tutela penal. 4 Alcance da descriminalização: onde é preciso descriminalizar? 5 Conclusão.

1 Introdução

É o Direito Penal o meio de controle social que, de forma mais drástica, interfere na vida dos cidadãos, haja vista sua invasiva ingerência e restrição na liberdade individual, bem como em diversos outros direitos e garantias fundamentais. Essa interferência, contudo, em certas circunstâncias, legitima-se com o propósito de garantir um desenvolvimento social ordenado, além de proteger uma esfera mais ampla de direitos e garantias (individuais e coletivos).

Entretanto, o punitivismo estatal, para ser legítimo, há que observar certos limites (e limites certos), sob pena da sua inadequação ao Estado Social e Democrático de Direito.

Para tanto, a intervenção penal, modernamente, deverá restringir-se a uma concepção material de bem jurídico. Vale dizer, deverá ser a noção de bem jurídico o verdadeiro critério, referente material ou padrão crítico, para a tutela penal e a decorrente incriminação.

Ademais, há que se atentar que a tutela penal não deve alcançar todos os bens jurídicos. Há bens que se apresentam fundamentais ao livre desenvolvimento humano, estes sim deverão importar à tutela penal, obtendo, somente estes, o *status* de bens jurídico-penais.

A par do aduzido, nota-se nos ordenamentos jurídicos uma tendência expansionista do Direito Penal, seja devido ao surgimento de novas formas de criminalidade a ensejarem, merecidamente, uma intervenção em *ultima ratio*, seja devido ao uso indiscriminado de instrumentos punitivos como resposta meramente simbólica aos conflitos sociais.

Com efeito, a característica de “censura extraordinária” do Direito Penal, muito frequentemente, é esquecida, como consequência do recurso, quase que indiscriminado, ao seu caráter simbólico, isto é, a postura legislativa de criminalização de condutas desprovidas dos pressupostos mínimos da tutela penal com o único objetivo de dar a impressão tranquilizadora de solução dos problemas sociais e contenção da criminalidade e violência.

Nesse sentido são as claras palavras do penalista português Jorge de Figueiredo Dias (1983, p. 320):

o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenômeno da hipercriminalização.

Diante disso, verifica-se como imperativo a revisão e reversão dos sistemas penais atuais, buscando legitimá-los “não sobre um consenso obtido mercê do medo, e sim sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização.” (SICA, 2002, p. 129).

Nesse passo, exsurge a necessidade, pois, de um estudo sobre as iniciativas descriminalizantes hoje existentes, uma vez que deve ser a descriminalização um mandamento político-criminal, no sentido de expurgar, do âmbito do Direito Penal, todos os comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos

claramente definidos, ou que, ainda quando a acarretem, possam ser contidos ou controlados por meios não penais de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica (DIAS, 2007, p. 131).

2 A expansão do Direito Penal e seu contexto hipercriminalizante (ou o Direito Penal na atualidade)

A Ilustração consistiu

na supressão de mitos e na liberação das pessoas de sua “menor idade”, que o Estado, a Igreja e a tradição insistiam em manter. Foi um convite à humanidade para tomar as rédeas de seu destino (AMARAL, 2003, p. 225).

Revelou-se, pois, como um movimento de contestação, de atitude crítica e de luta da razão contra todas as formas de dominação, reflexo de preceitos irracionalmente fundados, característicos do Antigo Regime.

Destarte, o Estado passa a ser compreendido como

aquilo que desperta tanto esperança quanto temor, que cuida e castiga, cuja onipotência tem que servir para, por meio da lei vigente, convertê-lo no servidor das liberdades cidadãs. Esta é a tradição filosófica do Estado Liberal (AMARAL, 2003, p. 225).

Por conseguinte, a Época das Luzes representou uma mudança paradigmática no Direito Penal (o Iluminismo penal) bem como em todo o arcabouço teórico-científico até então existente, configurando-se as ideias iluministas precioso contributo para o Direito Penal moderno, sobretudo pela contenção do punitivismo arbitrário do Absolutismo Monárquico¹, resultante da sistemati-

1 “Até o movimento iluminista, o poder estatal era exercido de uma forma arbitrária, que prescindia do fundamento racional para a tomada de decisões. Foi próprio do

zação de princípios jurídico-penais e da instauração da noção de bem jurídico-penal.

Contudo, hodiernamente, verifica-se, no âmbito do Direito Penal, o abandono da tradição liberal do Estado, germinada no seio do movimento iluminista, fruto da necessidade de limitar a sua intervenção arbitrária e irracional.

Vale dizer, a (má) política criminal contemporânea revela-se erosiva aos princípios penais decorrentes do Estado Democrático de Direito, uma vez que tem, progressivamente, relegado a “postura apoiada em considerações ‘de valor’ (ou principiológicas), em privilégio de uma outra que revela apenas considerações de eficiência e utilidade social” (FIGUEIREDO, 2008, p. 103).

Nesse sentido, atualmente, observa-se, notadamente no seio do Direito Penal, o retorno a uma intervenção estatal irracional, caracterizada por um distanciamento do modelo cunhado pelo Iluminismo, uma espécie de “Contra-Iluminismo”, “cujos limites escapam a uma clara delimitação”, consubstanciada pelo alargamento da intervenção do Estado em domínios penais, resultando numa incriminação hipertrófica. Está-se diante do fenômeno da expansão do Direito Penal². Eis as palavras do penalista português Jorge de Figueiredo Dias (1983, p. 320):

Absolutismo o exercício desmedido do poder, sem parâmetros, sem pautas, sem limites. [...] Na França, como na maior parte dos países europeus (fazendo ressalva louvável à Inglaterra), todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco, não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele ou, pelo menos, sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. [...] A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o restabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo. Diante da justiça do soberano, todas as vozes deviam se calar”. AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 54 e 55.

- 2 Cumpre, de logo, esclarecer que a atual tendência expansionista do Direito Penal não se confunde com o movimento da “Lei e Ordem”, “de origen norte-americano de la década de los sesenta del siglo XX, que reclamaba una mayor intervención penal

[...] o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenômeno da hiper criminalização.

Deveras, há uma tendência dominante nas legislações ocidentais, no sentido de ampliação do âmbito de intervenção penal, decorrente da criação de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, culminando na produção assistemática de leis penais incriminadoras em um ritmo acelerado e vertiginoso.

Somam-se a isso inúmeros outros aspectos, como a restrição e debilidade das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal, criação de novos bens jurídico-penais – em sua maioria, de caráter supraindividuais –, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de causalidade e imputação de responsabilidades e relativização dos princípios político-criminais de garantia, refletindo numa transição do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 21 e 113).

Trata-se de um fenômeno fruto da velocidade e profundidade com que se tem operado e se operaram as transformações sociais, nos últimos anos, reflexo de um contexto social

fortemente caracterizado pelo aumento da complexidade das relações e, por conseqüência, também dos respectivos espaços de conflitualidade, aos quais, acrescente-se, tem sido invariavelmente chamado a intervir o Direito Penal (D’ÁVILA, 2007, p. 81).

frente a la criminalidad de masas y tenía el soporte del sector social acomodado. Las esferas marginadas de la sociedad y las corrientes intelectuales defensoras de los derechos humanos se opusieron a la aplicación de los postulados de este movimiento”, chamando atenção o autor para o importante dado de que “[...] en la época actual, no obstante, el perfil social que existe sobre la tendencia expansionista contemporánea muestra, por el contrario, una extraña unanimidad” (HOYOS, 2007, p. 68).

Com efeito, a sociedade atual é complexa. Os avanços tecnológicos, científicos, o fenômeno da globalização e seus decorrentes processos de modernização social, a exemplo do uso da energia nuclear e da tecnologia genética, vêm implementando um

extraordinário incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada. (SCÜNEMANN apud ARANA, 2007, p. 115).

Esse novo contexto social toca em muitos

pontos de tradicional interesse do Direito Penal, dotando, também eles de igual complexidade. Mas não só. Faz também surgir espaços de conflitualidade absolutamente novos, nos quais o chamamento, às pressas, do Direito Penal tem sido, lamentavelmente, uma constante (D'ÁVILA apud ARANA, 2007, p. 83).

Por conseguinte, é notório um câmbio de orientação no sistema penal; nesse sentido constata Arana (2007, p. 115) que

[...] *la descriminalización como objetivo há sido dejado de lado*. Esto se observa en la *agravación del derecho penal político* como reacción frente a actividades terrorista fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofacistas; en el surgimiento y expansión del derecho penal de drogas, del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico; así como em los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del derecho penal. (grifo nosso)

A esta nova realidade está relacionado um intricado de causas e efeitos, umbilicalmente relacionado ao inequívoco e patente aludido distanciamento do modelo de Direito Penal liberal, inaugurado no Iluminismo. Passemos a esse aspecto.

2.1 Alguns aspectos da expansão do Direito Penal: causas e consequências

2.1.1 A era pós-industrial, o fenômeno da globalização, produção e gerência de riscos e as novas formas de criminalidade. Breve esboço acerca da “Sociedade de Risco”

A nossa sociedade é, sobretudo, complexa, viés de um fenômeno global imanente às sociedades atuais. Como é cediço, ao colonialismo da revolução mercantil seguiu-se o neocolonialismo da revolução industrial, para hoje nos debruçarmos na era da globalização, fenômeno conseqüente da revolução tecnológica, característico das sociedades pós-industriais³ (ZAFFARONI, 1997, p. 17).

Com efeito, o extraordinário desenvolvimento da técnica ao longo da chamada Era Industrial, com mais intensidade a partir de meados do século XX, produziu uma série de transformações em diversos níveis sociais, conduzindo ao florescimento de uma global e multicomplexa sociedade, inaugurando a chamada Era Pós-Industrial.

Destarte, o processo de modernização hoje vivenciado, ao contrário da modernização do século XIX, que teve lugar com base na negação do seu oposto, o “mundo tradicional”, representa um processo de “radicalização da modernidade, que levou às últimas conseqüências as suas premissas e acabou abalando os próprios pressupostos da sociedade industrial” (MACHADO, 2005, p. 19-20).

Nesse passo, propala-se ser o mundo hodierno uma verdadeira “aldeia global”, haja vista a patente, e cada vez mais intensa,

3 “Se bem que em termos rigorosos e enquanto fenômeno de aproximação e/ou de intensificação de culturas e povos – ‘compressão’ do mundo e entendimento gradual deste como ‘um todo’ – o processo de globalização se tenha vindo desenvolver desde há vários séculos, nomeadamente desde a época das Descobertas, ou seja, qualquer coisa como desde há quinhentos anos, o conceito toma uma grande amplitude, enquanto dotado de ineludível operatividade, tanto em termos acadêmicos como sociais, a partir da década de sessenta, sendo mesmo considerado ‘o sucessor do pós-modernismo’, ‘o conceito dos anos noventa’” (FERNANDES, 2001, p. 34).

integração supranacional. Tal integração representa a noção de um mercado comum entre os Estados, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias, e a correlata eliminação de obstáculos ao livre comércio.

Nessa medida, sustenta Silva Sánchez (1992, p. 79) que “a globalização é um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados”.

E mais. Acrescente-se ao fenômeno da globalização da economia a globalização das comunicações, indo além o eminente penalista, ao afirmar que

a globalização das comunicações não é senão a outra face da globalização da economia, que torna premente a necessidade de baratear os custos das transações (e requer, portanto, essa maior rapidez de comunicações) (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 79).

Na mesma linha de intelecção, está a precisa lição de Paulo Silva Fernandes (2001, p. 16 e 39):

Efectivamente, hoje (finais do séc. XX e princípios do séc. XXI) a sociedade assenta sobretudo no mercado e na informação, cujos principais detentores são as redes de empresas, a uma escala mundial, contrariamente ao século XIX e princípios do séc. XX em que a base era indiscutivelmente o Direito e o capital, com o incremento nunca antes conhecido das instituições e das empresas, ou nos séculos XVIII-XIX, em que o primado do Direito era dado como inquestionável, ao serviço da Administração, instituição então dominante, como não podia deixar de ser numa sociedade industrial primigénia a que ULRICH BECK designou como “sociedade de riscos residuais”, já não falando nos séculos XV-XVII, em que tudo passava pela força, pelo predomínio através da força, traduzido na supremacia do exército [...] numa sociedade globalizante como a actual outra prioridade é a comunicação, não fosse esta sociedade uma sociedade de mercado e de informação, para o que novas ciências começam a ganhar uma importância por

vezes mesmo fascinante, como é o caso da engenharia financeira, da teoria da informação, da informática [...] as novas tecnologias de comunicação e informação, intensificando formas e padrões de comunicação à escala planetária, entre estados, sociedades e pessoas ditas anônimas, neste contexto são, de facto, o substrato essencial de uma séria e real globalização. E esta, sem as redes de comunicação em tempo real, numa palavra, sem a *Internet*, não poderia ser pensada em termos realmente sérios. Este, julgamos, o *quid* à volta do qual tudo gira e sem o qual, em nossa opinião, não seria sequer plausível falar neste determinado processo de globalização.

Mas não é só. Embora a globalização seja apresentada, sobretudo, como um processo no qual os Estados são transformados pela integração econômica, impende salientar que tal fenômeno não é algo simplificado e restrito tão somente ao prisma econômico:

[...] a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e política, ou seja, alcança conjuntos de relações sociais [...] nessa angulação, não é possível existir somente um a entidade única denominada “globalização” ou, mais precisamente, “globalização econômica”: o que há são globalizações, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc. (SILVA, 1998, p. 82).

A globalização é um conceito fluido e poroso (BICUDO, 1998, p. 97), revelando-se, também, internamente na organização política dos Estados e, externamente, nas relações entre estes⁴. Nessa linha cognitiva aduz Paulo Silva Fernandes (2001, p. 16-17):

4 Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 17 e 19), com base no pensamento de Ignácio Ramonet, elencam doze características da globalização, a saber: a inequívoca hegemonia política dos Estados Unidos; a grande transformação que se deu no conceito de valor estratégico; a profunda mudança no conceito de Estado-Nação ou Estado nacional; o fim do papel dos Estados como geoatores da globalização, passando a exercê-lo os organismos internacionais ou intergovernamentais, assim como os grandes grupos econômicos, industriais e “midiáticos”; a preponderância do sistema democrático como regime político e a desnacionalização como meta econômica; o fim da verticalização e hierarquização do exercício do poder; a profunda mudança na iden-

Longe vão efectivamente os dias em que predominava a empresa privada e a liberdade econômica, próprias de um Estado liberal. E também começa a estar ultrapassada a economia privada mitigada pelo forte intervencionismo do sector público, peculiar do Estado intervencionista e Social, de um Estado que era também empresário, concorrendo muitas vezes com os privados, sobretudo em nível (sic) da oferta de serviços públicos. Hoje a palavra-chave da economia é sem dúvida a economia de mercado regulada, em que o sector público vai sendo cada vez mais reduzido, assistindo-se mesmo a uma mudança na atitude do Estado, uma vez que deixa de ser o regulador do funcionamento do mercado, permitindo, e às vezes fomentando mesmo, a regulação pelas próprias empresas, ou seja, a auto-regulação [...] Desde há décadas que as decisões políticas tomadas num estado-nação se fazem sentir extra-fronteiras, ou que, mesmo, dá-se o fenómeno inverso de muitas e fulcrais dessas decisões serem tomadas extra-muros, em sede organizações internacionais, com competências decisórias múltiplas e provenientes de transferências de poderes e soberanias estaduais, em sede consensual [...] e que se fazem sentir dentro de portas não de um mas de vários estados.

É nesse contexto global e a partir dele que se constata que os avanços tecnológicos, científicos e, em grande medida, o fenómeno da globalização converteram a sociedade tradicional, de outrora, em uma sociedade ameaçada por riscos, uma vez que se observam riscos surgidos como consequência dos processos de modernização social. Com base em uma perspectiva sociológica, afirma-se que vivemos em uma *sociedade de risco* (ARANA, 2007, p. 114)⁵.

Malgrado a história da humanidade tenha sempre sido permeada por riscos impostos ao homem e produzidos por este, diferem-se eles ao longo da construção histórico-social, jamais havidos na

tidade pessoal; enfermidades, epidemias, catástrofes naturais, terrorismo e corrupção como as grandes ameaças; o patente incremento das desigualdades socioeconômicas e culturais, fazendo dividir a população em englobados e excluídos; a globalização financeira; a mutação tecnológica; a profunda transformação do Direito e dos direitos.

5 Cumpre, desde logo, ressaltar que o consagrado conceito de “sociedade de risco”, “sociedade do risco” ou, ainda, “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*) foi desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck.

proporção atual. Nesse sentido, claro é o magistério de Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 37):

Seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade nunca atingiram em espaço temporal tão curto, igual proporção. De fato, os riscos ao indivíduo hoje são muito menores do que na Idade Média, onde o risco à vida era uma constante. Mas a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, eles, em termos coletivos, em muito, se majoraram.

Decerto, a própria configuração da sociedade industrial referia-se, ainda, a riscos que desafiavam a existência, individual e comunitária, que provinham de acontecimentos naturais ou derivavam de ações humanas próximas e delimitadas, para disciplina das quais era suficiente a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos individuais e tangíveis como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio etc., sendo, pois, bastante, o rol puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o modelo de um Direito Penal liberal e antropocêntrico (DIAS, 2001, p. 43-44).

A expressão “sociedade de risco” reflete o modelo pós-industrial de uma sociedade agudamente tecnológica e massificada, na qual os riscos geram danos globais incalculáveis e, muitas vezes, irreparáveis, que produzem efeitos em todos os cidadãos e nascem de decisões humanas (HOYOS, 2007, p. 55); portanto, riscos tidos como artificiais. Eis as palavras do renomado penalista Díez Ripollés (2008, p. 74):

[...] la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.

Outrossim, observa-se que os riscos dessa nova configuração social se apresentam de forma universal, uma vez que são,

ao mesmo tempo, específicos e inespecíficos localmente (Hoyos, 2007, p. 55), podendo ameaçar uma quantidade indeterminada de pessoas. Assim manifesta-se Ulrich Beck (1998, p. 42-43):

A la producción industrial le acompaña un universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de su producción: las cadenas de alimentos conectan en la práctica a todos los habitantes de la Tierra. Atraviesan las fronteras. El contenido en ácidos del aire no ataca solo a las esculturas y a los tesoros artísticos, sino que ha disuelto ya desde hace tiempo las barreras aduaneras modernas. También en Canadá dos lagos tienen mucho ácido, también en las cumbres de Escandinavia se mueren los bosques. Esta tendencia a la globalización tiene consecuencias que en su generalidad son a vez inespecíficas. Donde todo se transforma en peligros, ya no hay nada peligroso.

Nesse passo, na esteira do pensamento de Gustavo Balmaceda Hoyos (2007, p. 70), pode-se inferir que os seus efeitos nocivos

son incalculables e impredecibles, y reúnen causalmente lo que está separado por el contenido, por el espacio y por el tiempo, y de esta manera se colocan al mismo tiempo en un nexo de responsabilidad social y jurídica.

A temática social passa a ser de incerteza e incontrollabilidade dos acontecimentos (PELUSO, 2002, p. 177).

Nessa linha cognitiva a lição de Paulo Silva Fernandes (2001, p. 60-61):

O conceito de risco troca as voltas à noção de tempo, passado presente e futuro: o passado perde o seu poder de determinação do presente. Luhman refere-se, em termos claros, a uma nunca antes experimentada ruptura da “continuidade entre passado e futuro”[...] Não só a noção do tempo é afectada pelos novos riscos. Também a noção de espaço, que se encurta, ou se funde em um só conceito, que se pode definir como de “glocalidade” (a expressão é de Robertson, utilizada por Beck), isto é, que os novos riscos são simultaneamente locais e globais. Os seus efeitos são transfronteiriços, expandindo-se por vezes através de longas regiões do globo terrestre, bem como

tornam muito difícil, quando não impossível o cálculo do círculo de pessoas e bens afectados por eles. As novas ameaças transcendem tanto as *gerações* como as *nações* [...] a “aldeia global” torna-se efectivamente pequena no que toca aos grandes riscos [...]

Com efeito, esse novo paradigma revela-se notável pelo excessivo e desenfreado desenvolvimento da técnica, que desencadeia, muitas vezes, consequências negativas. Nesse diapasão, Silva Sánchez (1992, p. 29) chama atenção, principalmente, para aqueles riscos de “procedência humana como fenómeno social estrutural”, uma vez que, não raro, “boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos”; vale dizer, na esteira de Albrecht (apud FERNANDES, 2001, p. 46), que “as modernas sociedades industriais geram riscos que comprometem a continuidade da própria sociedade”.

De acordo com o sociólogo Ulrich Beck (1998), tessitura social de tal monta é reflexo do processo por ele denominado de “modernização reflexiva”, contraponto da chamada “modernização simples”. Na lição de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 19):

[...] tal divisão abalou o equilíbrio entre as condições de continuidade e ruptura da modernidade, o que se reflete nos contrastes entre a sociedade industrial clássica e a nova configuração social, a qual Beck denomina sociedade mundial do risco.

A “modernização reflexiva” significa uma nova dimensão da modernização, decorrente da “modernização simples”; esta marcou o período industrial, enquanto aquela derivou do hiperdesenvolvimento da modernidade industrial. Assim, a “modernização reflexiva” pode ser definida como

[...] o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói e o modifica. Se a modernização simples ou ortodoxa significou, primeiro, a desincorporação e, depois,

a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva também envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de outra modernidade. Entretanto, esse processo se dá de maneira substancialmente distinta do anterior, por ter sido conduzido pelos resultados da própria modernização. (MACHADO, 2005, p. 30).

Nesse sentido, o aparecimento dessa segunda modernidade, por si só, contrapôs-se àquele ideal iluminista, fundado na noção de que “a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles” (MACHADO, 2005, p. 20)⁶, visto que os padrões da primeira modernidade acabaram por ser transformados por processos interligados, a saber: globalização, individualização, revolução de gênero, desemprego e surgimento dos riscos globais.

Desse modo,

as idéias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa – e não apesar – do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo (MACHADO, 2005, p. 20).

De mais a mais, de acordo com Ulrich Beck, o processo de “modernização reflexiva” tem-se desenvolvido a partir de dois momentos consecutivos:

De primeiro, “os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos pela industrialização e pelo desenvolvimento técnico-econômico, mas escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial e não se tornam questões públicas ou centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito de sociedade industrial

6 Dissertando acerca do dogma da razão instrumental, cunhado no Iluminismo, Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 47) aduz ser esta “uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber com poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a ‘doença da razão’, o dominador absoluto do mundo e da natureza, e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo economicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-econômica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade”.

ainda predomina, bem como permanecem em funcionamento suas estruturas, tanto multiplicando como legitimando as ameaças produzidas por tomadas de decisão”. Agora, vem ocorrendo “o reconhecimento social desses riscos, que passam a ser culturalmente percebidos, construídos, midiaticizados e transpostos à agenda político-ambiental global”. Diante disso, “as instituições de controle da sociedade industrial passam a ser amplamente questionadas: tanto por terem compactuado com a liberação desses riscos como por não conseguirem controlar essas novas ameaças. Vem a lume, nesse momento, a questão da autolimitação do desenvolvimento, assim como a necessidade de serem rediscutidos os padrões de responsabilidade, segurança, controle, causalidade, limitação do dano e distribuição das conseqüências do dano” (MACHADO, 2005, p. 21, 22 e 32).

Em outros termos, na linha cognitiva de Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 46), ao citar Stratenwerth, “o que em tudo isto existe de essencial, é nada menos que inevitabilidade de superação do dogma da *razão técnico-instrumental* ou *razão instrumental calculadora*”, esteio de todo o pensamento moderno.

Esse *novel* paradigma pós-industrial, conforme já aludido, trouxe (e vem trazendo) sérias implicações para o sistema penal, assumindo o Direito Penal uma posição de “marcador dos limites do risco na sociedade pós-moderna” (AMARAL, 2003, p. 226 e 235), uma vez que o Estado, mediante a produção de leis penais, tomou, para si, o papel de aliado na guerra contra os riscos, haja vista a aflição dos indivíduos, em face do surgimento dessas novas ameaças.

Com base na constatação de que tais riscos, quase sempre, são decorrentes de decisões humanas, chegou-se à conclusão de que, talvez, fosse o Direito Penal meio idôneo e eficaz para a sua tutela (SILVEIRA, 2006, p. 97).

Nessa medida, verifica-se, notadamente, uma progressiva incriminação de condutas praticadas em atividades tidas socialmente como arriscadas, como ocorre no que diz respeito ao meio ambiente, à informática, à medicina, à genética etc. (AMARAL, 2003, p. 235).

Desenha-se, assim, o denominado Direito Penal do Risco, elaborado mediante o discurso de ser o Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, seja como instrumento eficaz de disciplina de condutas, seja como meio de defesa a novos riscos, pretendendo ele, assim, gerar uma ideia de segurança em face das inseguranças sociais.

Nesse sentido, sustenta Raúl Pariona Arana (2007, p. 115):

Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes. Se puede observar un cambio de orientación en sus objetivos: la descriminalización como objetivo ha sido dejado de lado. Esto se observa en la agravación del derecho penal político frente a actividades terroristas fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofacistas; en el surgimiento y expansión del derecho penal de drogas, del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del derecho penal.

Tal panorama é fruto de uma política criminal

abrangente e totalitária, que pune os produtos individualizados do sistema defeituoso. Tal política se baseia na ideia errada de que o direito penal é o melhor e mais eficaz instrumento de direcionamento e controle social (AMARAL, 2003, p. 233).

Nesse diapasão, pugna Hassemer (1995, p. 34):

El Derecho penal abandona la cáscara liberal donde aun se trataba de asegurar un “mínimo ético” y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de delito le queda demasiado corta como tarea al Derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y

de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas.

Diante desse quadro, importa saber se cumpre ao Direito Penal se ocupar da prevenção e do controle das ameaças advindas do desenvolvimento da sociedade pós-moderna, da progressiva especialização das atividades e do seu consecutório crescimento econômico e tecnológico; qual seria a necessidade e legitimidade das intervenções penais na luta contra os riscos?

O Direito Penal, com suas garantias e princípios fundamentais informadores, é capaz de solucionar as novas necessidades, advindas dos novos riscos, ou serão necessárias transformações em seu âmbito, com vistas à construção de um novo sistema penal?

E mais. Para tal tarefa, pode/deve o Direito Penal alterar seus mecanismos clássicos de proteção e/ou criar novos mecanismos em face das necessidades atuais e vindouras?

2.1.2 Mídia de massa, violência e a “institucionalização da insegurança”

A configuração social presente produz uma sensação de insegurança nos cidadãos e nos próprios Estados. Decerto, hodiernamente, verifica-se uma notável demanda por segurança, em face do progressivo aparecimento dos riscos sociais, produzidos no berço de uma sociedade pós-industrial avançada. Nesse sentido, “tal sensação é uma dimensão subjetiva do modelo de sociedade pós-industrial, podendo-se dizer que caracteriza, mesmo, uma marca significativa deste modelo”⁷ (PELUSO, 2002, p. 178).

7 Contudo, assinala o autor, citando o sociólogo Xaver Kaufmann, que “na realidade, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência concreta e objetiva dos mesmos (sensibilidade do risco), inclusive porque os novos riscos gerados pela modernidade são compensados com a radical diminuição dos riscos naturais, tais como doenças, catástrofes etc.”.

Por conseguinte, o “binômio risco-insegurança” (HOYOS, 2007, p. 71) cria no Estado, ao revés, uma exigência de provisão das necessidades do presente, transformando-se o Direito Penal em destinatário dos imperativos de segurança por parte da opinião pública, vendo-se forçado a dar respostas práticas ao problema.

Destarte, não tem o Estado administrado corretamente o seu papel de redutor de riscos sociais, uma vez que tem deslocado o foco de atuação para a supressão de liberdades, haja vista o constante recurso ao Direito Penal. Nesse sentido, é no Estado que

se concentram as mais indevidas reações contraproducentes, justamente porque a sociedade não toma a direção e o movimento que lhe cabe, nem cobra do Estado a tradicional posição filosófica liberal (AMARAL, 2003, p. 230).

Nesse diapasão, manifesta-se Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 228), citando Mir Puig:

A idéia de que a previsão de uma pena (logo, a criação de um crime) conduz a uma maior seguridade do cidadão é atraente. Existe aí um argumento lógico e verdadeiro, o qual, se não contar com uma coerente contra-argumentação que lhe dê o peso real, fatalmente cairá na aceitação popular, como de fato já ocorreu no inconsciente das massas. O meio eleito para evitar crimes (“intimidação pela previsão de uma pena”) realmente é real, mas não é o que basta para assegurar o controle social, nem é a mais eficiente forma de incrementar a segurança pública.

Um outro viés do aludido clamor social por segurança refere-se, ainda, ao fenômeno da violência, ou melhor, à percepção distorcida que se tem da violência. Sem, simplesmente, negar ou obscurecer a sua presença na sociedade, trata-se, sobretudo, aqui, de uma violência popularizada seletivamente e dramatizada, que faz a sociedade ver na segurança pública o único meio de proteger bens jurídicos (AMARAL, 2003, p. 224). Assim, sustenta Francesc Barata (2000, p. 256):

La sociedad de finales de este milenio esta formada por una ciudadanía que se siente insegura. En la mayoría de los países europeos la seguridad pública es uno de los tres temas que más preocupan a los ciudadanos y todo ello a pesar de que, en dicho continente, han disminuido considerablemente los índices de criminalidad.

Tal sensação subjetiva de insegurança é decorrente, também, de um processo de identificação da coletividade com as vítimas, ante a imaginação dos cidadãos de serem vítimas em potencial; é a “alta probabilidade de o cidadão colocar-se concretamente no lugar de vítima dessa violência [...] ilusão de que todo e cada um certamente será vítima da violência urbana, mais cedo do que se possa imaginar” (AMARAL, 2003, p. 233).

Os meios de comunicação trazem grande repercussão para tal fenômeno, já que são capazes de atingir grandes massas, porquanto na nossa sociedade “cresce a motivação para o aumento das notícias sobre delitos e/ou eventos violentos” (PELUSO, 2002, p. 179), produzindo, pois, uma cultura de violência. Nesse sentido, aduz Vinicius de Toledo Piza Peluso (2002, p. 180):

Na atualidade, a curiosidade pela narração do crime e seu castigo continua presente na sociedade, entretanto, emergiu com uma força enorme no seio dos meios de comunicação de massa, inclusive porque nos encontramos ante uma crise de credibilidade da política, que se transfere para os meios de comunicação, pois, quanto mais decresce o interesse pelas notícias políticas, mais a imprensa procura outras categorias informativas para traduzir o interesse da sociedade—geralmente notícias violentas—, o que, por outro lado, amplia a fronteira entre informação séria e informação trivial, que adquire um maior grau de aceitabilidade.

Destarte, existe uma relação de recíproca implicação entre o discurso sobre o crime e a percepção que a sociedade tem dele, podendo-se sustentar, igualmente, que existe uma “relação sólida entre as ondas de informação e a sensação de insegurança” (PELUSO, 2002, p. 180).

Nessa medida, a problemática da violência passa a ser comunicacional, e não mais experimental, uma vez que não se trata mais de uma “violência experimentada, mas de uma violência comunicada e, portanto, susceptível de manejo político e francamente aberta à dramatização” (AMARAL, 2003, p. 224):

A realidade é, assim, facilmente reconstruída, ou mesmo construída, de acordo com a vontade dos meios, que impõem a sua visão do mundo, a sua problemática, o seu ponto de vista, enfim, o que consideram importante. Tal fato pode causar falsas idéias e representações da realidade nos receptores, inclusive podendo estar carregadas de implicações políticas, que somadas à hipersensibilidade, podem causar medos, fobias e fantasias na sociedade receptora [...] na sociedade atual, insegura e passiva, os meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, manipulam as informações por razões de mercado ou mesmo ideológicas e, portanto, manipulam a própria realidade, já que o homem moderno a conhece por intermédio desses meios, especialmente pelas notícias e imagens violentas – que são as que mais vendem – causando e aumentando o medo nas pessoas/espectadores, que, por sua vez, não têm condições de analisar criticamente os fatos que lhes são impostos pela ótica mediática, ocorrendo que os políticos têm plena consciência de tal sistemática e a utilizam para imposições de ideologias que, magicamente, iriam resolver as ansiedades e os medos da população – eleitores em potencial. Por outro lado, os próprios meios de comunicação, sabendo disso, de sua força motora, influenciam os políticos a tomarem medidas para resolver os problemas que são apontados pela sua programação, que, por fim, concretizaria a teoria da profecia que se auto-realiza, ou seja, eu mostro algo como um problema e o Estado reage a ele, portanto, o problema é verdadeiro. A profecia se realizou (PELUSO, 2000, p. 184).

Na esteira desse pensamento, manifesta-se Francesc Barata (2000, p. 266):

Los medios de comunicación hacen pasar los hechos desviados por su lógica productiva. Los manufacturas con un lenguaje, un tiempo y en un espacio determinado. En definitiva con una rutina y unas

fases burocráticas que condiciona el relato informativo que después es consumido por la opinión pública [...] en el discurso mediático sobre la violencia criminal se da, en muchas ocasiones, una fusión entre realidad y ficción que acaba construyendo una nueva percepción sobre el objeto tratado [...] Las informaciones y los programas de ficción etiquetan y estigmatizan determinados comportamientos. Simplifican terriblemente la realidad.

Nesse sentido, pugna Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 224):

Uma equação certa para o fracasso do bem jurídico digno de tutela penal: comunicação seletiva da violência + dramatização da violência + politização = eleição da segurança pública como o fim maior do Estado e da sociedade, que precisa ser alcançado a todo custo.

Desse modo, ante a aversão humana ao risco e à violência, nota-se uma sociedade que clama por segurança, exigindo, cada vez mais, do Estado prevenção e solução dos conflitos sociais geradores do risco e da insegurança.

O Estado, por sua vez, tem sido influenciado por tal expectativa social na tomada de decisões político-criminais. Tais decisões, entretanto,

são tomadas não tanto visando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada “opinião pública” (BARATTA, 1994, p. 22).

Nesse passo, o Direito Penal tem feito parte de um processo de comunicação social defeituoso, no qual intervém um forte sentimento de constante ameaça representado por um “estado subjetivo de insegurança pública” (AMARAL, 2003, p. 224), tendo sido ele o destinatário de todas essas exigências por segurança, forçando-o a expandir-se⁸.

⁸ Por todos, Hassemer (1999) em *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (Amaral, 2007, p. 68).

Tal contexto acarreta uma profusão legislativa, ocasionando, pois, efeitos patológicos no sistema penal, uma vez que

o Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passam a ser utilizados para a consecução de fins políticos, que acabam se tornando um dos fins centrais do mesmo, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação (Peluso, 2002, p. 184).

Na esteira desse entendimento, sustenta Cláudio do Prado Amaral (2007, p. 68), com fundamento nas lições de Hassemer, que

A conseqüência dessa apropriação do direito penal para fins expansivos resulta num direito penal militarizado, excessivamente intervencionista, e permite o desenvolvimento de um “Estado Preventivo” ou “Estado de Prevenção”, no qual as garantias penais conquistadas ao longo da história do homem sofreriam quebras.

Por conseguinte, a criminalização, muitas vezes, passa a ser o único ato de governo de que dispõe o Estado para administrar o temor social e acalmar os ânimos sociais, aduzindo Nilo Batista (2003, p. 246) que

prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do mercado livre [...] porém para garantir o “jogo limpo” mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal.

2.1.3 O uso de instrumentos punitivos como resposta simbólica aos conflitos sociais. Breve análise acerca da função simbólica do Direito Penal (ou da pena)

Verifica-se, pois, cada vez mais, o uso do Direito Penal pelo Estado como solução rápida a situações aflitivas que causam clamor público.

Recorre-se, indevidamente, ao Direito Penal, sob o falacioso argumento de dar o retorno adequado à criminalidade moderna, quando, em verdade, pretende-se, tão somente, criar uma sensação de segurança jurídica, produzindo, na opinião pública, “uma impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido” (QUEIROZ, 2008, p. 51), de modo a restaurar a confiança social no Direito e, sobretudo, nas instituições penais.

Nesse diapasão, a doutrina refere-se a esse fenômeno como *função simbólica ou retórica* do Direito Penal ou da pena⁹, haja vista o uso de mecanismos penais como “reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade” (AMARAL, 2003, p. 155-156).

Nessa linha intelectual, dissertando sobre o chamado Direito Penal simbólico, assevera Claus Roxin (2008, p. 47):

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.

9 Esclarece Manuel Cancio Meliá que “os fenômenos de caráter simbólico fazem parte, de modo necessário, do entrelaçamento do Direito penal, de maneira que, na realidade, é incorreto o discurso do Direito penal simbólico como fenômeno estranho ao Direito penal. Efetivamente: desde perspectivas bem distintas, desde a criminologia crítica – e, em particular, desde o assim chamado enfoque do labeling approach – que dá importância às condições da atribuição social da categoria delito, até a teoria da prevenção geral positiva, que entende delito e pena como seqüência de posicionamentos comunicativos a respeito da norma: os elementos de interação simbólica são a mesma essência do Direito penal. Então, o que quer dizer-se com a crítica ao caráter simbólico, se toda legislação penal, necessariamente, possui características que se podem denominar de simbólicas? Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 58-59).

Em um mesmo sentido, sustenta Vinicius de Toledo Piza Peluso (2002, p. 185):

A função simbólica é utilizada pelo legislador como um efeito meramente psicológico sobre a sociedade, não tendo lugar na realidade exterior, pois a opinião pública tem a falsa impressão tranquilizadora de um legislador atento aos problemas e decidido, satisfazendo a todos, e de que o problema está sob controle. Da mesma forma, o legislador tem a impressão de ter, realmente, feito algo útil. Assim, ele cria novos tipos penais e incrementa desnecessariamente as penalidades existentes, derogando, ainda, garantias materiais e processuais dos acusados.

Adverte Hassemer (1995, p.28) que existe certo consenso acerca do fenômeno do Direito Penal simbólico, malgrado não se tenha um conceito preciso e apto do que seja “simbólico” ou de “legislação simbólica”. Eis as suas palavras:

Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre “realidad” y “apariciencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. “*Simbólico*” se asocia con “*engaño*”, tanto en sentido transitivo como reflexivo. Asi Hegenbarth opone el “fortalecimiento simbólico de las normas” a la “seguridad de su cumplimiento”; Hill habla de leyes que “no están en situación de efectuar cambios y las cuales sólo tienen funciones simbólicas”; Ryffel vincula “simbólico” con “consecuencias latentes” de las leyes; Noll opone las intenciones del legislador a los efectos reales de las leyes y Amelung contrapone “prestigio” a “efectividad”¹⁰.
[grifo nosso]

O simbolismo é uma falsa aparência de efetividade e instrumentalidade, fundamentado em elementos de engano, com base na oposição entre aparência e realidade.

10 Alessandro Baratta (1994, p. 23) esclarece que “o ‘engano’ do qual nos fala Hassemer não é tanto um complot de ‘políticos’ para colocar em ‘xeque’ seu público, mas, sobretudo, a expressão do colapso em que se encontra o sistema decisório representativo devido às disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade”.

Um Direito Penal simbólico é aquele em que os objetivos escamoteados predominam sobre os manifestos, na medida em que visa produzir um impacto tranquilizador na sociedade – objetivo escamoteado – ao invés de proteger, eficazmente, bens jurídicos fundamentais para a convivência. Nesse passo, o simbolismo penal cria um Direito Penal orientado, tão somente, para consequências e resultados.

Nesse mesmo sentido, Hassemer (1995, p. 30) refere-se a funções latentes e manifestas do Direito Penal:

[...] se entiende – como ya expresa la determinación del concepto – por “funciones manifiestas” llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las “funciones latentes”, a diferencia, son múltiples, se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una “necesidad de actuar” a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte [...] Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino “engano” o “apariencia” [...].

Destarte, nota-se que a função nitidamente instrumental atribuída ao Direito Penal (função preventiva) vem cedendo espaço à sua função simbólica¹¹. Entretanto, observa-se que os reais objetivos preventivos não podem ser alcançados por um Direito Penal

11 Com base na perspectiva da criminologia crítica, sustenta Alessandro Baratta (1994, p. 23) que: “as funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada [...] Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena, como violência institucional e sua ‘função latente’, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade”.

simbólico, uma vez que o discurso preventivo que leva consigo não respeita a proteção de bens jurídicos, senão a imagem de um legislador atento, de um Estado forte.

Um Direito Penal simbólico de “funções manifestas e latentes” (ou de “finalidade declarada” e “finalidade perseguida” – BARATTA, 1999) viola os princípios de um Direito Penal liberal, minando, em última análise, a confiança da população no próprio ordenamento e no sistema penal.

Nessa linha de intelecção, sustenta Hassemer (1995, p. 36):

El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una “necesidad de acción”. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias [...] Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

Por conseguinte, verifica-se que um Direito Penal com fins simbólicos não se apresenta como legítimo, pois se mostra desnecessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica, além de reagir com um rigor desproporcional ao introduzir um sem número de disposições excepcionais e ineficazes, voltadas para um grupo de delitos e de delinquentes determinados¹².

Nesse sentido, conclui Winfreid Hassemer (1999, p. 27):

La explosiva mezcla de grandes “necesidades de actuación” social, de fe casi ciega en la eficacia de los medios jurídico-penales y de los déficit enormes que luego tienen estos instrumentos cuando se aplican en la realidad, puede hacer surgir el peligro de que el

12 Nesse sentido, ROXIN, 2008, p. 48; QUEIROZ, 2008, p. 52.

derecho penal viva de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo es destructivo.

2.1.4 Antecipação da tutela penal. O Direito Penal Moderno e o recurso aos tipos de perigo abstrato

Atualmente, verifica-se uma ênfase na tutela penal preventiva, vale dizer, uma tendência de criminalização em âmbito prévio, refletindo-se, sobremaneira, no crescente recurso aos delitos de perigo, sobretudo, os tipos de perigo abstrato.

Os tipos de dano diferem dos de perigo, pois, enquanto nos primeiros o resultado típico de uma conduta implica uma lesão, nos segundos exige-se uma colocação em perigo a um bem jurídico, bastando a situação de risco de lesão deste, ocorrendo, desse modo, um nítido adiantamento da proteção do bem a momentos anteriores à lesão¹³.

Por seu turno, os delitos de perigo comportam subdivisões, sendo que a distinção clássica os diferencia em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato¹⁴. Eis o magistério de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 129):

[...] se pensarmos o bem jurídico como uma entidade que comporta várias zonas periféricas suscetíveis de proteção, o delito de

¹³ A distinção entre crimes de dano e de perigo remonta aos estudos de Binding e Stübel (SILVEIRA, 2006, p. 104).

¹⁴ “Procurando dar sustento e corpo à idéia intangível de perigo, justificando mesmo sua colocação frente ao Direito Penal, diversos autores têm se esmerado na busca de uma construção doutrinária mais próxima e palpável do que viria a ser tipificado como perigo, ainda que de forma abstrata. Toda uma série de elaborações, levadas a cabo já desde os finais dos anos 60 do século passado, tem feito, não sem razão, com que o estudo dos crimes de perigo se revele como uma das grandes temáticas do Direito Penal moderno”. (SILVEIRA, 2006, p. 120). Nessa medida, com base nos estudos de Horst Schröder, Marcello Gallo e Wilhelm Gallas, foram desenvolvidas novas concepções sobre os tipos de perigo, tais quais: delitos de perigo abstrato-concreto, delitos de resultado de perigo, delitos de mera conduta perigosa, delitos baseados na ausência ou infração de controle administrativo, delitos por acumulação.

lesão atingiria o seu núcleo central, enquanto o delito de perigo situar-se-ia em zonas antecipadas de proteção. Em realidade, pode-se dizer que apenas os tipos de perigo concreto chegam a influir nessas esferas de proteção, pois eles exigem um verdadeiro desvalor de resultado, que consiste, precisamente, na concreta colocação em perigo do bem. Melhor dizendo, embora não se solidifiquem em alterações reais, sensíveis ao bem jurídico – uma vez que não acarretem lesão – devem produzir um tipo de resultado objetivo de *pôr-em-perigo*, que é o atingimento de uma dessas esferas de proteção.

Os delitos de perigo abstrato referem-se a situações perigosas hipoteticamente presumidas, mediante um juízo *ex ante*, uma vez que proíbem a realização de um comportamento imaginativamente perigoso, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.

Desse modo, para a realização do tipo de perigo abstrato, torna-se suficiente, unicamente, a constatação do desvalor da ação, prescindível o desvalor do resultado, considerando-se o elemento do injusto (SILVEIRA, 2006, p. 91). Por conseguinte,

para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa (MACHADO, 2005, p. 130).

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por no exigir la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido. Se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. El peligro es un mero motivo, “ratio” de creación del delito, no el resultado típico del mismo, luego la producción del peligro no es un elemento del tipo del injusto. El comportamiento se tipifica en atención a su peligrosidad general para el bien jurídico, basada en datos de la experiencia común. Por ello se califican también de delitos de peligro presunto, sobre todo en la doctrina italiana, aunque también entre nosotros (MACHADO, 1999, p. 39).

Segundo María Isabel Sánchez García de Paz (1999, p. 38), a maioria dos delitos de perigo, presentes nos ordenamentos jurí-

dicos, são de origem recente, relacionados a uma sociedade fortemente industrializada e tecnológica, a já aludida “sociedade de risco”, cumprindo tais normas funções preventivas, sobretudo, em relação aos riscos de caráter coletivo.

Nessa medida, com fundamento em uma análise histórica, vê-se que a dogmática penal lastreou-se, por muito tempo, no modelo violação-dano, deixando a proteção antecipada de perigos à atividade de polícia da administração.

A complexidade das relações e os crescentes perigos técnicos trouxeram, a partir da segunda guerra mundial, a tutela penal para a disciplina de comportamentos imbuídos de riscos, não só aos direitos individuais como também à realização de direitos supraindividuais (MACHADO, 2005, p. 131), com base no recurso aos tipos de perigo, principalmente os de perigo abstrato.

Pontua Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 67) que a difusão da noção de antecipação da tutela penal se deu, de forma mais acentuada, a partir de 1982, quando da realização do colóquio da Associação Internacional de Direito Penal, ocasião em que se estabeleceu, na Resolução n. 8, que:

[...] os crimes de perigo abstrato (*per se bans, abstrakte Gefährungsdelikte, délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização, como simples processo de facilitar a prova não se justifica [...]

Desde então, percebe-se, veementemente, a antecipação da intervenção na esfera penal, nota marcante do Direito Penal moderno, sob o argumento de se garantir a proteção total, e sem lacunas, em face das novas situações de ameaças (BUERGO, 2001, p. 79).

Assim, assevera Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 130) que os delitos de perigo abstrato não mais se constituem em exceção ao modelo de Direito Penal que tinha, por fundamento, a lesividade do ato ilícito, passando a integrar o “centro da estraté-

gia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos”. Nesse mesmo sentido, assinala Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 78):

Resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de emprendimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas, puesto que al disminuir estos delitos los requisitos de punibilidad, facilitan enormemente la aplicación del tipo y con ello el alcance de la utilización del instrumento penal.

De acordo com Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 132), a profusão de tipos de perigo abstrato relaciona-se à estratégia de utilização de incriminações de mera conduta¹⁵, para coibir violação aos bens jurídicos supraindividuais, uma vez que, nessas situações, difícil é a identificação da ameaça e do ataque ao bem. Nesse passo, aduz:

[...] por se tratar de tipos de mera conduta, faz-se prescindível a demonstração da lesão ou ameaça ao bem jurídico, da complexa e por vezes desconhecida relação de causalidade entre a conduta e o imaginado efeito arriscado, bem como do dolo de lesão. O que deve ser objeto de prova é, tão-somente, a ocorrência, no mundo dos fatos, da ação típica considerada perigosa pelo legislador - o

15 “Mezger, com apurada clareza, afirma que, na estrutura dos tipos jurídico-penais, podem ser bem-vistos os dois modelos ideais distintos de delitos, quer sejam de mera atividade, quer sejam de resultado. Interessante notar que os primeiros cuidam, necessariamente, de situações tidas, na doutrina italiana, como sendo de crimes formais. Lembrando da opinião tida de que muitos crimes formais são de conduta e de resultado, maior monta toma o problema. Manuel Pedro Pimentel não aceitava tais ponderações, afirmando, peremptoriamente, que era contrário a tal entendimento, vez que “[...] os crimes de mera conduta constituem uma categoria autônoma, que não está subordinada ao grupo dos crimes formais, porque, apesar da semelhança genérica existente, uma diferença claramente os distingue: nos crimes de mera conduta há uma ofensa (dano ou perigo) presumida; nos crimes formais, há um resultado de dano ou de perigo insito na conduta e que se realiza ao término do desdobramento desta” (SILVEIRA, 2006, p. 105-106).

que facilita sobremaneira a intervenção penal nesses casos difíceis (MACHADO, 2005, p. 133).

Hassemer (1999, p. 23), por seu turno, aduz que o legislador utiliza essa via porque os delitos de perigo abstrato ampliam, enormemente, o âmbito de aplicação do Direito Penal, uma vez que, ao prescindir do prejuízo, prescinde-se, também, da causalidade. Nesse sentido, o trabalho do juiz, também, é “facilitado” sobremaneira, haja vista ser suficiente a prova da realização da ação típica, porquanto a sua perigosidade não tem que ser verificada pelo magistrado:

[...] utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos [...] deja al juez prácticamente sin ningún criterio hermenéutico, reduciendo en consecuencia los criterios legales que vinculan la interpretación judicial (HASSEMER, 1999, p. 24-25).

Parte da doutrina entende pela admissão dos delitos de perigo abstrato, haja vista as necessidades atuais para a proteção de bens jurídicos, advindas da sociedade de risco. Nesse sentido, estão Stratenwerth, Kuhlen, Schünemann e Roxin, afirmando este último ser imprescindível tal técnica, apostando não ser possível renunciar, totalmente, à intervenção do Direito Penal no campo supraindividual (SILVEIRA, 2006, p. 155).

A doutrina majoritária pugna por não rechaçar, de modo absoluto, o recurso aos tipos de perigo, mantendo-os de modo excepcional, mesmo porque tais delitos sempre existiram nos códigos penais, com aceitação, de certa forma, pacífica, a exemplo dos delitos de omissão de socorro e contra a ordem pública.

Desse modo, sugerem uma reformulação na técnica legislativa, no sentido de tornar mais perceptível a possibilidade de perigo

a um fato. Sustentam, pois, que a redação típica deve ser de tal modo clara, a denotar a lesividade potencial da conduta reprovável. Seria, assim, “uma legitimação dos crimes de perigo abstrato fundada em melhor técnica legislativa de construção, ou em uma carga semântica que autoriza a punibilidade” (SILVEIRA, 2006, p. 157).

Contudo, vários são os questionamentos, desde uma perspectiva do Direito Penal clássico, relativa à aplicação dos tipos de perigo abstrato, aduzindo abalizado setor doutrinário que um “Direito Penal de Perigo” (ou “do risco”) acaba por romper os fundamentos básicos do Direito Penal Liberal. Vejamos.

Por primeiro, cumpre salientar que os tipos de perigo abstrato são alvo de críticas, haja vista sua possível contradição com o princípio da lesividade ou ofensividade penal, o qual exige a presença de uma antijuridicidade não só formal, mas também material. Nesse sentido, sustenta Sergio Moccia (2003, p. 195):

[...] la total ausencia de nocividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, aparte de todo otro relieve. hace difícilmente perceptible el disvalor del hecho, sea para la generalidad de los consocios, sea para el eventual delincuente, que puede no darse cuenta en el momento de la aplicación y de la ejecución de la sanción, de la extrema gravedad -es decir, tal que requiere la activación del instrumento estatal de intervención que más incide sobre libertad y personalidad individual- de su conducta, peligrosa sólo de manera “abstracta”: que no haya creado, entonces, una situación de peligro efectivo para el bien.

Tal crítica desafia, até mesmo, a tentativa de legitimação dos tipos de perigo abstrato, mediante aperfeiçoamento da técnica legislativa, uma vez que o tipo, com carga ofensiva, não se mostraria como solução aos crimes de perigo abstrato¹⁶.

Por segundo, Hassemer (1994, p. 46) sustenta que os delitos de perigo abstrato, ao passo que produzem uma redução dos requisitos para punir, diminuem as possibilidades de defesa, porquanto

16 Por todos, o italiano Sergio Moccia (2003).

imprescindível é a prova de um resultado de lesão ou de perigo: “quanto menores forem as pré-condições para a sanção tanto menores serão as possibilidades de defesa”.

Desse modo, restaria abalada a força fática do Direito Penal para proteção de bens jurídicos, uma vez que, por consequência, suprime-se o vínculo entre o comportamento criminalizado e a lesão ao bem jurídico, vale dizer, a relação de causalidade (HASSEMER, 1995, p. 35), além de implicar uma perda de credibilidade do sistema que, ao intervir com a sanção penal em fatos de pouca lesividade, tem por desvalorizadas suas armas (MOCCIA, 2003, p. 196).

Por terceiro, os tipos de perigo abstrato são tidos com reserva por setor doutrinário, sob uma perspectiva do princípio da culpabilidade, pois se estabelecem penas elevadas, dada a importância de bens jurídicos “em jogo” em situações nas quais o perigo esteja descartado. Trata-se de uma culpabilidade presumida. Nessa linha cognitiva, aduz Arthur Kaufmann (apud SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, 1999):

Dado que el peligro no es un elemento del tipo legal, sino que representa sólo el motivo no nombrado del legislador, el delito se realiza en el caso concreto incluso cuando el peligro – presumido legalmente – no se produce en absoluto en concreto. Ello tiene como consecuencia que al autor no le sirve de nada cuando parte – correcta o erroneamente – de que su comportamiento no es peligroso en absoluto. También la culpabilidad es presumida de modo irrefutable o incluso fingida [...] Que esto supone una contradicción con el principio de culpabilidad, resulta evidente.

3 (Des)criminalização: um imperativo?

3.1 Algumas distinções necessárias: “despenalização”, “diversificação” e “descriminalização”

Em linhas de princípio, cumpre esclarecer alguns conceitos, com vistas ao correto entendimento do quanto aqui desenvolvido. As expressões “despenalização”, “diversificação” e “descriminalização” representam realidades diferentes, portanto, não se confundem.

Com efeito, despenalização é o ato de diminuir a pena de um delito sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 401) identificam a despenalização como o “processo de redução maior ou menor, das sanções criminais aplicadas a condutas que persistem como ilícitos criminais”.

A despenalização compreende a substituição da pena de prisão por outras sanções alternativas não detentivas, como a prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima etc.

A “diversão” ou diversificação consiste na busca de soluções alternativas ao sistema penal tradicional, atribuindo a órgãos ou entidades não penais a solução do conflito, sem retirar o caráter ilícito do fato.

Para Raúl Cervini (1995, p. 76), o conceito de diversificação¹⁷ significa a “suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”. Selma de Santana (2006, p. 71), por seu turno, leciona:

O termo “diversão” significa o conjunto de processos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle com vistas a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal (pelo menos, antes do momento jurídico-processual de determinação da culpa e/ou sanção), afastando, correspondentemente, as pessoas daquele sistema e do respectivo “corredor da delinquência” ou parte deles.

[...] traduz o conjunto de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da jus-

17 De acordo com Raúl Cervini (1995, p. 77), o “norueguês Nils Christie leva a opção diversificadora até seus últimos extremos. Para este abolicionista, a punição significa um sofrimento que deve ser minimizado a todo custo por meios alternativos de resolução de conflitos. Toda a sua obra busca reduzir o sofrimento, aumentar as respostas positivas e confiar basicamente nos seres humanos comuns. Para ele, a via mais eficaz para alcançar esse objetivo é a descentralização do poder. O controle social não oficial necessita que o poder esteja mais próximo do ser humano, com suas unidades autônomas atuando na base desta forma alternativa de poder”.

tiça penal [...] tal movimento – “diversão” – tem buscado soluções alternativas para a solução de conflitos jurídico-penais, sobretudo no âmbito da pequena e média criminalidade¹⁸.

Descriminalizar consiste em retirar de certa conduta o seu caráter criminoso, mediante renúncia à incriminação ou perda do caráter criminal de um ilícito. Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 399), trata-se de “uma redução formal da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano”, mediante uma filtragem do ordenamento jurídico-penal.

Importa salientar que a descriminalização¹⁹ implica a afirmação e a manutenção do sistema penal, porquanto não se refere a um movimento abolicionista²⁰.

3.1.1 Espécies de descriminalização

De acordo com Raúl Cervini (1995, p. 73), a descriminalização manifesta-se de três formas, a saber: descriminalização formal, legal ou em sentido estrito, descriminalização substitutiva e descriminalização de fato²¹.

18 Palestra proferida pela professora Selma de Santana no 3º Congresso Internacional de Direito e Democracia e no 2º Congresso Internacional do IPAN, em 2008.

19 Cumpre firmar, segundo Cláudio do Prado Amaral, que tal expressão apareceu pela primeira vez em 1949, em uma obra de Shelton Glueck, esclarecendo este que o fenômeno data de muito antes, remetendo-se a uma lei inglesa de 1736, a qual vedava proibições em matéria de bruxaria (AMARAL, 2003, p. 158).

20 Referência do movimento abolicionista, Hulsman entende que “o sistema penal não é necessário nem bom: para além de produzir sofrimentos, reproduzir e ampliar as desigualdades, ‘rouba os conflitos’ às pessoas diretamente implicadas [...] não devem multiplicar-se as intervenções exteriores sob o pretexto de controle, lá onde uma convivencialidade tolerante e equilibrada assume naturalmente os conflitos e dilui as tensões que se exprimem no seu seio. A visão de Hulsman é libertadora e desalienante; confia nos equilíbrios naturais e desconfia de todas as estruturas autoritárias e infantilizantes. O recurso eventual às instâncias conciliatórias formais, persiste, assim, no espírito de Hulsman, como excepcionado” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 400-401).

21 Asseveram Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade que a descriminalização pode se dar de forma direta ou indireta. A descriminalização será direta

A descriminalização formal, ou legal, refere-se à outorga de um pleno reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, resultando numa não intervenção jurídico-penal por parte do Estado, em face de dados comportamentos. A título de exemplo, o que ocorreu com os delitos de cunho sexual, como a prática da relação homossexual e do adultério.

A descriminalização substitutiva ocorre nos casos em que as penas são substituídas por sanções de outra ordem, a exemplo das transformações de delitos em infrações administrativas, passando a conduta a ser disciplinada fora do âmbito penal.

Nessa linha cognitiva, dissertam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 403) a respeito dos processos de descriminalização legal e substitutiva, respectivamente:

De um lado estão os casos em que a descriminalização significa a renúncia do Estado ao controlo da conduta no alargamento das margens de tolerância. E isto porque a conduta em causa deixa de ser considerada como negativa ou indesejável ou porque se entende que, apesar de socialmente indesejável, não deve reconhecer-se ao Estado legitimidade para controlar [...] Diferentemente se passam as coisas quando a descriminalização se fica a dever à procura de alternativas de controlo, mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal. Descriminaliza-se como o propósito de confiar a outros sistemas, jurídicos ou não; ou porque se pretendem privilegiar as alterações a nível do ambiente físico, da estrutura social ou da vítima, já como referências etiológicas, já como destinatários da política criminal.

A descriminalização de fato, por sua vez, opera-se quando o sistema penal deixa de funcionar sem que, formalmente, tenha

quando da revogação da norma incriminadora ou mediante a manipulação dos elementos integrantes da descrição típica. A descriminalização incide diretamente sobre a norma incriminadora. Por sua vez, a descriminalização indireta opera-se mediante a parte geral do Código Penal, sobretudo pela inserção do princípio de bagatelas como limiar geral do ilícito criminal, como ocorreu em Portugal (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 418).

perdido competência para tal, permanecendo irretocável o caráter de ilícito penal, de um ponto de vista técnico-jurídico. De acordo com Gérson Pereira dos Santos (1981, p. 50), a descriminalização de fato decorre da desfunção da repressão penal:

Há, na verdade, um divórcio entre a repressão penal e a opinião pública, e isto é facilmente constatável nos ilícitos relativos à proteção da moralidade pública, vadiagem, toxicomania e aborto, que constituem, ao lado de certas formas de *déviance*, significativas parcelas das cifras negras da criminalidade oculta.

A descriminalização de fato pode derivar de uma série de fatores: sobrecarga do sistema penal; não reconhecimento social do caráter delito de certo comportamento, ou seja, a insuficiência da reação social; erosão da repressão etc.

Segundo o Comitê Europeu sobre Problemas de Criminalidade, a descriminalização de fato consiste no “fenômeno de redução (gradual) das atividades do sistema de justiça penal diante de certas formas de comportamento ou de certas situações, desde que não tenha havido mudanças na competência formal do sistema”. (CERVINI, 1995, p. 75).

Vale salientar que a descriminalização de fato, conforme assevera Raúl Cervini, muitas vezes, culmina no processo de descriminalização legal, podendo-se reconhecer a descriminalização de fato e a legal ou formal como partes de um mesmo processo.

Por conseguinte, assevera Paulo Queiroz (2002, p. 111-112) que descriminalizar é reconhecer existirem comportamentos não mais dignos de proteção penal ou que possam ou devam ser mais bem disciplinados no âmbito extrapenal, ou, ainda, que lhes deva ser confiada a prevenção às instâncias não jurídicas de controle social.

3.2 As categorias do “merecimento” e “necessidade (carência)” de tutela penal

O discurso da descriminalização obedece à mesma lógica que o discurso da criminalização, pois perpassa pelo questionamento acerca da legitimidade e necessidade do controle jurídico-penal pelo Estado, para que não se converta este numa fonte autônoma de disfunções, isto é, num fator criminógeno.

São as categorias da dignidade penal e da carência penal os parâmetros para (des)criminalização, exigência que se impõe diante do expressivo quadro hipercriminalizante, decorrência de uma atividade legiferante desprovida de qualquer orientação político-criminal (DIAS, 2007, p. 35)²² mais humana e consciente dos efeitos da punição bem como, ainda, comprometida com a “protecção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluído o delinqüente mais empedernido” (Ibidem).

Nesse passo, as categorias de merecimento e necessidade²³ de pena são verdadeiros pressupostos para a tutela jurídico-penal de

22 Dissertando sobre a Política Criminal, aduz Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 35) que “a sua função última consiste em servir como padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização. E todavia, apesar da predominância que assim se atribui à política criminal no contexto da ciência conjunta do direito penal, ela haverá em todo o caso de se condicionar estritamente pelos fundamentos jurídico-políticos da concepção de Estado. Se a política criminal é, como acaba de ver-se, extra-sistemática relativamente ao direito penal, ela é todavia intra-sistemática relativamente à concepção do Estado, quer dizer, ela é imanente ao sistema jurídico-constitucional”.

23 “Sobre el alcance, significado material, función, ubcación sistemática y relación recíproca entre los conceptos de merecimiento de pena y de necesidad de pena (categorias utilizadas sobre todo en la dogmática penal alemana: *Strafvürdigkeit*, merecimento de pena y *Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*, necessidade de pena) no existe unanimidad en absoluto. Las coincidencias al respecto no van más allá de la mera definición formal, tautológica, consistente en que merecimiento de pena significa que la conducta del autor merece una pena (por tanto, que la punición es merecida, y que necesidad de pena significa que se necesita la pena” (LUZÓN PEÑA,

bens jurídicos ou, dito de outro modo, para elaboração de um conceito material de crime²⁴.

De acordo com Andrade (1995), baseado no entendimento de Volk, o merecimento de pena e a necessidade de tutela penal são, hoje, assumidos como arquétipo para o legislador, como fórmula concentrada do conjunto de princípios retores, em matéria de política criminal.

São ambos, em verdade, que mediatizam e tornam operacionais os princípios constitucionais que determinam o horizonte da criminalização: imanência sistêmico-social, proporcionalidade, caráter fragmentário e subsidiariedade (ANDRADE, 1995, p. 165).

Como já mencionado, até no que se refere à terminologia adotada para o tratamento do tema, a doutrina é dissonante.

Merecimento de pena é expressão corrente na doutrina espanhola, enquanto, em Portugal, mais comum é o uso da expressão dignidade penal. No presente estudo, será adotado o vocábulo merecimento de pena como expressão mais abrangente, a englobar a dignidade penal do bem jurídico bem como a danosidade social (ofensividade) da conduta atentatória ao bem jurídico²⁵.

1995, p. 115). Em igual sentido, Costa Andrade (1995, p. 155) assevera que “difícilmente, por ende, conocerá la ciencia penal materia que suscite mayor disensión de opiniones. Todo es cuestionado y controvertido en esta Babel en que se há convertido la doctrina del merecimiento y de la necesidad de tutela penal, em donde hablando todos de lo mismo, raros son los que hablan de la misma cosa. No encontramos, por eso, consenso estabilizado em relación a prácticamente ninguno de los aspectos más decisivos: qué términos y conceptos a privilegiar; con qué comprensión, extensión y relaciones recíprocas; y, sobre todo, con que estatuto y función dogmática”.

24 “O conceito material de crime é, neste sentido, *previamente dado* ao legislador e constitui-se em *padrão crítico* tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal” (DIAS, 2007, p. 107).

25 Assim também foi proposto por Alice Bianchini em sua tese. Esclarece a autora, em seu estudo: “aqui, o que se pretende fazer – usando a abordagem espanhola – é desmembrar a expressão *merecimento de pena*, para fazer incluir nela os dois elementos mencionados (*dignidade do bem jurídico e ofensividade da conduta*)” (BIANCHINI, 2002, p. 25).

Nesse passo, o bem jurídico dotado de dignidade penal é, tão somente, aquele cuja lesão se revela digna de pena, traduzindo as limitações impostas e próprias do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, concluem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 406):

O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo duro irreduzível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade.

Para ser legítima a atuação estatal do Direito Penal, não basta que o bem possua dignidade penal, faz-se, também, necessária a constatação da sua ofensa; vale dizer, após a comprovação da dignidade penal do bem jurídico, há de se verificar, ainda, a aptidão lesiva (danosidade) da conduta criminalizada, para poder se concluir pelo merecimento de pena. Decorrente do cânone *nullum crimen sine injuria*, tal entendimento assegura que somente merecem tutela penal aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo (GOMES, 2002, p. 13, 20 e 22) de lesão bens jurídico-penais. Dessa forma, é possível que, embora possuindo o bem dignidade penal, não esteja legitimada a intervenção penal, dada a inexistente ou precária lesão por ele sofrida.

Tal exigência, hoje, toma contornos mais precisos, consubstanciando-se em princípio, qual seja o princípio da ofensividade. Esse princípio tem por função a minimização das proibições penais e, de acordo com Ferrajoli (apud BIANCHINI, 2002, p. 55),

[...] equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade e fiabilidade, pois, se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de qualquer

relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis, e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionem bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.

Entrementes, ser um bem jurídico merecedor de pena (dignidade do bem jurídico e ofensividade da conduta preenchidos) não é suficiente para a intervenção penal. Após se concluir pelo merecimento de pena, deverá a análise passar para o plano do critério da necessidade (carência) de tutela penal, porquanto o merecimento de tutela penal não implica a sua necessidade. Nesse sentido é o magistério de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 407):

A dignidade penal constitui apenas a legitimação negativa (Hassemer), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização. Tal se logrará num segundo momento, em sede de carência de tutela.

Necessidade de tutela penal, na precisa lição de Andrade (1995, p. 164), significa a exigência de que o Direito Penal somente deve intervir quando a proteção de bens jurídicos não possa ser alcançada por meios menos gravosos para a liberdade.

Por conseguinte, a intervenção penal, tão somente, será legítima quando for indispensável, ou seja, quando for, além de necessária, a única via adequada de tutela de um bem jurídico-penal contra uma conduta ofensiva.

Para o referido autor, a atuação do Direito Penal deverá ser tolerada, apenas, quando não desencadear efeitos secundários, desproporcionalmente lesivos, porquanto o Direito Penal é um sistema de controle nem sempre necessário, nem sempre eficaz, mas, sempre, o mais gravoso (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 409). O recurso à

pena deve decorrer, portanto, do princípio da intervenção mínima, como *ultima ratio*.

Daí decorre que, do princípio da necessidade penal, extrai-se o princípio da proporcionalidade. Assim, assevera Figueiredo Dias (2007, p. 128):

Uma vez que o Direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular a política jurídica não-penal, se revelem insuficientes ou inadequados. Quando assim não aconteça, aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação dos princípios das subsidiariedade e da proibição de excesso.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 408) posicionam-se pelo caráter eminentemente criminológico dessa categoria, aduzindo, para tanto, que

Todas as respostas dadas em sede de *carência* – e eficácia – de tutela implicam uma dada representação da realidade, da conduta a criminalizar/descriminalizar, das suas manifestações típicas, do enquadramento ambiental e interactivo, do grau de danosidade social, bem como um juízo prognóstico sobre as possibilidades e alternativas de controlo social. Daí que o conteúdo desta categoria seja, como SAX acentua, fundamentalmente criminológico.

Nesse passo, pode-se concluir pela ilegitimidade da intervenção penal para a proteção de bens jurídicos que poderiam ser tutelados, de modo suficiente, por meios civis ou pelas sanções do Direito Administrativo (intervensões menos gravosas tanto para sociedade como para o infrator). Dessa forma, conclui Andrade (1995, p. 164):

La necesidad de tutela penal se analiza, asimismo, en un doble y complementario juicio: en primer lugar, un juicio de necesi-

dad (Erforderlichkeit), por ausencia de una alternativa idónea y eficaz de tutela no-penal; en segundo lugar, un juicio de idoneidad (Geeignetheit) del Derecho penal para asegurar la tutela, y para hacerlo al margen de costes desmesurados en cuanto al sacrificio de otros bienes jurídicos, máxime la libertad.

4 Alcance da descriminalização: onde é preciso descriminalizar?

O discurso da descriminalização opera-se fundamentado no fenômeno da crise da hipercriminalização, isto é, na expansão do Direito Penal. Com base na observação da maioria dos ordenamentos jurídico-penais modernos, nota-se a existência de áreas que reclamam por soluções de descriminalização.

Nesse sentido, a descriminalização impõe-se em relação a condutas criminalizadas por motivos meramente morais, haja vista a impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas (BIANCHINI, 2002, p. 51).

Noutros termos,

não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social (DIAS, 2007, p. 112).

Conforme aduz Dias (2007, p. 112-113), uma concepção em contrário não se adequaria ao pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas, em que, em maior ou menor medida, coexistem – por vezes de forma pacífica, por outras de forma tensa – zonas de consenso com zonas de conflito [...] e se torna existente a palavra já tão antiga quanto sábia de Tomás de Aquino, segundo a qual o legislador não deve deixar-se seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito Penal todas as infracções à “moral objectiva”.

Demais, impõe-se a descriminalização em face dos denominados “delitos sem vítima”. Adverte Raúl Cervini que a doutrina criminológica não é pacífica quanto ao que se deva entender por “delitos sem vítima”. Contudo, elenca as principais características desse grupo de delitos.

Tais características são: participação consensual no fato; ausência de participantes demandantes pedintes da proteção das leis penais; ausência de sentimento de dano por parte da vítima; atitude voluntária de oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados, mas amplamente requisitados (CERVINI, 1995, p. 186).

Destarte, delitos nos quais a pessoa compromete-se por certo comportamento, sob seu próprio entendimento e consentimento, a exemplo do uso de drogas, bem como delitos que não levem consigo o sentimento de dano, tão forte, a impelir que o indivíduo leve tal ofensa às autoridades, não devem ser criminalizados, uma vez que não se pode admitir uma posição paternalista estatal, sob argumento de que cabe ao Estado definir o que é bom para o estado de um indivíduo.

Delitos como jogo, prostituição, devem, também, ser descriminalizados (atitude voluntária de oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados), pois nenhum efeito produzem na redução de sua clientela (CERVINI, 1995, p. 187).

De mais a mais, clamam por uma solução descriminalizante as manifestações de evasão subcultural ou marginalidade social, tais como vadiagem, embriaguez etc., haja vista que a sua proibição, em seara criminal, viola direitos fundamentais imanentes ao Estado Democrático de Direito, máxime, o direito à liberdade e o direito de ser diferente. Nesse sentido, dissertam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 430):

Também aqui a criminalização significaria sempre a imposição coactiva de um particular eudemonismo, isto é, de uma concepção

sobre a felicidade e a perfeição. O que, por sobre ser uma manifestação de contestável paternalismo, constituiria igualmente uma inescapável afronta aos princípios do Estado de Direito de uma sociedade aberta e plural.

Como já explanado, hodiernamente, o Direito Penal tem assumido um papel de marcador dos limites dos riscos sociais. Contudo, efetivamente, não é papel do Direito Penal a prevenção dos riscos socioeconômicos e tecnológicos, mesmo porque o direito, de um modo geral, “não é instrumento de condições máximas de sobrevivência, mas de decisões mínimas de realização individual e social, o que torna o risco um ingrediente do sistema” (PELARIN, 2002, p. 152). Importa salientar que tal argumentação de periculosidade foi largamente utilizada pelos regimes mais truculentos, nomeadamente, o fascismo e nazismo²⁶.

E mais. Cumpre reconhecer que, na seara da especialização tecnológica, o sistema penal não tem meios efetivos e adequados para uma persecução criminal adequada, com esteio na individualização da conduta, haja vista o complexo emaranhado de interações sociais e condutas diferenciadas, revelando-se, pois, as dificuldades do modelo de imputação e responsabilidade para a disciplina de riscos de um Direito Penal “de justiça”, num Estado Democrático de Direito (AMARAL, 2003, p. 235).

Assim, não deve o Direito Penal, a princípio, arvorar-se em instrumento de tutela dos novos riscos, sendo imperioso rechaçar a construção de um “Direito Penal do Risco”, devendo, para tanto, intervir o Direito Administrativo e outros meios de controle social não jurídicos, haja vista que, no dizer de Mezger (apud QUEIROZ, 2008, p. 111), uma boa política social ainda é a melhor política criminal.

26 Postula Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 94) que, “ao reelaborar o programa de Direito Penal liberal até então desenvolvido, o nacional-socialismo deu profunda pedra de toque na elaboração do que veio a se revelar como um novo Direito Penal de Perigo (*Gefährdungstrafrecht*) e da Vontade (*Willensstrafrecht*). Fazendo uso antecipado do Direito Penal, visando coibir um comportamento perigoso do autor, ou mesmo, justificando uma intenção para a imposição da pena, criou-se ainda mais incerteza jurídica”.

De mais a mais, a intervenção do Direito Penal para prevenção de riscos, mediante a antecipação da punibilidade, acaba por criar “objetos fictícios de tutela” (PELARIN, 2002, p. 157), haja vista a tutela de bens de escassa apreensão, desprovidos da devida dimensão material (a aludida dignidade penal), obtendo a norma penal mera função administrativa de controle, desencadeando, em última análise, uma notável inflação penal, e consecutária redução de liberdades individuais:

Como es evidente, en estos casos se corre el riesgo de poner en discusión las libertades fundamentales y con ellas los mismos principios sobre los que se funda el estado social de derecho: piénsese, por ejemplo, en el sector de la personalidad del Estado, para tomar conciencia de los riesgos gravísimos que corren los derechos del individuo”. En realidad, se termina por legitimar la criminalización de conductas de por sí insignificantes desde el punto de vista de la nocividad social, sobre la base de una remota conexión con bienes jurídicos de relieve (Moccia, 2003, p. 198).

Por conseguinte, a tutela penal antecipada, mediante o recurso aos tipos de perigo abstrato, a princípio, mostra-se inadequada com os preceitos penais liberais e garantias formais e materiais, como já assinalado *supra*, vislumbrando-se ser a solução descriminalizante a mais sensata. Nesse diapasão, leciona Sergio Moccia (2003, p. 196-197):

Para las hipótesis de peligro abstracto, una solución despenalizada parece, entonces, la mas coherente; recordamos el ilícito administrativo, a1 que es posible vincular una vasta gama de eficaces sanciones: piénsese, por ejemplo, en medidas interdictivas de actividades comerciales o productivas, para aplicar eventualmente incluso a personas jurídicas, respecto de la realización de figuras jurídicas de peligro abstracto en los sectores relativos al ambiente y a la economía. Una solución de tal género reflejaría criterios de eficiencia, en cuanto a la preparación de una tutela anticipada del bien, y no resultaría problemática desde los puntos de vista sistemático y político-criminal.

Por outro lado, não se pode, também, admitir e exercitar uma política criminal sustentada na dramatização da violência e numa

postura seletiva dos crimes e criminosos. Nessa medida, não deve o Estado valer-se do Direito Penal como instrumento de governo para a consecução de políticas públicas, pela criação de uma legislação meramente simbólica, cujo resultado é a ineficácia.

Nesse passo, por ser a política criminal moderna incapaz de prevenir eficazmente os comportamentos que a preocupam, termina provocando no Direito Penal uma função meramente educadora, transformando-o em um Direito Penal simbólico, o qual é muito mais orientado a uma satisfação de uma necessidade de ação e seus efeitos políticos que a efetiva proteção de bens jurídicos.

Por conseguinte, impõe-se, outrossim, a descriminalização de toda a legislação de conteúdo meramente simbólico, orientada, tão somente, para consequências, a qual acaba minando a confiança dos cidadãos no sistema penal e em todo o arcabouço da Administração da Justiça (HASSEMER, 1995, p. 28).

Por derradeiro, cumpre sustentar a descriminalização dos “delitos bagatelares”, uma vez que, no seio do Direito Penal moderno, em meio ao seu núcleo duro – Direito Penal clássico ou primário, seguido do emergente Direito Penal de caráter secundário²⁷ –, coexistem infrações bagatelares, desprovidas de qualquer dignidade penal.

Nesse sentido, as chamadas microviolações devem ser expurgadas do seio do Direito Penal, porquanto representam não mais que violações a disposições do Estado-Administrador, não sendo

27 No que tange a uma sistematização do Direito Penal moderno, esclarece Figueiredo Dias (1983, p. 323): “bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, formando o corpo daquilo que com razão se designará por direito penal clássico ou de justiça. Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização econômica, relacionam-se com a actuação da personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de caráter secundário, especial, extravagante ou econômico-social”.

o Direito Penal chamado, tal como o Direito Administrativo Sancionador, a perseguir funções de ordenação de setores da atividade administrativa (FIGUEIREDO, 2008, p. 120).

Desse modo, conclui Leonardo Sica (2002, p. 129):

Após infundir na comunidade a noção de que é necessário criminalizar ao máximo e com maior severidade, será necessária uma verdadeira reversão de expectativas, buscando legitimar o sistema penal não sobre um consenso obtido mercê do medo, e sim sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização.

Tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador, e, por conseguinte, a um modelo de Direito Penal mínimo, mais condizente com a nossa Constituição, haja vista a sua declarada vocação libertária (QUEIROZ, 2008, p. 116).

Contudo, não se deve perder de vista que a “criminalidade moderna” diferencia-se da criminalidade clássica, por diversos aspectos. A primeira refere-se a uma criminalidade determinada, sobretudo, por um contexto globalizante, conforme já assinalado. Diz respeito, predominantemente, à disciplina de atividades econômicas, produtivas, comerciais, financeiras etc.

De um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam fundamentalmente por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em sua forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa, e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espalha-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham até então objeto de consideração penal (FRANCO, 2000, p. 120).

O sistema penal, como o conhecemos hoje, foi estruturado em face da criminalidade clássica, precipuamente de dano/lesão, atentatória a bens jurídicos individuais. Contudo, o contexto das sociedades atuais provocou uma modificação expressiva nesse modelo de delito, referência para a construção dogmática do Direito Penal.

Por conseguinte, há mudança de uma orientação individual por uma plural; além da tutela dos bens jurídicos individuais, passam a ser alvo da proteção penal, prioritariamente, os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais.

A nova criminalidade reclama respostas pragmáticas e eficientes, demandando alterações político-criminais e dogmáticas que se colocam, notadamente, no campo da causalidade e culpabilidade, consequência das relações de responsabilidade que se tornaram altamente complexas.

Nesse passo, pode-se inferir que o Direito Penal, nos moldes em que foi, inicialmente, formulado, não está apto para a tutela desse novo tipo de delinquência, restando para a dogmática penal o desafio de remarcar o seu papel.

Sendo assim, surgem, como alternativas: a) a adaptação e reestruturação do Direito Penal, para a disciplina dos novos tipos de comportamentos ilícitos, vale dizer, a modernização do Direito Penal; para se “admitir que a nova criminalidade possui uma tão poderosa força atrativa que os tipos clássicos de delinquência necessariamente também devem refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo orientados”; ou para reconhecer a setorização do Direito Penal; b) a tutela da nova forma de criminalidade por outro ramo do Direito, mais idôneo e efetivo.

A primeira alternativa revela-se, de um ponto de vista prático, ainda hoje, irrealizável, porquanto exige um longo caminho a ser percorrido, haja vista a complexidade do arcabouço jurídico-penal historicamente construído, bem assim a falta de precisão do con-

teúdo de um Direito Penal que se arvora à modernização, o qual é orientado pela flexibilização de garantias e das regras de imputação, sob pena de retroceder-se ao Direito Penal do antigo regime. Nessa linha cognitiva, manifesta-se Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 121):

Seria exigida uma absurda desconsideração do sistema geral de regras, como está atualmente configurado, com sua clara vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das conseqüências jurídico-penais. E isso deve ser descartado, desde logo, sob pena de retroceder-se ao direito penal do período pré-revolucionário absolutista.

A compatibilização do Direito Penal à nova realidade poderia ser operada, ainda, segundo a proposta de alguns doutrinadores, por meio da sua setorização. Nesse passo, aceitar-se-ia a existência de mais de um Direito Penal, com diferentes níveis de garantia, conforme o tipo de comportamento disciplinado e de interesses protegidos.

Tais propostas decorrem da constatação de que a formatação clássica do Direito Penal não consegue dar resposta à nova criminalidade, fundamentando-se no argumento de que a sociedade contemporânea exige novos sistemas jurídicos de imputação, exigência da qual não escapa o sistema jurídico-penal, concepção que conduziria à coexistência do Direito Penal “clássico” com um Direito Penal “acessório”.

Quanto à segunda alternativa, a tutela da nova forma de criminalidade por outro ramo do Direito, mais idôneo e efetivo, verificam-se, atualmente, inúmeras soluções no campo do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque se observa a existência de um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, os quais não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, quando, em verdade, violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais. Nesse diapasão, manifesta-se Francesco Palazzo (1993, p. 43):

A imponente legislação das últimas décadas produziu uma infinidade de tipos penais incriminadores que do ponto de vista material têm o caráter de meras transgressões administrativas, consistindo quase sempre na violação de prescrições, ordens, regras emanadas da autoridade administrativa para regular aspectos técnicos das várias matérias ou de todas as maneiras para assegurar a organização funcional.

Nesse diapasão, o recurso ao Direito Administrativo Sancionador tem sido considerado por parcela considerável da doutrina penal moderna como resposta apta para reverter tal quadro emergencial, com vistas à recuperação da legitimidade do sistema penal. É tido, pois, como alternativa viável e factível.

Nesse passo, conforme assinala Leonardo Sica (2002, p. 131), é preciso repensar a tutela dos bens jurídicos, considerando a eficiência do Direito como um todo, mediante a distinção e reorganização das transgressões hoje destinadas ao Direito Penal. Contudo, a simples revogação da tutela penal sobre determinados comportamentos, para além de ser insuficiente, provocaria uma situação de hipotutela em certas áreas.

Pugna-se por uma política criminal de redução da violência punitiva, objetivando-se, pois, a promoção de uma reforma humanitária no seio do Direito Penal. Nesse passo, seria o Direito Administrativo Sancionador ramo jurídico fundado na eficiência e na não violência punitiva (SICA, 2002, p. 136).

Nesse sentido, a administrativização do sistema sancionatório revela-se como alternativa ao sistema penal, pelo que devolve certos conflitos indevidamente tutelados pelo Direito Penal à esfera jurídica mais idônea. Destarte, é “uma técnica de reenvio, que observa a natureza da ofensa e procura manter o caráter residual da intervenção penal sem descuidar da proteção de interesses e direitos sociais” (SICA, 2002, p. 131).

Adverte o aludido autor que o recurso ao modelo de tutela administrativo não deve ser concebido como simples meio de desfogamento do sistema, mas como “caminho oposto àquele condi-

cionado pela lógica emergencial de crescente demanda de segurança pública” (SICA, 2002, p. 133).

A administrativização motiva-se nas seguintes razões: enfraquecimento do efeito intimidatório da pena, fruto do modelo emergencial, busca de penas alternativas, redução do modelo afliativo, aperfeiçoamento do conhecimento dos cidadãos sobre as normas incriminadoras e contenção da ameaça à obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, possibilitar-se-ia melhorar a eficiência na proteção dos cidadãos, porquanto as sanções administrativas são dotadas de mais efetividade, uma vez que, por exemplo, não são canceláveis mediante anistia, bem como não estão sujeitas a suspensões condicionais, podendo, ainda, alcançar pessoas jurídicas.

Para o ilícito administrativo, é possível prever

uma articulada e eficaz gama de sanções pecuniárias e interditivas, que respeitaria critérios de eficiência de uma prestação de tutela antecipada do bem e, desde um ponto de vista sistemático e político-criminal, não resultaria problemática (SICA, 2002, p. 133).

De acordo com Carlo Enrico Paliero, o sistema sancionatório administrativo apresenta uma funcionalidade maior que o Direito Penal, sobretudo, no campo das penas pecuniárias e interditivas.

Contudo, afirma o autor que o emprego de um sistema sancionatório administrativo somente obterá a almejada eficiência se for delineado para atender a dois fatores: o objeto de proteção – isto é, os campos de tutela sobre os quais o modelo sancionatório recairá – e a estrutura do modelo sancionatório, mediante a definição da tipologia dos ilícitos, sanções e os critérios de imputação (SICA, 2002, p. 134).

No que se refere às sanções, Paliero assinala que o sistema sancionatório administrativo deve-se valer de punições patrimoniais e interditivas, a exemplo, no campo empresarial, da incapacidade

para contratar, privação de vantagens, revogação de contribuições, porquanto, segundo afirma Leonardo Sica (2002, p. 134), apresentam acentuado efeito pedagógico e contribuem para o fim de integração social, pois reforçam a validade das normas e dos bens protegidos de forma positiva e não violenta. Nesse sentido também a lição do penalista Eduardo Correia (1972, p. 31):

Toda la advertência social se enervaria, sin embargo, si el pago por la importância en que ella se exteriorice no fuese acompañada de medidas que privasen al agente de los lucros o beneficios de la infracción, o que lo impidiese en ciertos casos de continuar a ejercer actividades que comportan largo peligro de violación de los intereses sociales que se puedan promover. De ahí que ciertas consecuencias accesorias, como la restitución de las ventajas patrimoniales, o el comiso de títulos o autorizaciones dadas por la Administración (como, por ejemplo, el carnet de conducir) que condicionan el ejercicio de ciertas actividades, puedan ligarse las medidas patrimoniales, que directamente expresan una censura social.

Além disso, as sanções patrimoniais podem ser aplicadas mediante reparação do dano à vítima. Desse modo, sendo alto o grau do desvalor da conduta desviada, além das interdições, pode-se valer, outrossim, da reparação do dano. Nessa linha cognitiva, vaticina Leonardo Sica (2002, p. 137):

A coletividade, de certo, compreenderá ser mais racional reflorescer uma área, despoluir um rio ou investir na recuperação de uma espécie, enfim, restaurar um dano ecológico às custas do infrator, do que puni-lo aflitivamente pela lesão.

Ademais, o “Direito Administrativo-Penal” caracterizar-se-ia pelos critérios de imputação que substituem a reprovabilidade pelo risco, sendo a adequação típica objetiva e a responsabilidade coletiva aceitas, sendo menos exigente, pois, o limite do necessário para que se verifique a imputabilidade.

Nessa linha de inteligência e com base em uma análise mais concreta no que tange ao campo de tutela, afirma Paliero que deve-

riam ser remetidas ao Direito Administrativo todas as condutas de perigo abstrato e todas as ofensas aos bens jurídicos econômicos.

A administrativização é, pois, um processo de cunho político, tendo em vista que decorre de uma política criminal de integração social e redução da violência punitiva, com vistas à promoção de um reforma de cunho, sobretudo, constitucional no Direito Penal.

Impende ressaltar, contudo, que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de legalidade, no sentido de que a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto se trate de tipos mais maleáveis relativamente ao tipo penal.

Assim, um sistema de ilícito administrativo-punitivo contemporâneo como redimensionamento do sistema criminal perpassa pela manutenção de um conjunto de garantias principiológicas, bem assim a eleição de órgãos competentes para a averiguação das infrações, aplicação das sanções e, ainda, a adoção de corretas técnicas de formulação das normas punitivas.

Com base em uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se grande quantidade de tipos penais para os quais uma resposta sancionatória administrativa parece, segundo Leonardo Sica, ser dotada de mais eficiência e proporcionalidade, a saber: crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.137/1990), contra o consumidor (Leis n. 8.137/1990 e n. 8.078/1990), contra o meio ambiente em sua maior parte (Lei n. 9.605/1998), contra licitações (Lei n. 8.666/1993), loteamentos urbanos (Lei n. 6.766/1979) etc.

Também, com destaque, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997), diploma notadamente emergencial, bem assim uma gama de delitos culposos do Código Penal que derivam da mera inobservância de regra, regulamento ou dever são campo para implementação de sanções administrativas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, exemplos marcantes de Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro são: a transação penal, disciplinada no art. 76, Lei n. 9.099/1995, que prevê sanção alternativa, porém sem nenhum valor para efeito de reincidência, antecedentes etc.; a suspensão condicional do processo, cujas condições não possuem caráter penal, haja vista que, se descumpridas não acarretam prisão, mas sim o prosseguimento da persecução; a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica, prevista na Lei ambiental (art. 3º da Lei n. 9.605/1998); as infrações de improbidade administrativa previstas na Lei n. 8.429/1992; os chamados “crimes” de responsabilidade da Lei n. 1.079/1950, reconhecidos e aplicados pelo Senado Federal; o termo de ajustamento de conduta nas infrações ambientais; o acordo de leniência (ou acordo de “doçura”), disciplinado nos arts. 35-B e 36-C da Lei n. 8.884/1994, instrumento de colaboração das investigações para autores de crimes contra a ordem econômica, o qual implica extinção/suavização das responsabilidades administrativa e penal.

A crítica mais contundente a essa elaboração doutrinária é a de ser antigarantista, uma vez que o Processo Penal ofereceria garantias muito maiores para o cidadão. Contudo, coloca-se aqui uma indagação: poder-se-ia oferecer garantia maior ao indivíduo que o afastamento do risco da pena e de toda a estigmatização decorrente do processo penal?

Eis a lição de Leonardo Sica (2002, p. 134):

A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo, respeitam-se todas as garantias do acusado, mas o fim do caminho é único: a pena, e severa.

5 Conclusão

As funções atribuídas à pena se confundem com as do Direito Penal, umbilicalmente relacionadas com o perfil do Estado. Nesse passo, a discussão sobre os fins da pena refere-se a toda teoria penal, sobretudo, às questões da legitimação, fundamentação e função

da intervenção penal estatal. As funções atribuídas ao Direito Penal revelam a conformação constitucional dada ao Estado. Nesse sentido, nos ordenamentos jurídicos modernos, a pena deve fundamentar-se na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, que se converte, pois, no suporte valorativo, em torno do qual gravita todo o sistema teleológico do Direito Penal.

O Direito Penal possui, por sua vez, funções manifestas, empreendidas pelo discurso oficial da teoria da pena, bem assim funções escamoteadas ou ocultas, delineadas pelo discurso crítico da “teoria criminológica da pena”.

Nesse contexto, o sistema de justiça criminal realiza a função declarada de garantir uma ordem social justa, resguardando bens jurídicos, protegendo, pois, o bem comum. Para tanto, o discurso oficial da teoria da pena fundamenta-se nas noções de retribuição, de prevenção geral e especial, atribuídas à lei penal.

No entanto, verifica-se que a proteção dos valores sociais é desigual, na medida em que se visa resguardar, sobretudo, a proteção das relações de produção e circulação. Assim, a constatação das funções escamoteadas ou ocultas e o seu desenvolvimento vêm sendo realizados por inúmeros penalistas de perspectiva crítica, com base em uma concepção “materialística ou político-econômica”, em contraposição àquelas concepções “ideológica ou idealista” das teorias da pena.

Nesse sentido, observa-se que as funções declaradas, ou manifestas, e as funções reais, ou latentes, correspondem, respectivamente, às dimensões de ilusão e de realidade dos fenômenos ideológicos das sociedades modernas.

São funções manifestas empreendidas pelo discurso oficial da pena estatal, por exemplo: contenção da violência estatal; prevenção da vingança privada; garantia para o infrator e para o não infrator; a pena como retribuição, prevenção (geral e especial).

As funções escamoteadas, por sua vez, delineadas pelo discurso crítico e fundadas numa concepção político-econômica

referem-se, entre outras, às funções de: manutenção de *status quo* e controle sobre as classes sociais dominadas, controle coadjuvante do mercado de trabalho, reforço protetivo à propriedade privada, etiquetamento social, simbolismo, promoção de mudança e de transformação social.

Entre as funções do Direito Penal, verifica-se como função primeira, vale dizer, missão, a de proteção de bens jurídico-penais. Assim, num Estado Democrático e de Direito, é missão do Direito Penal a tutela subsidiária de bens jurídico-penais, sendo, nessa medida, bem jurídico-penal o referente material, padrão crítico da incriminação de condutas.

Há, no entanto, setor doutrinário, minoritário, que entende ser a função primordial do Direito Penal não a proteção de bens jurídicos, mas sim a proteção de valores basilares da ética-social. Contudo, tal formulação é de questionável legitimidade, sobretudo porque, numa sociedade pluralista e democrática, não pode ser papel do Direito Penal incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus padrões de valores e suas atitudes anímicas, dirigindo-as aos valores do Direito.

Hodiernamente, verifica-se, por sua vez, no âmbito do Direito Penal, o abandono da tradição liberal do Estado, germinada no seio do movimento iluminista, fruto da necessidade de limitar a sua intervenção arbitrária e irracional, característica dos regimes absolutistas.

Nesse sentido, atualmente, percebe-se, notadamente no seio do Direito Penal, o retorno a uma intervenção estatal irracional, caracterizada por um distanciamento do modelo cunhado pelo Iluminismo, uma espécie de *Contra-Iluminismo*.

Há uma tendência dominante nas legislações ocidentais, no sentido de ampliação do âmbito de intervenção penal, com base na criação de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, culminando na produção assistemática de leis penais incriminadoras, fruto de uma (má) política criminal contemporânea, que se revela erosiva aos princípios penais decorrentes do Estado Democrático de Direito. Tal fenômeno denomina-se expansão do Direito Penal.

Ademais, observa-se a restrição e debilidade das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal, a criação de novos bens jurídico-penais, em sua maioria de caráter supraindividuais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de causalidade e imputação de responsabilidades e a relativização dos princípios político-criminais de garantia, refletindo numa transição do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”.

Tal conjuntura expansionista, no Direito Penal, deve-se, entre outras causas, ao estágio a que chegaram as sociedades atuais, denominado de era pós-industrial, fruto do desmedido desenvolvimento da técnica e da ciência e em grande medida do fenômeno da globalização, conduzindo, pois, ao florescimento de uma global e multicomplexa sociedade.

Desse ponto de vista, pode-se afirmar que se vive, hoje, numa “sociedade de risco”, reflexo do modelo pós-industrial de uma sociedade agudamente tecnológica e massificada, na qual os riscos geram danos globais incalculáveis e, muitas vezes, irreparáveis, os quais produzem efeitos em todos os cidadãos e nascem de decisões humanas.

Nesse passo, percebe-se, notadamente, uma progressiva incriminação de condutas praticadas em atividades tidas socialmente como arriscadas, como ocorre no que diz respeito ao meio ambiente, à informática, à medicina, à genética etc., desenhando-se, assim, um Direito Penal hipertrofiado, confuso, simbólico, instrumentalizado, preventivista, descodificado, administrativizado etc., elaborado mediante o discurso de ser o Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, seja como instrumento eficaz de disciplina de condutas, seja como meio de defesa a novos riscos, pretendendo ele, assim, gerar uma ideia de segurança em face das inseguranças sociais.

Assim, observa-se, pois, que não tem o Estado administrado corretamente o seu papel de redutor de riscos sociais, uma vez que tem deslocado o foco de atuação para a supressão de liberdades, haja

vista o constante recurso ao Direito Penal, que passa a ser destinatário dos imperativos de segurança por parte da opinião pública.

Outrossim, o fenômeno da violência, ou a percepção distorcida que se tem dela, produzida, sobretudo, pelos meios de comunicação de massa, faz a sociedade ver na segurança pública o único meio de proteger bens jurídicos. Nessa medida, a problemática da violência passa a ser comunicacional e não mais experimental, uma vez que não se trata mais de uma “violência experimentada, mas de uma violência comunicada e, portanto, susceptível de manejo político e francamente aberta à dramatização”.

Tal contexto acarreta uma profusão legislativa, ocasionando, pois, efeitos patológicos no sistema penal, uma vez que o Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passam a ser utilizados para a consecução de fins políticos, que acabam se tornando um dos fins centrais desse sistema, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação.

Verifica-se, também, o uso de instrumentos punitivos penais como resposta meramente simbólica aos conflitos sociais. Assim, o Direito Penal tem sido usado, cada vez mais, pelo Estado, como solução rápida a situações aflitivas que causam clamor público.

O simbolismo penal cria um Direito Penal ilegítimo que se orienta, tão somente, para consequências e resultados. Destarte, um Direito Penal simbólico viola os princípios de um Direito Penal liberal, minando, em última análise, a confiança da população no próprio ordenamento e no sistema penal.

Nota-se, ainda, uma ênfase na tutela penal preventiva, decorrente do crescente recurso aos delitos de perigo; sobretudo, os tipos de perigo abstrato, sob o argumento de se garantir a proteção total, e sem lacunas, em face das novas situações de ameaças. Assim, os delitos de perigo abstrato não mais constituem exceção ao modelo de Direito Penal, que tinha por fundamento a lesividade do ato ilícito, passando a integrar o centro da estratégia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos.

Entretanto, vários são os questionamentos, com base em uma perspectiva do Direito Penal clássico, relativos à aplicação dos tipos de perigo abstrato, a saber: contradição com o princípio da lesividade ou ofensividade penal; violação do princípio da culpabilidade, uma vez que se estabelecem penas elevadas dada a importância de bens jurídicos “em jogo”, em situações nas quais o perigo esteja descartado; os delitos de perigo abstrato, ao passo que produzem uma redução dos requisitos para punir, diminuem as possibilidades de defesa, porquanto imprescindível é a prova de um resultado de lesão ou de perigo concreto.

Nesse sentido, o discurso da descriminalização opera-se com base no fenômeno da crise da hipercriminalização, isto é, da expansão do Direito Penal. Fundamentando-se na observação da maioria dos ordenamentos jurídico-penais modernos, nota-se a existência de áreas que reclamam por soluções de descriminalização.

Descriminalizar consiste em retirar de certa conduta o seu caráter criminoso, mediante renúncia à incriminação ou perda do caráter criminal de um ilícito. Não se confunde, pois, com os conceitos de despenalização e diversificação (ou diversão): a despenalização compreende a substituição da pena de prisão por outras sanções alternativas não detentivas; a “diversão” traduz o conjunto de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal.

A descriminalização manifesta-se de três formas, a saber: descriminalização formal, legal ou em sentido estrito; descriminalização substitutiva; e descriminalização de fato.

São as categorias da dignidade penal e da carência penal os parâmetros para (des)criminalização, exigência que se impõe diante do expressivo quadro hipercriminalizante. Assim, a intervenção penal será, tão somente, legítima, quando preenchidas as categorias ou pressupostos materiais de merecimento de pena e necessidade de tutela penal (carência de pena).

O bem jurídico dotado de dignidade penal é, tão só, aquele cuja lesão se revela digna de pena. Após a comprovação da dignidade penal do bem jurídico, há de se verificar, ainda, a aptidão lesiva (danosidade) da conduta criminalizada, para poder se concluir pelo merecimento de pena.

Sendo assim, impõe-se a descriminalização em relação a condutas criminalizadas por motivos meramente morais, haja vista a impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas.

Outrossim, clamam por uma solução descriminalizante as manifestações de evasão subcultural ou marginalidade social, haja vista que a sua proibição, em seara criminal, viola direitos fundamentais imanentes ao Estado Democrático de Direito, máxime, o direito à liberdade.

Ademais, não é papel do Direito Penal a prevenção dos riscos socioeconômicos e tecnológicos. Assim, não deve o Direito Penal, a princípio, se arvorar em instrumento de tutela dos novos riscos, sendo imperioso rechaçar a construção de um “Direito Penal do Risco”, devendo, para tanto, intervir o Direito Administrativo e outros meios de controle social não jurídicos.

Igualmente, a tutela penal antecipada, mediante o recurso aos tipos de perigo abstrato, a princípio, mostra-se inadequada com os preceitos penais liberais e garantias formais e materiais, vislumbrando-se ser a solução descriminalizante um imperativo, também, nesse setor.

Impõe-se, outrossim, a descriminalização de toda a legislação de conteúdo meramente simbólico, orientada, apenas, para consequências.

Cumprе sustentar, ainda, a descriminalização dos “delitos bagatelares”, desprovidos de qualquer dignidade penal, com caráter de meras transgressões administrativas. A “criminalidade moderna” é determinada por um contexto globalizante e diz respeito, predominantemente, à disciplina de atividades econômicas, produtivas, comerciais, financeiras etc., diferenciando-se da criminalidade clássica.

A nova criminalidade reclama respostas pragmáticas e eficientes, demandando alterações político-criminais e dogmáticas que se colocam, notadamente, no campo da causalidade e culpabilidade, consequência das relações de responsabilidade que se tornaram altamente complexas, uma vez que o sistema penal, como o conhecemos hoje, foi estruturado em face da criminalidade clássica, precipuamente de dano/lesão atentatório a bens jurídicos individuais.

Nesse passo, pode-se inferir que o Direito Penal, nos moldes em que foi, inicialmente, formulado não está apto para a tutela desse novo tipo de delinquência, restando para a dogmática penal o desafio de remarcar o seu papel.

Nessa medida, em face da nova criminalidade, decorrente da expansão do Direito Penal, pode-se vislumbrar algumas alternativas como solução, quais sejam: a modernização do Direito Penal ou a tutela das novas necessidades por outros ramos do Direito, notadamente, o Direito Administrativo Sancionador.

Mostra-se o Direito Administrativo Sancionador campo de regulação jurídica mais viável e adequado para a disciplina de ilícitos que consubstanciam, hoje, a “criminalidade moderna”, haja vista que esta é fruto de uma larga intervenção do Estado nos mais variados domínios, desde o econômico ao tráfego, culminando na produção de leis meramente utilitárias, descritas, frequentemente, mediante cláusulas gerais e normas em branco, as quais necessitam ser integradas pela Administração, resultando, pois, numa violação ao princípio da tipicidade, corolário da legalidade penal.

Verifica-se, assim, um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, os quais não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, enquanto violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais.

Nesse sentido, o sistema sancionatório administrativo apresenta-se com uma funcionalidade maior que o Direito Penal, para a tutela das novas necessidades, uma vez que este, como foi histo-

ricamente delineado, não se mostra apto para a tutela dos novos riscos nem para a disciplina de transgressões administrativas.

Outrossim, a administrativização possibilitaria melhorar a eficiência na proteção dos cidadãos, porquanto as sanções administrativas são dotadas de maior efetividade, uma vez que são “penas” pecuniárias, em especial, as interditivas, que apresentam acentuado efeito pedagógico. Ademais, não são canceláveis mediante anistia, bem como não estão sujeitas a suspensões condicionais, podendo, ainda, alcançar pessoas jurídicas.

Nessa medida, pode-se concluir que a administrativização é, pois, um processo de cunho político, tendo em vista que decorre de uma política criminal de integração social e redução da violência punitiva, com vistas à promoção de uma reforma de cunho constitucional no Direito Penal.

Cumpra asseverar que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de legalidade, pois a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto sejam tipos mais maleáveis relativamente ao tipo penal, além da manutenção de um conjunto de garantias principiológicas.

Verifica-se, assim, um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, que não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, enquanto violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais.

Nesse sentido, o sistema sancionatório administrativo apresenta-se com uma funcionalidade maior que o Direito Penal, para a tutela das novas necessidades, porque este, como foi historicamente delineado, não se mostra apto para a tutela dos novos riscos nem para a disciplina de transgressões administrativas.

Cumpra, por fim, asseverar que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de

legalidade, uma vez que a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto sejam tipos mais maleáveis, relativamente ao tipo penal, além da manutenção de um conjunto de garantias principiológicas.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

———. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. São Paulo: Mizuno, 2005.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológica-racional del delito*. Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112 e 139.

BARATA, Francesc. La violencia y los mass media: entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, n. 29, p. 235-267, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 242-263, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução do original italiano *Dei delitti e delle pene*, edição de Harlem, Livorno, 1766. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECHARA, Ana Elisa. Delitos sem bem jurídicos? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 181, Ano 15, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 97-109, 1998.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, Eduardo. El derecho penal de justicia y el llamado derecho penal administrativo. *Conferência da Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion*. Madrid: 1972.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 78-98, 2007.

———. O espaço do direito penal no século XXI. In: FÖPPEL, Gamil. (Coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *Jornadas de Direito Criminal*. CEJ, 1983.

———. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001.

———. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

———. *direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007.

———; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p. 102-135, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, 1994.

_____; Juan Bustos Ramirez (Coord). *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A, 1999.

_____. *Seguridad por intermedio del derecho penal*. Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. Consideraciones crítica sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo, p. 68, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego Manoel. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*. Fundamentos de um sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: Júlio César Faria, 2003.

PALAZZO, Francesco. Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 6, 1993.

———. *Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal*. v.1. Homenaje al dr. Marino Barbero Santos. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2001.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e Direito Penal: uma reflexão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, São Paulo, p. 175-187, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

———. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: um debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 70-204, 2003.

ROMANO, Mario. *Merecimento de pena, necesidad de pena y teoria del delito*. Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

———. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SANTANA, Selma Pereira de. *Palestra proferida no 3º Congresso Internacional de Direito e Democracia e 2º Congresso Internacional do IPAN*. Salvador, 2008.

———. *A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito, Coimbra, 2006.

SANTOS, Géron Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino. *Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM*. Ribeirão Preto, 2002.

———. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ULTIMA RATIO da proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p.81-96, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

———. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, P. V. Sporlerder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, p.13-23, 1997.

Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas

Gabriel Silveira de Queirós Campos

Procurador da República. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhuera-UNIDERP

Resumo: O estudo aborda algumas das mais polêmicas questões envolvendo a ilicitude probatória no processo penal, quais sejam, a denúncia anônima ou apócrifa, a colaboração processual ou delação premiada, e as gravações clandestinas. O objetivo do trabalho é examinar as possibilidades de admissão de tais meios de prova no processo penal, com o devido equilíbrio dos vetores de eficiência, funcionalidade e garantismo penal. A ideia defendida é a de que não se deve inadmitir, *a priori*, nenhum meio de prova, ainda que obtido ilicitamente e em desfavor da pessoa acusada. A melhor solução é a adoção da técnica da ponderação de interesses.

Palavras-Chave: Ilicitude probatória. Denúncia anônima. Delação premiada. Gravações clandestinas. Ponderação de interesses.

Abstract: This study addresses some of the most controversial issues concerning illegal evidence in criminal procedure, namely, anonymous police reports (*denúncia anônima*), collaboration with justice (*delação premiada*) and unauthorized voice recordings (*gravações clandestinas*). The purpose of this work is to examine the possibilities of admitting such evidence in criminal proceedings, with the proper balance of the vectors of efficiency, functionality and ‘penal garantism’. The point this article intends to make is that no evidence, albeit obtained by illegal means, should be *a priori* inadmitted in criminal proceedings. The best solution is the adoption of the balancing test technique.

Keywords: Illegal evidence. Anonymous police reports. Collaboration with justice. Unauthorized voice recordings. Balancing test.

Sumário: 1 Introdução. 2 Perspectivas garantista e funcionalista (eficientista). 3 É possível ponderação no âmbito das provas ilícitas? 4 Denúncia anônima. 5 Colaboração processual ou delação premiada. 6 Gravações clandestinas.

1 Introdução

Em sociedade democrática que se pretenda justa e livre, devem ser garantidos em nível máximo os direitos dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado. É no processo penal onde se encontram em disputa a liberdade individual e a segurança pública, materializada na *persecutio criminis*, que mais fortemente se impõe o respeito aos direitos individuais, garantidos sob a égide da Constituição de 1988, não à toa chamada de “Constituição Cidadã”.

Dentro desse quadro, o estudo da temática das provas ilícitas no processo penal merece especial atenção, na medida em que pode influir, de forma decisiva, na absolvição ou condenação do indivíduo acusado pela suposta prática de um crime. Se, por um lado, a necessidade de assegurar ao indivíduo suas garantias, incluindo as processuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência etc.), está a recomendar a inadmissão das provas ilícitas, por outro lado, o direito fundamental à segurança pública e a defesa da ordem social parecem apontar para a utilização de tais evidências, ainda que obtidas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Exatamente em razão da necessidade de proteção da sociedade, o professor português Manuel da Costa Andrade (1992, p. 28) afirma, com toda sua sabedoria, que

à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser

sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.

Tampouco se pode perder de vista que a própria Constituição possui dispositivo expresso a determinar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Mas como negar que o próprio texto constitucional consagra outros valores aparentemente opostos, como a segurança pública e a defesa social?

Como se vê, tudo está a exigir uma *ponderação dos interesses* envolvidos, que tem se apresentado como uma interessante técnica de solução de conflitos, à luz da Constituição, capaz de atingir uma resposta intermediária precisamente nestes casos em que não se afigura correto assumir postura radical ao extremo.

A ponderação de interesses será, então, a linha mestra de condução deste trabalho, no qual se tentará demonstrar que esse é o melhor caminho a seguir quando estivermos diante de tensões entre valores constitucionais, como ocorre na temática das provas ilícitas.

2 Perspectivas garantista e funcionalista (eficientista)

Com respaldo nas lições do jurista português Fernando Fernandes (2001, p. 10-11), pode-se sustentar que, na atualidade, existem *dois modelos básicos de tratamento da chamada questão penal*: um primeiro, denominado “garantista” ou garantidor, para o qual o Direito Penal serve como instrumento de defesa não só social e dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, por meio de sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, um segundo modelo, a que se poderia chamar “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.

É bem verdade que, na parca doutrina existente, especialmente no Brasil, o modelo eficientista vem normalmente associado a mecanismos de diversificação (ou diversão) no processo penal, fundados em consenso entre as partes ou na mitigação do dogma da legalidade processual (princípio da obrigatoriedade).

Trata-se, sem dúvida, de buscar conferir ao processo penal maior eficácia, partindo-se da compreensão de que, em um Estado de Direito, também a administração funcional da justiça é relevante valor a ser perseguido (FERNANDES, 2001, p. 62).

No que diz respeito especificamente à temática das provas ilícitas, objeto de nossas atenções, surge com grande nitidez a tensão essencial entre os referidos modelos de tratamento da questão penal. De um lado, autores de viés garantista sustentam, por via de regra, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à exceção das que favorecem o réu (*pro reo*); de outro lado, uma corrente – minoritária, admita-se – defende maior horizonte à utilização das provas ilícitas, basicamente em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade e da técnica constitucional da ponderação de interesses.

Parece óbvio que a solução a ser adotada é de vital relevância, vez que a atividade probatória das partes tem reflexo decisivo no desfecho do processo criminal, com a conseqüente absolvição ou condenação do acusado. Do ponto de vista do órgão de acusação, impulsionador da *persecutio criminis in iudicio*, a produção de provas liga-se diretamente ao próprio exercício da ação penal.

Como se não bastasse, ainda deve-se ter em mente que o processo penal tende a reconstituir os fatos, da maneira mais próxima possível à realidade. Não quer isso dizer que se chegará à “verdade real”, contudo. Mas não se pode negar que todo o *iter* procedimental, e em especial as normas que regem a atividade probatória, destinam-se a possibilitar a reconstrução da verdade, a fim de que o juiz possa decidir sobre a culpabilidade da pessoa acusada.

Parece claro, nesse quadro, que o melhor aproveitamento das provas resulta em maior eficácia do processo penal e, com isso, aumento da justiça da sentença penal. *Justiça*, aqui, compreendida como adequação da decisão à realidade dos fatos, reconstituída durante o processo.

Como afirma Selma Pereira de Santana (2005, p. 39), “trata-se de uma complementação entre o vetor garantia e aquele da finalidade político-criminal para uma maior funcionalidade do sistema”. Na nossa visão, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a inegável vocação garantista do ordenamento processual penal, com a máxima preservação dos direitos e garantias individuais, e a realização dos fins do sistema jurídico-penal como um todo. Trata-se, em última análise, de obter um compromisso entre *garantia e funcionalidade* no processo penal, sem, contudo, chegar-se a uma “adesão cega a um eficientismo processual”.

3 É possível ponderação no âmbito das provas ilícitas?

Muito embora a ponderação de interesses seja uma técnica de solução de tensões constitucionais muito utilizada nos dias vigentes, não é unânime na doutrina o entendimento segundo o qual o tema das provas ilícitas no processo penal seja espaço franqueado à aplicação da proporcionalidade. Em outras palavras, há autores que sustentam ser inadmissível qualquer ponderação de interesses no âmbito das provas ilícitas¹.

1 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (1998, pp. 160-162) afirma que “a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita”. E prossegue, mais adiante, justificando sua afirmativa da seguinte forma: “[...] o entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País”. Também Tourinho Filho (1992, p. 210) parece acreditar que a vedação constitucional é peremptória, ao afirmar que “[...] evidente não mais poderem ser admitidas aquelas provas obtidas em afronta à dignidade da pessoa humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das Leis”.

Não obstante, a maioria da doutrina defende ser possível, ao aplicador do Direito, lançar mão da técnica da ponderação de interesses para resolver, diante do caso concreto, pela admissão de determinada prova ilícita, a despeito da vedação constitucional.

E isto se deve ao fato de que tanto ao legislador quanto à doutrina escapa a possibilidade de antever e modelar normativamente toda a pletora de situações que a vida cotidiana apresenta. Daí advém a necessidade de se conferir especial atenção ao caso concreto, pois somente a partir dele é que se poderá atualizar o sentido normativo dos próprios princípios basilares do processo penal².

É o que tem feito o *Bundesgerichtshof* alemão, reconhecida-mente um dos tribunais mais atuantes em matéria de ilicitude probatória, ao sustentar, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade mais grave (ANDRADE, 1992, p. 30).

Eis uma passagem bastante significativa da utilização da ponderação de interesses pelo tribunal germânico:

Quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental (ANDRADE, 1992, p. 30).

4 Denúncia anônima

Questão sempre debatida no campo da ilicitude probatória diz respeito à chamada *denúncia anônima* ou *apócrifa*, isto é, à validade de investigações iniciadas a partir de *delatio criminis* sem identificação de seu respectivo autor.

² Manuel da Costa Andrade (1992, p. 115) fala em “tensão para o caso concreto”, ideia que demonstra bem a orientação axiológica da ponderação de interesses.

A regra processual vigente, contida no art. 5º do Código de Processo Penal, estabelece que o inquérito policial, nos crimes de ação penal pública, será iniciado: a) de ofício pela autoridade policial, a partir do conhecimento da existência do cometimento de fato delituoso; b) mediante requisição de juiz ou membro do Ministério Público; ou c) mediante requerimento do ofendido ou de seu representante. Permite-se, ainda, a instauração de inquérito pelo auto de prisão em flagrante ou, na hipótese que mais nos interessa, por *notitia criminis* oferecida por qualquer do povo, faculdade assegurada pelo § 3º do art. 5º do CPP.

A indagação constantemente feita é: pode a *notitia criminis*, precedente da instauração do inquérito policial, ser apócrifa, ou seja, sem identificação de seu subscritor? A pergunta evidentemente relaciona-se com a validade (licitude) dos meios de prova obtidos durante a investigação subsequente à denúncia anônima. Em brevíssimas palavras: se ilícita a *delatio* apócrifa, também o serão, por contaminação ou derivação, todas as provas dela advindas.

A tese da invalidade é baseada na regra do art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988, que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Os que defendem tal linha de argumentação invocam, ainda, a criminalização da denunciação caluniosa, ou seja, da conduta de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (art. 339 do Código Penal).

Fernando da Costa Tourinho Filho é, possivelmente, o mais ferrenho opositor da validade da denúncia anônima. Em passagem emblemática, o autor ensina:

[...] se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os ‘denunciados’ chamar à respon-

sabilidade o autor da *delatio criminis* se esta pudesse ser anônima? A vingança entendida de modo diverso, será muito cômoda para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros, da impunidade (TOURINHO FILHO, 2012, p. 265).

Acolhendo a tese doutrinária da invalidade do início do inquérito com base em denúncia anônima, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC n. 84.827/TO, pelo Supremo Tribunal Federal, assim se expressou:

A instauração de procedimento criminal originada, unicamente, de documento apócrifo seria contrária à ordem jurídica constitucional, que veda expressamente o anonimato.

[...]

O acolhimento da delação anônima permitiria a prática do denunciamento inescrupuloso, voltado a prejudicar desafetos, impossibilitando eventual indenização por danos morais e materiais, o que ofenderia os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF.

A nosso sentir, a questão principal não diz respeito ao anonimato, mas sim à existência de indícios de prova (*justa causa*) que amparem a instauração do inquérito policial – e, por óbvio, a deflagração da respectiva ação penal.

Se a autoridade policial pode, nos crimes de ação penal pública incondicionada, instaurar inquérito de ofício (CPP, art. 5º, § 3º), parece claro que pode também fazê-lo quando for provocada, sendo irrelevante a condição de anonimato do informante. O que a autoridade policial não pode fazer é instaurar inquérito a partir de delação – anônima ou não, diga-se – manifestamente infundada, vaga ou que não apresente condições mínimas de verificação de autenticidade.

Em outras palavras: o que se veda não é o anonimato da denúncia em si, mas a atuação imprudente da autoridade policial,

que não pode, sem dúvida, agir sem antes verificar a procedência das informações recebidas.

Essa foi a linha de raciocínio brilhantemente exposta, como de costume, pelo Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no julgamento do Inquérito n. 1.957/PR, julgado pelo STF em 11.5.2005. Transcrevem-se, abaixo, os principais trechos do voto, posto que longo:

Sabemos, Senhor Presidente, que o *veto constitucional ao anonimato*, nos termos em que enunciado (CF, art. 5º, IV, “in fine”), busca impedir a consumação de *abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas*, pois, ao exigir-se a identificação de seu autor, visa-se, em última análise, com tal medida, a possibilitar que eventuais excessos derivados de tal prática sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, em ordem a submeter aquele que os cometeu às conseqüências jurídicas de seu comportamento.

Essa cláusula de vedação – que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento – surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12). Com tal proibição, o legislador constituinte, ao não permitir o anonimato, objetivava inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, para, desse modo, viabilizar a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais, panfletos ou denúncias apócrifas, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental (JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira – Comentários”, p. 423, 2. ed., 1924, F. Briguiet; CARLOS MAXIMILIANO, “Comentários à Constituição Brasileira”, p. 713, item n. 440, 1918, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, “inter alia”).

Vê-se, portanto, tal como observa DARCY ARRUDA MIRANDA (“Comentários à Lei de Imprensa”, p. 128, item n. 79, 3. ed., 1995,

RT), que a proibição do anonimato tem um só propósito, qual seja, o de permitir que o autor do escrito ou da publicação possa expor-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo.

Nisso consiste, portanto, a “ratio” subjacente à norma, que, inscrita no inciso IV do art. 5º, da Constituição da República, proclama ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Torna-se evidente, pois, Senhor Presidente, que a cláusula que proíbe o anonimato – ao viabilizar, “a posteriori”, a responsabilização penal e/ou civil do ofensor – traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

Esse entendimento é perfilhado por ALEXANDRE DE MORAES (“Constituição do Brasil Interpretada”, p. 207, item n. 5.17, 2002, Atlas), UADI LAMMÊGO BULOS (“Constituição Federal Anotada”, p. 91, 4. ed., 2002, Saraiva) e CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/43-44, 1989, Saraiva), dentre outros eminentes autores, cujas lições enfatizam, a propósito do tema, que a proibição do anonimato – por tornar necessário o conhecimento da autoria da comunicação feita – visa a fazer efetiva, “a posteriori”, a responsabilidade penal e/ou civil daquele que abusivamente exerceu a liberdade de expressão.

[...]

É inquestionável, Senhor Presidente, que a delação anônima, notadamente quando veicular a imputação de supostas práticas delituosas, pode fazer instaurar *situações de tensão dialética entre valores essenciais* – igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional –, dando causa ao surgimento de verdadeiro *estado de colisão de direitos*, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso veiculado na presente questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO pode traduzir, eventualmente, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações de origem anônima e de conteúdo abusivo. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos individuais, registrados no âmbito da coletividade, ajustem-se à lei e mostrem-se compatíveis com padrões ético-jurídicos decorrentes do próprio sistema de valores que a nossa Lei Fundamental consagra.

Assentadas tais premissas, Senhor Presidente, entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, in “Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor;

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2. ed., 2000, Brasília Jurídica).

Tenho para mim, portanto, Senhor Presidente, em face do contexto referido nesta questão de ordem, que nada impedia, na espécie em exame, que o Poder Público, provocado por denúncia anônima, adotasse *medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”* (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2. ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium), *a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, com o objetivo de viabilizar a ulterior instauração de procedimento penal em torno da autoria e da materialidade dos fatos reputados criminosos*, desvinculando-se a investigação estatal (“*informatio delicti*”), desse modo, da delação formulada por autor desconhecido, considerada a relevante circunstância de que os escritos anônimos – aos quais não se pode atribuir caráter oficial – não se qualificam, por isso mesmo, como atos de natureza processual.

Disso resulta, pois, a impossibilidade de o Estado, tendo por único fundamento causal a existência de tais peças apócrifas, dar início, somente com apoio nelas, à “*persecutio criminis*”.

[...]

Vê-se, portanto, não obstante o caráter apócrifo da delação ora questionada, que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existia, efetivamente, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao *dever estatal de fazer prevalecer – consideradas razões de interesse público – a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe, à autoridade pública, a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos*.

Ao final de seu voto, o Ministro Celso de Mello deixou registradas as seguintes conclusões:

(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da “persecutio criminis”, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “crimen falsi”, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e

(c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua “opinio delicti” com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos.

Esse entendimento foi novamente adotado em decisões mais recentes, como a que segue transcrita:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’ SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada

impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJE de 22.8.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJE de 26.3.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 30.4.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada ‘denúncia anônima’, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. [...]”³ (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma trilha, aceitando a validade da denúncia apócrifa desde que adotadas diligências informais de verificação da veracidade das informações, como se extrai dos seguintes julgados:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMERCIALIZAÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS CONTROLADOS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS FONTES. NULIDADE DA PROVA COLHIDA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. *“Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado”* (HC 83.830/PR, 5ª Turma, rel. min. LAURITA VAZ, DJ e de 9 mar. 2009).

2. Não há nulidade quando, ao receber uma notícia anônima, o membro do Ministério Público, em observância aos preceitos legais, solicita à Autoridade Policial a *realização de investigações preliminares a fim de averiguar os fatos narrados* e, após evidenciada a verossimilhança da narrativa, requer ao Juízo competente a expedição de mandado de busca e apreensão.

3. No caso dos autos, entretanto, como o Juízo monocrático deferiu a medida cautelar amparando-se unicamente na notícia anônima apresentada, revela-se nulo o procedimento adotado, impondo, por conseguinte, o desentranhamento das provas dele decorrentes. Precedentes.

³ HC n. 99.490/SP, 2ª Turma, min. Joaquim Barbosa, julgado em 23.11.2010.

4. Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes do mandado de busca e apreensão autorizado com base unicamente em denúncia anônima.”⁴ (grifo nosso)

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA BASEADA EM PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA DE PLANO.

1. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. *In casu*, os elementos constantes nos autos demonstram que o inquérito policial somente foi instaurado depois da realização de diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção, aptos a embasar a denúncia.

3. *Inexiste ilegalidade na deflagração de ação penal pelo Ministério Público, ainda que proveniente de delatio criminis anônima, desde que o oferecimento da denúncia tenha sido precedido de investigações preliminares acerca da existência de indícios da veracidade dos fatos noticiados.*

4. Não houve a demonstração de plano da ilicitude da prova consistente na gravação de conversa telefônica – se produzida pelos próprios interlocutores e se precedida, ou não, de autorização judicial. A apuração do fato demandaria dilação probatória, não compatível com estes autos.

5. Inviável a análise nesta Corte de matéria não apreciada na Corte de origem. Supressão de instância não autorizada.

6. Ordem denegada.”⁵ (grifo nosso)

Significa dizer que, de posse de informações sobre possível prática de infração penal, deve a autoridade policial realizar diligências informais – verificações *in loco*, monitoramento pessoal, tomada de

4 RHC n. 29.447/MG, 5^a Turma, min. Laurita Vaz, julgado em 25.9.2012.

5 HC n. 154.897/MG, 6^a Turma, min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16.8.2012.

declarações, consultas a bancos de dados disponíveis etc. –, com a maior discricção possível, a fim de confirmar a veracidade da denúncia apócrifa. Confirmada a verossimilhança das informações, fica autorizada a instauração formal do procedimento investigatório.

Tal conclusão é reforçada por duas singelas observações, que bem demonstram a possibilidade de utilização da *delatio* apócrifa, e não seu descarte imediato. Em primeiro lugar, não é raro que o autor da *notitia criminis* opte pelo anonimato como meio de proteção pessoal e de seus familiares, por exemplo, quando denuncia um grupo de extermínio formado por policiais. Nem sempre, portanto, o anonimato é um escudo para a impunidade ou estímulo ao “denuncismo vazio”.

Em segundo lugar, a autoridade competente, seja o órgão policial, seja o Ministério Público, possui o *dever* de apurar a notícia de prática de crime, não podendo deixar de fazê-lo por motivos discricionários. Sendo verossímil a informação e confirmando-se minimamente por diligências informais, é obrigatória a investigação dos fatos com a elucidação da autoria.

A título de conclusão, a denúncia anônima é, sim, apta a movimentar os órgãos de persecução penal – polícias e Ministério Público –, desde que apresente informações plausíveis e verossímeis, permitindo, então, sua confirmação por diligências informais, com a devida cautela. Confirmada a denúncia, por óbvio fica autorizada a instauração formal de inquérito policial ou, se possível e dispensável a investigação pela polícia, a imediata deflagração da ação penal, sem que se possa falar em ilicitude.

Resguarda-se, assim, o melhor aproveitamento da *delatio* apócrifa, permitindo que o aparelho estatal seja movimentado visando à averiguação da notícia de prática de crime, sem, contudo, fomentar a repetição de abusos e de má conduta por parte dos agentes públicos responsáveis pela persecução criminal.

5 Colaboração processual ou delação premiada

Não obstante a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, tenha assegurado o direito do acusado de permanecer em silêncio quanto aos fatos contra si imputados pelos órgãos estatais de acusação (polícia e Ministério Público), inúmeras inovações legislativas, verificadas nas últimas décadas no ordenamento jurídico brasileiro, têm buscado introduzir no procedimento criminal a chamada *tutela da colaboração processual* ou, como preferem alguns, *colaboração premiada*, reduzindo o espaço de conveniência do investigado em ficar calado diante das indagações que lhe são formuladas, na busca da elucidação dos fatos.

Em uma primeira abordagem, trata-se de romper o que se poderia denominar “solidariedade criminosas”, permitindo-se, com fulcro na ideia de consenso, que o Ministério Público, detentor privativo da *persecutio criminis*, faça um acordo com a pessoa sobre quem paira a suspeita de prática de infração penal. Nesse processo de verdadeira barganha, o órgão acusador abdica de seu direito (*rectius*: direito-dever) de formular a imputação, concedendo ao investigado ou indiciado, como prêmio à sua colaboração, benefícios previstos em lei.

Do ponto de vista da ilicitude probatória, a questão que se coloca é se a delação premiada viola princípios constitucionais relativos à disciplina da prova. Voltaremos a esse problema na sequência. Antes, porém, cumpre traçar um breve histórico do instituto, no direito comparado e na legislação brasileira.

O instituto da delação ou colaboração premiada surgiu nos Estados Unidos da América como forma de se combater grandes organizações criminosas. Foi também largamente utilizado na Itália, no curso da chamada “Operação Mão Limpa”, quando, a partir da década de 1970, as organizações mafiosas começaram a ser debeladas naquele país, justamente pelo rompimento da “lei do

silêncio” (*omertà*) imposta pelas *famiglie mafiose* a seus integrantes ou à população em geral.

No Brasil, coube à Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990) prever, de forma até então inédita, o benefício da colaboração premiada, ao estatuir que o “participante e o associado que vier a denunciar o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)” (art. 8º, parágrafo único).

Em seguida e ao longo dos últimos anos, diversos diplomas legais passaram a prever o benefício da delação premiada aos crimes neles previstos, na ordem seguinte: 1) Lei n. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, a econômica e as relações de consumo), art. 16, parágrafo único; 2) Lei n. 9.034/1995 (crime organizado), art. 6º; 3) Lei n. 9.080/1995, art. 1º, acrescentando dispositivos à Lei n. 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e à já mencionada Lei n. 8.137/1990; 4) Código Penal, art. 159, § 4º (crime de extorsão mediante sequestro); 5) Lei n. 9.613/1998 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), art. 1º, § 5º; 6) Lei n. 9.807/1999 (proteção às testemunhas e vítimas), art. 13; e 7) Lei n. 10.409/2002, art. 32, §§ 2º e 3º, e Lei n. 11.343/2006, art. 41 (crimes de drogas).

Os efeitos jurídicos decorrentes da delação, de maneira geral, são tratados pelas normas de regência de forma relativamente homogênea, podendo-se dizer que o “prêmio” mais comum obtido pelo agente criminoso disposto a colaborar com a investigação criminal é a redução de pena, de 1 (um) a 2/3 (dois terços)⁶. Por outro lado,

6 Alargando os efeitos da delação premiada, a Lei n. 9.807/1999, que estabeleceu programas especiais de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas, contudo, dispõe, em seu art. 13, que o juiz pode de ofício, ou a requerimento das partes, conceder o *perdão judicial* (e a consequente extinção da punibilidade) ao acusado primário que tenha colaborado “efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”. De modo similar, a Lei n. 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, prescreve, em seu art. 1º, § 5º, que o juiz poderá deixar de aplicar a pena ou substituí-la por pena restritiva de direitos ao réu colaborador.

os requisitos para gozo do benefício variam significativamente. Nem sempre se exige, p. ex., que a confissão ou colaboração seja espontânea (art. 159, § 4º, do CP)⁷. Em muitos casos é necessária a efetividade (ou eficácia) da delação, seja pela revelação de “toda a trama delituosa” (Leis n. 8.137/1990 e 9.080/1995); facilitação da libertação da vítima (art. 159, § 4º, do CP); apuração das infrações penais e de sua autoria e/ou localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (Lei n. 9.613/1998); identificação dos demais coautores ou partícipes, localização da vítima com vida ou com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei n. 9.807/1999); e identificação dos demais coautores ou partícipes e recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei n. 11.343/2006). Há, inclusive, caso de exigência da primariedade do réu colaborador (Lei n. 9.807/99, art. 13).

Desnecessário indagar os motivos que levaram o colaborador a contribuir com a justiça. Basta que a cooperação seja eficaz à comprovação da tese da acusação para que o réu delator receba o prêmio legal. A ideia de prêmio, inclusive, faz com que o instituto da delação premiada seja inserido em uma rubrica denominada *Direito Penal Premial*, por vezes criticada, entretanto, por não denotar novo ramo do Direito Penal. Trata-se, na realidade, do conjunto de técnicas recompensatórias de auxílio à atividade de persecução criminal⁸ (BARRA LIMA, 2010, p. 272).

7 Muito embora a lei exija, como requisito para sua configuração, a espontaneidade da delação, parece mais acertado entender necessária a mera voluntariedade do ato. Como observa Azevedo (1999, p. 6), “o imprescindível é ter sido a contribuição voluntária e efetiva, isto é, não resultante de nenhuma coação externa irreversível e caracterizada pela presença positiva e interessada do acusado”.

8 Márcio Barra Lima (2010) explica que a colaboração premiada (ou delação premiada) insere-se no bojo dos meios de colaboração com os órgãos estatais de persecução penal ou meios de “colaboração com a Justiça”. Essa categoria dos “colaboradores da Justiça” (gênero) abarca diversas modalidades, segundo o autor, como, por exemplo, as testemunhas, que depõem desinteressadamente sobre um fato criminoso presenciado; os peritos, nomeados pelo juiz para a realização de exame técnico; as pessoas que, de modo anônimo ou não, dão informações relevantes para a elucidação de crimes pela polícia etc.

Uma primeira linha de críticas dirigidas à delação premiada relaciona-se à suposta falta de substrato ético. Estimula-se a traição, a perfídia. Parte-se, segundo essa corrente crítica, de uma análise de custo e benefício em que só importam ao Estado as vantagens de combate à criminalidade, sem qualquer preocupação com efeitos negativos, como, por exemplo, a rotulação eterna do delator (FRANCO, 1994, p. 211; BARROS, 2002, p. 282-283) .

A linha de argumentação, entretanto, chega a ser curiosa. Defende o respeito a uma ética própria do “mundo do crime”, esquecendo-se que, ao se arrepender e delatar seus comparsas, o delinquente está se decidindo por prestigiar o conjunto de valores e bens jurídicos caros a todo o corpo social, tutelados pelo Direito Penal. Quando o agente se dispõe a colaborar com a justiça criminal, assume uma postura ética de respeito aos valores sociais imperantes (AZEVEDO, 1999). A delação premiada, corretamente encarada, constitui um retorno à legalidade por parte do autor de uma infração penal⁹.

É nesse exato sentido a observação de Márcio Barra Lima (2010, p. 288):

Consideramos que o agente criminoso, ao se dispor voluntariamente a colaborar com o Estado, assume uma nova e diferenciada postura relativamente ao comportamento criminoso/antiético precedente, colocando-se, a partir de então e ainda que por conveniência e circunstancialmente, “debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”, campo ético esse que, por sinal, não vemos como violado quando o criminoso

9 Não é à toa que, no documento intitulado “*Good practices for the protection of witnesses in criminal procedures involving organized crime*”, publicado em 2008, a Organização das Nações Unidas, por meio de seu *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), menciona como único problema ético a percepção de que os benefícios concedidos aos réus colaboradores configurem verdadeira impunidade por seus crimes. Como resposta a essa preocupação, porém, um número cada vez maior de países têm adotado benefícios diversos da imunidade, tais como a redução de pena.

beneficia-se penalmente por ter colaborado com a persecução criminal de seus então comparsas.

Raciocínio inverso é que violaria o campo ético vigente em nosso ordenamento, pois levaria os coautores de delitos a se beneficiarem de tal qualidade, já que não poderiam ser capturados com o auxílio de seus ex-parceiros de crime. Em suma: estariam valendo-se da própria condição de coautores de delitos, formando-se, dessa forma, uma “blindagem” contra a persecução estatal, o que até poderia servir como estímulo à formação de organizações criminosas.

Na linha oposta, defende-se a importância do instituto da delação premiada como instrumento jurídico de incremento da efetividade da persecução penal, notadamente em relação aos ilícitos praticados por organizações criminosas, isto é, no combate ao chamado *crime organizado*.

Com efeito, sob uma perspectiva funcionalista ou efficientista do processo penal – defendida em todo este trabalho –, são inegáveis os benefícios trazidos pela delação premiada. Ela conduz ao aumento da qualidade da atividade probatória processual, permitindo, com isso, a realização de justiça na sentença de mérito proferida. Além disso, partindo-se do pressuposto de que o processo penal serve como instrumento de política criminal, fica fácil perceber a importância da delação na repressão, sobretudo, da criminalidade mais grave.

Afora a questão ética – para nós, uma falsa questão –, é costume apontar-se a delação como exemplo de prova ilícita, por violação de princípios constitucionais do processo penal, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Do ponto de vista do direito ao contraditório e à ampla defesa, o problema surge porque o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.807/1999 – que cuida da proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores –,

assegura sigilo às medidas protetivas. É costume se extrair de tal regra o sigilo dos acordos de colaboração premiada.

Não parece seja essa a posição mais acertada.

A uma, porque o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.807/1999 situa-se em capítulo denominado “Da Proteção Especial a Vítimas e a Testemunhas”, não havendo norma semelhante no capítulo intitulado “Da Proteção aos Réus Colaboradores”.

A duas, porque o art. 13 da lei, que trata especificamente sobre a colaboração processual (delação premiada), estabelecendo requisitos e consequências (prêmios), em nenhum momento atribui à colaboração caráter sigiloso.

A invocação do sigilo legal, portanto, não é, a rigor, sequer pertinente aos acordos de delação premiada.

De toda maneira, ainda que admitida a presença de cláusula de sigilo nos termos dos acordos, há que se investigar o alcance do sigilo.

A nós parece correto defender que, havendo acordo de colaboração processual ou delação premiada entre um dos investigados ou réus e o Ministério Público, seus termos devem vir ao conhecimento do(s) delatado(s), durante a instrução do processo criminal, sob o crivo do contraditório e sob o devido controle jurisdicional. Não há como ser diferente. Se as informações fornecidas pelo delator possuem valor probatório, podendo vir a influir na convicção do julgador, por óbvio que os termos da delação devem ser juntados aos autos e, assim, conhecidos e contraditados pela defesa.

Tal observação assume especial importância nos casos de acordos de colaboração firmados na fase pré-processual, de investigação policial. É possível imaginar, por exemplo, que um dos investigados procure o Ministério Público para propor a delação, sendo o termo firmado nas dependências do órgão de acusação,

isto é, sem qualquer espécie de intervenção judicial. Normalmente tais acordos são expressamente sigilosos. De posse das informações obtidas, o *parquet*, recorrendo ao Judiciário, propõe medidas cautelares e obtém decisão judicial decretando o afastamento de sigilos, determinando a expedição de ordem de busca, prendendo preventivamente o(s) delatado(s) etc. Não se duvida que todos esses procedimentos prévios ao início da ação penal correrão em segredo de justiça, inclusive como forma de assegurar sua eficácia. *Iniciado o processo-crime, porém, todos os elementos de convicção devem ser apresentados à defesa, facultando-lhe sua impugnação e, assim, preservando íntegro o princípio do contraditório e da ampla defesa.*

Se, após a instauração da ação penal, por acaso o delator se julgar intimidado, amedrontado ou mesmo ameaçado por um ou alguns dos réus, principalmente o(s) delatado(s), caberá ao Ministério Público e ao juiz providenciarem as medidas de proteção ao réu colaborador, previstas na própria Lei n. 9.807/1999 (art. 15, § 2º, c/c art. 8º).

Admitir, ao contrário, que os termos do acordo de delação possam ficar permanentemente às ocultas, com a extensão dos efeitos da cláusula de sigilo para a fase processual, viola a garantia do contraditório e da ampla defesa, não sendo medida admissível em um processo penal democrático.

Ao julgar pedido de reconsideração no Habeas Corpus n. 0014633-81.2011.404.0000, o eminente Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim decidiu:

DECISÃO: Indefiro o pedido de reconsideração, uma vez que os argumentos trazidos pelo requerente, por ora, não se mostram suficientes para reverter a decisão que indeferiu a liminar, proferida pelo e. Des. Márcio Antônio Rocha. Afora isso, consoante destacado pela ilustre julgadora singular, *na eventual existência de delação premiada ‘a defesa não é afetada por tal sigilo, na medida em que o resultado do acordo, se houver, deve figurar no inquérito ou ação penal como prova*

integralmente acessível ao(s) acusado(s), ressaltando, ainda, que ‘o que não consta nos autos não pode ser tomado como prova, isto é, não pode ser tomado para fins de julgamento, sob pena de violação do contraditório’. Intimem-se.¹⁰ (grifamos)

Não foi essa, todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 90.688/PR, ocasião em que, inexplicavelmente, decidiu-se por não dar acesso ao réu aos termos de acordo de delação premiada, por razões de sigilo, franqueando à defesa, apenas, certidão em que constasse a identificação das autoridades que firmaram o acordo. Segue a ementa do julgado:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.¹¹ (grifamos)

Com o devido respeito, a decisão da Suprema Corte concedeu ao acordo de delação premiada algo como um *meio sigilo*: dá-se à defesa o direito de conhecer os nomes das autoridades que protagonizaram a tomada da delação, sem, contudo, permitir que tome ciência de seus termos.

Por outro lado, sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência ou presunção ou estado de não-culpabilidade (art. 5º, LVII), a dificuldade imposta pelo instituto da delação pre-

¹⁰ TRF4, HC n. 0014633-81.2011.404.0000, 7ª Turma, relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 21.11.2011.

¹¹ HC n. 90.688/PR, 1ª Turma, min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12.2.2008.

miada diz respeito à qualidade da prova necessária e suficiente para a condenação do(s) delatado(s). Melhor formulando: que grau de importância deve o julgador atribuir às informações ou declarações fornecidas pelo réu arrependido?

Com efeito, a presunção de inocência exige uma maior qualificação das provas acusatórias para a formação de um juízo condenatório.

No caso da delação premiada, há que se ter especial cuidado com o valor probatório a ela atribuído. Tal não significa afastar sua força probante, é certo. Compete ao juiz, em compasso com o sistema da persuasão racional, analisar todo o conjunto probatório, cotejando as informações advindas do réu colaborador com os demais elementos colhidos sob o crivo do contraditório processual. Na realidade, esse é o procedimento a ser adotado em qualquer caso, para que a decisão seja devidamente fundamentada. O *plus*, na hipótese de delação, é o acentuado rigor com o qual o julgador deve cotejar as declarações do delator com o restante acervo probatório.

Com esse redobrado cuidado, pensamos não haver afronta à presunção de inocência.

A discussão está longe de ser encerrada e as decisões judiciais a respeito da delação premiada ainda são bastante escassas.

A título de conclusão, afirmamos que a utilização prática do instituto deve ser cautelosa e sua regulamentação legal, hoje pobre, merece aperfeiçoamentos, para que a funcionalidade não elimine garantias processuais da pessoa acusada.

É inegável, porém, que a delação premiada constitui relevante técnica/instrumento de auxílio à atividade estatal de persecução penal, perfeitamente adequada e em consonância com a orientação político-criminal que visa a lhe assegurar maior efetividade e eficiência, sem implicar eliminação de direitos individuais da pessoa sobre quem paira uma acusação penal.

6 Gravações clandestinas

Questão sempre suscitada no âmbito das provas ilícitas é a da validade (ou invalidade) das gravações telefônicas (e ambientais) clandestinas, isto é, aquelas feitas diretamente por um dos comunicadores, sem o conhecimento de seu(s) interlocutor(es). Antes de entrar na análise da licitude de tal meio de prova, é de todo conveniente fazer algumas distinções prévias, a fim de evitar confusão terminológica e conceitual.

Distinguem-se os conceitos de interceptação, escuta e gravação. Interceptação, em sentido estrito, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação (telefônica ou ambiental) alheia, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta, por seu turno, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação (telefônica ou ambiental) alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores (GOMES; CERVINI, 1997, p. 95-96). Ambas são reguladas pela Lei n. 9.296/1996, embora o texto legal só faça menção à interceptação das comunicações telefônicas (GOMES; CERVINI, 1997, p. 96).

A *gravação*, telefônica ou ambiental, por outro turno, consiste na captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem o conhecimento do(s) demais. Tal meio de prova, contudo, não se submete aos ditames da Lei n. 9.296/1996, inexistindo norma no direito positivo brasileiro que cuide das gravações.

Comumente designadas “gravações clandestinas”, abrangem tanto a gravação telefônica, quando se grava uma conversa telefônica própria, quanto a ambiental, quando se grava uma conversa entre pessoas presentes clandestinamente, isto é, sem o conhecimento do(s) interlocutor(es). Na ausência de disciplina legal específica, o que se pode concluir é que as gravações clandestinas violam o direito constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da CF). São, *a priori*, meio de prova ilícito.

Esse não tem sido, no entanto, o entendimento adotado pelos tribunais superiores ao decidir sobre a licitude das gravações clandestinas. Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça

entendeu que a gravação feita por um dos interlocutores não constitui prova ilícita:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 288 E 333 DO CÓDIGO PENAL. QUADRILHA. CONFIGURAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. *GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA.* DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONCURSO MATERIAL NÃO CARACTERIZADO.

I - Para a configuração do delito de quadrilha não é necessário que todos os integrantes tenham sido identificados. Basta a comprovação de que o bando era integrado por quatro ou mais pessoas. (Precedentes)

II - A teor do disposto no art. 327 do Código Penal, considera-se, para fins penais, o estagiário de autarquia funcionário público, seja como sujeito ativo ou passivo do crime. (Precedente do Pretório Excelso)

III - Não há que se confundir flagrante preparado, modalidade que conduz à caracterização do crime impossível, com o flagrante esperado.

IV - *A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que não prescinde de autorização judicial.*

V - Para efeito de apreciação em sede de *writ*, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez motivadamente.

VI - Não evidenciado na espécie, há que se afastar o concurso material de crimes.

Writ parcialmente concedido.¹² (grifamos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER A INVESTIGAÇÃO. *GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA.* LAUDO DE DEGRAVAÇÃO

12 HC n. 52.989/AC, 5^a Turma, min. Félix Fischer, julgado em 23.5.2006.

VICIADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Ministério Público tem legitimidade para conduzir investigação e proceder à colheita de elementos de convicção quanto à materialidade do delito e indícios de sua autoria, sob pena de inviabilizar o cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.

2. *Segundo o magistério jurisprudencial, a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria.*

3. Eventual vício do laudo de degravação, decorrente de cortes na conversa realizados pela autoridade policial, é questão que não tem como ser apreciada na via eleita, que não admite dilação probatória e valoração da prova, devendo ser argüida no decorrer da instrução criminal, espaço próprio para a análise da matéria.

4. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a elucidação dos fatos, em tese delituosos, descritos na vestibular acusatória depende da regular instrução criminal, com o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus somente é possível quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de mínimos indícios de autoria e prova da materialidade.

5. Ordem denegada.¹³ (grifamos)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO. FLAGRANTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. COMBINAÇÃO FEITA PELO PRÓPRIO ACUSADO.

¹³ HC n. 41.615/MG, 5^a Turma, min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 6.4.2006.

Tem-se no seio desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inocorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria.

Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal.

In casu, os dados para a continuidade da persecutio criminis apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais diante da ocorrência do fato descrito na denúncia.

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu.

Inocorre o dito flagrante preparado quando o próprio acusado é quem conduz o ato delituoso, não sendo, portanto, induzido por qualquer ação da vítima.

Recurso desprovido.¹⁴ (grifamos)

Idênticas são as decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral em recurso extraordinário, como se extrai dos precedentes seguintes:

*EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.*¹⁵ (grifamos)

¹⁴ RHC n. 14.041/PA, 5ª Turma, min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 20.11.2003.

¹⁵ RE n. 583.937 QO-RG/RJ, Pleno, min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. *Gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Lícitude da prova.* Precedentes. ordem denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. *Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Lícitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da lícitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação.* Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem denegada.¹⁶ (grifamos)

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto

¹⁶ HC n. 91.613/MG, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, julgado em 15.5.2012.

*de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.*¹⁷ (grifamos)

O pressuposto lógico das decisões acima transcritas, especialmente as do Pretório Excelso, é o de que as gravações clandestinas, feitas por um dos interlocutores, embora sem o conhecimento do(s) outro(s), não se enquadram na hipótese prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como destacou o ministro Cezar Peluso, em voto proferido no RE n. 402.717/PR:

[...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita. (grifamos)

Concessa maxima venia, entendemos que a ilicitude das gravações clandestinas decorre da violação de outra cláusula constitucio-

17 RE n. 402.717/PR, 2ª Turma, Min. Cezar Peluso, julgado em 2.12.2008.

nal protetiva de direitos fundamentais, qual seja, a inserta no art. 5º, X, que visa a proteger a intimidade e a vida privada.

Além de vedar a interferência de um terceiro nas comunicações, a Constituição também protege, de forma inequívoca, o direito à intimidade. Como sustenta, com inteira razão, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 107), “[o] que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável”. E mais, conclui o autor: “[u]ma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela” (GOMES; CERVINI, 1997, p. 108).

Trata-se, na realidade, de equívoco dos julgados quanto ao essencial: a ilicitude das gravações clandestinas é originária, encontrando-se na própria gênese da colheita da prova, pois feita sem o conhecimento do interlocutor, com violação, portanto, de sua intimidade e privacidade. Coisa diversa é a possibilidade de utilização, no processo, das gravações clandestinas, justificada, em nossa opinião, por razões de proporcionalidade.

Não parece haver dúvida, na doutrina, sobre a viabilidade da utilização da gravação clandestina em benefício da pessoa acusada, como forma de provar sua inocência.

A pergunta é: as gravações clandestinas podem ser utilizadas no processo penal em desfavor do acusado? Possuem valor probatório para condenação?

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 106) responde de forma negativa:

[...] configuram prova ilícita na sua colheita, na sua origem, na sua obtenção (porque violam a intimidade). Logo, sendo provas ilícitas, são inadmissíveis no processo (CF, art. 5º, LVI). Como provas incriminatórias não podem ser admitidas jamais. Não servem para incriminar ou provar a culpabilidade de ninguém. Não podem ser utilizadas contra o acusado.

Não parece haver dúvida, na doutrina, sobre a viabilidade da utilização da gravação clandestina em benefício da pessoa acusada, como forma de provar sua inocência.

A pergunta é: as gravações clandestinas podem ser utilizadas no processo penal em desfavor do acusado? Possuem valor probatório para condenação?

A resposta depende da qualidade de quem faz o registro da conversa.

Se a gravação é feita pela vítima do crime, que busca precisamente obter prova contra a investida criminoso de seu(s) interlocutor(es), não há porque se invocar, em benefício do autor do delito, o direito à privacidade. *O sigilo não pode servir como defesa de ilícitos, tampouco se deve estimular o abuso de direito.*

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.*¹⁸ (grifamos)

Por outro lado, se a gravação é feita por uma autoridade – polícia ou Ministério Público –, nesse caso torna-se fácil perceber que as declarações da pessoa acusada assumem a feição de um interrogatório sub-reptício, fraudulento. O agente estatal que assim procede incorre em grave violação de dever legal, qual seja, o de formalizar o interrogatório do investigado/réu seguindo as exigências legais descritas nos arts. 185 a 196 do vigente Código de Processo Penal.

¹⁸ HC n. 75.338/RJ, Pleno, min. Nelson Jobim, julgado em 11.3.1998.

Também nesse ponto o Pretório Excelso decidiu pela ilicitude da prova:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. [...]¹⁹ (grifamos)

Não se pode olvidar que a inadmissibilidade da prova ilícita possui, quando colhida diretamente por autoridades públicas, função de controle

19 HC n. 80.949/RJ, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30.10.2001.

da ação estatal e pedagógica, visando a inibir a má conduta dos órgãos de persecução penal.

Uma última questão diz respeito às *interceptações ambientais*. Interceptação ambiental é a captação de conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em *interceptação ambiental em sentido estrito*; se um deles tem conhecimento, fala-se em *escuta ambiental*.

Quando a captação é feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento de seu(s) interlocutor(es), fala-se em *gravação clandestina ambiental*.

Não há previsão legal de tais modalidades de prova. Portanto, a discussão sobre sua licitude ou não deve remeter à cláusula constitucional geral da proteção à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF). Trata-se, *a priori*, de provas ilícitas. Valem, no entanto, as mesmas conclusões acima expostas: são admissíveis quando produzidas pelo réu em sua defesa, ou, ainda que em seu desfavor, quando colhidas pela vítima do crime.

Referências

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 83, out. 1999.

BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELA, E. (orgs.), 2010.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, 1998.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos – notas sobre a Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: RT, 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência”, e “funcionalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Processo penal*. v.1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A busca da verdade no processo penal e o estudo das falsas memórias

Guilherme Augusto Dornelles de Souza

Analista processual do Ministério Público da União. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC). Pesquisador associado do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC).

Resumo: Neste artigo, com base em pesquisa bibliográfica, argumenta-se que o discurso que alega a necessidade de utilização de técnicas como a entrevista cognitiva para melhorar a qualidade dos testemunhos ante os achados acerca das falsas memórias prende-se a uma concepção de processo penal como busca da verdade, ou, ao menos, de uma melhor verdade. Primeiro, apresentam-se algumas concepções acerca do que é a memória, do que são e de como ocorrem as falsas memórias, e sobre alguns achados de pesquisadores acerca delas. Em seguida, descreve-se o que é a entrevista cognitiva e sua estrutura básica. Relata-se então como alguns autores estão recepcionando os achados das pesquisas sobre as falsas memórias e inserindo-os em sua abordagem do processo penal. Por fim, partindo-se da lição de Foucault de que a verdade não é conhecida, mas estabelecida, apresentam-se críticas à concepção de falsas memórias apresentada ao longo do trabalho, à utilização da testemunha/vítima como objeto de conhecimento e à concepção do processo penal como busca da verdade, sugerindo-se que, em vez de se proporem meios de diminuir a fragilidade dos relatos, busquem-se outras soluções que não a pena e outros caminhos que não o processo penal, como a Justiça Restaurativa.

Palavras-chave: Falsas memórias. Entrevista cognitiva. Processo penal como busca da verdade. Processo penal como criação de convencimento.

Abstract: In this paper, from a bibliographic research, it is argued that the discourse that argues the need to use techniques such as cognitive interviewing to improve the quality of the testimony due to the findings on false memories research is connected to a conception of criminal procedure as a search for truth, or, at least, for a better truth. First, it presents some ideas about what is memory, what are the false memories, how they occur and some findings of the research about them. Then we describe what is the cognitive interview and its basic structure. It is reported then how some authors understand the findings of research on false memories and place them in their approach to criminal proceedings. Finally, based on the lesson of Foucault that truth is not known, but established, the concept of false memories throughout the paper is criticized, so as the use of witness / victim as object of knowledge and the conception of the criminal procedure as a search for the truth, suggesting that instead of proposing ways to decrease the fragility of the reports, we should seek for alternatives to punishment and other ways than criminal proceedings, such as Restorative Justice.

Keywords: False memories. Cognitive interviewing. Criminal procedure as search for the truth. Criminal procedure as creating convincing.

Sumário: 1 Introdução. 2 A memória e as falsas lembranças. 3 Entrevista cognitiva. 4 Implicações para o processo penal. 5 O processo penal como criação de convencimento e como busca da verdade. 6 Conclusão.

1 Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a necessidade de reinterpretação das normas presentes no Código de Processo Penal, dando novo significado aos sentidos que deveriam ser produzidos pelo processo num ordenamento que consagra a proteção aos direitos fundamentais na sociedade democrática. Um desses novos significados refere-se à relativização do sentido da “verdade real” – ainda presente no texto do Código de Processo Penal (CPP) e nas fundamentações de algumas decisões –, que

perdeu em grande parte seu poder justificador de algumas práticas processuais que violavam direitos fundamentais e cuja derrocada resultou nas transformações na produção e apreciação das provas durante o processo e nas mudanças dos papéis dos atores processuais trazidas pelas últimas alterações legislativas.

Por outro lado, pesquisas na área das ciências cognitivas trazem cada vez mais incertezas quanto à credibilidade de relatos testemunhais diante da possibilidade de produção involuntária ou provocada das chamadas “falsas memórias”. Ao mesmo tempo, desenvolvem-se técnicas que pretendem mitigar ou minimizar o impacto de tais ocorrências no relato das testemunhas, devolvendo-lhe a credibilidade. Apesar de criticada por alguns, a prova testemunhal ainda desempenha papel de peso na instrução dos processos nas varas criminais, sendo em muitos casos a única prova a sustentar a acusação, como nos casos dos crimes contra a liberdade sexual. Aos poucos, as pesquisas sobre as falsas memórias e técnicas que pretendem mitigá-las, como a entrevista cognitiva, ressoam na doutrina, trazendo posicionamentos no sentido de alertar para as fragilidades da prova testemunhal e para a necessidade de se “reduzirem os danos” por meio de técnicas como a entrevista cognitiva.

2 A memória e as falsas lembranças

Segundo Izquierdo (apud GIACOMOLLI e DI GESU, 2008, p. 4336), a memória é a “aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”. Ainda há incertezas com relação a quantos e quais sistemas de memórias diferentes existem (EISENKRAEMER, 2006, p. 103). Além disso, diferentes nomenclaturas são utilizadas na literatura especializada para as mesmas distinções básicas: a memória de fatos é conhecida como memória com registro, memória explícita ou memória declarativa; a memória de procedimentos (habilidades) também é chamada de memória sem registro, memória implícita e memória não declarativa (SQUIRE; KANDEL apud EISENKRAEMER, 2006, p. 103).

Neste estudo, referiremo-nos à *memória declarativa* e à *memória episódica*. A *memória declarativa* refere-se a fatos, ideias e eventos, informações que podem ser trazidas ao reconhecimento consciente como uma proposição verbal ou uma imagem visual, sendo aquela à qual normalmente as pessoas se referem quando usam o termo “memória” (SQUIRE; KANDEL, 2003 apud EISENKRAEMER, 2006, p. 103), apresentando diversas operações distintas, como a codificação, o armazenamento, a evocação e o esquecimento (EISENKRAEMER, 2006, p. 103). Por sua vez, a *memória episódica* (ou autobiográfica), parte da memória de longo prazo, é composta pelos dados de eventos singulares que participamos ou assistimos, como o local e o momento em que ocorreram (KINTSCH apud EISENKRAEMER, 2006, p. 104; IZQUIERDO apud EISENKRAEMER, *ibidem*; MAZZONI, 2005, p. 80).

A memória, quase sempre, funciona pela extração de um significado, não mediante a retenção de um registro literal daquilo que encontramos (SQUIRE; KANDEL apud EISENKRAEMER, 2006, p. 105). Para Eisenkraemer (2006, p. 107), não podemos pensar a memória como passível de ser reproduzida tal qual uma sequência de imagens ou um vídeo, sendo impossível extrair da memória de um indivíduo a recordação completa e exata de um evento, uma vez que a memória é sempre reconstrutiva.

A informação codificada, portanto, jamais será a cópia exata do que foi visto ou do que ocorreu. A recuperação efetuada pela memória pode ser o resultado de processos de reconstrução, que reativam e criam informações de natureza episódica e semântica relevantes para o que se deseja lembrar. Essas informações são integradas entre si, e a “recordação” é o resultado final dessa integração (MAZZONI, 2005, p. 81).

Podemos definir as falsas memórias como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos ou, então, de lembranças distorcidas de algum evento (ROEDIGER; MCDERMOTT e STEIN; PERGHER apud ALVES; LOPES,

2007), enquanto, para os psicólogos cognitivistas, as memórias verdadeiras compreendem a lembrança de algo que realmente ocorreu (STEIN; NYGAARD, 2003, p. 160). Albuquerque e Santos (1999, p. 260-261) relatam que Bartlett, num dos primeiros estudos sobre a distorção da memória, ao apresentar um conto índio e ao analisar os recontos dessa história, verificou que a memória para esse conto era claramente distorcida. Por conter um conjunto de ideias que não cabem nos padrões ocidentais de leitura da realidade, a história do conto foi sistematicamente distorcida à medida que a sua recordação distava no tempo da primeira vez que foi ouvido pelos participantes. Loftus e Palmer (apud ALBUQUERQUE; SANTOS, 1999, p. 262), por sua vez, mostraram que a intensidade do verbo de uma pergunta sobre a estimativa de velocidade a que dois carros embateram – “A que velocidade os carros se *esmagaram?*” e “A que velocidade os carros se *tocaram?*” – faz com que a estimativa seja maior quanto mais intenso for o verbo e, ainda, os sujeitos que foram questionados utilizando-se o verbo de maior intensidade recordavam terem visto vidros partidos no chão, os quais, na verdade, nunca haviam sido mostrados a eles.

As falsas memórias podem ser tanto espontâneas, ou seja, resultado de um processo normal de compreensão, sem que ninguém as tenha provocado, quanto podem ser sugeridas, mediante a sugestão deliberada ou acidental de informação falsa (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180). Tanto as falsas memórias espontâneas quanto as sugeridas são fenômenos de base mnemônica, lembranças, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social. Apesar de haver estudos acerca das relações entre as características do sujeito e a produção de falsas memórias, o efeito da falsa informação relaciona-se mais a condições como tipo e formato de perguntas, intervalo entre o fato e a recordação, à recuperação da memória e ao grau de sugestão que às características do indivíduo (NYGAARD; FEIX; STEIN, 2006, p. 151).

Pelo menos três teorias podem ser destacadas para explicar o fenômeno das falsas memórias: o *Construtivismo*, a *Teoria do*

Monitoramento da Fonte de Informação e a Teoria do Traço Difuso (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180).

Os construtivistas entendem que as pessoas se lembram do que elas entendem ser o significado do fato, e não, necessariamente, dele em si, podendo gerar a lembrança de informações incorretas e, até mesmo, de falsas memórias (ALVES; LOPES, 2007, p. 47).

A Teoria do Monitoramento da Fonte, contudo, postula que tanto as memórias originais quanto as memórias advindas dos processos de integração podem manter-se intactas e separadamente; a informação sobre a origem de cada uma dessas memórias, por sua vez, pode não estar mais disponível, sendo as falsas memórias uma confusão ou erro de julgamento na atribuição da fonte ou origem da memória (JOHNSON apud STEIN; NEUFELD, 2001, p. 181), em razão de uma dificuldade do indivíduo em diferenciar se a informação é advinda de dentro (experiências anteriores) ou de fora (evento vivenciado) (REYNA; LLOYD apud STEIN; NEUFELD, 2001, p. 182).

A Teoria do Traço Difuso, por sua vez, afirma que a memória não é um sistema unitário, concebendo-a como dois sistemas independentes: a memória de essência, que armazena o significado do fato ocorrido, e a memória literal, que contém a lembrança dos detalhes específicos do evento (BRAINERD; STEIN; REINA apud STEIN; NEUFELD, 2001, p. 182). Para essa corrente, a memória para a fonte de informação é um traço literal que pode, ao longo do tempo, fragmentar-se, tornando-se inacessível quando comparada à de essência do evento (REYNA; LLOYD apud ALVES; LOPES, 2007, p. 49). A aceitação de distratores relacionados, nas falsas memórias, pode ocorrer devido à recordação de memórias de essência que preservam o significado do alvo estudado, significado este que também é compartilhado pelo distrator relacionado (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 183).

Sugerir informações e forçar as pessoas a evocar suas lembranças pode aumentar a magnitude dos efeitos das falsas memórias

(PAYNE e cols. apud ALVES; LOPES, 2007, p. 54), o que nos leva a crer que, quando pessoas estão em psicoterapias ou em julgamentos e são “encorajadas” a “contar mais”, provavelmente, algumas memórias que aparecerão não serão verdadeiras (ALVES; LOPES, 2007, p. 54). O fato de um relato ser expresso com confiança, detalhe e emoção não significa necessariamente que o evento ocorreu tal qual foi narrado (LOFTUS apud ALVES; LOPES, 2007, p. 54). Stein e Neufeld (2001, p. 184) relatam que as falsas memórias podem sobreviver tanto ou mais que as memórias verdadeiras, o que abala a validade do critério da consistência de relatos, em uma série de entrevistas com a mesma testemunha para determinar a credibilidade de seu testemunho. Para Stein e Pergher (2001, p. 362), os falsos relatos podem ser bastante frequentes em situações jurídicas ou clínicas que enfatizem a memória para a essência do que foi vivido e, com base nos experimentos que conduziram, afirmam que não é de se admirar que pessoas submetidas à psicoterapia ou sob investigação forense produzam falsos relatos que não são baseados em simulação (mentira), mas sim em memórias que consubstanciam o foco do fato em questão.

Alguns achados de Nygaard, Feix e Stein (2006) numa pesquisa em que compararam o desempenho da entrevista cognitiva com o das técnicas tradicionais de interrogatório são muito interessantes. Independentemente do tipo de inquirição, foram produzidos mais erros em relação aos detalhes referentes à ação e à pessoa. De igual maneira, o maior número de detalhes “inventados” (confabulações) pelos entrevistados ocorreu nos relatos referentes à ação. No que tange aos erros quanto à pessoa, os pesquisadores relatam que

[...] os erros observados foram primários: por exemplo, a vítima, uma mulher morena foi dada como loira por algumas testemunhas; os assaltantes, três homens, dois morenos e um branco foram todos vistos como negros por algumas pessoas e assim por diante (NYGAARD; FEIX; STEIN, 2006, p. 174).

Um estudo de Huang e Janczura (2008, p. 352-353) afirma ainda que processos conscientes desempenham um papel central na ocorrên-

cia dessas “falhas” mnemônicas, mas não exclusivamente. Contudo, a ativação de processos conscientes favorece a produção de falsas memórias mais que a de processos inconscientes, ou seja, nossa “certeza” consciente está mais sujeita a “falhas” que a nossa “intuição”:

Considere a situação na qual uma testemunha identifica o carro de um suspeito na cena do crime, afirmando ter certeza consciente de que viu o carro durante o episódio. Por sua vez, uma segunda testemunha, identifica um outro carro de uma forma mais “intuitiva”, ou seja, afirmando que o carro em questão não lhe é estranho, mas não consegue ter uma recordação consciente da relação dele com o crime. É possível, nessas circunstâncias, que tenhamos uma inclinação a aceitar o relato da primeira testemunha, porque ela afirmou ter certeza consciente do episódio; entretanto, considerando os resultados deste estudo sobre os efeitos dos tipos de teste e tempo de exposição ao episódio, podemos suspeitar que as “certezas” conscientes da testemunha podem ser, apenas, “certezas” de muitas repetições de ativações na nossa rede semântica. Essa possibilidade questiona o quanto se pode confiar no relato de uma testemunha ocular. Talvez nosso sistema de crenças favoreça demasiadamente julgamentos racionais, buscando explicações onde não existem (e.g., falácias cognitivas) (HUANG; JANCZURA, 2008, p. 353).

3 Entrevista cognitiva

Segundo Stein e Nygaard (2003, p. 161), a preocupação dos juristas e dos psicólogos com a qualidade dos depoimentos possibilitou o surgimento de técnicas que estão sendo desenvolvidas com o objetivo de alcançar uma maior acuidade dos testemunhos. A entrevista cognitiva aparece nesse contexto como uma tentativa de alcançar o máximo possível de informações corretas do depoente, tendo sido desenvolvida com o objetivo de aumentar a *performance* da memória dos interrogatórios nas investigações policiais (NYGAARD; FEIX; STEIN, 2006, p. 154).

Segundo Albuquerque e Santos (1999, p. 265), Fisher e Geiselman propuseram a entrevista cognitiva como um conjunto de

estratégias para melhorar a recuperação de informações em situações de crime, baseando-a em cinco etapas fundamentadas em diversos estudos sobre a memória: na primeira etapa, busca-se a reinstalação do contexto de codificação, ou seja, o contexto no qual o episódio aconteceu; na segunda etapa, incentiva-se a testemunha a falar sobre tudo o que presenciou, independentemente do grau de certeza que tenha em relação a essa informação; na terceira, encoraja-se a pessoa a fazer diversas evocações da lembrança; na quarta, solicita-se que a pessoa evoque a informação em ordens diferentes, partindo-se de um pressuposto de que tal variação ocorre igualmente no conjunto de informações a que se tem acesso, fazendo com que novas informações surjam; por fim, o quinto passo consiste em pedir às pessoas que procurem relatar o episódio que presenciaram com base em outras perspectivas, como de uma outra testemunha que também estivesse no local (ALBUQUERQUE; SANTOS, 1999, p. 266). Além disso, a técnica recomenda um determinado comportamento ao entrevistador: sentar de forma relaxada, virar o corpo em direção ao entrevistado, falar pausadamente, demonstrar atenção e interesse, elogiar o entrevistado por seu progresso em geral, evitar movimentos e estilos de linguagem, não interromper a entrevistada e demonstrar paciência (NYGAARD; FEIX; STEIN, 2006, p. 159).

Nygaard, Feix e Stein (2006) conduziram uma pesquisa em que compararam a *performance* da entrevista cognitiva e as técnicas tradicionais de interrogatório, tendo a primeira produzido maior número de detalhes juridicamente relevantes, entendidos como “[...] aqueles detalhes que podem auxiliar na identificação do suspeito, do tipo de infração, etc., enfim, detalhes essenciais para a abertura de um processo criminal” (NYGAARD, FEIX E STEIN, 2006, p. 162); não se considerou, no entanto, se tais detalhes estavam corretos ou não. É importante notar que, na comparação para verificar a acurácia, ou seja, o índice de exatidão do relato produzido com base na entrevista cognitiva, as subjetivações produzidas “[...] foram excluídas do cômputo devido a sua relativa irrelevância num interrogatório ou processo judicial” (NYGAARD; FEIX; STEIN, 2006, p. 176). O maior número de subjetivações deu-se em relação

ao local, à ação e à pessoa, tendo a entrevista cognitiva produzido mais subjetivações que as técnicas tradicionais de interrogatório.

Considerando apenas os detalhes corretos, os pesquisadores encontraram uma melhor *performance* da entrevista cognitiva (2006, p. 167), contudo,

partindo da premissa de que a técnica da EC foi desenvolvida com o intuito primordial de trazer mais lembranças exatas, Higham e Roberts mencionam que, apesar de trazer mais recordações, a EC ainda não atingiu o nível de exatidão pretendido, já que nesse sentido, se equipara aos outros procedimentos utilizados para a comparação nos experimentos de laboratório (NYGAARD, FEIX e STEIN, 2006, p. 176).

4 Implicações para o processo penal

Se a memória trabalha com base numa perspectiva de “representação aproximativa” – ou seja, quando nos recordamos de algo não obtemos uma reprodução exata, mas uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original –, a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da forma como ocorreu na realidade (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4344). Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4339) afirmam que, para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, fundado na falsificação da recordação, compromete integralmente a confiabilidade do testemunho. Tendo em conta que não há regra no processo penal que determine o valor que deve ser dado aos testemunhos, a credibilidade desse tipo de prova acaba dependendo do contexto probatório e do quanto persuadiu o juiz (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4345).

Mazzoni (2005, p. 80) afirma que o típico *line up* simultâneo, procedimento que tenta identificar culpados mediante a exibição de retratos ou pessoas, leva à identificação de um dos indivíduos mostrados, mesmo que o culpado não esteja entre eles, podendo as

falsas identificações atingir cerca de 70% dos casos. Albuquerque e Santos (1999, p. 263) relatam uma situação em que, depois de terem presenciado um crime, as pessoas foram levadas à delegacia para identificação dos delinquentes por meio de um conjunto de fotografias. Uma semana depois, num *line up*, as testemunhas identificavam como autores do crime tanto aqueles que de fato o cometeram quanto outros sujeitos que haviam “conhecido” no livro de faces que tinham consultado na polícia; isso indica que a memória para faces pode ser boa, mas a memória para o contexto no qual foram vistas não o é, o que, num testemunho, pode ocasionar um erro gravíssimo. Além disso, da observação de um crime para a descrição posterior do que foi observado, faz-se necessária a transposição de uma codificação imagética e pictórica para uma realidade verbal e declarativa, acarretando uma perda substancial de informação não só em termos de qualidade, mas também de precisão, assim como a descrição de uma face interfere em seu posterior reconhecimento (ALBUQUERQUE; SANTOS, 1999, p. 263).

Para Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4351),

a investigação e a análise da possibilidade da presença de falsas memórias nos depoimentos de testemunhas evita que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal, a qual, muitas vezes se vale de uma memória distorcida, dissociada da realidade do fato delituoso.

Lopes Junior e Di Gesu (2007, p. 67) defendem a utilização de medidas de redução de danos para tentar melhorar a qualidade da prova oral produzida, entre elas a colheita da prova num prazo razoável, suavizando a influência do tempo na memória e a adoção de técnicas de interrogatório, e a entrevista cognitiva, que permitiriam obter informações quantitativa e qualitativamente superiores às das entrevistas tradicionais. Sustentam ainda o abandono da cultura da prova testemunhal, dando lugar a investigações policiais calcadas em novas tecnologias e novas técnicas de investigação (LOPES JUNIOR.; DI GESU, 2007, p. 68). Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4343) apontam tais possibilidades de redução de danos diante da impossibilidade de outra solução.

5 O processo penal como criação de convencimento e como busca da verdade

Como aponta Oliveira (2010, p. 346), um dos maiores males causados pelo chamado “princípio da verdade real” foi a disseminação de uma cultura inquisitiva que atingiu praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, cultura esta que não se ajusta à feição acusatória presente no novo modelo de processo penal trazido pela vigência da ordem constitucional instaurada em 1988. Em nome da “verdade real”, legitimavam-se eventuais desvios das autoridades públicas e justificava-se a ampla iniciativa probatória do juiz no processo penal (OLIVEIRA, 2010, p. 346).

Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal (OLIVEIRA, 2010, p. 346).

No entanto, como alerta o autor já referido,

[...] toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.” (OLIVEIRA, 2010, p. 346, grifos do autor).

Conforme Lopes Junior e Di Gesu (2007, p. 59-60), a atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador e, no processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundamental do sistema, não se legitimando o poder do julgador pela verdade, sendo a sentença validada pela versão considerada mais convincente sobre o que ocorreu, seja a da acusação, seja a da defesa. Provar, nesse caso, é criar esse convencimento, induzindo o julgador ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de determinada maneira, com aproveitamento de chances, liberação de cargas probatórias ou assunção do risco de uma sentença desfavorável por não fazê-lo (GOLDSCHMIDT apud GIACOMOLLI; DI

GESU, 2008, p. 4335). Podemos relacionar esse convencimento a uma fé, uma crença do destinatário da prova acerca daquilo que está sendo dito, uma vez que, por serem produtos humanos, as provas históricas não existem em estado natural (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4335).

Com fundamento em Foucault, percebe-se que a verdade não é conhecida, e sim estabelecida pelos procedimentos jurídicos que estruturam o poder (ALEIXO, 2008, p. 109). O procedimento de inquérito, retomado na Idade Média, é colocado normalmente em oposição aos métodos estabelecidos pelo direito germânico, o sistema de prova judiciária feudal, o qual normalmente é qualificado como bárbaro, arcaico e irracional. No sistema de prova, não importava o conteúdo do que se dizia, mas se aquele que dizia vencia a prova ou não. Assim era estabelecida a verdade. As mudanças que ocorreram na transição do sistema de prova feudal para o inquérito não concerniam tanto aos conteúdos, mas sim às formas e às condições de possibilidade do saber – e essa forma de estabelecimento da verdade, traduzida pelo inquérito, acabou difundindo-se em muitos outros domínios de práticas econômicas e sociais bem como em muitos domínios do saber (FOUCAULT, [1973] 2001, p. 62-73).

Foucault ([1973] 2001, p. 72), contudo, não crê que

[...] o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma espécie de progresso da racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciários que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário.

O inquérito nada mais seria do que

uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas

que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (FOUCAULT, [1973] 2001, p. 78).

Assim, se, por um lado, ao defendermos o sistema acusatório, temos em mente que “a busca pela verdade” deixou de ser o objetivo do processo penal, sabemos também que, com base nos ensinamentos de Foucault, a questão nunca foi conhecer a verdade, mas sim estabelecê-la mediante critérios que se alteraram ao longo do tempo.

Tendo isso em mente, defendemos que sustentar a necessidade da entrevista cognitiva como uma forma “reduzir os danos”, melhorar a qualidade dos depoimentos, ante os achados das pesquisas sobre falsas memórias, bem como argumentar acerca da “contaminação” por que passam as provas testemunhais é pretender que existe uma realidade objetiva, independentemente do sujeito, a qual, se não integralmente, pode ser “mais bem” conhecida, se observadas determinadas técnicas, as quais se legitimam por possibilitarem esse conhecimento. Além disso, entende-se que o processo deve ocupar-se em obter esse conhecimento mais qualificado, ou seja, “abandona-se” a busca pela verdade, passando-se a procurar a “melhor” verdade.

Essa ideia de que o processo deveria lidar apenas com objetividades pode ser encontrada na fala de alguns autores, como no trecho abaixo:

Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, *deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)* (LOPES JÚNIOR; DI GESU, 2007, p. 62, grifo nosso).

Para Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4337), tendo em vista a possibilidade de serem criadas falsas memórias, ainda que todo o processo de aquisição e retenção da memória possa ter ocorrido

sem problemas, durante a recordação, ou seja, durante o momento de produção da prova testemunhal, tais autores afirmam que o “ponto nevrálgico da questão” é justamente produzir uma prova mais qualificada e, conseqüentemente, mais confiável, apta a vencer o julgador.

A ausência de resquícios materiais, os quais poderiam desmentir a falsificação da lembrança, gera a problemática de desvendar o que de fato ocorreu, diante da “contaminação” do contexto no qual a prova foi produzida (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4339)

Como outros fatores de “contaminação”, tais autores indicam ainda o transcurso do tempo, a mídia, o viés do entrevistador e o subjetivismo do magistrado (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4341). O problema, em nossa opinião, está em estabelecer tais pontos como contaminações, ou seja, impurezas que aderiram a uma condição “pura” prévia do conhecimento. Se pelo sistema acusatório abandonamos de fato a busca pela verdade, se entendemos realmente que essa ideia difundida de “verdade” é inapreensível, nosso foco não deveria ser técnicas que se afirmam como capazes de obter uma melhor verdade. O convencimento do juiz, sendo aquilo que é buscado por acusação e defesa no processo, é apenas isso, o convencimento do juiz, não a verdade. O juiz não é alguém reconhecido como capaz ou mais capaz de, entre diversas hipóteses, reconhecer a verdadeira. O juiz é alguém cuja atividade apresenta o poder de dizer, entre diversas possibilidades, qual se revestirá dos atributos de “verdade”. Tal poder não pertence ao juiz como um objeto do qual ele possa se desfazer, mas antes faz parte de uma determinada forma de exercício de sua atividade.

A própria noção de falsas memórias merece ser problematizada. Até o momento, vimos as falsas memórias como algo que não correspondia ao que de fato (“verdadeiramente”) havia ocorrido. Poderíamos entender as falsas lembranças, por outro lado, como fenômenos que “dizem respeito a relatos de sujeitos cuja experiência de lembrar não corresponde a fatos que coletivamente se reconhece como tendo ocorrido” (SILVA ET AL., 2006, p. 76).

Pelo menos duas abordagens podem ser utilizadas para tratar a questão das falsas lembranças, e ambas foram utilizadas por Loftus (SILVA ET AL., 2006, p. 77), embora tenhamos até agora falado apenas de uma delas. Na primeira, pensa-se a memória não como a representação de um passado objetivo, mas como a reconstrução de um novo passado, como novas memórias. A certeza do sujeito em relação aos fatos não é meramente cognitiva, mas existencial, havendo um caráter performativo na experiência de lembrar: ao lembrar-se de alguém que o abusa, simultaneamente o sujeito se constitui enquanto abusado (SILVA ET AL., 2006, p. 77)¹.

Quanto à abordagem mediante a ideia de falsas memórias, Silva ET AL. (2006, p. 77) argumentam que

num encaminhamento que privilegie somente este aspecto, a memória perde sua dimensão de experiência subjetiva e é considerada apenas como objeto a ser julgado – como verdadeira ou falsa.

O falso, nessa abordagem, passa a ter pelo menos três sentidos segundo esses autores: como erro, como perjúrio, ou como “uma experiência subjetiva do lembrar que está em desacordo com o acordo intersubjetivo (ciência ou sociedade) e que afeta uma função social muito importante: o tribunal/julgamento” (SILVA ET AL., 2006, p. 77-78).

A questão das falsas lembranças, tal como a vimos apresentada até agora, questiona a objetividade da memória, mas não a objetivi-

¹ O que dizer do seguinte experimento: Loftus mostrou a adultos uma lista de acontecimentos reais que haviam ocorrido quando eles eram crianças. Entre eles, inseriu um acontecimento falso: quando pequenos, eles tinham se perdido num *shopping center*, ficando apavorados, chorando e gritando até que uma pessoa mais velha os achou e entregou aos pais. 25% dos adultos para os quais foi apresentado esse episódio concordaram que isso realmente tinha acontecido com eles. Alguns sujeitos ainda acrescentaram detalhes à experiência e muitos deles não concordaram com o posterior relato dos pesquisadores de que os fatos tinham sido inventados. Acreditavam fielmente que o falso evento tinha acontecido. Lembravam inclusive de detalhes do episódio e das emoções sentidas quando se perderam no centro comercial! (STEIN; NYGAARD, 2003, p. 158).

dade do passado – quando afirmamos que a memória é uma reconstrução, não uma representação fidedigna do passado, não colocamos em questão a concepção de que existe, de fato, um passado objetivo (SILVA ET AL., 2006, p. 78). “Quando se cunha o termo falsa lembrança, o que se afirma é que há um passado verdadeiro ao qual a lembrança não corresponde” (SILVA ET AL., 2006, p. 78).

No entanto, ao se recusar o caráter criativo da memória, coloca-se um problema: se a falha é própria ao sistema da memória, a quem caberá atribuir a verdade ou falsidade às respostas dos participantes? O acesso ao passado sempre se dá no presente, sempre a partir das relações que se estabelecem no exato instante em que se o evoca; sendo assim, quem determinará o passado verdadeiro? Para equacionar tal problema, convoca-se o júri. Caberá ao coletivo social convencionar o que é o passado verdadeiro. Assim, a experiência é submetida a um julgamento social que lhe confere a possibilidade de observação externa – necessária à ciência e aos seus objetivos de predição e controle (SILVA ET AL., 2006, p. 79)

Afirmar a objetividade do passado garante as condições de julgar a experiência de lembrar como adequada ou inadequada em relação a um referente, desconsiderando o caráter de alteridade contido nessa experiência e tornando-a um objeto passível de ser julgado (SILVA ET AL., 2006, p. 85). Se ele pode ser julgado, a pretensão de utilização da entrevista cognitiva como ferramenta de apoio ao processo judicial coloca o fato de que pode ser melhor ou pior julgado. Conforme afirma Aleixo (2008, p. 105),

a técnica da inquirição, seja ela qual for, parte de uma concepção utilitária da obtenção da informação voltada para a constituição da prova no processo judicial e conseqüente responsabilização do agressor.

Para essa autora, em relação às técnicas voltadas às crianças e aos adolescentes, é o objetivo de apuração da “verdade real” pelo processo que envolve a criança e/ou o adolescente como vítima ou

testemunha de crime que legitima a sua abordagem como objeto de investigação (ALEIXO, 2008, p. 110).

6 Conclusão

Numa abordagem que realmente prescindida da verdade como escopo do processo, devemos nos preocupar mais com as consequências daquilo que estabelecemos como verdade do que com o estabelecimento em si. Por isso, entendemos que as pesquisas sobre as falsas memórias realizaram um grande trabalho para que relativizássemos um dos momentos de pretensão de verdade do processo – o testemunho. Tais pesquisas mostraram a fragilidade dos elementos que consideramos suficientes para condenar alguém à pena de prisão ou mesmo para fazê-lo passar pelos diversos momentos do processo penal, cada qual com suas “penas” antecipadas.

Diferentemente de alguns autores que citamos ao longo deste artigo, entendemos que a resposta a tais achados não deve ser a de minimizar fragilidades para se obter uma melhor certeza, quiçá uma melhor “verdade”. Entendemos que as falsas memórias, entre outros achados de pesquisas recentes, apontam cada vez mais a necessidade urgente de abandonarmos, ou, no mínimo, repensarmos, a estrutura do processo penal como meio legítimo de condenação, e, mais ainda, a própria pena de prisão como resposta adequada à criminalidade, ante a fragilidade de elementos que dispomos para submeter um ser humano a ela. Alternativas existem – a Justiça Restaurativa está aí para mostrar que é possível outro caminho. Talvez nos faltem apenas coragem e uma boa memória acerca de todos os problemas que o sistema penal, da forma como está, causa todos os dias.

Referências

ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de; SANTOS, Jorge Almeida. “Jura dizer a verdade?”: Traições e fidelidades dos processos mnésicos. *Psicologia:*

teoria, investigação e prática, p. 257-266, 1999. Disponível em: <<http://www.direito.uminho.pt/uploads/Pedro%20Albuquerque.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

ALEIXO, Klelia Canabrava. A extração da verdade e as técnicas inquisitórias voltadas para a criança e o adolescente. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 103-111, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 dez. 2010.

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia*, Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, Abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez. 2010.

EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. Nas cercanias das falsas memórias. *Ciências & Cognição* (UFRJ), v. 9, p. 97-110, 2006. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org/pdf/v09/m346125.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. GESU, Cristina Carla. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2009. *Anais...* 2009, Manaus. XXVII, 2009. p. 4334-4351. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2010.

HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 3, Set. 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez. 2010.

LOPES JUNIOR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, abr./jun., p. 59-69, 2007.

MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. *Viver Mente & Cérebro*, São Paulo, ano XIII, n. 149, Duetto Editorial, p. 78-84, jun. 2005. Disponível em: <http://www.4shared.com/file/76313062/29fa8c0c/Revista-Col_Viver_-_Mente__Cerebro_-_N_149_-_JUN-05_-_O_Poder_da_Musica.html>. Acesso em: 15 dez. 2010.

NYGAARD, Maria Lúcia; FEIX, Leandro da Fonte; STEIN, Lilian Milnitsky. Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 147-180, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA et al. Memória e Alteridade: O problema das falsas lembranças. *Mnemosine*. v. 2, n. 2, p. 75-86, 2006. Disponível em: <<http://www.cliopsyche.cjb.net/mnemo/index.php/mnemo/article/view/207/334>>. Acesso em: 16 dez. 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: por que lembramos de coisas que não aconteceram? *Arquivos de ciências da saúde da UNIPAR*, Umuarama, v. 5, n. 2, p. 179-187, 2001. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/saude/article/view/1124/987>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 151-164, 2003.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 14, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 dez. 2010.

A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial

Lucas Catib de Laurentiis

Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e graduado em Direito e Filosofia.

Resumo: Este artigo analisa a necessidade de o acusado condenado em segunda instância recolher-se à prisão enquanto aguarda o processamento dos recursos especial ou extraordinário que houver interposto. Sob a ótica processual, o tema envolve o conceito e as peculiaridades procedimentais do processamento dos recursos dirigidos aos tribunais de sobreposição. Sob a ótica substancial, envolve a garantia constitucional da presunção de inocência. Por fim, sob o prisma institucional, discute o conflito de atribuições jurisdicionais das cortes superiores brasileiras. O artigo compreende estes dois aspectos, questionando criticamente posições firmadas na jurisprudência brasileira e concluindo no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deve ter natureza cautelar.

Palavras-chave: Recursos extraordinário e especial. Presunção de inocência. Prisão cautelar.

Abstract: This paper examines the need that a condemned defendant on appeal retires to prison while there is a pending process of special or extraordinary recourses. From the point of view of the procedure, the subject treated here involves the concept and the procedural peculiarities of processing resources directed to overlap courts. From the standpoint of substance law, the issue also involves the constitutional guarantee of presumption of innocence. Finally, through one institutional prism, this paper discusses the conflict of jurisdictional powers from Brazilian superior Courts. The work encompass both aspects, critically questioning positions held to the Brazilian jurisprudence and concluding in the way that prison before the transit in judged of sentence must have a precautionary nature.

Keywords: Resources extraordinary and special. Presumption of innocence. Precautionary arrest.

Sumário: 1 Introdução. 2 Recursos especial e extraordinário brasileiros. 3 Princípio da presunção de inocência no Direito brasileiro. 4 Conclusão.

1 Introdução

Se garantir a presunção de inocência quer significar a necessidade de, antes da decretação da custódia penal definitiva, serem cabalmente comprovadas a materialidade do fato delituoso e sua autoria, concluir-se-á que nenhuma prisão anterior à sentença definitiva é, em qualquer circunstância, legítima. Com efeito, no interior do processo penal ou cível, não há verdades absolutas¹. Contudo, o processo não pode ser visto unicamente pela ótica da utilidade ou da efetividade da tutela jurisdicional. Há interesses que ultrapassam essa perspectiva restrita: são irrenunciáveis e legítimos neles mesmos². Utilizada como medida de defesa social, ao invés de garantia para a efetividade do processo, a prisão processual ultrapassa, certamente, esse limite. Afinal, quando a dura necessidade³ de impor uma medida coercitiva converte-se em ameaça de imposição de pena (FERRAJOLI, 1998, p. 560), será necessário concluir que a prisão processual tornou-se, pura e simplesmente, um ato de justiça sumária⁴.

- 1 Nesse sentido, pode-se dizer que: “A rigor, somando-se, de um lado, a impossibilidade de se atingir uma verdade objetiva, ante a irreduzível margem de incerteza que os meios processuais de reconstrução dos fatos não conseguem eliminar, e, de outro, uma interpretação extremada do princípio *in dubio pro reo*, o resultado seria a impossibilidade de toda e qualquer condenação penal” (BADARÓ, 2003, p. 37).
- 2 É o que salienta Ronald Dworkin (2005, p. 131): “Assim que o conteúdo do direito é determinado, a comunidade deve fornecer aos acusados de um crime, pelo menos, o nível mínimo de proteção contra o risco de injustiça exigido por esse conteúdo, ainda que o bem-estar geral, agora concebido sem nenhuma referência ao dano moral, mas apenas tal como constituído por ganhos e perdas simples, sofra conseqüências”.
- 3 Cf. FERRAJOLI, 1998, p. 553.
- 4 Assim, a respeito da incompatibilidade da prisão processual decretada com a finalidade de prevenção criminal, afirma Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 68)

A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, regulou o processo originário e os recursos dirigidos aos tribunais superiores brasileiros. O art. 27 desse diploma legal prevê que à interposição de recurso especial ou extraordinário não será atribuído efeito suspensivo. A questão aqui abordada é então a seguinte: essas normas autorizam afirmar que, após o julgamento de segunda instância, o réu deverá obrigatoriamente ser recolhido à prisão?

Tal questão já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No julgamento do HC n. 84.078/MG, assentou-se que

os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, arts. 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença⁵.

Mais recentemente, houve julgamento dessa Corte Suprema em que, de forma mais eloquente, foi consignado que

a prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção

que esta incompatibilidade “se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de apagar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária”. Em sentido oposto, sustenta Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 619) que, frente a um “furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repete, negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera, por certo, intranquilidade”.

5 STF, HC n. 84.078/MG, Pleno, rel. min. Eros Grau, j. em 5.2.2009.

– sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada – embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) – somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP⁶.

Contudo, é possível apontar precedentes nos quais o Supremo julgou em sentido oposto. É o que ocorreu no HC n. 90.645-1/PE, em que, após o voto favorável à concessão da ordem de soltura do ministro Marco Aurélio, o ministro Menezes Direito abriu divergência, no que foi seguido pelos demais integrantes da turma. Por isso, a ementa desse acórdão diz que

a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique ofensa ao princípio da presunção da inocência⁷.

No entanto, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), há um conflito de entendimentos. A Quinta Turma dessa Corte Superior admite que

esgotadas as instâncias ordinárias, com a condenação do réu, a interposição de quaisquer dos Recursos Raros (RE e REsp.), mesmo que admitidos, não tem o efeito de suspender a execução da decisão penal condenatória, como se depreende do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990 e da Súmula n. 267 desta Corte, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão⁸.

A Sexta Turma, por sua vez, adota posicionamento segundo o qual “a prisão cautelar, aquela que antecede a condenação transi-

6 STF, HC n. 102.368/CE, rel. min. Celso de Mello, DJe-173 de 17 set. 2010.

7 STF, HC n. 90.645 / PE, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão min. Menezes Direito de 11 set. 2007.

8 STJ, HC n. 125.187/SP, rel. min. Napoleão Nunes, DJe de 10 maio 2010.

tada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com a devida fundamentação, a sua necessidade, o que não ocorre na espécie”⁹.

A situação é, portanto, desconcertante: a depender da turma ou do julgador encarregado do julgamento, reconhece-se ou não o direito de o acusado recorrer em liberdade. Certamente, sempre haverá um componente indeterminado nos pronunciamentos judiciais, afinal “o juiz decide por meio de uma espécie de intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam em lógica” (MANCUSO, 2007, p. 333). No entanto, a indefinição dos efeitos decorrentes da interposição de recursos especiais ou extraordinários implica, em certo sentido, negar tutela jurídica efetiva, uma vez que, com isso, o escopo de pacificação do julgamento não é atingido.

Melhor seria, portanto, se os tribunais superiores enfrentassem a questão em termos sistemáticos, determinando se os recursos extremos têm ou não, em matéria criminal, o atributo de obstar a execução da sentença de segundo grau, ou seja, a definição precisa de um posicionamento a esse respeito, mesmo que incorreto, seria menos prejudicial que a indefinição e o conflito de pensamentos que hoje ainda persistem. Com efeito, sob a ótica do escopo social do processo

o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; é indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou sub specie jurisdictionis, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão (DINAMARCO, 2005b, p. 195).

Teoricamente, os argumentos contrários e favoráveis à admissão de prisão processual obrigatória anterior ao trânsito seriam os seguintes. Primeiro, o postulado da efetividade do

9 STJ, HC n. 105.810-RS, rel. min. Og Fernandes, *DJe* de 15 set. 2008.

processo penal exige que seus efeitos práticos ocorram após o julgamento de segunda instância. Nesse sentido, a imposição de pena antecipada decorreria de uma necessidade pragmática: ou se admite a execução provisória da pena enquanto não transitar em julgado definitivamente o processo penal de conhecimento, ou, senão, dificilmente haverá alguma execução penal.

Por outro lado, e agora sob o prisma teórico daqueles que não aceitam essas premissas, seria possível indagar se, dado que o direito à tutela jurisdicional mostra-se não só como manifestação do Poder Estatal, mas também como limite à sua realização¹⁰, na ausência de um pronunciamento jurisdicional definitivo, é legítimo o encarceramento de acusados sem que se verifiquem, no caso concreto, os pressupostos específicos das medidas acautelatórias.

Os argumentos levantados para sustentar tais entendimentos serão analisados no último tópico deste artigo. Antes, serão separadamente analisados os termos da questão. Em um primeiro momento, este artigo volta-se para os instrumentos processuais envolvidos nessa problemática: os recursos especial e extraordinário. Buscar-se-á então expor a configuração geral desses instrumentos processuais. O objetivo, neste passo do estudo, será identificar se na pendência de tais recursos é possível admitir que o processo transite em julgado. A exposição dos requisitos formais e a finalidade desses recursos subsidiarão uma resposta negativa a esta questão.

Em um segundo momento, será analisada a regra constitucional da presunção de inocência. Este direito fundamental¹¹ será

10 Trata-se, portanto, de poder-dever “de categorizados e especializados funcionários do Estado, que se realiza mediante atividade substitutiva à dos membros da comunidade social. E isso, certa e necessariamente, em virtude da assunção monopolística, por ele – Estado –, da administração da justiça, e consequente vedação, em regra, da atuação autodefensiva, por aqueles, de seus afirmados direitos subjetivos” (TUCCI, 2002, p. 18). Também a esse respeito, Badaró (2003, p. 204).

11 A norma do art. 5º, LVII, da CF, está inserida no Título II do texto constitucional, no qual são definidos os Direitos e as Garantias Fundamentais. Não se desconhece o fato

enfocado na ótica constitucional, o que levará à comparação entre o texto da norma constitucional brasileira e os exemplos estrangeiros. Serão, então, abordadas a teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação às normas infraconstitucionais e a abrangência conferida pela doutrina ao conteúdo normativo da presunção de inocência. Por este caminho, será demonstrado que, entendido em termos amplos e conjugada à configuração dos recursos especial e extraordinário, o direito à presunção de inocência impede a decretação de prisão automática – *ex lege* – no Direito brasileiro. Segue-se, portanto, a diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

2 Recursos especial e extraordinário brasileiros

O sistema recursal objetiva assegurar às partes em litígio o melhor julgamento possível, mas este conceito – o melhor resultado processual possível – não deve ser encarado simplesmente sob a ótica objetiva do processo. As expectativas e esperanças das partes também hão de ser consideradas para que tal finalidade seja plenamente atingida, ou seja, o melhor resultado processual possível também deve ser encarado sob a ótica subjetiva.

Sobre esse último aspecto, é preciso observar que a insatisfação gerada por uma pretensão judicial negada é, certamente, mitigada pela abertura de novas instâncias de julgamento. Há, portanto, expressivo fundamento psicológico na construção de um sistema recursal¹². Além disso, não faltam elementos objetivos para subsidiar a necessidade do sistema recursal: deve haver

de que a doutrina e os tribunais apontam que nem todos os direitos que constam no art. 5º da CF são fundamentais. Nem se desconsidera o argumento, fundado no § 2º, também do art. 5º da CF, de que nem todos os direitos fundamentais estão expressos neste dispositivo. Exemplo claro deste fato é o direito ao duplo grau de jurisdição, assegurado pelo art. 8º, n. 2, letra h, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, mas sem previsão específica no Título da Constituição brasileira destinado aos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, veja Sarlet (2007, p. 192 e ss).

12 Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 21): “É próprio do homem apelar-se às suas convicções e teses, para vê-las vencedoras. O que está à base desse

um controle de qualidade¹³ das sentenças proferidas em primeira instância para que estas não sejam relegadas ao completo arbítrio de juízes singulares. Por isso, o julgamento colegiado em tribunais visa compelir psicologicamente o juiz singular a proferir um melhor julgamento¹⁴. Mais: a garantia do duplo grau de jurisdição fundamenta-se também no argumento de que, em regra, a maior experiência dos desembargadores levará o processo a um resultado mais equilibrado e justo¹⁵. Portanto, é significativa a necessidade de o julgamento de segunda instância realizar-se em órgão colegiado, afinal, em princípio, o debate dos julgadores fomentará a busca pela melhor solução do caso¹⁶.

impulso parece sem uma constante necessidade de auto-afirmação e de subjugação do próximo ao interesse do julgador”.

13 Cf. CRUZ, 2002, p. 41.

14 Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, p. 24. Contra esse argumento, MARINONI, 2007, p. 489.

15 Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, p. 24.

16 Hoje, o sistema recursal brasileiro apresenta severas mitigações a esse raciocínio. Tendo em vista a busca de maior celeridade ao procedimento, as reformas do Código de Processo Civil outorgaram poderes para negar seguimento a recursos manifestamente inadmissíveis, prejudicados ou até mesmo improcedentes (art. 557 do CPC). Assim, os poderes conferidos ao relator do processo foram, em muito, ampliados. Chega-se ao ponto de conferir-lhe a possibilidade de julgar, monocraticamente, a matéria de fundo do recurso. No entanto, em respeito à necessidade de revisão colegiada dos julgados de primeiro grau – sentido este em que se realiza plenamente o duplo grau de jurisdição – o sistema processual abre a possibilidade de ser interposto recurso de agravo, no prazo de cinco dias, para que a matéria seja examinada pelo órgão fracionário do tribunal. A previsão do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 é similar. Justificando tais previsões normativas, sustentou Nelson Nery Júnior que “os dispositivos legais que conferem poderes ao relator para decidir sobre a admissibilidade e o próprio mérito dos recursos extraordinário e especial (art. 38 da Lei n. 8.038 e arts. 544, § 2º, e 545, CPC) não são inconstitucionais, já que não ferem os princípios do direito de ação e do duplo grau de jurisdição. Quando o constituinte cometeu ao STF e STJ o julgamento dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, não disse que o julgamento desses recursos fosse tomado por órgão colegiado, em atendimento ao duplo grau de jurisdição” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 178). Correto. A Constituição não cometeu especificamente aos colegiados das “Cortes superiores” o julgamento das causas de sua competência. No entanto, tampouco o fez em relação ao relator das causas de sua competência. Assim, uma interpretação que vise conferir ao duplo grau de jurisdição real efetividade deverá reconhecer que negar possibilidade de acesso às turmas e câmaras julgadoras impli-

Por outro lado, sustenta-se que o direito ao duplo grau de jurisdição alonga em demasia a prestação jurisdicional e a torna inefetiva. Sob essa ótica, o princípio da efetividade do processo entraria em rota de colisão com o direito ao processo justo e equânime. Afirma-se, também corriqueiramente, que o duplo grau de jurisdição desprestigia a atividade dos juízes de primeira instância, pois a ampla possibilidade de revisão das decisões de juízos singulares implica presumir constantemente o erro desses magistrados. Haveria, portanto, uma desconfiança presumida no sistema processual em desfavor dos juízes de primeira instância¹⁷. Além disso, dado que o juiz de primeira instância relaciona-se diretamente com a prova colhida nos autos e está também mais próximo das partes em litígio, a possibilidade de que sua decisão esteja equivocada é menor¹⁸.

Estes argumentos não atingem, no entanto, seu objetivo. Muito pelo contrário. Como garantia da realização de um processo justo – na verdade, minimamente justo –, o duplo grau de jurisdição deve ser considerado uma garantia inalienável inerente ao conceito de Estado constitucional de Direito. Nisso não há, ademais, presunção alguma em desfavor dos juízes de primeira instância. A atividade interpretativa desses juízes é, na verdade, prestigiada em altíssimo grau pelo sistema processual brasileiro. Em alguns casos, o é até em demasia. Para chegar a tal conclusão, basta considerar que conceitos abertos como “ordem pública” (art. 312, CPP), “verossi-

cará sim anular o direito ao duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, conferir Cruz (2002, p. 63).

17 Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni que “o duplo grau tem relação com a desconfiança que o sistema deposita no juiz. No sistema da *common law* o juiz “de primeiro grau” goza do mesmo prestígio dos juízes das “Cortes superiores”, até porque o *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um “juízo” que nada deve aos demais em termos de conhecimento e experiência. O que quer dizer, em outras palavras, é que o sistema da *common law* confia mais no juiz, dando a ela, por consequência, maior poder” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 489).

18 Com estes fundamentos, é possível esclarecer o sentido da manifestação lacônica do ministro Carlos Ayres Britto no HC n. 90.645-1/PE: “as instâncias ordinárias são constitutivas do lídimo juízo natural”. Voto no HC n. 90.645-1/PE, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão min. Menezes Direito, de 11 set. 2007.

milhança” (art. 273, CPC) ou “indícios suficientes de autoria” (art. 413, CPP)¹⁹ conferem grande carga de poder aos juízes de primeira instância. Muitas vezes, as medidas penais tomadas com fundamento em tais normas de conteúdo aberto ou indefinido ultrapassam os limites razoáveis que devem pautar toda a atividade jurisdicional²⁰. Erros e desvios como esses não podem não ser a regra na jurisprudência brasileira. Desconsiderá-los é admitir, no entanto, que os sujeitos de direito que sofrem as consequências dessas medidas têm pouco ou nenhum valor jurídico ou moral para o sistema processual²¹. Por isso, em verdade, pode-se afirmar que os

mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural consequência dos princípios democráticos que informam o sistema jurídico de uma nação, assentada sobre o valor da justiça e da dignidade da pessoa humana (CRUZ, 2002, p. 45).

Ademais, estabelecida a analogia entre a distribuição das funções processuais e a divisão dos “poderes”²² estatais²³, deve-se concluir que o

19 Acerca da ambivalência significativa do termo “indício” no Código de Processo Penal: BADARÓ, 2003, p. 278.

20 A respeito da distinção de proporcionalidade e razoabilidade: SILVA, V., 2002, p. 26; ÁVILA, 2007, p. 161. Quanto ao processo penal: BADARÓ, 2008, p. 17.

21 Ronald Dworkin (2005, p. 134) é bem claro a este respeito quando diz que, se “a lei não provê um fundo com o qual réus indiferentes possam conduzir a cara pesquisa relevante para a defesa, isso pode demonstrar que se dá pouco peso ao dano moral de uma condenação injusta, a não ser que o efeito dessa falha seja avaliado como parte de um sistema que coloca um grande farde de provas sobre a acusação e protege o réu também de outras maneiras”.

22 Na verdade, expressiva corrente de constitucionalistas aponta que ao se referir à divisão de poderes, a Constituição não divide em parcelas iguais o poder soberano do Estado. Nem poderia. Este poder é uno e indivisível e sua manutenção nesta qualidade identifica-se com a sobrevivência do próprio Estado. A este respeito e neste sentido, afirma José Afonso da Silva que “o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa, a executiva e a jurisdicional*” (SILVA, J. A. 2005, p. 108, grifos do original).

23 A este respeito, pode-se dizer, com efeito, que “o sistema de divisões de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação

sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de parcialidades a pretexto da liberdade interpretativa. No julgamento dos recursos, feito por pessoas, não se reproduzem necessariamente os mesmos possíveis sentimentos e interesses do juiz inferior, reconstituindo-se a indispensável impessoalidade²⁴.

O duplo grau de jurisdição constitui, portanto, um instrumento necessário à realização de promessas fundamentais ao regime político realmente democrático: negá-lo implica conferir poderes arbitrários a certos órgãos jurisdicionais, o que desconsidera os possíveis danos a direitos individuais que daí podem decorrer.

Esta argumentação torna-se, contudo, problemática quando se tem em vista a atividade e a competência dos tribunais superiores brasileiros, porque a amplitude do acesso recursal a esses tribunais de sobreposição²⁵ é bastante mitigada pelo sistema recursal. Em outras palavras, a amplitude da devolutividade da matéria analisada pelo tribunal a quo, nesses casos, não será ampla, pelo que a amplitude da realização do direito ao reexame do julgado também não se aplicará em toda sua amplitude.

Certamente, a função exercida por Cortes como o Supremo Tribunal Federal no sistema processual não é salvaguardar os interesses das partes em litígio. Na verdade, sua existência deve-se, antes de tudo, a necessidades relacionadas à busca de ordem, previsibilidade e segurança ao sistema político como um todo. Presumidamente, sua função é, portanto, eminentemente política²⁶. Não obstante, a defesa da ordem constitucional pressupõe,

dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenera em abuso” (BADARÓ, 2003, p. 107).

24 DINAMARCO, 2005a, p. 220.

25 Cf. DINAMARCO, 2005a, p. 258, e MANCUSO, 2007, p. 333.

26 Nesse sentido, afirma-se que “o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, constituem impugnações extraordinárias exatamente em função das características acima apontadas: são meios de impugnação que estão à disposição das partes, mas que visam

antes de tudo, a defesa dos direitos ligados à pessoa. Pressupõe, assim, a salvaguarda dos direitos fundamentais do homem. Se isso é certo, é preciso também admitir que, enquanto pender controvérsia acerca da legalidade ou legitimidade da condenação julgada em segundo grau de jurisdição, a competência do órgão de sobreposição ainda não estará esgotada. O processo não estará findo e, sendo assim, toda a prisão que ocorrer nesse interregno caracterizar-se-á, quando não presentes as condições necessárias para a imposição de prisão cautelar, pura e tão somente como antecipação da pena privativa de liberdade.

Voltemos agora à caracterização jurídica do recurso extraordinário. Com fundamento na caracterização política dos órgãos jurisdicionais de sobreposição justifica-se a criação de condicionantes específicas da admissibilidade dos recursos extremos²⁷. Exemplos de tal fenômeno recursal não faltam no sistema processual brasileiro. O prequestionamento é o mais conhecido deles. Quer isso dizer que causas e questões que não forem efetivamente “julgadas” pelas “instâncias ordinárias” não ensejam a interposição de recursos extremos. O entendimento, fixado por mais de uma vez em Súmulas das Cortes Superiores²⁸, cujas origens conceituais remon-

na verdade à tutela do próprio direito federal; prestam-se somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de matéria de fato” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, p. 267). Essa constatação abre espaço para a discussão relacionada à legitimidade democrática da Corte Superior. O problema não será tratado aqui. Basta, no entanto, observar a literatura jurídica para constatar que há certo consenso acerca da inevitabilidade de julgamentos políticos, isso é, influenciados por elementos extrajurídicos, pelas Cortes Supremas. Não que a interpretação jurídica não ostente em geral grande carga axiológica e, por isso, política. No entanto, estes elementos apresentam incidência muito superior nos julgamentos de tribunais superiores. A esse respeito ver: BINENBOJM, 2004.

- 27 Considerando que não só o recurso extraordinário merece esta denominação no sistema recursal brasileiro, mas também recurso especial: MANCUSO, 2007, p. 59, passim. Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 59) posiciona-se contrariamente ao tratamento uniforme destes recursos realizado pela legislação processual brasileira, sustentando que não “parece muito feliz, por outro lado, a opção de legislador disciplinar sempre em conjunto o recurso extraordinário e o especial”.
- 28 STF, Súmula n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. STF, Súmula n. 356: “O ponto

tam ao regramento do writ of error norte-americano²⁹, vai não só no sentido de se exigir que o tema objeto do recurso seja ventilado na decisão recorrida, mas também que esta cite explicitamente³⁰ o dispositivo constitucional ou a lei federal contrariados.

Soma-se a isso o entendimento jurisprudencial que afirma que, para que seja admitido o recurso extraordinário, a contrariedade em face da Constituição Federal (art. 102, III, *a*) deverá seja direta e frontal. Dessa forma, o cabimento de recursos extraordinários é excluído, *a priori*, quando a contrariedade à Constituição se der por via reflexa, pois “esse recurso é de tipo procedimental rígido, não comportando exegese ampliativa em suas hipóteses de cabimento” (MANCUSO, 2007, p. 248). Não é tudo. A aplicação da Súmula n. 400 do Supremo Tribunal Federal, que impede o conhecimento de recursos extraordinários contrários a decisões que tenham dado “razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor”, leva, inevitavelmente, à fragmentação da competência da Suprema Corte. Admitir sua vigência implica, no fundo, reconhecer que matérias de interpretação controvertida escapam à competência jurisdicional do Supremo, como se essa Corte só julgasse casos em que a lei ostenta pura clareza interpretativa. Afinal, a interpretação razoável do tema tratado da decisão recorrida é, segundo citado entendimento sumular, fator impeditivo para o conhecimento do recurso extraordinário.

No entanto, a razoabilidade ou a irrazoabilidade da decisão são questões de fundo, *errores in iudicando*, que escapam ao simples

omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento”. STJ, Súmula n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

29 MANCUSO, 2007, p. 309.

30 No dizer do ministro Sepúlveda Pertence, o recurso extraordinário não investe “o Supremo da competência para vasculhar o acórdão recorrido à procura de uma norma que seria pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal *a quo* sobre a questão suscitada no recurso extraordinário” (AgRg n. 253.566-6, DJU de 3 mar. 2000, citado em MANCUSO, 2007, p. 318).

exame de admissibilidade do recurso. Há nisso, portanto, um evidente equívoco processual. Ao aplicar a Súmula n. 400, o Supremo Tribunal Federal confunde requisitos de admissibilidade e procedência do recurso extraordinário. Afinal, se a interpretação defendida em tal instrumento processual for razoável, será o caso de conferir-lhe procedência em um julgamento de mérito, não de negar-lhe conhecimento. Sob o ângulo estritamente processual, é preciso indagar então: como é possível admitir que, por inversão da ordem lógica do julgamento, o recurso extraordinário seja inadmitido por que a decisão atacada é pretensamente “razoável”, sendo que esse é justamente o mérito do recurso?

Ademais, ao esposar esse posicionamento, o Supremo Tribunal nega-se, implicitamente, a realizar a função que define sua existência, a de guardião da Constituição³¹, pois admite a existência de duas classes de violação da CF: aquelas que são claras e, por isso, podem ser combatidas pela via extraordinária, e aquelas que são obscuras e, por isso, excluem o controle jurídico exercido por essa Suprema Corte no controle incidental de constitucionalidade.

No que diz respeito ao cabimento do recurso extraordinário, sustenta autorizada doutrina que preceito contido no art. 102, III, a, da Constituição Federal não é “axiologicamente neutro” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 591), como o contido nas outras alíneas desse dispositivo, pois a decisão que “contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência, incorreta, e como tal merecedora de reforma” (idem). O dispositivo trata, portanto, da questão de fundo do recurso, não de requisito de admissibilidade. Por isso, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do art. 105, III, a, da Constituição Federal, preceito equivalente em técnica legislativa ao contido no art. 102, III, a, da Constituição³², que, ao apreciar casos em que se alegue contrariedade à lei federal, “o STJ

31 Cf. art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

32 A única diferença destes dispositivos é a previsão, para o recurso especial, do cabimento para os casos de decisão que negar vigência a “tratado ou lei federal”, art. 105, III, a, da CF. No entanto, se “contrariar um texto tem um sendo mais largo e abrangente do que

só conhece o recurso se for para provê-lo [...]. Se não for para dar provimento, o STJ deixa de conhecer do recurso, simplesmente”³³. A crítica da doutrina a esta posição é precisa:

não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 592, grifos no original).

Em suma, vê-se que todos esses fatores impeditivos do conhecimento dos recursos extraordinário e especial transformaram tais recursos em vias processuais de difícil, quase impossível, acesso. Por isso, levadas ao extremo, essas exigências impedem que muitas questões relevantes para o sistema constitucional e federativo alcancem os graus superiores de jurisdição. Sua aplicação fria implicará, por exemplo, que questões que envolvam a técnica de interpretação conforme a Constituição realizada por instâncias inferiores estejam, *ipso facto*, excluídas da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, essa técnica pressupõe que, frente a duas interpretações razoáveis da lei, o juiz opte por aquela que se afigure a mais adequada aos princípios constitucionais regentes da matéria. Ao admitir duas interpretações possíveis para o mesmo texto de lei, esta técnica de decisão pressupõe, assim, que: a) a Constituição seja aplicada por via reflexa, ou seja, por meio da interpretação da própria lei; b) que duas ou mais interpretações razoáveis do texto legal sejam admissíveis. Assim, seguindo à risca a lógica dos critérios de admissibilidade postos pelas Cortes Superiores, a decisão que aplicar texto legal por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição não poderá, em hipótese alguma, ser controlada via recurso extraordinário, uma vez que sempre haverá, nesses casos, dúvida fundada no que tange à melhor interpretação do texto legal impugnado.

negar-lhe vigência” (MANCUSO, 2007, p. 240) forçoso será concluir que as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário são, neste ponto, idênticas.

33 RSTJ 78/177. Citado por Mancuso (2007, p. 246).

Ademais, ao estabelecer como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração de “requisito da repercussão” da questão levantada nesta sede, a Emenda Constitucional n. 45/2004 corou esta tendência. Agora, ao interpor recurso extraordinário,

o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, da Constituição Federal).

Verifica-se, no direito comparado, técnicas semelhantes de filtragem de demandas. O Judiciary Act de 1925, por exemplo, outorgou à Suprema Corte norte-americana o poder “discricionário de só julgar, das questões que lhe são submetidas, as que considera mais importantes pelo interesse público que encerram”³⁴. Em 1988, o Supreme Court Case Selection Act restringiu ainda mais o cabimento de recursos, tornando a via seletiva do certiorari a única porta de entrada da Supreme Court³⁵.

A interpretação conferida pelas Cortes Superiores aos requisitos de admissibilidade dos recursos extremos mostra-se, na verdade, como técnica de filtragem de demandas que servem a finalidades nitidamente políticas e pragmáticas. A chamada “crise do Supremo”, ocasionada pelo grande número de processos que chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal – situação essa que, de resto, já fora sentida pelos deputados constituintes em 1988 e que fundamentou a criação do Superior Tribunal de Justiça³⁶, é o fator preponderante que determina esta tendência. Tal questão foi enfrentada pelo ministro Eros Grau no julgamento do HC n. 85.078/MG. Disse então esse ministro que

a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da

³⁴ Cf. MANCUSO, 2007, p. 84.

³⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 584.

³⁶ Cf. MANCUSO, 2007, p. 44.

conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Os efeitos em que são admitidos os recursos extremos são diretamente determinados por tal tendência. Se os requisitos de admissibilidade dos recursos extremos, mesmo que condicionadas a requisitos próprios, abrem espaço para que as partes interessadas pleiteiem que “seu direito seja aplicado à espécie” (Súmula n. 456 do STF), esses meios de impugnação ainda deverão ser considerados como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 233). Devem ser considerados, portanto, como autênticos recursos. Enquanto tais, obstarão a formação de coisa julgada e condicionam a execução da pretensão pleiteada, até mesmo no âmbito cível, à prévia segurança do juízo (art. 475 – O, do CPC). Caso contrário, se o acesso às Cortes Superiores for condicionado a critérios pura e simplesmente políticos e de ordem objetiva – tais quais à segurança ou à ordem do sistema – será preciso concluir que o sistema processual admite a pronta execução dos julgados após a manifestação da segunda instância de julgamento.

Todavia, para que esta última hipótese pudesse ser admitida, a própria natureza dos Tribunais Superiores brasileiros deverá ser repensada. Isso porque, se, em regra, e tendo em vista critérios puramente discricionários, as causas decididas em segunda instância transitarem em julgado e autorizarem, com isso, a execução provisória de penas, os Tribunais Superiores brasileiros deverão passar a ser considerados como autênticas Cortes de Cassação. Essa conclusão contrasta com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de longa data admite que, ao apreciar recursos extre-

mos, aplica-se o direito à espécie (Súmula n. 456, STF). Tal qual se observa no direito comparado, Cortes de Cassação não tem tal prerrogativa processual.

No tópico seguinte, ao analisar as garantias constitucionais como a presunção de inocência e seus consectários, o direito à jurisdição penal e o devido processo legal, a hipótese acima levantada será completamente afastada. Buscar-se-á, então, fundamentar o entendimento de que, uma vez reconhecida a natureza jurisdicional das Cortes Superiores, impossível aceitar, sem violação do direito à presunção de inocência, a execução provisória de decisões sujeitas a recursos admitidos por aquelas Cortes.

3 Princípio da presunção de inocência no Direito brasileiro

Entre os direitos e as garantias individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). A redação, similar à que consta na Constituição italiana de 1948³⁷, ensejou as mesmas dúvidas aqui e lá. Nela se garante o estado de não culpabilidade do imputado criminalmente até o pronunciamento de julgamento definitivo, por autoridade judiciária competente, a esse respeito. A primeira questão levantada a esse respeito indagava se a não culpabilidade identifica-se com presunção de inocência. Admitindo a distinção, há quem sustente que no Brasil não vige o direito à presunção de inocência, mas sim o direito a não culpabilidade³⁸. Nesse sentido, a única consequência desta garantia seria “fazer recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova” (1994, p. 31). Tratar-se-ia, portanto, de uma técnica peculiar ao processo penal de distribuição do ônus da prova. Mas observe-se que não haveria nessa hipótese propriamente uma inversão do ônus de provar: na verdade,

37 Onde se lê *L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva* (art. 27).

38 Cf. MAIEROVITCH, 1990, p. 86.

cuida-se de “regra de julgamento unidirecional” (BADARÓ, 2003, p. 296) que impõe ao acusador ônus de provar a “existência do fato constitutivo do direito de punir” (ibidem, p. 297) e a inexistência de causas que obstem o exercício desta pretensão. Essa não parece ser a melhor interpretação de tal garantia constitucional. Na verdade, mais do que uma regra técnica de julgamento, a presunção de inocência é também uma garantia política (BADARÓ, 2003, p. 299). É uma regra dirigida aos próprios cidadãos, pois sua observância deve “orientar o tratamento do acusado durante o transcorrer do processo, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória” (GOMES FILHO, 1994, p. 32).

Tal acepção do princípio da presunção de inocência³⁹ justifica-se diretamente pelo reconhecimento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Assegurando que cada indivíduo seja considerado como fim em si mesmo, o direito substancial da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a obrigação de prover recursos materiais mínimos aos necessitados, além de respeitar limites objetivos em sua ação punitiva. Na verdade, a afronta ao valor existencial da dignidade da pessoa humana importa em desrespeito ao sistema jurídico positivo que assegura constitucionalmente os direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 192 e ss.). Para que tal tese seja comprovada, basta verificar o processo sistemático de degradação psicológica e até física dos acusados criminalmente. Ademais, dado que o *jus puniendi* do Estado constitui expressão máxima do poder soberano e a pena privativa de liberdade a ultima ratio do

39 Há que se ter em conta que não se trata, nesta norma, quer de princípio, quer de presunção. Não há presunção, pois, em termos de técnica processual, presunção é a operação intelectual realizada pelo magistrado que, partindo de um fato dado, infere, ou presume, outro (Cf. BADARÓ, 2003, p. 263). Tampouco há aqui autêntico princípio constitucional no sentido moderno do termo. Se por “princípio” se considera uma regra cara e importante para o sistema, pode-se considerar que a presunção de inocência seja um princípio. Se, no entanto, o termo princípio significa “mandamento de otimização” (ALEXY, 2001, p. 95) ou norma que deve ser aplicada em função do peso das razões que a fundamentam (DWORKIN, 2007, p. 42), o conceito não se aplica propriamente à presunção de inocência. Nesse sentido tal norma seria mais propriamente classificada como regra, uma vez que sua aplicação obedece à lógica do “ou tudo ou nada”.

sistema penal – daí que o Direito Penal seja informado pelo critério da fragmentariedade – é de se concluir que o direito deve assegurar que o acusado seja devidamente respeitado enquanto pessoa digna de igual respeito e consideração durante o trâmite do julgamento.

Não bastasse isso, essa garantia também foi assegurada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional em 1798. A dicção da garantia de tratamento é expressa nesse documento: “todo homem é presumido inocente até que seja declarada sua culpa”⁴⁰. O mesmo direito foi assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Também prevê o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político que: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 14.2). Por fim, no âmbito americano, o Pacto de San José da Costa Rica prevê expressamente como garantia mínima do acusado “o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8.2). É preciso observar que, mais do que compromissos firmados pelo país, referidos tratados são normas jurídicas com validade e vigência no ordenamento jurídico nacional.

Não há consenso doutrinário a respeito da hierarquia dessas normas no sistema constitucional brasileiro. Desde 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou precedente no sentido de que essas normas ostentam o mesmo nível hierárquico das normas infraconstitucionais (PIOVESAN, 2000, p. 153 e ss.). Podem, portanto, ser a qualquer tempo revogadas por leis posteriores que tratem da mesma matéria. Em matéria de direitos fundamentais, tal orientação não se justifica. Afinal, se a própria Constituição reconhece que seu catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo (art. 5, § 2º, da CF), que se dirá quanto a direitos expressamente reconhecidos pelo Estado brasileiro perante a ordem jurídica internacional? Por isso, ao que parece, é de se reconhecer que o direito ao *status* de inocente tem sede constitucional entre os demais direitos fundamentais.

40 Tradução livre do original: *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait déclaré coupable.*

Sob essa ótica, a possibilidade de ser decretada a prisão definitiva do acusado, enquanto não transitado em julgado o processo em seu desfavor, mostra-se inaceitável frente ao sistema de direitos fundamentais assegurado pela ordem jurídica brasileira. Há uma evidente inversão de valores nas normas jurídicas e na jurisprudência que aceitam tal possibilidade. Dizem, como já salientado nesse texto, que a morosidade do aparelho judicial impede que o trânsito em julgado da condenação ocorra antes da prescrição da pretensão punitiva. Contudo, ao fazê-lo, submete-se direito fundamental assegurado constitucionalmente a exigências organizacionais e pragmáticas do processo. A posição não é aceitável (GOMES FILHO, 1994, p. 32)⁴¹.

A prisão antes do trânsito em julgado deve, portanto, revestir-se de autênticos elementos cautelares. Só assim pode-se reconhecer a possibilidade e a legitimidade destas custódias. Não é este o caso da prisão decretada na forma do que dispõe a Lei n. 8.038/1990. O art. 27 deste diploma legal impõe forma de prisão automática, anterior ao trânsito em julgado do processo e desvinculada de todo e qualquer elemento de cautelaridade. Mesmo que essa regra seja subsidiada pelo que dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal⁴², mesmo que o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento sumulado neste sentido⁴³, mesmo que as Cortes Superiores restrinjam ao máximo o direito de acesso dos acusados em geral ao seu julgamento, ainda assim, enquanto o sistema constitucional reconhece o princípio da presunção de inocência e prevê possibilidade

41 É significativo o que Odone Sanguiné sustenta a este respeito: “Se o imputado, antes da sentença definitiva, é de considerar-se ‘não culpável’, é evidente que nenhuma limitação da sua liberdade pessoal pode dispor-se sob a só base da subsistência de eventuais elementos de culpabilidade; nenhuma proteção de interesses fundados em juízo de culpabilidade presentes antes da verificação definitiva pode justificar (ou melhor, tornar legítimo) o sacrifício da liberdade pessoal que a Constituição reconhece inviolável” (SANGUINÉ, 1992, p. 105).

42 CPP, art. 637: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

43 A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (STJ, Súmula n. 267 – 22.5.2002 – DJ de 29 maio 2002).

de interposição dos recursos especial e extraordinário, não é possível antever possibilidade alguma do cumprimento antecipado da pena.

Na verdade, peca em seus próprios fundamentos o argumento que sustenta a possibilidade de ser cumprida a pena enquanto ainda não transitar em julgado o processo criminal. A par de os recursos extremos dirigidos às Cortes de sobreposição brasileiras serem autênticos recursos, uma vez que ostentam caráter infringente e substitutivo próprios a qualquer outro meio de impugnação intraprocessual⁴⁴, sua previsão constitucional decorre, no caso do recurso extraordinário, sobretudo da adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade e, no caso do recurso especial, da necessidade de uniformização da ordem jurídica federativa. Impor à parte que leva recursos ao julgamento das Cortes Superiores o dever de recolher-se à prisão antes que sua pretensão seja analisada é, por isso, no mínimo paradoxal, para não dizer imoral: o sistema ganhará em correição enquanto a parte interessada deverá sofrer a constrição de sua liberdade pessoal, mesmo que seu inconformismo seja admitido, conhecido e finalmente provido. Tal fato evidencia a desproporcionalidade da medida em questão.

Outro aspecto dessa questão diz respeito ao fundamento da prisão cautelar eventualmente aplicada na ocasião da interposição do recurso extremo. A antecipação da pena ao trânsito em julgado do processo não pode ser admitida na atual ordem jurídica.

44 As peculiaridades de cabimento dos recursos dirigidos às Cortes Superiores não convencem José Carlos Barbosa Moreira a respeito de sua especificidade. Sendo assim, afirma este autor que as “peculiaridades do chamado recurso extraordinário não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa. À semelhança dos outros, o recurso extraordinário *obsta*, quando admissível, ao trânsito em julgado da decisão, consoante resulta da disposição expressa do próprio art. 467. [...] Em esforçada tentativa de insuflar vida à classificação – nada merecedora de tamanho desvelo –, afirmou-se que os recursos ordinários têm como objeto próximo a proteção de direito subjetivo, enquanto os extraordinários visam a proteger o direito objetivo [...] e só reflexamente, secundariamente, o direito da parte [...] Entretanto, [...] os recursos ‘ordinários’ quando interpostos pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis* também visam precipuamente à proteção do direito *objetivo*, e nem por isso – conforme se reconhece – passam a integrar a outra classe” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 589).

Por isso, caso o réu tenha aguardado ao julgamento em liberdade, só situações extremas, relevantes e novas poderão fundamentar o decreto de prisão preventiva. Argumentos fundados na defesa da ordem pública e econômica estarão, por exemplo, a priori afastados. Afinal, se esses fundamentos não puderam fundamentar a prisão processual logo após a prática do delito, por mais razão não se prestarão a essa finalidade após o julgamento de segunda instância e enquanto pender a apreciação do recurso extremo. Sendo assim, na prática, a não ser que o acusado tumultue o andamento processual, dificilmente haverá fundamentos cautelares para a prisão processual⁴⁵.

Não é tudo. Considerado o sistema processual brasileiro como um todo, a prisão automática do acusado também deve ser considerada desproporcional. Deveras, o sistema processual prevê diversas modalidades de contracautelas a quem se vê submetido à execução provisória cível (art. 475 – O, CPC), mas não prevê nenhuma segurança ao executado criminalmente⁴⁶, ou seja, admitir a possibilidade de a execução provisória da decisão penal condenatória ocorrer

45 Neste sentido julgou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: HC. CONDENÇÃO. PRISÃO. RESP. O paciente permaneceu em liberdade durante todo o processo, sua prisão só foi determinada pelo fato de o recurso especial não ter efeito suspensivo. Porém, a jurisprudência da Sexta Turma firmou-se no sentido de que, nesses casos, constitui evidente constrangimento ilegal à liberdade a prisão antes do trânsito em julgado. A prisão cautelar, aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com a devida fundamentação, a sua necessidade, o que não ocorre na espécie. Pelo exposto, a Turma concedeu a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos outros que revelem a necessidade de sua prisão. Precedentes citados: HC n. 48.171-GO, *DJ* de 10 mar. 2008; HC n. 52.740-RS, *DJ* de 4 jun. 2007, e HC n. 72.726-SP, *DJ* de 10 dez. 2007. HC n. 105.810-RS, rel. min. Og Fernandes, j. em 28.8.2008 (Info. 360).

46 No HC n. 84.677/RS, o min. Cesar Peluso sustentou que o “princípio da proporcionalidade” impede a prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença. Se, tratando-se de processo civil, a execução provisória da sentença requer, para que sejam executados atos de alienação definitiva dos bens penhorados, a prestação de caução (art. 475-O do CPC), não é possível admitir que o processo penal exija menos. Pelo contrário, como privação de liberdade é mais grave que a perda do patrimônio, a solução é desproporcional. Este também foi o que sustentou o ministro Peluso no julgamento da Reclamação n. 2.391/PR e o ministro Gilmar Mendes no HC n. 84.029/SP.

automaticamente após o julgamento de segunda instância recursal, e sem a previsão de nenhuma contracautela para o acusado que tenha de recolher-se à prisão sem que sua culpa tenha sido efetivamente e cabalmente comprovada, implica aceitar, paradoxalmente, que a execução cível seja menos onerosa ao demandado que a penal, quando a liberdade é um bem jurídico muito mais valioso que a propriedade. Esse paradoxo dificilmente seria aceito até mesmo por aqueles que defendem a prisão automática dos acusados que tenham sido condenados em julgamentos de segunda instância.

4 Conclusão

O tema tratado no presente trabalho envolveu a consideração de dois valores extremamente caros não só à teoria geral do processo, mas também ao Direito brasileiro como um todo. Tratou-se de avaliar em que medida os imperativos postos pela necessidade de conferir efetividade à tutela jurisdicional conflitam com o direito individual ao julgamento justo e definitivo. O fato de tais valores serem reconhecidos e prestigiados pelo sistema jurídico levou o trabalho a avaliar os argumentos a favor e contra a execução de penas impostas anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Quanto à necessidade de o sistema jurídico prever formas de reavaliação recursal das decisões tomadas por juízes singulares, ponderou-se que essa garantia constitucional visa a limitar o arbítrio jurisdicional, o que é realizado por meio de mecanismos análogos à divisão das funções estatais, ou seja, o sistema acusatório e recursal serve ao processo da mesma forma que o mecanismo de contenção do Poder pelo Poder (*checks and balances*) serve ao Estado.

Em um segundo momento, este artigo tratou da sistemática específica dos recursos extraordinário e especial no Direito brasileiro. Foi descrita e fundamentada a atual tendência das Cortes Superiores: filtrar e limitar, por meio de mecanismos de limitação da admissibilidade dos recursos a elas endereçados, o acesso aos julgamentos das respectivas Cortes. Foram descritos ainda as aporias e os paradoxos ocasionados pelas previsões citadas.

Por fim, ao tratar do direito à presunção de inocência, descreveu-se o regramento constitucional deste direito, comparando-o ao que se prevê ao mesmo respeito no direito comparado. Com fundamento nas teorias dos direitos fundamentais e da recepção, em nível constitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos, o trabalho fundamentou a posição que sustenta ser a presunção de inocência um imperativo de tratamento dos acusados, além de uma regra específica de distribuição do ônus da prova penal. Por fim, em todas as passagens desse estudo, esclareceu-se que a posição aqui firmada sustenta que, no sistema jurídico brasileiro, não deve ser admitida nenhuma antecipação de pena que não ostente os requisitos próprios de uma autêntica cautelar. Tendo em vista que as previsões legais que negam efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não se encaixam neste modelo, elas devem ser consideradas inconstitucionais, não podendo, por isso, ser aplicadas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

———. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: RIBEIRO, Bruno Marais; LIMA Marcellus Polastri (Coord.). *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira, legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

———. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

———. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

FERNANDES, Scarance. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Prisão temporária. *Revista de Processo*, a. 15, n. 60, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. *Fascículos de Ciências Penais*, a. 5, n. 2, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal, jurisdição ação e processo penal – estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A reconstrução do idealismo alemão como fundamento do conceito material de culpabilidade num Estado Democrático de Direito

Luciana de Oliveira Monteiro

Advogada criminalista. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Estácio da Bahia e do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da UNIFACS. Doutora em Direito pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo noticiar como um determinado setor da doutrina espanhola vem reinterpretando o pensamento de Kant e Hegel na busca de uma fundamentação do conceito material de culpabilidade. Esta tendência hoje se situa entre os doutrinadores que, preocupados com a progressiva integração de considerações preventivas no âmbito da dogmática penal, consideram necessário reforçar os clássicos ideais de liberdade e justiça para que o Direito Penal seja um Direito justo e legítimo no marco de uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Culpabilidade. Fundamentação. Justiça. Racionalidade comunicativa.

Abstract: The present article aims to report on how a certain sector of the Spanish doctrine has been reinterpreting the thought of Kant and Hegel in their search for a foundation of the material concept of guilt. This tendency is found today among jurists whose concern about the progressive integration of preventive considerations in the criminal dogmatics, leads them to consider that a reinforcement of the classical ideals of freedom and justice is needed for Criminal Law to effectively be a legitimate and just Law in a democratic society.

Keywords: Guilt. Foundations. Justice. Communicative rationality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o legado de Kant e Hegel. 3 A importância do idealismo alemão no entendimento da culpabilidade. 3.1 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da teoria da justiça. 3.2 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da ética discursiva. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Quando nos indagamos, no âmbito do estudo do Direito Penal, sobre a importância de ler obras de autores clássicos como Kant e Hegel, encontramos como principal motivação a necessidade de compreender como surgiram e de que forma evoluíram os postulados filosóficos e políticos do pensamento ilustrado que conduziram à elaboração de um Direito Penal racional, fundamentado no reconhecimento do homem como sujeito autônomo e responsável.

Essa necessidade de compreensão se justifica ainda hoje não tanto pelo inegável interesse histórico do legado desses autores, mas, principalmente, para entender os termos do debate doutrinal acerca da missão do Direito Penal na sociedade atual e sua repercussão nas categorias sistemáticas do delito, especialmente depois do impacto provocado pelas teorias funcionalistas e sua progressiva radicalização.

Cabe, entretanto, advertir que o debate já não se situa em torno da questão de ser ou não adequado incorporar uma perspectiva político-criminal ao Direito Penal, que o identifique como um sistema normativo preocupado pela função que desempenha numa sociedade concreta e orientado a cumprir determinados fins. De fato, tanto na Alemanha como na Espanha, existe um entendimento majoritário de que o delito é uma construção social e, como tal, as categorias sistemáticas que integram a teoria do delito devem ser compreendidas sob uma perspectiva *normativa e funcional*.

A origem desse entendimento da dogmática penal é devida principalmente a Roxin (1997; 2000a; 2000b), que, a partir dos anos 1960 e 1970 do século XX, desenvolveu um sistema de Direito

Penal orientado à finalidade preventivo-geral e preventivo-especial da pena, limitado por princípios valorativos, entre eles o princípio da culpabilidade, caracterizando-se pelo uso de uma racionalidade teleológica e valorativa¹.

Por meio da proposta de Roxin, o juízo de valor acerca da exigibilidade de uma conduta adequada ao Direito deixa de estar pautado em considerações acerca da determinação ou indeterminação do livre arbítrio e de se houve possibilidade de atuar de outro modo. O procedimento de atribuição de responsabilidade penal, na opinião de Roxin, deve ser estruturado dando por superado esse velho dilema.

Com esse entendimento, produziu-se uma espécie de fragmentação do conteúdo da culpabilidade, pois esta deixou de ser considerada como fonte válida para a determinação concreta da pena, passando a exercer um papel de limitação da pena, no qual se leva em consideração, como pressuposto, se o sujeito, sob o ponto de vista cognitivo e biopsicológico, estava capacitado para entender o mandato normativo e atuar conforme tal entendimento. Dessa forma, o sujeito que realiza uma conduta típica e antijurídica “se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él” (ROXIN, 1997, p. 807). Uma vez constatada essa capacidade de autocontrole e possibilidade de acesso ao mandato normativo, como limite superior da pena, Roxin passa automaticamente à presunção de que o sujeito deve ser tratado como livre. A partir daí, a determinação concreta da pena estaria condicionada por considerações preventivas, que, na proposta de Roxin, integram a categoria da responsabilidade².

1 Sobre o impacto da proposta de Roxin, confira, entre outros, Feijoo Sánchez (2007) e Silva Sánchez (2010).

2 Com base na distinção entre culpabilidade e responsabilidade, Roxin (1997, p. 814-815) estabelece diferenças entre causas de exclusão da culpabilidade e causas de exculpação: “En las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el con-

Apesar dos apoios recebidos, tanto no âmbito da doutrina alemã como no da espanhola³, cada vez é maior o número de vozes que se levantam contra essa fragmentação do conteúdo material da culpabilidade⁴.

Na opinião de Martín Lorenzo (2009) – cuja obra constitui hoje um importante referencial no estudo das causas de exclusão da culpabilidade na Espanha –, não se encontra na proposta de Roxin um princípio normativo que explique por que em certos casos de excepcionalidade – em que existe capacidade de culpabilidade e o panorama de conflito de interesses não é suficiente para justificar – é possível admitir a isenção de pena com base em argumentos preventivos. Faltaria, justamente nesse âmbito, uma justificação deontológica dos critérios normativos de tipo preventivo aplicados para a exclusão da responsabilidade penal.

trario, en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el estado de necesidad disculpante (§ 35), quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia [por falta de necesidad preventiva de punición], a la formulación en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad”. Entretanto, o próprio Roxin (1997) reconhece que não se trata de uma distinção rígida, pois também a imputabilidade possui zonas marginais normativas, como as neuroses e os estados passionais intensos, nos quais não se pode excluir a possibilidade de considerações preventivas em sua aceitação ou negação. O mesmo pode ser dito em relação ao erro de proibição, na medida em que a impunidade não depende de uma invencibilidade absoluta do erro, sendo aceitável quando o autor supõe por razões suficientes que estava legitimado para realizar o fato.

- 3 Não tanto no que diz respeito à distinção entre culpabilidade e responsabilidade, mas sim quanto à integração de considerações preventivas no âmbito da culpabilidade. Veja a esse respeito Silva Sánchez (2010).
- 4 Crítico com a postura de Roxin, por exemplo, Jescheck (2003, p. 16) manifesta que “se puede objetar en primer lugar que la culpabilidad, si es el límite superior de la pena, también debe ser codecisiva para toda determinación de la misma [...] Pero fundamentalmente, al limitarse la fijación concreta de la pena a fines preventivos, la resolución del juez pierde el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado, y la pena, con ello, pierde también después de todo su posibilidad de influir en favor de aquellos objetivos de prevención. Porque sólo apelando a la profundidad moral de la persona se puede esperar tanto la resocialización del condenado como también una eficacia socio-pedagógica de la pena sobre la población en general. La renuncia al criterio de la culpabilidad para la pena concreta resulta ser un precio demasiado alto por eludir el problema de la libertad en la teoría de la culpabilidad”.

Outro importante expoente dessa perspectiva normativa e funcional na configuração do sistema penal é Jakobs (1997a; 1997b; 2004; 2008). Seu pensamento se caracteriza principalmente por radicalizar, por meio de uma racionalidade puramente instrumental, o aspecto funcional do Direito Penal, em que somente interessa como referente metodológico aquilo que a pena e as categorias jurídico-penais podem oferecer de estabilidade ao sistema penal, seja ele fruto de um sistema democrático, seja de um sistema totalitário.

Por meio da influência do pensamento de Jakobs, vem-se retirando a importância tradicionalmente outorgada a determinados princípios valorativos, debilitando progressivamente, por um lado, o valor das justificações deontológicas legitimadoras, tanto da norma penal como do procedimento de atribuição de responsabilidade, e a imposição de pena com base no princípio de culpabilidade. É dizer, torna-se possível uma relativização do conceito material de culpabilidade como fundamento da pena e como critério de determinação da pena, com o conseqüente questionamento da importância dos princípios de proporcionalidade, igualdade de trato, legalidade, que, entendidos em uma racionalidade valorativa, funcionam como limite à finalidade preventiva da pena⁵. Por outro lado, vêm-se colocando à prova os limites das categorias sistemáticas do delito, provocando uma crescente flexibilização de conceitos na busca de um Direito Penal socialmente eficaz, o que se critica por conduzir, como adverte Silva Sánchez (2010, p. XVII, grifos no original), a uma “*praxis política sin ciencia*”.

É justamente aqui que se situa o debate, isto é, em virtude da progressiva integração de considerações preventivas e da radicalização do discurso funcionalista no âmbito da moderna dogmática penal, discute-se amplamente o modelo teórico mais adequado, capaz não só de identificar a missão do Direito Penal na sociedade atual, mas, também, de oferecer garantias individuais, aportando o fundamento necessário para a legitimação das normas jurídico-

5 A este respeito, confira, entre outros, Hassemer (1999); Feijoo Sánchez (2007); Schmidt (2008); Martín Lorenzo (2009) e Silva Sánchez (2010).

-penais e do procedimento de atribuição de responsabilidade e imposição de pena ante aquele que delinque. Questões que afetam o entendimento e a sistematização das categorias dogmáticas do delito, entre elas a culpabilidade.

De fato, como diagnosticou Hassemer (1999), o debate, hoje, no marco das perspectivas normativizadoras, gira em torno de saber se a orientação às consequências em Direito Penal cumpre com os postulados filosóficos do liberalismo político ou se, ao contrário, os debilita. O que, para Silva Sánchez (2010) e Alcácer Guirao (2002), pode ser descrito como a contínua evolução do moderno Direito Penal, essencialmente marcada pela tensão dialética entre interesses político-criminais preventivos e interesses humanitários e ressocializantes centrados na proteção de garantias individuais.

Uma resposta adequada a esta moderna tensão dialética vem sendo construída por um determinado setor da doutrina alemã e espanhola que, preocupado com a necessidade de *relegitimação* do Direito Penal, parte de uma releitura dos clássicos representantes dos ideais liberais do século XIX⁶. Concretamente, a preocupação por encontrar um equilíbrio razoável entre ambos extremos (prevenção *versus* garantias) vem sendo plasmada mediante a reinterpretação de Kant e Hegel, com a recuperação, sob uma perspectiva moderna, da dimensão ético-social do delito e do conceito de pena como retribuição de culpabilidade⁷.

6 A este respeito veja a extensa bibliografia indicada por Alcácer Guirao (1998); Martínez Garay (2005); Feijoo Sánchez (2007); Martín Lorenzo (2009); Silva Sánchez (2010).

7 Estamos de acordo com Feijoo Sánchez (2007, p. 124) quando afirma que as construções de Kant e Hegel “forman parte del patrimonio cultural y político europeo. Los principios constitucionales, como los de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (autorresponsabilidad), se pueden definir como principios del derecho natural tradicional secularizados, juridificados o institucionalizados”. E concretamente no âmbito do Direito Penal este autor defende que: “en tiempos de creciente instrumentalización del Derecho Penal, fruto de un predominio de las ideas preventivas, conviene recordar ciertas aportaciones clásicas que tuvieron en cuenta cómo tratar legítimamente a las personas como un fin en sí mismas. Se precisa una mayor reflexión en la Ciencia del Derecho Penal moderna sobre la culpabilidad y la

Este processo de construção de uma espécie de novo consenso, que ainda não existe, mas que se aspira alcançar, vem sendo desenvolvido com apoio em uma racionalidade valorativa legitimadora que neste marco teórico se caracteriza tanto pela busca de princípios mat́rias de justiça⁸ como pelo uso de uma lógica procedimental discursiva que se apresenta como uma *racionalidade comunicativa*⁹.

Neste artigo, não temos, sem embargo, a pretensão de realizar um estudo específico sobre a concepção da autonomia da vontade de Kant e seu ideal de justiça, ou sobre a oposição de Hegel aos imperativos kantianos com base em uma compreensão histórica da sociedade, nem mesmo sobre a concepção retribucionista da pena defendida por estes autores como reação às teorias utilitaristas de sua época¹⁰.

Em realidade, não pretendemos nada mais que evidenciar como um determinado setor da doutrina espanhola vem reinterpretando o pensamento de Kant – concretamente a partir das obras *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, de 1785, e *Metaphysik der Sitten*, de 1797 – e o pensamento de Hegel – a partir da obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de 1821 – e assim destacar o valor fundamental dessas contribuições, que ainda hoje servem de base aos ideais de justiça presentes na legitimação democrática do sistema penal, concretamente na fundamentação do conceito material de culpabilidade num Estado Democrático de Direito.

personalidad, y para ello tanto Kant como Hegel representan siempre una referencia clásica” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 124-125).

8 Inspirados fundamentalmente na obra mais conhecida de John Rawls: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

9 Nas palavras de Habermas (2007, p. 107), a quem se deve o principal desenvolvimento desse conceito, a racionalidade comunicativa é aquela que: “se expresa en la fuerza unificadora del habla orientada al entendimiento, la cual asegura a los hablantes un mundo de la vida intersubjetivamente compartido y, con ello, un horizonte dentro del cual todos pueden referirse a un mundo objetivo que es el mismo para todos ellos”.

10 A esse respeito confira, entre outros, Alcácer Guirao (1998; 2002); Ferrajoli (2000); Feijoo Sánchez (2007); Sánchez-Ostiz (2008).

2 Considerações sobre o legado de Kant e Hegel

As contribuições de Kant e Hegel situam-se na filosofia idealista alemã. Por meio delas, estabeleceram-se certos limites para a atividade punitiva do Estado, derivados de uma determinada concepção normativa de pessoa que, apesar de divergentes quanto ao ponto de partida metodológico, ainda hoje podem ser defendidos como válidos em um Estado Democrático de Direito¹¹.

Apesar de aqueles autores não terem propriamente teorizado sobre a finalidade da pena, o valor de sua contribuição é inegável para o Direito Penal, porque constitui a base argumental fundamental sobre o significado ético-social da pena – pena é essencialmente retribuição¹² – e sobre os elementos que integram o juízo de imputação e que legitimam a imposição de uma pena *justa* pelo Estado¹³.

-
- 11 Nesta linha de entendimento, Feijoo Sánchez (2007, p. 125-126) manifesta que: “Lo especialmente interesante de la línea de fundamentación iniciada por el idealismo alemán es que, a diferencia de lo que había sucedido hasta esa época, se busca una teoría de la pena basada en un orden de libertad (concepto que pasa a ser clave), y no en un mero orden de coacción y fuerza. Estos autores nos han ofrecido los requisitos mínimos que debe tener toda pena en el marco del Estado de Derecho propio de un régimen de libertades opuesto a un Estado policial”.
 - 12 Na opinião de Ferrajoli (2000, p. 254, grifos no original), sobre o conceito de pena kantiano, “pena es una *retribución ética*, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige”. E, sobre o conceito de pena hegeliano, Ferrajoli (2000, p. 254, grifos no original) manifesta que pena “es una *retribución jurídica* justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado”. Feijoo Sánchez (2007) realiza um cuidadoso estudo do conceito de pena como retribuição apontando as diferenças existentes entre o pensamento de Kant e Hegel.
 - 13 A importância do legado kantiano e a sua contraposição ao pensamento hegeliano na concepção de Direito Penal e na fundamentação da pena não constitui algo novo. Sobre essas questões já correram verdadeiros rios de tinta. De fato, a diversidade e o volume da produção bibliográfica a respeito são tão amplos que o controle exaustivo do que foi e continua sendo publicado constitui hoje em dia uma tarefa praticamente impossível de realizar. E, embora o conhecimento dos aspectos fundamentais desse debate constitua ainda hoje uma base comum para todo aquele que tome contato com o estudo do Direito e se preocupe pela sua justificação ética e política, vale a pena reiterar que, em virtude das implicações da pena estatal para a liberdade individual, a discussão sobre a sua legitimação, fundamentação, finalidade e limites também se situa na seara do embate entre defensores dos postulados filo-

As notáveis diferenças na fundamentação teórica do conceito de pena e no entendimento da imputação de responsabilidade não constituíram, sem embargo, um empecilho para o alcance de um importante ponto de encontro entre as propostas de Kant e Hegel. Ambos se preocuparam em desenvolver uma justificação racional para o castigo: a imposição de pena se legitima ante aquele que delinque pela atribuição de culpabilidade, o que se consolidou na tradição jurídico-penal por meio do princípio de que a atribuição de culpabilidade é pressuposto necessário da pena (FERRAJOLI, 2000; KINDHÄUSER, 2006; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

Vejamos alguns dos aspectos relevantes das propostas de Kant e Hegel.

Certamente, o conceito de autonomia da vontade defendido por Kant no final do século XVIII não coincide com o sentido que hoje se outorga à noção de sujeito autônomo. Mesmo assim, em nossa opinião, não cabe a menor dúvida de que os ideais éticos defendidos nessa época marcaram decisivamente o rumo da história que deu lugar ao desenvolvimento do liberalismo político¹⁴.

De fato, é possível afirmar que a partir do pensamento kantiano de que a lei é compatível com a liberdade, por ser um produto desta, produziu-se nada menos que um giro copernicano na histó-

sóficos do liberalismo político e seus detratores. Sobre a doutrina da imputação de Kant e sobre a doutrina da imputação de Hegel, confira Sánchez-Ostiz (2008).

- 14 Vale a pena recordá-lo transcrevendo o texto que, na autorizada opinião de Sierra/Palacios García, constitui a sua mais inequívoca expressão: “veíase al hombre atado por su deber a leyes; mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a su propia legislación [...] Pues cuando se pensaba al hombre sometido a una ley (sea la que fuere), era preciso que esta ley llevase consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía como ley de su propia voluntad, sino que esta voluntad era forzada, conforme a la ley, por alguna otra cosa a obrar de cierto modo. Pero esta consecuencia necesaria arruinaba irrevocablemente todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción por cierto interés, ya fuera este interés propio o ajeno. Pero entonces el imperativo había de ser siempre condicionado y no podía servir para el mandato moral. Llamaré a este principio autonomía de la voluntad, en oposición a cualquier otro, que, por lo mismo, calificaré de heteronomía” (KANT, 1992, p. 432-433, apud SIERRA; PALACIOS GARCÍA, 2006, p. 15).

ria da reflexão filosófico-moral (RAWLS, 1979; SIERRA; PALACIOS GARCÍA, 2006; CORTINA, 2008).

Com efeito, com a ajuda do pensamento kantiano, desenvolveram-se os pilares de sustentação do pensamento liberal sobre a base de uma fundamentação racional da ética: o reconhecimento do homem como sujeito racional dotado de uma vontade autônoma, unido à defesa da liberdade individual como um direito universal para exercer dita autonomia (tanto no âmbito da vida privada como no âmbito da vida pública) e à compreensão de que o sujeito racional e livre é capaz de atuar reflexivamente, limitando sua própria liberdade individual por meio das normas e do seu cumprimento voluntário.

A adoção desse ponto de partida, ou seja, a possibilidade de uma filosofia prática orientada à fundamentação racional da ética, em cujo epicentro está a noção construída do homem como sujeito racional e livre, mantém-se viva ainda hoje e sua renovação está dirigida à legitimação de um sistema liberal e democrático de Direito, como pode ser visto claramente na obra de autores como Rawls (1979; 2002) e Habermas (1998; 2007).

Para Habermas, por exemplo, a pretensão de validez das normas não está fundamentada, como postulava Kant, em uma esfera de valores e verdades morais imutáveis e universais, mas sim na possibilidade de que as normas sejam objeto de um consenso alcançado pela argumentação, é dizer, por um processo democrático de decisão no qual o sujeito, que é destinatário das normas, tem o direito de participar da sua elaboração e, por isso, cumpre os mandatos e as proibições voluntariamente. O sujeito autônomo de Kant passou a ser visto como cidadão livre dentro de um sistema democrático, e, por este caminho, Habermas pretende, no dizer de Rodilla (2002, p. 17),

proporcionar un fundamento a un principio de universalización que en tanto que norma de argumentación representa una reinterpretación dialógico-comunicativa del imperativo kantiano.

A esse respeito cabe, entretanto, esclarecer que dessa forma não pretende o filósofo determinar propriamente o conteúdo das normas, valores ou princípios materiais que devam ser justificados pelo diálogo comunicativo, mas sim evidenciar que o nosso saber moral, como sujeitos racionais e autônomos que somos, permite-nos argumentar e decidir, por meio de um consenso, as normas sobre as quais deve recair o *status* de válidas.

O alcance prático da Filosofia se apresenta, nesse sentido, limitado à tarefa de uma legitimação procedimental do sistema democrático (CORTINA, 2008; MARTÍN LORENZO, 2009). Na construção de Rawls (1979) de uma teoria da justiça, o discurso filosófico-prático estaria encaminhado a uma tarefa certamente mais ambiciosa, e por isso mesmo importante, no caminho de consolidação dos ideais democráticos, a de formular e justificar, racionalmente, princípios materiais de justiça social.

Na justificação do seu entendimento da justiça como imparcialidade, Rawls (1979, p. 551) defende que, dessa forma,

[se] garantizan a todos una libertad igual y nos aseguran que nuestros derechos no serán menospreciados ni conculcados a cambio de una suma más elevada de beneficios, ni siquiera para toda la sociedad.

Tal argumento se ajusta perfeitamente, como reconhece o próprio autor, com as normas de prioridade kantianas (as pessoas não devem ser tratadas como meio, mas sim como um fim em si mesmo) e sua relação com o ideal de fraternidade.

Nas palavras de Rodilla (2002, p. 24):

Rawls sustenta una concepción de justificación que se distancia abiertamente de la mera idea de consistencia lógica, así como de una noción objetivista de la verdad. El objetivo de la teoría de la justicia no es dar con la “verdad moral” [...] sino construir las bases de un acuerdo operativo entre ciudadanos libres por medio del ejercicio público de la razón.

Como esclarece Rawls (2002, p. 211-213), sua construção não se apresenta com o propósito de oferecer uma fundamentação última dos princípios de justiça, como se estivessem assentados sobre uma verdade moral universal que nos antecesse e nos fosse dada como algo imutável, mas sim de evidenciar que até mesmo esses princípios devem ser consubstanciados por meio de um entendimento público, ou seja, por meio da reflexão e da argumentação, para que sejam considerados reciprocamente como válidos¹⁵.

Em realidade, o interesse na revitalização do idealismo alemão vem ganhando espaço nos países ocidentais de tradição democrática na medida em que se aprofunda no debate político-filosófico de contraposição entre liberalismo e individualismo, por um lado, e comunitarismo, por outro, que poderia ser ilustrado pela metáfora de Nino (1989, p. 129): “Fatalmente el espíritu de Kant tenía que enfrentarse al fantasma de Hegel”.

Como destaca Nino (1989, p. 131), aludindo a Charles Taylor, Hegel desenvolveu uma visão da moral prática completamente distinta à de Kant, de acordo com a qual “la moralidad alcanza su completud en una comunidad, la libertad se realiza cuando la sociedad en general satisface las demandas de la razón”.

Rejeitando as instituições básicas do liberalismo e invertendo a ordem de prioridades estabelecidas por Kant, para Hegel (apud NINO, 1989, p. 131),

la completa realización de la libertad requiere una sociedad porque ésta es la mínima realidad humana autosuficiente; nuestra más alta y más completa existencia moral es lo que podemos lograr como miembros de una comunidad.

15 Nas palavras do autor “El que ciertos hechos hayan de ser reconocidos como razones de lo recto y de la justicia, o en qué medida hayan de contar, es algo que sólo se puede determinar desde dentro del procedimiento de construcción, esto es, a partir de los compromisos adoptados por agentes racionales de construcción cuando se encuentran debidamente representados como personas morales e iguales” (RAWLS, 2002, p. 213).

Nesse sentido, Hegel descartaria uma visão utilitarista do Estado como um instrumento para a realização de interesses individuais e optaria abertamente por uma visão orgânica do Estado, pela qual a identidade individual estaria parcialmente determinada pelo vínculo intersubjetivo estabelecido entre um indivíduo e a comunidade a qual pertence. Em consequência, o valor moral das ações não estaria pautado em uma concepção subjetiva de racionalidade, mas sim em função dos interesses de uma determinada comunidade, condicionada historicamente (NINO, 1989, p. 131-142)¹⁶.

Essa postura produziu como efeito uma espécie de identificação entre Direito e razão, de tal maneira que, axiologicamente, a racionalidade individual passou a identificar-se com a racionalidade coletiva e esta com a racionalidade estatal. Por isso o delito simbolizaria o irracional na construção de Hegel, concretamente um mal que deve ser combatido por outro mal, a pena. Nesses termos, a pena assumiria também a função de restabelecer a racionalidade que simboliza o ordenamento jurídico e suas normas, aportando, dessa forma, estabilidade ao sistema normativo (KINDHAÜSER, 2006; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008).

Nesses termos, estabelece-se uma tensão aparentemente irreconciliável entre um discurso universalizante de princípios éticos liberais e outro relativista, submetido à óptica do particularismo

¹⁶ Na opinião de Feijoo Sánchez (2007, p. 634-635), “Hegel consigue superar la autoconciencia particular encerrada en sí misma que caracteriza al idealismo subjetivista [refiriéndose a Kant] mediante el lenguaje y, sobre todo, mediante la acción mutua de reconocimiento. Mediante el reconocimiento surge en la tradición filosófica alemana la idea de intersubjetividad. Lo decisivo para la personalidad jurídica no es la autoconciencia, la autorreflexión o la autonomía jurídicamente reconocidas. Hegel, al igual que anteriormente había hecho Rousseau, transforma a la persona o al ciudadano en una dimensión dialéctica distinta al ser humano, mediante el paso del estado de naturaleza (entendida como metáfora conceptual o imagen teórica) al estado civil o a la vida en el Derecho. En el marco del estado civil y del Derecho, la libertad queda configurada en un plano distinto y el individuo pasa a ser persona (jurídica). Para este filósofo idealista, la subjetividad sólo es posible en instituciones políticas y sociales, no pudiéndose construir subjetividad más allá del Estado y la sociedad”.

de cada comunidade contemplada tal como é¹⁷. Esse embate entre perspectivas político-filosóficas contrapostas, que na opinião de Alcácer Guirao pode ser identificado como o debate entre liberalismo e comunitarismo, deu lugar a uma rica discussão sobre a justificação do Estado e a legitimação das normas, que não serão analisadas aqui¹⁸. Em realidade, o que nos interessa é reafirmar o valor do legado desses autores na nossa tradição jurídica dando notícia de como este vem sendo reinterpretado no âmbito do Direito Penal. Concretamente, de como a preocupação pela legitimação do Direito Penal vem dando lugar à construção de um discurso pelo qual se evidencia que, mais que uma oposição entre Kant e Hegel, o que necessitamos é de um consenso.

Assim, a concepção construída de homem como sujeito livre e autônomo, típica do legado kantiano, ver-se-ia reformulada, incorporando alguns elementos do legado hegeliano, dando lugar à compreensão das relações sociais e jurídicas a partir de uma recíproca consideração entre os membros de uma sociedade como livres (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007; CORTINA, 2008). Pois, justamente, a partir dessa consideração recíproca do homem como livre, seria possível desenvolver um sistema democrático de Direito, de tal forma que

17 Com efeito, a influência do pensamento hegeliano fez-se notar. Um claro exemplo disso constitui a obra de Michael Sandel, citada por Nino (1989, p. 131 e ss.), como a mais franca crítica ao legado kantiano, que trata de refutar a perspectiva deontológica e construtivista do liberalismo kantiano e o seu ideal de justiça desenvolvido notavelmente por Rawls. Como interpreta Nino (1989, p. 132), “Lo que Sandel quiere atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética: aquella que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno”. Dessa forma, o que se critica em última instância do pensamento kantiano é a sua imagem construída do homem como se fosse uma entidade moral separada de seus próprios desejos e interesses, do contexto social em que se situa e da comunidade à qual pertence, e a sua pretensão universalizadora. Em relação à proposta de Rawls, nega-se que seja possível deduzir princípios materiais de justiça equivalentes e universais para todas as sociedades, na medida em que esta proposta não estaria em realidade apoiada em uma concepção de sujeito moral suscetível de demonstração empírica, e sim em uma espécie de postulado antropológico-filosófico que se alcançaria a partir de uma reflexão sobre o que somos (NINO, 1989, p. 132-133).

18 A este respeito confira, entre outros, Nino (1989), Habermas (1998; 2007) e Alcácer Guirao (1998; 2002).

cada indivíduo – tido *a priori* como sujeito livre e autônomo – não seja arrastado pelo determinismo da sociedade em que vive e tenha a possibilidade de participar, pelo diálogo, das decisões que definem as relações de convivência no âmbito interno dessa mesma sociedade.

Essa concepção *a priori* do homem evidentemente requer que se deem as condições para o exercício de dita liberdade e a participação no debate público, o que não está vinculado somente à capacidade cognitiva e volitiva do indivíduo como sujeito racional, mas também à ausência de fatores condicionantes fortes, como pode ser a exclusão social e a pobreza.

Apesar das críticas que se possam formular hoje, tanto à ética discursiva sobre a qual se erige a pretensão de validade das normas como à pretensão de formular princípios materiais de justiça social, entendemos que este é um caminho de legitimação fascinante. Em primeiro lugar, porque se apresenta como um discurso permeável ao contexto e à realidade das relações humanas. Em segundo, porque uma sociedade não deve renunciar à luta pela construção de um sistema liberal e democrático de Direito. E, em terceiro lugar, porque, à medida que uma sociedade consegue consolidar, no âmbito interno do seu ordenamento jurídico, um sistema democrático de Direito, não deve renunciar a esta pretensão de validade das normas legisladas a partir do consenso, mas sim aprofundar-se nos mecanismos de inclusão social que possibilitam uma participação real no debate democrático e sua constante renovação¹⁹, o que per-

19 Não subestimamos a importância da crítica quando questiona o modelo de eleição justa sob o manto da ignorância ou as bases da ética discursiva e sua efetividade onde não existe uma igualdade de condições entre os interlocutores, ou quando recrimina que esta via somente legitima decisões tomadas dentro de um consenso majoritário sendo, por este motivo, incapaz de alcançar um resultado justo para a minoria que defende um posicionamento distinto. A este respeito, confira Nino (1989); Ferrajoli (2000); Cortina (2008). O que de fato defendemos é que as intrínsecas vicissitudes do processo democrático e sua paulatina consolidação não invalidam a pretensão de estabelecer princípios valorativos do que é justo, e nem mesmo a ética discursiva, porque em nossa opinião se referem a questões distintas sobre democracia. Referimo-nos, em suma, à importância de aprofundar num enriquecimento da política democrática no sentido pretendido por Zigmunt Bauman (2010). Esse autor, depois de analisar os desafios da vida acelerada e a possibilidade da construção de estratégias no atual contexto

mitiria uma progressiva e paulatina *legitimação-aceitação-cumprimento* das regras de convivência, e, inclusive, uma visão compreensiva do outro dentro do procedimento de atribuição de responsabilidade penal, inalcançável se partíssemos de uma visão comunitarista da relação entre homem e Estado²⁰.

O traslado dessa base argumental ao âmbito do Direito Penal permitiria chegar à conclusão de que o procedimento de imputação, que finalmente conduz à imposição de pena, também deve estar fundamentado no respeito à autonomia do indivíduo, concebido como cidadão em um Estado Democrático de Direito. Com esse ponto de partida, o procedimento de imposição de pena, com base nos pressupostos liberais e democráticos, passaria a estar integrado pela discussão, em condições de imparcialidade e a partir do uso da razão prática, sobre o significado e o valor dos interesses individuais em cada caso. O que, nas palavras de Alcácer Guirao (1998, p. 512), pode ser interpretado da seguinte forma:

[...] el Derecho ha de sostenerse sobre presupuestos racionales, susceptibles entonces de ser sometidos a una discusión intersubjetiva, y, segundo, que el fundamento y los fines del mismo han de poder ser aceptados por todos los afectados. “Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas razonables y racionales, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos

da modernidade líquida, mediante um contínuo processo de apoderamento, defende que: “En tales circunstancias, las habilidades que más necesitamos, para brindar a la esfera pública una oportunidad razonable de reactivación, son las relacionadas con la integración con los demás: mantener un diálogo, negociar, alcanzar un entendimiento mutuo y gestionar o resolver conflictos que son inevitables en cualquier manifestación de vida en común” (BAUMAN, 2010, p. 271).

- 20 Adotamos aqui a noção de comunitarismo referida por Alcácer Guirao (2002, p. 143-144), de acordo com o qual, na visão comunitarista de sociedade, a relação entre indivíduo e Estado estaria pautada não na consideração prioritária da liberdade individual, mas, sim, nos valores que pudessem oferecer estabilidade ao sistema em benefício da coletividade.

excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados”.

Com esse ponto de partida, seria possível deduzir que a finalidade primordial do Direito Penal não é, propriamente, a proteção da vigência das normas, e sim a proteção de bens jurídicos, pois, sem renunciar à finalidade preventiva da pena, apresenta-se previamente limitado pelo debate acerca das condições materiais legitimadoras da sanção penal (a realização de uma conduta típica, antijurídica e culpável) que, de acordo com os postulados éticos liberais, somente pode ser construída a partir da referência aos interesses do indivíduo²¹, ou seja, a proteção de bens jurídicos, que, a partir de uma concepção personalista de bem jurídico²², constitui o fundamento ético tanto da norma como da correspondente sanção (no caso de que se produza uma infração penal) e orienta, em suma, toda a interpretação do Direito Penal²³.

Nesses termos, pretendemos a partir de agora dar notícia de como um importante setor da doutrina espanhola, preocupado com os excessos da consideração funcional da culpabilidade, vem incorporando elementos do discurso filosófico de caráter ético-social para, dessa forma, oferecer uma fundamentação sólida ao conceito material da culpabilidade, como pressuposto necessário – enquanto elemento legitimador – para a imposição de uma pena justa. Por esta via também seria possível, como veremos, gerar confiança entre os demais membros da sociedade aportando estabilidade ao sistema normativo.

21 Nas palabras de Alcácer Guirao (1998, p. 574), “Un Derecho penal liberal se fundamenta y legitima en torno a la protección y el respeto de los intereses del individuo”. Dessa forma, é possível até mesmo superar a crítica formulada por Ferrajoli (2000, p. 257) às doutrinas retribucionistas de Kant e Hegel no sentido de que estas não estavam em condições de dar resposta à pergunta “por que proibir?”.

22 Em sentido contraposto à concepção espiritualizada de bem jurídico.

23 A este respeito, confira a ampla valoração de Alcácer Guirao (1998; 2002), pela qual é possível demonstrar que a finalidade de proteção de bens jurídicos do Direito Penal permite, entre outros aspectos, a compatibilidade entre a finalidade preventiva da pena e os direitos e garantias individuais.

3 A importância do idealismo alemão no entendimento da culpabilidade

Como vimos, a interpretação da ideia de liberdade e autonomia propugna a visão do indivíduo ante o ordenamento jurídico como sujeito livre e capaz de autodeterminar-se na vida de relação. Essa liberdade de atuar permitiria ao sujeito desenvolver-se e organizar-se em benefício dos seus interesses pessoais, cabendo ao ordenamento jurídico, no marco de um Estado Democrático de Direito, estabelecer as pautas do contato pacífico entre os indivíduos autônomos. E, como contrapartida da liberdade previamente reconhecida, institui-se a responsabilidade pelo organizado na vida de relação. Nesse sentido, a ideia de autonomia expressa uma imagem de homem livre e racional que inspira todo o sistema normativo e legitima a exigibilidade de que os mandatos e proibições inscritos nos preceitos normativos sejam cumpridos (BALDÓ LAVILLA, 1994; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007). É justamente sobre esta base que se constrói o conceito normativo de pessoa individualmente considerada e se fundamenta a regra básica do sistema de imputação: autonomia, como pressuposto para a imposição de responsabilidade penal.

A doutrina espanhola refere-se a esta construção de diferentes formas, por exemplo, o conceito de pessoa racional e colaboradora na acepção de Alcácer Guirao (1998; 2002), ou o de pessoa reflexiva na terminologia adotada por Díaz Pita (2002), ou o de pessoa deliberativa referido por Martín Lorenzo (2009), entre outros. Nessas formulações de uma espécie de imagem normativa do homem, ou seja, construída pelo sistema jurídico, cada indivíduo é considerado *a priori* como sujeito capaz de refletir e de atuar de acordo com as suas reflexões, aspecto que constitui o pressuposto lógico fundamental do procedimento racional e valorativo de atribuição de responsabilidade individual. Com esta perspectiva, seria possível alcançar o reconhecimento de que o sujeito, cujo comportamento será objeto de um juízo de valor pelo Direito Penal, não deve ser visto somente como a fonte produtora de ações e manifestações

a partir do prisma causal, mas sim como pessoa, cuja capacidade racional deliberativa permite formular um juízo de culpabilidade e, conseqüentemente, de responsabilidade pelos atos praticados.

Dessa forma, é possível deduzir que o conceito normativo de pessoa, construído de acordo com ideais éticos acerca da liberdade e autonomia, constitui a base sobre a qual se desenvolveu o fundamento material da culpabilidade.

A reprovação de culpabilidade se legitimaria, portanto, como retribuição à atuação injusta de um sujeito livre e racional que, apesar de estar capacitado para atuar conforme o Direito, realiza uma conduta que entra em contradição com as normas do ordenamento jurídico (ROXIN, 1997; HASSEMER, 1999; STRATENWERTH, 2005)²⁴.

Sem embargo, cabe esclarecer que essa não foi uma construção isenta de problemas como consequência do debate produzido entre deterministas e indeterministas sobre a possibilidade e necessidade

²⁴ Como explica Cuesta Aguado (2005, p. 102) sobre a origem da diferença entre culpabilidade formal e material: “Mientras que el concepto formal de culpabilidad cuestiona los ‘presupuestos o requisitos’ (positivos) necesarios para que exista culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente, neutral o no valorativa; el concepto material de culpabilidad responde a una corriente filosófica jurídica derivada del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa introduciendo criterios valorativos y axiológicos en el Derecho Penal. Este idealismo neoclásico recoge [...] la imagen del hombre como individuo racional, responsable y libre, procedente de la ilustración”. O significado do termo *culpabilidade material*, utilizado no texto, é, portanto, o mesmo que emprega Cuesta Aguado (2005, p. 102) quando defende que: “Al concepto material de culpabilidad le interesa ir más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, intentando responder a la pregunta de por qué el estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables. En este sentido, el concepto material de culpabilidad tiende a convertirse en el argumento teleológico – basado en consideraciones éticas, sociológicas o ideológicas – que legitima al conjunto de elementos que nuestro concreto derecho positivo acoge en la posición sistemática de la culpabilidad. Este concepto material, lo mismo que el concepto de antijuridicidad material, pretende servir como criterio legitimador (y cuando sea posible, además, delimitador) del *ius puniendi* del estado”.

de uma demonstração empírica da liberdade para afirmar em cada caso se houve, de fato, possibilidade de atuar conforme o Direito²⁵.

Essa crise não foi determinante de um completo abandono dos ideais éticos na fundamentação material da culpabilidade, mas sim de uma reformulação sobre bases distintas²⁶. Até mesmo quando levamos em consideração a dificuldade de sistematização das distintas concepções de liberdade na doutrina penal, arriscamo-nos a deduzir que não é possível conceber nem o Direito, nem as relações jurídicas hoje sem o reconhecimento de *uma* liberdade (sem tomar aqui partido por uma definição), e nesse sentido devemos destacar o significado e a importância do legado deixado pelo idealismo alemão, entre outros aspectos, na fundamentação material da culpabilidade.

Essa dificuldade de estabelecer uma compreensão unívoca da liberdade ou de estabelecer um consenso sobre a aceção do termo no âmbito do Direito Penal se agrava quando nos damos conta de que, na valoração da culpabilidade, entram em consideração aspectos do comportamento que não atendem a uma estrita concepção

25 De fato, como evidenciam Melendo Pardos (2002), Urruela Mora (2004) e Muñoz Conde (2007), o juízo formal de reprovação que se elabora na culpabilidade se fundamentou materialmente durante muito tempo, desde concepções normativas da culpabilidade, na existência do livre arbítrio e na capacidade do sujeito de obrar de outro modo. Este conceito normativo de culpabilidade entrou em crise a partir da crítica de Engisch (na obra *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965) sobre a impossibilidade de demonstrar empiricamente a liberdade do sujeito no sentido do livre arbítrio, entendido como capacidade e possibilidade no momento da ação de atuar de outro modo. Para uma aproximação aos termos deste debate, com uma ampla referência bibliográfica, confira Urruela Mora (2004) e Martínez Garay (2005).

26 Com isso, queremos dizer, com apoio em Martínez Garay (2005), que a questão da liberdade passou a integrar o discurso sobre a fundamentação material da culpabilidade, seja sob a perspectiva daqueles que entendem a liberdade como uma realidade passível de demonstração empírica (por exemplo, como realidade psicológica, ou antropológica, ou social, ou gramatical e linguística), seja sob o prisma daqueles que entendem a liberdade como um postulado, uma atribuição ou uma necessária presunção normativa (para a proteção do indivíduo ante a pretensão punitiva do Estado, ou para a estabilização do sistema penal).

determinista ou indeterminista da liberdade. Esta questão é descrita com grande precisão por Martínez Garay, ao analisar os fatores que podem chegar a condicionar o comportamento humano e que se consideram como causas excludentes da culpabilidade, sob as diferentes perspectivas – determinista e indeterminista –, para chegar à conclusão de que:

[...] en realidad solo exculpan aquellos condicionantes que consideramos (o que el Código penal de turno considera) *suficientemente relevantes* para exculpar, por las razones que sean [...] es decir, no todo lo que explica un comportamiento es razón suficiente para excusarlo. El problema es que entonces hay que dar las *razones* para justificar por qué seleccionamos unos factores y no otros (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 181, grifos no original).

Na argumentação sobre a fundamentação material da culpabilidade, dever-se-ia partir, então, de um raciocínio que explicita “cuáles son las exigencias de justicia, es decir, valorativas, desde las cuales se plantea la necesidad de reconocer relevancia excusante a determinados factores” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 182).

Como esclarece a esse respeito Muñoz Conde (2007, p. 139), atualmente não é possível fundamentar a culpabilidade sob uma perspectiva estritamente individual, porque:

[...] realmente no hay una culpabilidad o culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la conducta sino una característica que se atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien defiende los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad²⁷.

27 Com essa base, Muñoz Conde defende um conceito dialético de culpabilidade baseado na correlação entre culpabilidade individual e prevenção geral. A união desses fatores seria, então, determinante para lograr uma fundamentação material específica da culpabilidade, e, para Muñoz Conde, este objetivo pode ser alcançado por

E o que vem sendo defendido ultimamente no âmbito do Direito Penal é que somente por meio de uma argumentação filosófica de caráter ético-social seria possível traduzir em termos normativos quais são as exigências materiais de justiça numa determinada sociedade e, em consequência, aquilo que pode ser legitimamente exigido ante o sujeito que delinque.

Essas propostas, que vêm sendo desenvolvidas por uma vertente da doutrina espanhola, pretendem sair do vazio da fórmula tradicional do *poder atuar de outro modo*, ao mesmo tempo em que se negam a aceitar uma fundamentação puramente instrumental da culpabilidade a partir de teorias preventivo-gerais. E, por isso, defendem a necessidade de buscar um fundamento material para culpabilidade construído com base no discurso de legitimação democrática das normas jurídicas.

Os defensores dessa proposta na doutrina espanhola partem do clássico argumento de que o conceito material de culpabilidade está vinculado à necessidade de legitimação da imposição de pena pelo Estado ante aquele que delinque. Em outras palavras, partem da premissa de que a culpabilidade – enquanto juízo de imputação para atribuição de responsabilidade – deve proporcionar o fundamento e os limites da imposição de uma pena justa. Nessa

meio da função motivadora da norma penal. O fundamento comum aos elementos que compõem a culpabilidade – capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de outra conduta – “se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común pacífica y justamente organizada. La ‘*motivabilidad*’, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creemos, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante a esa facultad – cualquiera que sea el origen de la misma – deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en posición de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que integra sean reales y efectivas” (Muñoz Conde, 2007, p. 141).

linha de entendimento, o conceito material de culpabilidade deve estar em condições de oferecer princípios valorativos estáveis que orientem o entendimento de quais são as exigências de justiça no âmbito de uma sociedade democrática e, em consequência, quais são as razões que podem vir a ser reconhecidas como válidas para eximir de responsabilidade.

Em nossa opinião, Varona Gómez (2000), Martínez Garay (2005), Feijoo Sánchez (2007; 2009) e Martín Lorenzo (2009) são atualmente os defensores mais representativos dessa tendência no âmbito da doutrina espanhola. E, apesar das diferenças existentes no desenvolvimento do conceito material de culpabilidade em cada um desses autores, consideramos adequado dar notícia dos aspectos convergentes que lhes situam no grupo de doutrinadores que, preocupados com a progressiva funcionalização da culpabilidade, dedicam esforços à tarefa de legitimação ético-social do Direito Penal.

Os trabalhos publicados por Varona Gómez, Martínez Garay e Martín Lorenzo, vistos em conjunto, têm por objetivo o estudo das causas excludentes da culpabilidade reguladas no Código Penal espanhol de 1995. Martínez Garay realiza um amplo estudo da imputabilidade e das causas de inimputabilidade, enquanto Varona Gómez e Martín Lorenzo dedicam suas obras ao estudo daqueles casos em que, apesar da capacidade de culpabilidade do sujeito, pode haver exclusão da culpabilidade ou atenuação da pena por fatores que afetem à exigibilidade da atuação conforme o Direito. Por último, Feijoo Sánchez realiza um profundo estudo das teorias da pena, a partir do qual deduz o conceito material de culpabilidade.

Não realizaremos aqui propriamente uma resenha das obras desses autores, somente destacaremos aqueles aspectos que nos permitem situá-los dentro do setor da doutrina espanhola que pretende resgatar o significado e a importância da legitimação ético-social do Direito Penal, por meio da implicação prática dessas considerações no entendimento da culpabilidade.

A principal preocupação nesse âmbito é a de oferecer uma explicação de por que, em determinados casos, o ordenamento jurídico penal reconhece o valor de circunstâncias excepcionais para eximir o autor de uma conduta típica e antijurídica de responsabilidade ou para atenuar a pena. O que, na opinião dos autores referidos, não teria sido respondido adequadamente nem mesmo pelas teorias preventivas.

Nessa linha, defende-se que, antes de discutir o grau de exigibilidade de um comportamento em função de considerações preventivas, seria preciso esclarecer que tipo de argumentação racional sustenta o juízo de culpabilidade, para que este seja visto como um juízo de retribuição justo e legítimo ante o sujeito que realiza uma conduta típica e antijurídica. Dessa forma, seria também possível chegar ao entendimento de que tipo de circunstância excepcional é relevante para atenuar a pena ou eximir responsabilidade.

Para alcançar esta meta, os autores referidos estabeleceram uma estreita conexão entre o conceito material de culpabilidade e os trabalhos de filósofos como Rawls e Habermas.

3.1 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da teoria da justiça

Passando à exposição das propostas da doutrina espanhola, Varona Gómez (2000) argumenta que, para fundamentar o concreto âmbito de aplicação das causas excludentes da culpabilidade, e seus requisitos, é necessário encontrar, referindo-se a Rawls, um estado de equilíbrio reflexivo, concretamente uma base filosófica moral e política que justifique o próprio Direito Penal e que se estuda no marco da justificação racional ou legitimação da pena.

Isso porque, apesar da importância de considerações de política-criminal na articulação e compreensão das categorias dogmáticas do delito, na opinião de Varona Gómez (2000, p. 12),

sigue siendo una cuestión debatida qué significa exactamente la reconstrucción del delito a partir de tales consideraciones y cuáles son, de hecho, las consideraciones político-criminales que deben participar en esta labor.

Sob a perspectiva do autor, uma resposta adequada a esta questão somente estaria em condições de ser elaborada caso fosse definido previamente, e a partir de considerações ético-sociais, qual é a missão do Direito Penal e quais são os princípios valorativos que orientam a aplicação justa da pena²⁸.

Com esta base, Varona Gómez defende que o fundamento de uma causa de isenção de pena está diretamente relacionado com a concepção de justiça e o procedimento de atribuição de responsabilidade penal individual sob uma perspectiva retribucionista. Com isso, o autor não quer dizer que a pena cumpra somente uma finalidade retributiva, mas sim que a fundamentação de uma causa excludente da culpabilidade, a partir de uma doutrina de justificação retribucionista, proporciona a garantia de que a pena não será imposta para dar resposta somente às ponderações utilitaristas de custos-benefícios sociais, e que se levará, portanto, em consideração o princípio de culpabilidade. O que até mesmo abriria espaço para estabelecer no plano teórico uma espécie de equilíbrio – que deve

28 “En definitiva, si se parte de la decisiva incidencia que las consideraciones político-criminales relativas a las finalidades del derecho penal desempeñan en toda su construcción teórica y aplicación práctica, y por tanto, también en la configuración de una causa de exención de la responsabilidad penal, debe procederse a una discusión abierta sobre ellas. Eso sólo parece posible desde las propias teorías de filosofía política y moral que justifican el derecho penal; *pues estas teorías son, precisamente, la respuesta racional que la doctrina pena ha pretendido dar al problema de los fines y principios justificantes a los // que le derecho penal debe ajustarse*. De esta manera, se consigue situar la discusión en los márgenes de un marco definido en el que sea posible discutir y valorar racionalmente las apelaciones de política-criminal” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 13-14). Esta questão vem despertando o interesse de um setor importante da doutrina espanhola justamente porque se considera que as causas de exclusão da culpabilidade estão intimamente relacionadas com a proteção e o respeito aos direitos individuais diante do poder punitivo estatal, que, por isso mesmo, não podem ser valoradas desde uma *exclusiva* ou *primordial* ótica político-criminal, orientada a finalidades preventivas, sob pena de prescindir de sua própria natureza jurídica.

existir – entre pretensões político-criminais e pretensões de garantia individual por uma doutrina mista de justificação do castigo.

Varona Gómez não é alheio às críticas que, durante muito tempo, se dirigiram à fundamentação material da culpabilidade e ao conteúdo do princípio de culpabilidade a partir da ideia de *liberdade de eleição individual* e do correlativo *poder atuar de outro modo*. Por isso, considera que a fórmula mais adequada do princípio de culpabilidade é a oferecida por Hart²⁹, de acordo com a qual uma pessoa somente poderá ser castigada penalmente quando tiver “una justa oportunidad de evitar la comisión del delito” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 39). De fato, na opinião do autor, a ideia de “justa oportunidade de cumprir com o mandato normativo” constitui a raiz do princípio de culpabilidade (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 40).

O entendimento desse princípio valorativo no juízo de atribuição de culpabilidade, uma vez constatado que o sujeito realizou uma conduta típica e antijurídica, significa que, na interpretação das causas de exclusão da culpabilidade, é preciso estabelecer o que é que pode ser exigido de maneira razoável daquele que delinuiu.

Como expõe Varona Gómez (2000), não seria possível elaborar uma resposta adequada a esse tipo de valoração com base no *standard* de homem médio, indagando sobre o que outra pessoa faria no lugar do autor, nem com base em argumentos preventivo-gerais que primam pela exigência de estabilidade do sistema.

Nessa linha argumental, Varona Gómez (2000) defende que, para chegar à conclusão de se os motivos alegados pelo autor da conduta ilícita podem ou não ser entendidos como válidos para atenuar a pena ou eximi-lo de responsabilidade, deveriam ser consideradas tanto as características individuais do sujeito como as circunstâncias em que este atuou. Com essa individualização, estaria o juiz ou o tribunal habilitado a decidir se o sujeito em questão

29 Varona Gómez (2000) refere-se à Herbert Lionel Adolphus Hart. *Punishment and responsibility, Essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon press, 1968.

teve uma justa oportunidade de evitar o delito e se era, portanto, possível exigir-lhe um mínimo de fidelidade ao mandato normativo de não cometer delitos.

Referindo-se concretamente à excludente de medo insuperável (art. 20.6 do Código Penal Espanhol), Varona Gómez (2000) sustenta que a determinação de quando estariam ausentes as condições de uma justa oportunidade de obrar conforme o Direito estaria vinculada à existência de uma situação de conflito em que é compreensível e razoável, sob uma perspectiva normativa, que o indivíduo por ela afetado realize uma legítima opção a favor de seus próprios interesses. Dita perspectiva normativa estaria, nessa linha, pautada a partir de considerações sobre a razoabilidade dos motivos alegados pelo sujeito afetado pela situação de conflito, para explicar por que atuou de uma determinada forma e não de outra, e a correlata ponderação de se, nas circunstâncias do caso e ante os motivos expostos, existiu uma justa oportunidade de atuar conforme o Direito, sendo, portanto, exigível o cumprimento do mandato ou da proibição normativa.

A legitimidade da atuação a favor dos próprios interesses residiria “en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la especial perspectiva del autor implicado en él, debido a su vinculación personal con el interés amenazado” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 58).

O autor tampouco é alheio à existência de resistências acerca da admissibilidade de uma causa de exclusão da culpabilidade, fundamentada na preferência subjetiva do autor pelo bem ameaçado, em um determinado contexto de conflito de interesses. Contudo, justifica quando caberia esta possibilidade:

Ciertamente, que el ordenamiento penal reconozca una eximente fundada en la preferencia subjetiva del autor por el interés en peligro puede resultar extraño y hasta discutible. Pero creo que, de hecho, refleja unas pautas o valores ampliamente reconocidos en nuestra sociedad moderna, que tienen que ver con la adecuada *sepa-*

ración entre persona y ciudadano; esto es, entre la situación de la persona como miembro de la comunidad (ciudadano) y por lo tanto sujeto a determinadas obligaciones, y su consideración como ser autónomo (persona) que promueve su propia felicidad e interés. Esta separación da lugar a un doble nivel de relaciones (unas basadas en la idea de parcialidad y otras en exigencias de imparcialidad) que el derecho no puede desconocer (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 59, grifos no original).

Por essa via, abrir-se-ia o caminho para a consideração de como as características pessoais afetam os juízos normativos de valoração:

cuando las características individuales que hacen a una persona especialmente vulnerable a una determinada amenaza se acreditan en juicio, entonces el problema probatorio se convierte en una cuestión material de justicia (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 174).

Dito isso, Varona Gómez (2000, p. 179) finalmente deduz que

el parámetro de inexigibilidad o razonabilidad debería ser lo suficientemente flexible para poder dar cuenta de aquellos casos en los que la persona no pueda cumplirlo y aun así no parezca justo castigarla con una pena.

Seguindo por esse caminho, Martínez Garay (2005, p. 182) defende que a argumentação sobre a fundamentação material da culpabilidade deve partir de uma reflexão que explicita “cuáles son las exigencias de justicia, es decir, valorativas, desde las cuales se plantea la necesidad de reconocer relevancia excusante a determinados factores”.

A mesma autora entende o juízo de culpabilidade como um juízo personalizado sobre a conduta antijurídica, no qual se consideram as diferentes características ou situações particulares do autor da conduta para a valoração e graduação da responsabilidade. E aclara que, para realizar este juízo personalizado sobre a culpabilidade do autor da conduta típica e antijurídica – para assim chegar

à decisão de se era legítimo exigir ao autor do fato que atuasse conforme o Direito –, é necessário estabelecer critérios materiais que sirvam de base de comparação no procedimento de atribuição de culpabilidade (MARTÍNEZ GARAY, 2005).

En otras palabras: la culpabilidad es una instancia en la que se seleccionan como relevantes para determinar la responsabilidad algunos de entre los múltiples factores que inciden en el comportamiento de las personas. [...] En consecuencia, todo concepto de culpabilidad presupone que de entre todos los factores o variables que pueden aparecer en el contexto de los actos delictivos se ha llevado a cabo una selección, de acuerdo con determinados criterios de relevancia (en la selección de estos criterios materiales es donde se plantea el problema del fundamento). Del hecho de que la culpabilidad suponga una selección deriva necesariamente que algunas condiciones serán relevantes para la exculpación y otras no. [...] Por otra parte, y como se ha señalado con acierto, la culpabilidad, al menos la culpabilidad jurídica, no puede dejar de ser un juicio analógico, una comparación: para valorar un comportamiento desde el punto de vista de si era exigible un comportamiento diferente es necesario saber bajo qué condiciones es exigible un comportamiento diferente, es decir, es preciso disponer de un término de comparación (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 379-380).

Com esse entendimento, a autora define culpabilidade como “exigibilidade del comportamiento adecuado a derecho en atención a las circunstancias personales del autor en la situación concreta” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 386)³⁰. E, na sua opinião, a concreta

30 Em sentido amplo, a exigibilidade deve ser entendida como “matriz común desde la que explicar el fundamento de cada una de las exenciones de culpabilidad” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 386). Em relação ao fundamento específico da imputabilidade, Martínez Garay (2005, p. 387) defende que este consiste na “exigencia de igualdad real, entendida como diferenciación de trato a los desiguales”. “Esta concepción entroncaría con un entendimiento de la culpabilidad como conjunto de garantías o límites al *ius puniendi*, fundamentados en los principios y valores que inspiran una convivencia democrática en un Estado de Derecho que procure fomentar la igualdad real entre sus ciudadanos. Entre esos principios, además del de igualdad en la dimensión de trato desigual a los desiguales, estarían también, en mi opinión, consideraciones de proporcionalidad, de humanidad de las penas, de resocialización, de intervención mínima, y de respeto a la dignidad humana. El

delimitação da culpabilidade, como categoria dogmática, depende de critérios normativos que sejam capazes de expressar as convicções materiais de justiça de uma determinada sociedade, aplicadas a um ordenamento jurídico-penal concreto.

Os autores mencionados nessa epígrafe não entram, contudo, no debate metaético acerca do caminho metodológico a seguir para a identificação dos critérios normativos necessários, em última instância, para a definição do conteúdo da culpabilidade. De fato, Martínez Garay (2005, p. 389) assevera que “el contenido de la culpabilidad queda en gran medida indeterminado, pues es susceptible de ser concretado de formas muy distintas en cada ordenamiento jurídico”. Em contrapartida, defendem uma interpretação

principio de culpabilidad aglutina, en definitiva, un conjunto de valores o exigencias de justicia, que obedecen evidentemente a una determinada concepción de esta última” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 387). Neste âmbito, o objeto de análise específico para averiguar se existem ou não razões materiais para desculpar ao inimputável seria a *estrutura do seu processo motivacional*, o que permitiria chegar à conclusão de se estava caracterizada, no momento do fato, uma situação de inexigibilidade excepcional (pela constatação de uma relevante alteração na estrutura dos processos psíquicos cognitivos e afetivos que deram lugar à realização do delito), que o tornasse merecedor de um tratamento penal distinto aos casos de normalidade motivacional. Como justifica Martínez Garay, a relevância dos transtornos, anomalias ou alterações psíquicas, para a modulação da responsabilidade penal, requer um ponto de vista normativo que permita ao magistrado decidir sobre a imputabilidade ou inimputabilidade de um determinado sujeito. Esse filtro normativo estaria materialmente fundamentado no princípio de igualdade real e permitiria modular o grau de exigibilidade de comportamento adequado ao Direito quando se identificasse, por meio dos conhecimentos atuais sobre psicologia da motivação, um mau funcionamento dos processos cognitivos e afetivos relacionados com a motivação humana. Com essa base, a autora finalmente define imputabilidade como “exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos cognitivos y afectivos que dieron lugar a la realización del delito”, e inimputabilidade como “inexigibilidad de conducta adecuada a derecho, por alteración patológica suficientemente relevante, desde el punto de vista del principio de igualdad – en su aspecto de igualdad como diferenciación –, de la estructura de los procesos psíquicos cognitivos y afectivos que dieron lugar a la conducta delictiva” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 451). Enquanto em relação às demais causas excludentes de culpabilidade, o objeto específico de análise, para averiguar se existem ou não razões materiais para exculpar, estaria relacionado com o conteúdo da motivação, ou seja, na valoração das razões que motivaram o comportamento delitivo de um sujeito que se sabe não padece de uma relevante alteração na estrutura dos processos psíquicos cognitivos e/ou volitivos.

de cunho constitucional dos princípios de legalidade, igualdade e proporcionalidade, para dessa forma deduzir como operam os critérios normativos que integram o juízo de culpabilidade.

Nesse sentido, a proposta de fundamentação ético-social do conceito material de culpabilidade desses autores identifica-se em grande medida com o pensamento filosófico de Rawls (1979), que é justamente criticado, como relata Nino (1989), por certa desvinculação entre discurso filosófico e práxis. Em consequência, não apelam diretamente à ética discursiva para explicar como se obtém o consenso acerca do que pode chegar a ser entendido, sob uma perspectiva normativa flexível, como razões suficientes para eximir de responsabilidade. Nem deduzem diretamente da ética discursiva os critérios que logo são utilizados para valorar as condições de exigibilidade de um comportamento conforme o Direito. Esse aspecto, pelo contrário, aparece como pilar fundamental das propostas de Feijoo Sánchez (2007) e Martín Lorenzo (2009).

3.2 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da ética discursiva

Antes de manifestar sua opinião sobre o conceito material de culpabilidade, Feijoo Sánchez (2007) realiza um estudo extraordinário acerca das teorias da pena. Esse autor parte da perspectiva de que somente é possível resolver de maneira satisfatória a tensão entre finalidade preventivo-geral da pena, por um lado, e garantias individuais que derivam de uma concepção retributiva da pena, por outro, por meio de uma teoria comunicativa da retribuição e da prevenção geral positiva.

A través de una teoría normativa de la prevención general positiva se puede desarrollar, dogmáticamente, un modelo de imputación que establezca una proporción fundamentada entre delito y pena. La idea esencial es que sólo es posible la estabilización normativa en un Estado democrático de Derecho a través de la imputación personal y la retribución de hechos culpables. Una teoría preventiva no instrumental, sino comunicativa, que lleva implícita la idea de

culpabilidad por el hecho, plantea de partida importantes ventajas político-criminales y garantistas que no deben ser desdeñadas (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 594-595).

Esse autor defende, assim, uma teoria bidimensional da pena que se caracteriza por levar em consideração tanto aspectos preventivos – necessários para a estabilização do sistema – como aspectos retributivos – para a garantia individual ante a ingerência estatal. Em consequência, apela, para explicar como se obtém o consenso acerca do que pode chegar a ser entendido, sob uma perspectiva normativa flexível, como razões suficientes para eximir de responsabilidade, a uma racionalidade comunicativa que se caracterizaria por conectar as vantagens de uma racionalidade instrumental ou estratégica com as vantagens de uma racionalidade valorativa.

Con ello, la teoría de la prevención general positiva consigue conciliar las ideas de retribución (viejo principio de la tradición europea vinculado a las ideas de dignidad y Estado de Derecho) con los de necesidad social, sin incurrir en los excesos de las teorías preventivo-instrumentales o más utilitaristas. Sólo se puede asegurar las bases institucionales de la confianza en la norma en un sistema de libertades mediante retribución de injustos culpables (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 595).

Dessa forma, delimita claramente os dois aspectos que devem ser levados em consideração quando se trata de legitimar a atuação estatal mediante o Direito Penal: por um lado, a questão relacionada com os fins que legitimam, para uma determinada sociedade, uma instituição como a pena (modernamente a prevenção geral positiva) e, por outro lado, a questão relacionada com a justificação e legitimação da aplicação de uma pena àquele que a suporta, que deve ser construída a partir da ideia de retribuição à prévia comissão de um delito (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

É justamente nesse último âmbito que se situa o debate sobre o fundamento material da culpabilidade, que, para Feijoo Sánchez (2007, p. 599), significa, como consequência do legado kantiano, um debate sobre

cuáles son los ‘criterios de justicia’ (que evitan que un hombre sea usado como si fuera una cosa o un medio de la intención de outro) imperantes en una determinada sociedad, según la cual se determina cuándo se debe imponer una pena concreta.

Certamente este debate já não gira em torno da imagem de homem construída pelo idealismo kantiano – visto de maneira individualizada e desconectada da sociedade, a partir de argumentos metafísicos e transcendentais da razão prática –, pois, com o avanço das ciências sociais, as ações morais – concretamente as ações que se expressavam com liberdade e autonomia, como pressuposto necessário para atribuição de responsabilidade – deixaram de ser concebidas como o produto de operações racionais subjetivas e passaram a ser vistas como o resultado de interações intersubjetivas³¹. A relevância jurídica do comportamento humano não pode ser definida hoje a partir de critérios morais, mas, sim, por critérios normativos. De fato, em sua opinião, “Sólo se puede construir un concepto adecuado de culpabilidad jurídico-penal a partir de una comprensión normativa (no ontológica) e intersubjetiva de la cuestión” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 612).

Isso, na opinião do autor, vem sendo determinante, não de uma exclusiva reinterpretação do legado kantiano, mas, sim, de um entendimento funcional da culpabilidade e, nesse sentido, o giro metodológico a Hegel por meio da análise, em termos intersubjetivos, do vínculo do indivíduo com a sociedade à qual pertence.

Nessa linha, Feijoo Sánchez apela a uma visão construída do homem em sociedade com base nos postulados da ética discursiva. Como consequência, vincula o entendimento de sujeito imputável

31 “La radicalización del individualismo, sin tener en cuenta que la individualización se constituye mediante socialización y que subjetividad e intersubjetividad son fenómenos paralelos, plantea inconveniente en su doble dimensión: desarrolla un concepto individualista del ser humano inadecuado para describir el funcionamiento de las sociedades modernas, y convierte el fenómeno de la interacción social o bien en un actuar en paralelo aisladamente, o en un permanente actuar egoísta en contra de otros. El defecto esencial de las teorías individualistas es que dejan de lado, como tema a tratar, el fundamento de la vinculación del individuo con el orden social y el sistema jurídico” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 611).

à imagem de sujeito autônomo e capaz de participar do debate público desenvolvido no marco da ética discursiva³².

Com essa perspectiva, o fundamento da culpabilidade, que outorga legitimidade à imposição de pena, sustenta-se por meio da referência a uma espécie de ética democrática do discurso histórico-socialmente contextualizado³³.

Nessa linha, Feijoo Sánchez (2007) propõe normativizar o fundamento do juízo de reprovação, classicamente vinculado à ideia de *poder atuar de outro modo*, mediante o entendimento da culpabilidade material como ausência de uma disposição jurídica mínima, exigida por um determinado ordenamento jurídico.

Como adverte o próprio autor, sua proposta estaria orientada a fundamentar a culpabilidade em um Estado Democrático de Direito e por isso não encaixaria em uma racionalidade instrumental estrita, mas sim em uma racionalidade instrumental valorativa, comprometida com um referente material claro, que se relaciona com os princípios democráticos que formam parte do procedimento de configuração de um ordenamento social concreto. Por

32 O autor defende que somente podem ser considerados como sujeitos imputáveis “aquellos a los que se les reconozca plena competencia en asuntos públicos (derecho de sufragio activo y pasivo, posibilidad de ser miembro de un jurado, etc.) o, en todo caso, se les trate normativamente como los que detentan dicha competencia (extranjeros que son tratados en territorio español como ciudadanos). Sólo debe sufrir una pena por poner en entredicho un ordenamiento jurídico el que tiene reconocida normativamente la capacidad para participar en la elaboración y configuración de ese ordenamiento jurídico” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 641). “Ésta es una de las razones por las que quedan excluidos y deben quedar excluidos – mientras no cambien las circunstancias – como sujetos susceptibles de culpabilidad, los menores de edad (es decir, a los que no se les reconoce plena mayoría de edad política y social) y las entidades colectivas” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 642).

33 “Sólo un concepto material de delito que permita entender, dentro de un determinado contexto social, la pena como una sanción adecuada a la responsabilidad individual, permite entender la pena como una institución jurídica dentro de un sistema de libertades, que es lo que aquí interesa, y no sólo como un mero ejercicio de poder (sin negar que lo sea, ya que las penas son siempre males impuestos por quien detenta el poder) que puede acabar siendo arbitrario o no” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 602).

isso, sua exposição está marcada pela preocupação constante de esclarecer em que medida sua proposta diferencia-se da concepção funcional-sistêmica de Jakobs.

De fato, na opinião de Feijoo Sánchez (2007), o conceito funcional de Jakobs é incompleto porque este autor nunca logrou desenvolver um fundamento material adequado à culpabilidade e, além disso, é criticável porque nunca chegou a vincular o conceito de culpabilidade a um fundamento material que tivesse um claro compromisso com os princípios democráticos.

Como alternativa a Jakobs, Feijoo Sánchez reivindica um conceito de culpabilidade a partir da vinculação democrática do indivíduo com o ordenamento jurídico. Essa perspectiva supõe incorporar uma visão construída do homem como sujeito autônomo e responsável, participante do sistema deliberativo democrático, para, finalmente, deduzir que culpabilidade significa atribuição de responsabilidade em função da ausência de disposição jurídica mínima.

Nas palavras do autor:

La referencia a la disposición jurídica mínima es la que hace de tamiz de todos los elementos individualizadores que puedan ser tratados en el proceso (edad, formación, condicionantes sociales, historia vital, situación familiar etc.). Sólo son relevantes los datos del individuo que nos permitan valorar dicha disposición jurídica y, además, todos los datos relevantes deben ser valorados en función de dicha idea (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 668).

Em coerência com esse entendimento, Feijoo Sánchez (2007, p. 674-675) defende que:

[...] la referencia a la exigibilidad de un comportamiento distinto por la posibilidad de actuar de otro modo significa, materialmente, que el autor infringió la norma debido a la ausencia de una disposición jurídica mínima que le es exigida por un determinado ordenamiento jurídico.

Outro claro expoente dessa tendência é a recente obra de Martín Lorenzo (2009), que, apoiando-se em maior medida na proposta de Günther³⁴ e em menor medida na proposta de Kindhäuser³⁵, reivindica uma construção, com base na teoria discursiva, do conceito material de culpabilidade.

O objetivo da autora é o de estabelecer pautas de atribuição de responsabilidade penal individual, levando seriamente em conside-

34 Martín Lorenzo refere-se à Günther, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat. Vittorio Klostermann Verlag: Frankfurt a. Main, 2005. Na opinião de Martín Lorenzo (2009, p. 289): “La tesis principal de Günther es que existe un nexo entre la culpabilidad y la legitimación de las normas en el sentido de que el concepto de persona que permite legitimar la atribución de responsabilidad sólo puede encontrarse si se vincula el concepto penal de culpabilidad a la idea de legitimación democrática de las normas jurídicas y a la persona del ciudadano como titular del derecho a la participación política en los procedimientos democráticos de formación de opinión y voluntad relativos a la creación de normas jurídicas. Tales afirmaciones exigen encadenar a la institución penal de la culpabilidad con el alumbramiento democrático de las normas como fuente de legitimación del ordenamiento”. Confirma também a resenha de Sánchez-Ostiz (2006) sobre a obra de Günther, em que manifesta, entre outros aspectos, que este autor alemão transita entre o Direito Penal e a Filosofia do Direito utilizando um método de trabalho próprio do Instituto de Frankfurt (Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie da Universidade de Frankfurt, Johann Wolfgang Goethe-Universität), o que explicaria a conexão das posições defendidas por Günther com as obras de autores como Jürgen Habermas e John Rawls, em maior medida do que com as obras de penalistas.

35 Martín Lorenzo refere-se à KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad. Traducción de Percy García Caveró. In: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, MIR PUIG, SANTIAGO (Dir.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid, 1999; KINDHÄUSER. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 3. ed. Baden-Baden, 2006. Esse autor alemão defende a construção de um conceito material de culpabilidade orientado valorativamente aos princípios de uma sociedade democrática. De acordo com o seu entendimento, “la culpabilidad material es – en una sociedad constituida democráticamente – un déficit de la suficiente fidelidad al Derecho que se espera de una persona en Derecho en la observancia de las normas” (2006, p. 153). E embora a argumentação utilizada por Kindhäuser lhe aproxime de uma concepção funcional da culpabilidade, este autor pelo menos reivindica a necessidade de uma fundamentação racional limitadora do juízo de retribuição de culpabilidade que seja coerente com a imagem construída do homem dentro de um Estado Democrático de Direito. O que significa o seu distanciamento das propostas funcionais mais radicais que primam pela neutralidade axiológica, e um claro posicionamento a favor de garantias inerentes a todo indivíduo, que derivam da consideração da dignidade humana e inspiram as sociedades democráticas.

ração, no momento de elaborar um juízo de culpabilidade, tanto a oportunidade que deve ser dada ao autor da conduta típica e antijurídica de explicar sua conduta como o dever do operador jurídico de examinar essa conduta e as razões que a motivaram, de modo que, dependendo das circunstâncias, este possa chegar a compreendê-la com base em critérios normativos de valoração.

O pilar fundamental de sua elaboração teórica parte da concepção normativa de pessoa, entendida como pessoa deliberativa dentro de um sistema democrático de Direito³⁶, e, sobre esta base, estrutura-se por meio da referência à competência comunicativa do sujeito cuja conduta é objeto de valoração pelo Direito Penal³⁷. Nessa linha de entendimento, Martín Lorenzo pretende oferecer não tanto um conceito material positivo de culpabilidade, mas sim uma concepção material de culpabilidade internamente justificada, segundo os postulados do Estado Democrático de Direito:

En tal medida, la culpabilidad jurídico-penal sólo puede legitimarse en un sistema democrático que, de manera más o menos imperfecta respecto al presupuesto contrafáctico del proceso discursivo ideal, articula la participación de todos en los procesos creadores de normas. El reflejo legal de esta idea de culpabilidad no se concreta en un concepto material positivo de culpabilidad que haya de probarse, sino que se articula a través de la determinación de aquellas circunstancias bajo las que dejan de estar presentes las bases fundamentadoras de la exigencia de responsabilidad (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

36 “El sujeto protagonista del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho encarna los rasgos de una persona deliberativa y, sobre todo, su característico desdoble en ciudadano autor de las normas y persona en Derecho destinataria de esas normas, cuyo intercambio reglado de roles hace buena idea de que las personas en Derecho solo pueden ser autónomas en la medida en que puedan ser entendidas como autores, en virtud de sus derechos de ciudadanos, de las normas a las que deben prestar obediencia” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 301).

37 “La noción central de la culpabilidad penal en el sistema jurídico propio de un Estado democrático reside en el concepto de persona deliberativa. Bajo tal nomenclatura no se esconde más que la referencia a la competencia comunicativa de de un sujeto, proyectada tanto en su faceta de ciudadano responsable de la producción de normas como en la de persona en Derecho responsable de su cumplimiento” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

Com essa base, Martín Lorenzo assume, como referente valorativo dos motivos que podem ser intersubjetivamente válidos para exculpar, dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, a consideração do indivíduo, concretamente do autor do fato típico e antijurídico, como pessoa livre, dotada de competência comunicativa e conseqüente aptidão para o exercício de direitos políticos (consideração recíproca entre os membros de uma sociedade democrática da existência de um âmbito de autonomia privada – liberdade individual – e autonomia pública – liberdade política), o que implicaria, em segundo lugar, que a infração da norma deverá ser punida como ruptura do consenso adquirido democraticamente, exceto quando as razões alegadas pelo autor se identifiquem com os valores que a sociedade tem o interesse de preservar.

De fato, como defende Martín Lorenzo (2009, p. 302),

[...] las razones que explican la lesión de la norma por el destinatario están presentes también en la propia elaboración normativa por parte del ciudadano proyectado a su rol de destinatario, que arbitrará el marco normativo adecuado para excluir la responsabilidad por el incumplimiento si tales motivos alcanzan el *status* de intersubjetivamente aceptables.

É justamente por isso que, na opinião da autora, nem o juiz nem o tribunal pode deixar de escutar, no momento de decidir sobre a atribuição de responsabilidade jurídico-penal, as razões alegadas pelo autor para atuar.

Com essa base dialogal e horizontal é que pretende Martín Lorenzo outorgar sentido ao tradicional conceito material-normativo de culpabilidade como exigibilidade e interpretar as normas que disciplinam as causas de excludentes de culpabilidade³⁸.

38 Nas palavras da autora: “la estructura dialogal del reproche acoge el primer presupuesto de una atribución de responsabilidad acorde con un ordenamiento jurídico-penal democrático: ofrece al autor de la conducta típica y antijurídica la oportunidad de explicar su conducta y al operador jurídico la ocasión para examinar esa conducta, sus razones y, en su caso, comprenderla” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 308-309).

E o que significa isso? Acaso qualquer explicação pode ser compreendida e aceita como um motivo válido para exculpar? Não. Como esclarece a autora, as motivações individuais para atuar de uma determinada forma não contam *per se* como válidas para excluir a reprovação de culpabilidade, mas, sim, devem ser levadas em consideração com o objetivo de identificar se constituem, ou não, a expressão de interesses positivamente valorados pela sociedade, ou seja, se podem chegar a ser intersubjetivamente válidos para exculpar. “Aforísticamente expresado: las razones para exculpar suponen razones que todos consensuamos” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 310).

De fato, nas palavras da autora,

[...] el reproche, como concepto adecuado para articular una culpabilidad compatible con el debido carácter dialógico de la atribución de responsabilidad jurídico-penal en un sistema democrático, y el decaimiento del reproche, como fruto de la general comprensión de las razones de la conducta antijurídica aducidas por el autor en ese diálogo, conforman el esqueleto de las reglas de exculpación democráticas. Este marco impide una concepción absoluta de la culpabilidad en términos de poder fáctico para cumplir la norma y da paso a la evaluación de los motivos del sujeto. Además, como primera aproximación general y positiva al fundamento material de la exculpación, emerge la comprensión de los motivos del sujeto como reflejo de nuestra autocomprensión como personas responsables que se refleja en la propia imputación cotidiana. Con la ayuda de tales parámetros se estará en mejor estado para atacar el último tramo de la tarea de definir las razones materiales de la exculpación, esto es, el contenido de su razón normativa: la comprensión (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 318).

Para este fim, Martín Lorenzo especifica os elementos que devem ser levados em consideração em sede de culpabilidade. Vejamos.

Por um lado, esta autora refere-se à necessidade de valorar se o sujeito em questão era dotado da capacidade de adotar uma postura crítica, em suas duas vertentes, cognitiva e volitiva, como

pressuposto do uso comunicativo da linguagem. Essas habilidades formariam parte da capacidade humana de autoconhecimento como participante na vida de relação e constituiriam, portanto, o pressuposto indispensável para valorar se o sujeito era, ou não, dotado de competência comunicativa.

Esta capacidade de adotar uma postura crítica, descrita por Martín Lorenzo como competência comunicativa, teria como conteúdo:

[...] la aptitud para atender y examinar conforme a razones las acciones propias y ajenas y la disposición a alterar los propios planes de conducta en función del resultado del examen, en ambos casos con el reverso de la asunción de responsabilidad por las propias manifestaciones o acciones como garantía de las pretensiones de validez que esas exteriorizaciones implican (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

Por outro lado, a autora refere-se à valoração do conhecimento da norma e à ausência de um contexto coativo ou de razões poderosas que possam afetar à sobrevivência da imagem normativa de pessoa deliberativa num sistema democrático. E isso porque uma concepção material de culpabilidade, internamente justificada, demandaria, para além da figura da pessoa deliberativa, também um horizonte de reconhecimento dos fatores que afetam o cidadão no exercício de sua capacidade de posicionamento racional no papel de destinatário da norma (MARTÍN LORENZO, 2009).

Por esse motivo, seria necessário averiguar se o autor da conduta antijurídica teve a possibilidade de exercitar as capacidades que lhe caracterizam como sujeito autônomo, destinatário das normas, e como cidadão, ou seja, seria necessário constatar se o sujeito sobre cuja conduta recai o juízo de reprovação teve a oportunidade de atuar na condição de partícipe do sistema democrático. O que significa que, no momento de determinar a culpabilidade pela prática de uma conduta típica e antijurídica, deve ser demonstrado não só que o autor da conduta atuou em condições de normalidade a respeito de suas capacidades cognitivas e volitivas, livre de erro ou

coação, mas também é preciso constatar que estava presente o pressuposto da efetiva possibilidade de acesso ao debate público, como parte do núcleo da legitimação da reprovação de culpabilidade.

En otras palabras, el fundamento de la responsabilidad penal individual se plasma en unas causas de inculpabilidad jurídico-positivas que reflejarán las situaciones en las que, primero, el sujeto no ostenta la genérica capacidad de imputación – la capacidad de evaluar críticamente sus planes de acción y de modificarlos atendiendo a razones, en este caso las que representa la norma penal, especialidad que determinará su configuración concreta –; segundo, no se dan las condiciones para hacer uso de ella integrado el motivo que representa la norma; y tercero, falta el presupuesto concomitante de una accesibilidad real al proceso de producción de normas (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 320-321).

Com esta configuração, mantém-se o desenho tripartido da culpabilidade em cujo âmbito se inserem os requisitos a) da imputabilidade, b) o da consciência da antijuridicidade e correspondente ausência de erro de proibição, e c) o da exigibilidade de atuar conforme o Direito, e correspondente ausência de uma situação conflituosa para bens jurídicos ou de coação limitadora da capacidade de tomar uma decisão racional.

Dessa forma, o juízo de culpabilidade atenderia ao conceito de pessoa deliberativa construído pelo Direito e permitiria atribuir responsabilidade penal quando se tratasse de um indivíduo imputável, é dizer, com capacidade de entendimento e de posicionar-se criticamente atendendo a razões. Além disso, dito juízo de culpabilidade estaria submetido à prévia verificação de se o sujeito imputável teve acesso ao conhecimento da norma e, portanto, a oportunidade de ajustar sua conduta, adequando-a conforme o Direito. Por último, estaria vinculado à análise de se o sujeito imputável e conhecedor da antijuridicidade da conduta que realiza teve a oportunidade de atuar motivadamente. Isto é, livre de uma situação conflituosa para bens jurídicos individuais e livre da coação limitadora da capacidade de tomar uma decisão racional. Nesses casos,

estariam presentes as condições de exigibilidade de atuar conforme o Direito (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 322-331).

Contudo, na opinião da autora, a esses elementos estruturais da culpabilidade é necessário acrescentar um novo, que reconhece ser de difícil enquadre no sistema tripartido clássico: o que a autora especifica como “la falta de oportunidad de participar públicamente, que, por ejemplo, podría servir de base a eximentes o atenuantes relacionadas con la falta de oportunidades sociales” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 321).

A autora, entretanto, esclarece que esse aspecto pontual da sua proposta não está dirigido a promover uma eficácia exculpante indiscriminada das circunstâncias sociais no processo de atribuição de responsabilidade penal. Em realidade, segundo a nossa interpretação, o que a autora sugere é que a falta de oportunidades sociais poderia chegar a ser relevante quando repercutisse sobre os demais elementos que integram a culpabilidade.

Em nossa opinião, o sentido prático e positivo dessa proposta consiste, de um lado, em garantir sob o ponto de vista procedimental o direito do autor da conduta típica e antijurídica a expor suas razões e, assim, defender-se, cuja contrapartida implica que o operador jurídico tem o dever de levar em consideração ditas razões no juízo de reprovação e de atribuição de responsabilidade penal. De outro lado, por meio dessa proposta, é possível deduzir que a adoção de um juízo dialógico de reprovação e de atribuição de responsabilidade penal implica, em última instância, um claro posicionamento a favor de um sistema penal democrático de Direito orientado à proteção de bens jurídicos. E isso porque, se partirmos da base de que no processo de valoração dos motivos alegados pelo autor é necessário averiguar se estes representam, ou não, motivos intersubjetivamente válidos para exculpar, o juiz ou tribunal estará obrigado, em todo momento e para cada caso concreto, a ponderar se são atendidos os ideais de justiça erigidos de maneira democrática por uma determinada sociedade.

Esse tipo de proposta também pode ser valorado positivamente na medida em que se propõe a oferecer limites valorativos tangíveis à elaboração estritamente funcional da culpabilidade. A este respeito, Martín Lorenzo (2009, p. 343) defende que:

[...] no se puede elaborar el sistema penal de espaldas a la interpretación social de la culpabilidad y la pena: la estabilización de la norma depende de que la sanción impuesta se perciba como justa, de modo que el Derecho penal está necesariamente vinculado a su entendimiento normativo por la sociedad. Con ello se pone de relieve que la fuente originaria de la decisión de atribuir culpabilidad a un sujeto radica en si está justificado imponer una pena al autor, no en si sancionarle estabiliza la conciencia normativa. Esta necesidad de pasar de un sistema funcional a un sistema normativo implica abandonar una perspectiva externa – las reglas de imputación atienden a un análisis de sus efectos y su carácter funcional respecto a los fines – y adoptar la perspectiva interna de la sociedad – las reglas de imputación deben ser legítimas, no sólo funcionales –, que conduce incluir la perspectiva del propio autor.

Esse entendimento é perfeitamente respeitável como uma coerente dedução dos argumentos sobre os quais se apoia. Ele pode ser, contudo, questionado na medida em que conduz a uma inadequada vinculação entre os elementos que integram o juízo de culpabilidade e os requisitos para o exercício de direitos políticos numa sociedade democrática (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2006; COUSO SALAS, 2006).

Além disso, uma concepção de culpabilidade como a que acabamos de resenhar somente estará internamente justificada quando, para além da constituição de um sistema democrático de Direito, os membros da sociedade tiverem a possibilidade de conviver em condições de igualdade, o que traz consigo o paradoxo de que fora de uma sociedade democrática ideal – pelo menos fora do contexto daquelas sociedades democráticas em que existe um verdadeiro Estado do bem-estar – é sumamente complicado fundamentar um juízo de culpabilidade internamente justificado. Em consequência, a aplicação de uma pena justa para aquele contingente de pessoas

que sobrevivem em um contexto de opressão, de desigualdade ou marginalidade social, transforma-se, praticamente, em uma utopia.

Os autores analisados nesta epígrafe não são alheios a essas dificuldades, e, apesar das críticas que vêm recebendo de setores mais resistentes à incorporação da ética discursiva na construção do conceito material de culpabilidade, defendem a importância dessas considerações para uma correta compreensão da criminalidade e, em consequência, para a eleição da resposta legítima e adequada em cada caso³⁹.

4 Considerações finais

Como é possível observar, as propostas anteriormente resenhadas apresentam uma interessante via de fundamentação ético-social do conceito material de culpabilidade, como alternativa à progressiva radicalização da compreensão funcional desta categoria sistemática.

Essa nova via de solução à tensão dialética existente entre interesses político-criminais preventivos e garantias individuais no âmbito da culpabilidade tem como marca identificatória a pretensão de incorporar ao âmbito do Direito Penal, enriquecendo o debate jurídico, considerações oriundas da filosofia social acerca das condições para o alcance de uma decisão justa.

A aceitação dessas propostas encontra-se, contudo, em grande medida condicionada à necessidade de um consenso acerca do

³⁹ Nesse sentido, Feijoo Sánchez (2007, p. 525) destaca que: “cuanto más evidente sea que el delito viene motivado por la injusticia de un determinado orden social, menos se podrá acudir a la responsabilidad del delincuente como solución al conflicto. La delincuencia de clases marginadas motivada claramente por la exclusión fáctica del orden social, es un fenómeno del que la sociedad no puede dejar de asumir su responsabilidad y del que no puede culpar al que ha sido excluido desde la infancia. No se debe olvidar el dato de que la criminalidad se acumula en determinados ámbitos de la sociedad demostrando que existen causas sociales o de desigualdad social en el origen de un cierto tipo de delincuencia. En los casos extremos de exclusión social, la política social y no la pena deben ser los instrumentos de solución de los conflictos. Si en vez de ello sólo se busca contener a las masas excluidas mediante represión, ello no tiene nada que ver con la concepción de la prevención general mediante retribución que se está intentando perfilar aquí”.

caminho metodológico a seguir para o entendimento contextualizado das condições de verdade e justiça material em uma determinada sociedade, que sirva de referente ao juízo de atribuição de culpabilidade para a imposição de uma pena justa pelo Estado. Essa já seria uma tarefa árdua, em virtude das já existentes divergências no âmbito da filosofia social, até mesmo entre representantes de mesma escola filosófica, como pode ser visto no estudo realizado por Cortina (2008), mas não irrealizável. De fato, se o Direito pretende justificar-se como uma das ferramentas que temos à nossa disposição para a consecução de uma sociedade mais justa, não pode pretender desvincular-se por completo da especulação sobre as condições de verdade e justiça.

Nesse sentido, o que em nossa opinião verdadeiramente representa o grande desafio para a aceitação dessas propostas é a questão de se estamos dispostos a aceitar uma fundamentação crítica da reprovação de culpabilidade, assumindo as consequências da argumentação ético-social na aplicação prática do Direito. Especialmente quando a consideração das condições de verdade e justiça conduza ao próprio questionamento da validade das normas e sua aplicação no procedimento de atribuição de responsabilidade e imposição de pena, em um caso concreto.

O estudo em profundidade dessas propostas e a valoração de sua repercussão prática nos elementos que compõem a culpabilidade enquanto categoria sistemática do delito constituem, portanto, um novo desafio para aqueles que se dedicam especificamente ao tema. O tempo dirá se essa nova tendência resistirá à crítica ou se se consolidará como alternativa possível ao avanço do discurso funcionalista no âmbito do Direito Penal.

Referências

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 51, p. 365-588, p. 1998.

———. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 25. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Universidad de Alicante: Seminario de Filosofía de Derecho, 2002, p. 139-175. Disponible em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23584061091481851665679/doxa25_05.pdf>. Acceso em: 5 feb. 2011.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*. Barcelona: J. M. Bosch, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. *Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global*. Traducción de Albino Santos Mosquera. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2010.

CORTINA, Adela. *La escuela de Fráncfort: crítica y utopía*. Madrid: Síntesis, D. L., 2008.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CUESTA AGUADO, Paz María de la. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. España: Dykinson, 2005.

DÍAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2007.

———. Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal. Recensión a María Martín Lorenzo: “La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabili-

dad penal”. Editorial Tirant lo Blanch, Tirant monografías n. 613, Valencia, 2009 (540 p.). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n. 2. UNED, 2009, p. 229-252.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introducción y traducción sobre la cuarta edición revisada de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

———. *Verdad y justificación*. Traducción de Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Trotta, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997a.

———. *Estudios de derecho penal*. Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1997b.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Recopilación de artículos, Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

———. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. Traducción

de Bernardo Feijoo Sánchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (Eds.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Madrid: Civitas, 2008, p. 169-206.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Traducción de Patricia esquinas Valverde. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 05-01, p. 1-19, 2003. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acceso em: 5 feb. 2011.

KINDHAÜSER, Urs. Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de derecho. Traducción de Nuria Pastor Muñoz. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Cord.). *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. v. 2. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2006, p. 137-164.

MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal*. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal*. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas. Granada: Comares, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: Parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979.

———. *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 209-262.

RODILLA, Miguel Ángel. Razones del impacto de una teoría de la justicia. Para una caracterización de la obra de J. Rawls. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Selección, traducción y presentación de M. A. Rodilla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 11-45.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I*. Fundamentos de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

———. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000a.

———. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000b.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Recensión a Klaus Günther, Schuld und kommunikative Freiheit. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, n. 3, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122194/169314>>. Acesso em: 1º feb. 2011.

———. *Imputación y teoría del delito*. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zekner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional normativista. In: *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIERRA, José Domingo; PALACIOS GARCÍA, Juan Miguel. *La autonomía moral de Kant*. España: Universidad Complutense de Madrid, 2006. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/bupo/>>. Acesso em: 4 maio 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general, I. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, D. L., 2005.

URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Granada: Comares, 2004.

VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada: Comares, 2000.

Reinterpretando a posição de garante no Código Penal brasileiro

Mateus Castriani Quirino

Assessor da Procuradoria Regional Eleitoral/MS. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior de Direito/MS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Resumo: O presente artigo versa um dos elementos fundamendadores da omissão imprópria, especificamente a posição de garantidor, com especial análise de sua normatização à luz do Código Penal brasileiro. Após o exame das duas principais teorias acerca da fundamentação da posição de garantia (formal e material), foi indicado que a interpretação das alíneas do art. 13, § 2º, do CP deve conglobar as referidas teorias de modo a satisfatoriamente delimitar o âmbito de responsabilização de determinados sujeitos especialmente vinculados a certos bem jurídicos.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Posição de garante.

Abstract: The article deals with one of elements of the improper omission offenses, namely the role of the guarantor, analyzing specially the Brazilian Criminal Law article that regulates the issue. After examining the two main theories about the sources of the duty to guarantee, it was indicated that the proper interpretation of the Brazilian Criminal Law requires the integration of both main theories in order to clearly define the role of the guarantor.

Keywords: Improper omission. Role of the guarantor.

Sumário: 1 Introdução. 2 Posição de garante. 2.1 Teoria formal ou clássica. 2.2.1 Função de proteção de um bem jurídico determinado. 2.2.2 Função de vigilância de uma fonte de perigo. 2.2 Teoria funcional ou material. 2.3 Art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro: releitura. 2.3.1 Obrigações de cuidado, proteção e vigilância decorrentes da lei. 2.3.2 Assunção fática da responsabilidade. 2.3.3 Ingerência. 3 Conclusões.

1 Introdução

A estruturação dogmática dos crimes omissivos impróprios no âmbito da teoria do delito, em que pese estar permeada por grandes incertezas e repleta de controvérsias, continua tendo sua análise descuidada, mormente se cotejada proporcionalmente com a atenção conferida a outros institutos.

A precisa definição do conceito jurídico-penal de omissão imprópria, a análise de sua estrutura e os requisitos necessários para a sua configuração são imprescindíveis para a fundamentação satisfatória da responsabilização penal a tal título e representam os pressupostos mínimos para a contenção da irracionalidade do poder punitivo. Trata-se de definir, em última análise, o que permite atribuir, à inatividade de determinados sujeitos especialmente obrigados a um dever de agir para impedir um resultado, a sua produção, tal como se o tivessem causado ativamente.

Entre os critérios que fundamentam a equivalência da omissão imprópria à comissão encontra-se a posição de garante, elemento do tipo objetivo da comissão por omissão, que merece, na sua normatização pelo Código Penal brasileiro, uma releitura interpretativa.

2 Posição de garante

Determinados sujeitos em posição de especial relação com o bem jurídico recebem o dever legal de agir no sentido de evitar seu resultado de lesão e somente eles podem ser autores dos delitos omissivos impróprios¹.

1 Ainda que seja um elemento do fundamento da equivalência normativa entre a comissão e a omissão imprópria, por meio da posição igualmente normativa do sujeito em relação ao bem jurídico, Chorres (2005, p. 67) indica que, tendo em vista “os antecedentes dessa figura e [a forma] como foi inserida definitivamente no vocabulário jurídico-penal, concluir-se-á que esta provém de um sistema dogmático ancorado em uma perspectiva ontológica”. Tradução livre do autor.

A noção fulcral das posições de garantia do bem jurídico em situação de perigo consiste na necessidade de uma prestação positiva de sua tutela por um determinado sujeito, permitindo ao titular do bem jurídico a submissão a riscos que de outro modo evitaria, além de permitir aos demais que confiem na intervenção ativa do sujeito em posição especial².

Tratando-se de elemento do tipo omissivo impróprio, por exigência da regra da legalidade³, o Código Penal brasileiro, com a reforma de 1984, passou a elencar as fontes do dever de agir nas alíneas do § 2º do art. 13.

De maneira prévia à análise individualizada de cada um dos dispositivos legais citados, é preciso proceder a uma breve explicação sobre as teorias desenvolvidas no seio da dogmática penal acerca dos critérios necessários para a configuração da posição de garantia, que consistem basicamente na teoria formal (ou clássica) e na teoria material (funcional) das fontes jurídicas.

2.1 Teoria formal ou clássica

A orientação segundo a perspectiva das fontes formais dos deveres jurídicos arrola como matrizes do dever de garantia, de modo geral, a lei, o contrato e o atuar precedente criador do risco de produção do resultado, aos quais foram acrescidas as estreitas relações de vida⁴.

2 Nesse sentido, Cirino dos Santos (2006, p. 207) e Jescheck (1993, p. 564). Considerando que “autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado”, Fragoso (2004, p. 287) classifica tais crimes como próprios – no sentido de só poderem ser praticados por determinados sujeitos que reúnam certas condições fáticas e jurídicas (garantes). Igualmente, Prado (2007, p. 323) diz consistirem em crimes especiais.

3 Embora a tipificação não signifique, por si só, cumprimento efetivo às exigências da legalidade.

4 JAKOBS, 1995, p. 968-969; JESCHECK, 1993, p. 564; BIERRENBACH, 2002, p. 74.

A gênese das fontes dos deveres de garantia remonta ao pensamento de Feuerbach⁵, que, partindo da concepção de crime como lesão da liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis, argumentava não ser a omissão a obrigação originária do cidadão e, assim, para a existência de um delito de omissão, sempre seria necessário um fundamento jurídico especial que desse base à obrigatoriedade do agir (lei ou contrato)⁶. Saliente-se que, por requerer a lei um dever jurídico de agir, sua fonte deve fornecer deveres de cunho jurídico e não estritamente morais⁷.

Por sua vez, Stübel sustentou, em 1828, que, em determinadas situações, um atuar precedente que coloque alguém em perigo geraria o dever de agir para impedir o resultado. Spangenberg defendeu a insuficiência da lei e do contrato, acrescentando como fonte do dever de agir certas relações jurídicas especiais: as estreitas comunidades de vida, reconhecidas pelo Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt), em 1935⁸. Impende salientar que, na opinião de Jakobs, a teoria clássica só é formal na medida em que sustenta surgir o dever da lei ou do contrato, sendo que a complementação dessas matrizes com a “ingerência e a estreita comunidade de vida, suprime a conexão estrita da omissão imprópria com deveres jurídicos formais extrapenais”⁹, dando início à teoria material-funcional desenvolvida por Kaufmann.

Nota-se que a teoria das fontes formais reflete as influências do positivismo naturalista, no seio do qual foi desenvolvida, no sentido

5 JESCHECK, 1993, p. 564. SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 470, nota 8. BITENCOURT, 2006, p. 296. No entanto, Tavares (1996, p. 66) aduz que a concepção formal tripartida (contrato, lei e conduta anterior perigosa) remonta a Mezger.

6 Liszt (2006, p. 208-209), penalista do sistema clássico de delito, adotava como fundamentos do dever de obrar tanto os preceitos positivos da ordem jurídica, imposto pelo Direito Penal ou qualquer outro ramo do Direito, além da ação anterior, “que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como *contratio a elle* o abandono da direcção assumida”.

7 Assim, FRAGOSO, 2004, p. 287.

8 CARVALHO, 2007, p. 36-37.

9 JAKOBS, 1995, p. 968, nota 44. Tradução livre do autor.

da busca por segurança na especificação dos deveres de agir, por meio da utilização de critérios objetivos e sem atenção ao conteúdo. E as principais críticas a ela dirigidas residem justamente na falta de determinação do conteúdo do dever jurídico e de elementos materiais dele delimitadores¹⁰, deixando em aberto quais os bens jurídicos e quais os motivos fundantes e demarcadores do mandato.

2.2 Teoria funcional ou material

Diante das críticas à teoria formal sintetizadas, a denominada teoria material ou funcional, que tem como idealizador Armin Kaufmann, faz a disposição dos deveres de garante de acordo com a orientação de tais incumbências, subdividindo-se em garantes por função de proteção de um bem jurídico e por função de vigilância (controle) de uma fonte de perigo.

2.2.1 Função de proteção de um bem jurídico determinado

No caso do dever de garante de proteção de um bem jurídico concreto, há a criação de deveres, ao sujeito em posição especial de garantia, de proteção e assistência de determinados bens jurídicos contra processos que afetem sua existência¹¹. Nessa hipótese, a função de proteção “consiste na ‘defesa de todos os flancos’ do concreto bem jurídico contra perigos de todos os gêneros”¹².

A função em tela procede da solidariedade natural com o titular do bem, das estreitas comunidades vitais e da assunção da custódia, sendo necessária, em todos os casos, uma relação de dependência entre os sujeitos, a exposição a perigos maiores com

10 TAVARES, 1996, p. 68. JESCHECK, 1993, p. 565. Jakobs (1995, p. 969) reduz a utilidade da teoria formal a apenas um recurso mnemotécnico. Cirino dos Santos (2006, p. 207) fala ainda do desprestígio da teoria em razão da natureza limitada e rígida de suas categorias.

11 JAKOBS, 1995, p. 969.

12 KAUFMANN, 2006, p. 290; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 207; CARVALHO, 2007, p. 39.

base na confiança na atuação do garante ou que, por tal razão, se tenha renunciado a outras medidas de proteção¹³.

Em relação à mencionada solidariedade natural, exige-se a presença de um vínculo jurídico, tendo sua maior expressão nas relações familiares. Assim, por exemplo, o *Bundesgerichtshof* (BGH) já entendeu a existência de deveres de proteção de pais pelos filhos que com eles convivem em relação à vida e à integridade corporal. Igualmente, o dever do pai de impedir a ação abortiva da esposa, por solidariedade natural com o filho, chegando até mesmo a estender o dever a cunhados e noivos com promessa de casamento¹⁴ – ampliação que parece indevida, mas possível no caso de adoção irrestrita da teoria material.

As estreitas relações comunitárias ou vitais envolvem casos de comunhão de riscos, convivência análoga à matrimonial e relações de assistência, baseando-se fundamentalmente na confiança recíproca que gera relações de dependência, exposição a maiores riscos ou renúncia a outras medidas protetivas¹⁵. Assim, por exemplo, as obrigações geradas por uma relação de convivência homossexual com *animus* definitivo etc.

A assunção voluntária funda-se na já mencionada maior exposição a perigos ou dispensa de outros meios protetivos baseados na confiança da intervenção do garantidor. No caso de transmissão lícita dos deveres a um terceiro, há a desobrigação do responsável inicial, sendo certo que pouco importa a validade civil do contrato, mas sim a assunção real e efetiva do dever. São hipóteses os casos de um guia em uma expedição pela floresta em relação aos orientados; do alpinista experiente que leva algumas pessoas em excursão pela montanha; do médico plantonista que deve substituir outros médicos relativamente aos pacientes etc.

13 JESCHECK, 1993, p. 566.

14 Todos as decisões são citadas por JESCHECK, 1993, p. 566.

15 JESCHECK, 1993, p. 566-567.

2.2.2 Função de vigilância de uma fonte de perigo

Em relação à função de vigilância de uma fonte de perigo determinada, o objetivo é a proteção em favor de todos os bens (indeterminados) que potencialmente podem ser afetados por tais fontes de perigo. Trata-se de “pôr fim a uma concreta fonte de perigos; só secundariamente, como efeito reflexo, se deriva a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigo”¹⁶. A função em comento verifica-se basicamente nos casos de conduta perigosa precedente (ingerência), de fontes de perigo no próprio âmbito social de domínio e do controle da atuação de pessoas sob a vigilância do garante¹⁷.

A ingerência funda-se na ideia de que aquele que cria um perigo para um bem jurídico com sua conduta anterior deve evitar que ele se converta em resultado de lesão. Assim, por exemplo, quem adentra um paiol fumando cachimbo e deixa que fagulhas caiam sobre a palha tem o dever de impedir que o incêndio se propague¹⁸.

A vigilância de fontes de perigo sobre o próprio domínio fundamenta-se na confiança naquele que tenha poder de disposição sobre uma área aberta a terceiros ou que sobre eles produza efeitos, em relação ao controle dos riscos que dali advenham, seja por situações perigosas, seja por equipamentos, seja por animais etc. Exemplificativamente, considera-se garante o inquilino que assume o dever de cuidar do piso congelado espalhando sal sobre ele para evitar lesões; o proprietário de um animal que, dentro dos limites do dever de cuidado, responderá por danos que este cause¹⁹.

Por fim, fala-se, ainda, segundo a teoria material, da responsabilidade por atuação de terceiros sob vigilância, em razão de autoridade ou controle. Nesse sentido, haveria dever dos carcereiros de

16 KAUFMANN, 2006, p. 290. CARVALHO, 2007, p. 39.

17 JESCHECK, 1993, p. 567-568.

18 Exemplo citado em Bruno, 1967, p. 315, anterior ao atual art. 13, § 2º, do CP.

19 JESCHECK, 1993, p. 570-571.

evitação do cometimento de delitos pelos internos; por outro lado, não haveria dever de evitação de crimes derivados do vínculo matrimonial nem dos pais em relação a filhos maiores²⁰, por exemplo.

2.2.3 A busca pelos motivos da posição de garantia

A orientação funcional dos deveres de garantia não substitui, mas pressupõe um fundamento jurídico para as posições, uma vez que unicamente elucida a direção e a orientação de tais deveres, segundo as respectivas funções de proteção de um bem jurídico e de controle de fonte de perigo²¹. Não há, destarte, a elucidação do motivo de tais posições.

Além disso, não é possível inferir consequências sistemáticas dessa bipartição, que acaba por permitir o enquadramento de um mesmo caso em ambas as hipóteses. Em outros termos, a teoria poderia levar a uma diferenciação circular: a proteção de bens jurídicos depende da vigilância de fontes de perigo, e a vigilância de uma fonte de perigo é uma forma de proteção de um bem jurídico²².

Desse modo, Silva Sánchez sustenta ser mais satisfatório falar em situações concretas de garantia, pois, em ambos os casos, tratar-se-ia de proteção de determinados bens de certos perigos e a delimitação de tais situações (relação entre perigo e bem jurídico) somente se concretizaria pelo compromisso efetivo do garante, que guarda relação com a fonte de perigo ou com o bem afetado²³.

Acerca do fundamento da responsabilidade, Jakobs entende relevante a determinação do fim de proteção, não percebendo proeminência na distinção entre ação e omissão, dando enfoque à divisão de responsabilidades.

20 JESCHECK, 1993, p. 571.

21 Nesse sentido, JAKOBS, 1995, p. 969.

22 CHORRES, 2005, p. 79.

23 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 464.

Assim, haveria deveres em decorrência de responsabilidade por organização (paralelos aos delitos de domínio por comissão) e deveres em razão de responsabilidade institucional (correlatos aos delitos de infração de dever por comissão)²⁴.

Nos deveres em virtude de responsabilidade por organização, o mandamento se dirige à evitação de consequências de lesão a bens jurídicos pela organização do autor (assegurar perigos derivados de objetos, atividades empresariais etc.), incluindo os casos de comportamento já realizado, em que os efeitos potenciais de tal comportamento delimitariam o alcance da responsabilidade por organização (caso de ingerência)²⁵.

A responsabilidade institucional, por seu turno, refere-se à conexão de círculos vitais, que idealmente devem se conformar agrupadamente e, somente quando tais instituições tenham a mesma importância para a existência da sociedade que a liberdade por organização e a responsabilidade por consequências, é que serão equivalentes à comissão (relação paterno-filial, matrimônio, confiança especial, relações estatais de poder)²⁶.

A posição do penalista de Bonn entende ser a fonte jurídica formal do dever algo secundário, sendo que a lei não criaria a posição de garantia, o que conduz à inviabilidade de seu acolhimento integral no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Também buscando elucidar o conteúdo das posições de garantia, Tavares indica três situações: vinculação especial familiar entre o sujeito garantidor e a vítima; obrigação profissional à proteção de outras pessoas (guia de expedição com os acompanhantes, médico em relação aos pacientes etc.); responsabilidade por fontes de perigo (pais em relação aos atos dos filhos, pessoas

24 JAKOBS, 1995, p. 670-671.

25 Idem, p. 673.

26 Idem, 1995, p. 994.

que detêm autoridade com relação aos subordinados, casos de inge-
rência etc.)²⁷.

De todos os modos, seja considerando as funções preconiza-
das por Kaufmann, seja com base nas inúmeras outras teorias que
buscam um motivo para as posições de garantia, certo é que tais
fundamentos não bastam, por si sós, para a delimitação da fun-
damentação da punibilidade da omissão imprópria, sob pena de
ampliação irrestrita do dever e diante da indeclinável atenção à
regra da legalidade, que impõe a observância, no caso brasileiro, do
disposto nas alíneas *a* a *c* do art. 13, § 2º, do Código Penal.

2.3 Art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro: releitura

A análise da posição de garantia, tanto pela perspectiva formal
como pela funcional, leva à conclusão pela insuficiência isolada de
cada uma delas. Isso porque a teoria formal, como já mencionado,
peca ao não delinear do conteúdo do dever jurídico seus elementos
materiais. De igual maneira, a adoção pura e simples do critério
material representa um grande déficit de segurança jurídica, na
medida da amplitude e difusão de suas categorias²⁸.

A reforma da parte geral do Código Penal, trazida pela Lei
n. 7.209/1984, fez a especificação das fontes do dever de agir em
assonância com o critério formal, segundo grande parte da dou-
trina²⁹. Embora não pareça adequado falar em adoção de uma teoria
pela legislação, nota-se, de fato, clara influência no texto legal.

A crítica recorrente ao dispositivo e suas alíneas consiste no
fato de, ao prescrever a atuação com o fim de evitação do resul-
tado, a lei não se preocupou em precisar o conteúdo do dever de

27 TAVARES, 1996, p. 69.

28 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 207.

29 Por todos, CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 208.

agir nem de delimitar quais os resultados de lesão são atribuíveis ao sujeito em posição qualificada (de garantia) que estabelece³⁰.

Assim, argumenta-se que o art. 13, § 2º e alíneas, do Código Penal, seria problemático na medida em que a mera afirmação de um dever de agir para evitar o resultado, sem a explicitação definida dos componentes embaixadores de sua punibilidade, seria insuficiente para fundamentá-la³¹, ainda que manifeste as situações de sua gênese.

Resumidamente, as censuras ao dispositivo em comento por sua alegada incompatibilidade com o princípio da legalidade podem ser condensadas nos seguintes pontos: o fato de arrolar as fontes do dever de agir, sem explicitar o conteúdo desse dever; e a falta de precisão dos resultados de lesão atribuíveis ao sujeito em posição de garantia³².

A solução *de lege ferenda* para o problema da legalidade, normalmente apontada pelos críticos, consiste no tratamento da matéria de modo semelhante aos delitos culposos, por meio da previsão, na parte geral do Código Penal, de dispositivo prevendo que omissão imprópria só seria punida nos casos expressamente previstos e, na previsão dos crimes em espécie, da pena a ser aplicada no caso de realização típica do delito em comissão por omissão³³.

30 TAVARES, 1996, p. 68; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 202.

31 TAVARES, 1996, p. 81. Em sentido favorável à constitucionalidade do § 13 do Código Penal alemão, Jakobs (1995, p. 954), para quem a “cláusula de correspondência não é, p. ex., uma rede de segurança para as inseguranças na fundamentação de deveres de responder, regendo, isso sim, aqueles delitos nos quais a ação descrita tipicamente não se esgota em qualquer causação do resultado, mas que unicamente certos modos de ação realizam o tipo”. Tradução livre do autor.

32 Nesse sentido, além dos já citados Tavares (1996, p. 68) e Cirino dos Santos (2006, p. 202), também Costa Júnior (1989, p. 134).

33 A solução é de Munhoz Netto, citado por Costa Júnior (1989, p. 134), que indica, também, na p. 141, nota 380, Cunha Luna como partidário. Igualmente, Tavares (1996, p. 82). Reconhecendo a delimitação pouco precisa das posições de garantia dada pelo Código Penal brasileiro, porém, sem maiores argumentações, Bierrenbach (2002, p. 76) entende ser necessário o recurso à teoria material de Armin Kaufmann.

A questão, segundo nos parece, deve ser analisada tendo como parâmetro a regra de legalidade e de um de seus corolários, qual seja, o da máxima taxatividade da lei penal³⁴. Algumas considerações merecem ser feitas acerca do tema.

Nessa esteira, a Constituição prevê, a par da regra geral de legalidade, no inciso II de seu art. 5º, uma regra específica na seara penal (inciso XXXIX do mesmo artigo), que não só enuncia a necessária tipificação prévia de condutas para a motivação de sua sanção criminal, como também indica a indispensabilidade de maiores minúcias ao se tratar do tema no ramo do Direito Penal, relativamente à fundamentação da punibilidade daquelas condutas.

Embora por razões semânticas a precisão absoluta terminológica seja de raro alcance, certo é que todos os recursos técnicos devem ser expendidos pelo legislador de modo a conferir maior exatidão às leis, especialmente penais³⁵, uma vez que, como acertadamente indica Roxin, a imprecisão legal compromete a função autolimitativa do poder estatal, relegando o indivíduo à arbitrariedade; a separação dos poderes, por possibilitar/legitimar qualquer interpretação eleita pelo magistrado, o que poderia infringir a competência legislativa; a eficácia dissuasória legal (prevenção geral³⁶), por não permitir o conhecimento dos precisos contornos da punibilidade pelo indivíduo³⁷.

Diante das considerações acerca do tino especial conferido pela Constituição Federal à legalidade penal, referente à máxima taxatividade das leis deste ramo, é de bom grado a menção a algumas posturas adotadas diante dos conceitos penais genéricos, constantes em diversos diplomas normativos criminais ao redor do mundo.

34 Sobre as decorrências do princípio da legalidade, ver Roxin (1997, p. 140 e ss). Acerca da determinabilidade das leis em geral, Canotilho (1993, p. 372-373).

35 Igualmente, Zaffaroni et al., 2002, p. 116; JAKOBS, 1995, p. 89.

36 Criticamente, acerca do discurso preventivo geral, cf. Zaffaroni et al., 2002, p. 57 e ss.

37 ROXIN, 1997, p. 169.

Assim, e.g., o Tribunal Constitucional alemão já decidiu que o grau de determinação legal variaria de maneira proporcional e direta à austeridade da pena³⁸. Não parece que a solução seja adequada, porquanto a regra da legalidade abrange, de maneira indistinta, o conjunto global das leis incriminadoras, carecendo de fundamento jurídico tal relação com o grau de intensidade da pena³⁹.

Alguns, pouco atentos ao caráter de regra da legalidade, na esteira da classificação das normas propostas por Alexy⁴⁰, argumentam no sentido da necessidade de sua “ponderação” com os interesses de solução justa do caso penal, de “harmonizar as exigências da reserva legal com imperativos de justiça material”⁴¹. O raciocínio pauta-se, basicamente, no fato de que mera indicação das fontes do dever jurídico de agir (no caso, pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal) seria suficiente para o atendimento das exigências do princípio da legalidade⁴², porquanto este deveria ser compreendido “não de forma rígida e absoluta, mas relativa”⁴³.

Embora não nos pareça que o dispositivo seja inconstitucional, é imperioso destacar que a norma referente à legalidade, na esteira

38 A decisão BVerfGE 26, 41 (*Grober Unflug* ou, em vernáculo, “grave desordem”) assim dispõe: “Não se pode dizer em geral qual o grau de determinação legal que cada tipo penal deve ter. A determinação [concreção] legal necessária depende da particularidade do tipo penal e das circunstâncias que levam à regulamentação legal. Em todo caso, a lei deve determinar os pressupostos da punibilidade de maneira tão mais precisa quanto mais rigorosa for a pena prevista (BVerfGE 14, 245 [251])”. MARTINS, 2005, p. 933.

39 Nesse sentido, ROXIN, 1997, p. 180.

40 ALEXY, 1993, p. 81 e ss. SILVA, 2003. Aliás, para seguir a advertência de Silva e evitar um sincretismo metodológico, destacamos que as referências a princípios, em páginas anteriores (v.g., princípio da subsidiariedade, princípio da inversão etc.), não foram feitas tendo em conta a classificação alexyana de princípio como conceito axiologicamente neutro, como ora se faz.

41 Luisi (2003, p. 133), quando tratou especificamente da questão da omissão imprópria. A crítica a sua fundamentação não significa, obviamente, adesão à corrente que pugna pela inconstitucionalidade do dispositivo.

42 Entendendo suficiente uma cláusula genérica de equiparação para a conformação do princípio da legalidade, Vitale (1998, p. 71-130).

43 LUISI, 2003, p. 133.

da classificação de Alexy, é uma regra e não um princípio. Assim, não seria possível falar em atendimento ao “princípio” da legalidade na medida possível, por não se tratar de norma que exprima um dever apenas *prima facie*, um mandamento de otimização a ser executado na maior dimensão possível, diante do contexto fático e jurídico e que poderá, em determinadas circunstâncias de ponderação com princípios colidentes, manifestar-se de maneira mais restrita⁴⁴. Sendo regra válida, a legalidade expressa um comando definitivo, nos exatos termos que prescreve; “nem mais, nem menos”, pondera Alexy⁴⁵.

E ainda que assim não se compreendesse, a suposta “justiça material” somente pode ser alcançada dentro dos marcos democráticos do Estado de Direito, entre os quais se encontra o “princípio” da legalidade, sob pena de consagração de um utilitarismo que relegaria, em última análise, os fundamentos da punibilidade ao decisionismo judicial⁴⁶.

Poder-se-ia objetar que a definitividade do cumprimento da regra da legalidade não contorna o empecilho semântico da multiplicidade de sentidos dos vocábulos e, assim, as leis penais seriam taxativas “na medida do possível”. E acertadamente Jakobs indica que todo conceito genérico é, em medida variável, indeterminado⁴⁷. Ocorre que o problema alegado pelo setor crítico ao § 2º do art. 13 do Código Penal não consiste na existência de um conceito jurídico indeterminado em meio a uma tipificação de conduta (e.g. *injuriar* alguém) ou ao complemento de norma penal em branco, mas na alegada falta de determinação do conteúdo dos

44 ALEXY, 1993, p. 86: “os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais como também das possibilidades jurídicas”. Tradução livre do autor.

45 ALEXY, 1993, p. 87.

46 Sarmiento (2006, p. 200), criticando a deformidade da aplicação dos princípios constitucionais no cenário brasileiro, pondera: “Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

47 JAKOBS, 1995, p. 89, embora não sejam procedentes algumas ilações daí extraídas.

fundamentos da posição de garantidor e da extensão dos resultados lesivos atribuíveis ao garante sob esses fundamentos de atuação.

No entanto, o alegado óbice da indeterminação do conteúdo do dever de agir e de seus pressupostos, isto é, de quais os elementos conferem a um mandato o efeito de dever de agir objetivando impedir um resultado, sob pena de ser tratado como seu “causador”, parece encontrar resposta na interpretação conjunta e limitativa do poder punitivo referenciada à teoria material, aliada à vantagem da limitação que o rol do art. 13, § 2º, CP, proporciona (e.g. não é qualquer estreita comunidade de vida que gera a posição de garantia). Além disso, o próprio CP já determina que os garantes “têm o dever de agir para evitar o resultado” e, em última análise, as hipóteses resumir-se-iam sempre na proteção de determinados bens de determinados perigos⁴⁸.

Assim, a questão da posição de garantidor em face do ordenamento jurídico-penal brasileiro deve ser analisada com base nos limites assinalados pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal, aliados às funções e conteúdos da teoria material, de maneira a melhor delimitar as situações concretas de garantia⁴⁹. A teoria funcional permite essa delimitação do dever de agir, porquanto “precisa os deveres na medida em que no lugar do garante difuso em quanto à sua direção, situa o dever de garante orientado definidamente”⁵⁰ e, ao mesmo tempo, é contida pela enunciação legal taxativa das hipóteses pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal.

Primordial é que o fundamento do dever de agir encontre abrigo no ordenamento jurídico vigente. Desse modo, ainda que se tente sustentar um “componente pré-jurídico inafastável” das omissões, baseado no “sentido social empreendido nas relações

48 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 464.

49 Não por estar mais de acordo com “as novas tendências”, como justifica Bierrenbach (2002, p. 76), mas pela necessidade de maior determinação do conteúdo do dever de garantia. Também pela combinação, embora ainda assim continue crítico quando à indeterminação, Tavares (1996, p. 71).

50 TROVATO, 2005, p. 1707.

entre as pessoas, por meio das quais se exige de algumas proteção para com as outras”⁵¹, isso pouco importaria em termos de obrigação estritamente jurídica – ainda que valesse de elemento de valoração extrajurídica pelo legislador⁵².

Superada a questão do conteúdo do dever de garante, é preciso esquadriñar seu âmbito de extensão. Antes, ressalte-se que a posição de garantia é condição necessária, mas não suficiente para a exigida identidade estrutural entre ação e omissão, para que se possa falar em omissão imprópria.

As situações concretas de garantia devem ser determinadas a partir da extensão do compromisso efetivo do garante, relacionado com a função protetiva de certos bens de determinados perigos, dentro das hipóteses limitadoras das alíneas *a* a *c* do § 2º do art. 13 do CP. O âmbito do compromisso pode ser analisado em cada uma das situações, embora seja mais facilmente perceptível nos casos de assunção fática, em que sua análise será retomada.

2.3.1 Obrigações de cuidado, proteção e vigilância decorrentes da lei

A primeira fonte do dever de agir, segundo a alínea *a* do § 2º do art. 13 do Código Penal, é a obrigação, prevista em lei, de cuidado, proteção ou vigilância. As obrigações às quais se refere a alínea podem estar contidas tanto em dispositivos de lei penal como de outros ramos do Direito⁵³.

A nitidez da redação legal não dá margem a outra interpretação senão a da exigência de que as obrigações em comento sejam vinculadas por lei em sentido estrito (Constituição Federal, art. 59, inciso III).

51 TAVARES, 1996, p. 70.

52 No sentido aqui sustentado, Silva Sánchez (2006, p. 125) fala que o referido conteúdo social teria importância para a política jurídica e para a Sociologia do Direito.

53 Continua válida, nesse ponto, a lição de Liszt, 2006, p. 208.

A posição em sentido diverso de que “decretos com valor legiferante, ordem legítima de autoridade [...], preceitos consubstanciados em determinados regulamentos poderão gerar obrigações de intervir”⁵⁴ não se sustenta, não só pelo argumento da legalidade usualmente levantado pela doutrina majoritária⁵⁵, como também pelo fato de competir privativamente à União legislar sobre Direito Penal (Constituição Federal, art. 22, inciso I), por via de lei ordinária.

Admitir outras fontes do dever de agir que não a lei federal, com a conseqüente expansão da esfera de responsabilização penal, consistiria não só violação à legalidade, como à divisão constitucional de competências legislativas, por via oblíqua.

As especificações de cuidado e proteção dizem respeito, em princípio, à função (na teoria material) de tutela de um bem jurídico de determinada pessoa, “para excluir perigos contra a vida e o corpo, mas não inclui os perigos criados pelo protegido contra terceiros (agressões) ou contra si mesmo (suicídios)”⁵⁶, desde que tais ações sejam livremente praticadas por indivíduos com capacidade de compreensão.

O termo vigilância, por seu turno, aparenta permitir abarcar a função de controle de uma determinada fonte de perigo, especificamente a de responsabilidade pela atuação do garantido, nos moldes da teoria material⁵⁷. Assim, o sujeito garantidor não só teria de excluir perigos aos bens do sujeito com o qual detém vínculo especial (nos casos de cuidado e proteção), como também deveria vigiá-lo em relação a seus perigos contra terceiros (caso haja dever de vigilância).

54 Costa Júnior, 1989, p. 135, sob a expressa influência de Hippel e Antolisei, pouco atento, porém, às especificidades de nosso ordenamento.

55 BIERRENBACH, 2002, p. 77; BITENCOURT, 2006, p. 298; FRAGOSO, 2004, p. 288.

56 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 208.

57 Nesse sentido, Cirino dos Santos (2006, p. 208) e Bierrenbach (2002, p. 78), que assevera que não abarcaria os casos de relações entre parentes capazes, como no caso dos cônjuges. Concordamos com a restrição, embora a observação da penalista deva ser retificada pelo fato de cônjuges não possuírem vínculo de parentesco.

Passando à análise de algumas hipóteses de deveres legais⁵⁸, nota-se que a maior expressão da alínea reside nas relações familiares, disciplinadas tanto na Constituição Federal como no Código Civil.

É possível vislumbrar, nessa esteira, o dever de cuidado dos pais pelos filhos menores, por expressa disposição: do art. 229, 1ª Parte, Constituição Federal; art. 22 da Lei n. 8.069/1990; arts. 1.566, IV, e 1.568 do Código Civil. Igualmente, os filhos maiores possuem mencionado dever em relação aos pais idosos, carentes ou enfermos (Constituição Federal, art. 229, 2ª Parte; Lei n. 10.741/2003, art. 3º). Não se vislumbra tal dever, a princípio, dos avós em relação aos netos, a não ser que detenham a guarda jurídica da criança ou por outra hipótese do § 2º do art. 13, CP, como a assunção fática. Tampouco o há entre irmãos, parentes em linha colateral (até o quarto grau) ou por afinidade⁵⁹, por ausência de disposição legal⁶⁰ – ainda que o vínculo de parentesco potencialize a relação entre os sujeitos, isso não basta para a gênese da posição de garantia, subsistindo apenas o dever geral de assistência referente às omissões puras.

Note-se que os mencionados dispositivos referem-se primordialmente aos bens jurídicos vida e integridade física, restringindo, nesses casos (mas não na generalidade das omissões impróprias) o dever de garantia (esfera penal) a esses bens jurídicos. Vislumbra-se também o dever de vigilância, pelos pais, em relação aos filhos menores⁶¹.

58 As obrigações e os dispositivos legais citados no presente item são meramente exemplificativos, não pretendendo abarcar todas as hipóteses de deveres legais de agir, por se tratar de matéria praticamente inesgotável.

59 Ver arts. 1.592 e 1.595, *caput* e § 1º, do Código Civil.

60 Nesse sentido, Tavares, 1996, p. 83. Igualmente, Jakobs, 1995, p. 996, embora por fundamentos diversos dentro de sua teoria (no caso dos irmãos, e.g., por falta de comunidade de vida juridicamente garantida). Vale ressaltar que a ausência de previsão legal não exclui a possibilidade de surgir o dever de garantidor com fundamento nas alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal.

61 Jescheck (1993, p. 566) menciona julgado do BGH, em que se decidiu que o pai, por “solidariedade natural” com o filho, teria o dever de impedir o aborto da esposa.

Quanto aos cônjuges (ou conviventes⁶²) entre si, a doutrina cita comumente o dever de mútua assistência (Código Civil, art. 1.566, inciso III), sem maiores explanações⁶³. No entanto, pouco claros são os limites deste dever. O que se pode excluir, de plano, é o dever de vigilância ou de impedir autolesões conscientes e voluntárias do cônjuge responsável – o que não obstaría, em última análise, a responsabilização por omissão (pura) de socorro⁶⁴.

Outros casos de obrigação legal podem ser citados, como o do carcereiro em relação ao preso⁶⁵, por disposição da Lei n. 7.210/1984, arts. 10 e 14, e, especificamente no caso dos agentes penitenciários federais, pelo disposto no art. 2º da Lei n. 10.693/2003.

Aqui se pode notar como a restrição do âmbito de compromisso afeta também as hipóteses da alínea “a”, com matizações. Assim, a posição de garante do agente penitenciário dependerá do alcance do compromisso, mas – que fique claro – isso não se resume a seu aspecto volitivo (e.g. não poderá eximir-se da responsabilidade com base em negação subjetiva), relacionando-se, isso sim, com a função efetivamente desempenhada.

Como a própria lei indica, alguns podem ater-se apenas à atividade de atendimento ou orientação, ao passo que outros terão, efetivamente, o dever de vigilância e custódia dos internos. Assim, a posição formal de agente penitenciário, por si só, nada permite dizer sobre a efetiva posição de garantia no caso, sendo necessário averiguar citado âmbito de compromisso.

Embora não mencionado expressamente pelo autor, o julgado é anterior ao § 13 atual do StGB.

62 A união estável é reconhecida como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º) e também há, entre os conviventes, o dever de assistência (CC, art. 1.724). Assim, as conclusões de um aplicam-se ao outro, sem que isto configure analogia *in malam partem*, em razão de determinação legal expressa.

63 BIERRENBACH, 2002, p. 77; BITENCOURT, 2006, p. 298.

64 No mesmo sentido, Jakobs (1995, p. 997), mas por fundamentos diversos, com base nos deveres em virtude de responsabilidade institucional.

65 Como aqui, porém, sem remissão aos dispositivos legais, Prado, 2007(a), p. 82.

A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 144, a promoção da incolumidade das pessoas e do patrimônio mediante as polícias federal, ferroviária federal, rodoviária federal, civil, militar e corpo de bombeiros militar. Aqui é possível cogitar a extensão do dever de garantia, para além da vida e incolumidade pessoal, ao patrimônio, por disposição constitucional expressa.

2.3.2 Assunção fática da responsabilidade

Outra fonte geradora do dever de garantia consiste no que descreve o Código Penal como a assunção da “responsabilidade de impedir o resultado”, por outras formas diversas da legal (tratada na alínea anterior).

A hipótese em questão não se esgota em um dever contratual, abarcando todos os casos em que haja uma livre e voluntária assunção da responsabilidade pela proteção de um bem jurídico de determinada pessoa, quer tal ato de vontade seja contratual ou extracontratual⁶⁶. O importante é que a relação de confiança surgida em relação ao sujeito que assumiu voluntariamente a responsabilidade de custódia (tornando-se garante), leve à exposição a riscos maiores dos que se correria em outro caso ou que se prescindia de outros meios de proteção⁶⁷, sendo que a transmissão lícita de deveres ao terceiro libera o responsável primitivo⁶⁸ no período da transferência.

Assim, é o âmbito do compromisso, igualmente, que determinará as situações de garantia do sujeito em posição especial pela assunção fática. Desse modo, no caso do contrato, este só gera uma posição de garantia caso a custódia do bem jurídico consista no seu

66 BIERRENBACH, 2002, p. 79; BITENCOURT, 2006, p. 298; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209; FRAGOSO, 2004, p. 288. Até mesmo no caso da alínea *a* do art. 11 do Código Penal espanhol, que se refere a “obrigação contratual”, entende a doutrina que o termo deve ser interpretado como “acordo natural de vontades” e não segundo as leis civis, cf. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 557.

67 JESCHECK, 1993, p. 567.

68 JESCHECK, 1993, p. 567.

real objeto convencional, com consequentes relações de dependência daí advindas. Nesse sentido aponta Silva Sánchez:

O compromisso não deve, pois, vincular-se “desde fora” à aceitação de papéis cujo âmbito e obrigações deles derivadas mostraram-se extraordinariamente difusos. [...] Daí que é preciso ser extremamente restritivo em tais casos, procurando antes de tudo não “atribuir” ao sujeito compromissos que este em nenhum momento pensou em assumir; isso, mesmo no caso em que estejam “comumente” unidos à investidura em determinado papel social⁶⁹.

Neste ponto fica mais evidente a ideia do penalista espanhol – que a sustenta de modo geral no âmbito da identidade estrutural na omissão imprópria – da intromissão do sujeito na esfera jurídica alheia que, assumindo um compromisso inequívoco de proteção de um bem jurídico de determinados perigos, para agir como “barreira de contenção” e, ao retirar tal barreira, deixando de controlar o perigo, que se realiza como resultado de lesão, comete delito omissivo com idêntica estrutura normativa que o comissivo.

Como exemplos da hipótese de assunção fática, são reiteradamente citados: o caso do alpinista que convida pessoas inexperientes para expedição, na qual era o único devidamente treinado; o sujeito, na praia, que assume o cuidado de criança a pedido da mãe, que vai se banhar ao mar; a mulher que deixa o filho com a vizinha, que se dispõe a dele cuidar enquanto a outra se ausenta⁷⁰; o salva-vidas de um hotel, em relação aos hóspedes que se banham na piscina; a babá, em relação às crianças cujos cuidados lhe são confiados; a enfermeira, em relação aos pacientes sob seu encargo, entre inúmeros outros⁷¹.

69 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 465. Tradução livre do autor.

70 BITENCOURT, 2006, p. 298.

71 Para mais casos, ver Tavares (1996, p. 82-83) e Jescheck (1993, p. 567), que cita, ainda criticamente, e alegando tratar-se de ampliação excessiva do dever pela jurisprudência, um suposto dever de impedir furtos na empresa, com base em contrato de trabalho.

Reiterando o fato de a validade ou invalidade civil do contrato não vincular a questão da assunção fática na seara penal, pois o dever de garantia é inconfundível com as obrigações geradas no âmbito privado, tem-se o exemplo do médico⁷² que deixa voluntária e conscientemente morrer o paciente sob seus cuidados, que não se eximiria da responsabilização penal ao demonstrar ser nulo seu contrato de trabalho. Igualmente no caso daquele que permanece além do tempo de sua jornada de trabalho prevista contratualmente⁷³.

Assim, a posição de garantia em tela surgirá mediante o compromisso real e concludente de atuação como barreira de contenção de riscos, assumido pela prática de atos claros de contenção que produzem a sensação de seu controle tanto na coletividade como nos potencialmente afetados, prescindindo-se de outros meios de contenção dos riscos⁷⁴.

De acordo com o já afirmado, o raciocínio é aplicável também à alínea anterior (dever legal). É preciso analisar a extensão concreta da posição de garantia, mesmo quando derivada de dever legal, sem que isso signifique a possibilidade de afastamento da responsabilidade por vontade do sujeito. Assim, e.g., no caso de guarda compartilhada, é preciso verificar quem estava com o filho quando este se atirou na piscina e, pois, deveria agir para evitar o resultado de lesão, isso porque o outro ascendente, com base no compromisso (que deriva igualmente de imposição legal) do detentor da guarda, abdica de outros meios de proteção da criança.

Além disso, o texto do Código Penal permite tal interpretação. Como se nota, a alínea *b* do § 2º do Código Penal fala em outras formas de assumir a responsabilidade de impedir o resultado.

72 Em relação à posição de garantia do médico, ela pode derivar tanto da alínea *a* do § 2º do art. 13 do CP, como indicam Prado (2007a, p. 82) e Bitencourt (2006, p. 298), sem prejuízo da caracterização da hipótese de assunção fática. Acerca do tema, ampliando a extensão do dever do médico de emergência ou plantonista, Souza (2007, p. 432).

73 Nesse sentido, FRAGOSO, 2004, p. 288.

74 SILVA SÁNCHEZ, 1989, p. 376.

O pronome indefinido “outra” remete à distinta forma anterior prevista na alínea a: a obrigação legal. Assim, o próprio Código Penal entende a obrigação legal como uma forma de assumir a responsabilidade de agir para impedir o resultado e, logo em seguida, abre a possibilidade para a assunção fática do compromisso, em hipóteses em que não é decorrente de obrigação legal.

2.3.3 Ingerência

Por fim, a lei penal normatiza o dever de agir àqueles que criam o risco para um determinado bem jurídico com seu comportamento (ação ou omissão) anterior, com vistas a evitar que este se converta em resultado de lesão. Trata-se das hipóteses conhecidas como casos de ingerência e, como se nota, referem-se à posição de garante de vigilância de perigos gerados pelo próprio âmbito de organização das atividades do omitente, segundo a teoria material.

O fundamento do dever de agir pelo atuar perigoso precedente consiste no princípio do *neminem laedere*, segundo o qual, embora haja a liberdade para a configuração do próprio âmbito de organização, os sujeitos devem responder pelos danos que daí advenham aos demais⁷⁵. O mesmo fundamento se aplica no caso de omissão de ação precedente perigosa, em que há a confiança geral no controle de perigos, pelo garante, oriundos de pessoas, máquinas ou animais em área sob seu domínio⁷⁶.

Extremamente controversos são os requisitos da conduta precedente exigidos para a configuração da hipótese de ingerência⁷⁷. As posições variam desde os que entendem que qualquer conduta anterior geraria do dever, passando por aqueles que exigem a vio-

75 BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 555. JESCHECK, 1993, p. 568.

76 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 211.

77 Zaffaroni et al. (2002, p. 579) alegam que desde as formulações que remontam a Stübel, Luden, Glaser, Merkel e Binding, até os dias atuais, a ingerência não possui uma formulação satisfatória.

lação de um dever de cuidado, sua antijuridicidade, a adequação à produção do resultado, entre inúmeros outros atributos⁷⁸.

Analisando os requisitos de maneira pormenorizada, nota-se que determinado setor da doutrina exige que a conduta precedente perigosa represente, em si mesma, a violação de um dever de cuidado⁷⁹, que seja objetivamente antijurídica, ainda que não culpável. Isso leva à conclusão de que condutas dentro do risco permitido, não violadoras do dever de cuidado, não gerariam a ulterior posição de garantia por ingerência⁸⁰ – sem prejuízo da subsistência do dever geral de socorro – embora haja consideráveis posições em sentido contrário⁸¹.

78 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209; TAVARES, 1996, p. 71; JESCHECK, 1993, p. 568; BIERRENBACH, 2002, p. 81. Toledo (1994, p. 118) entende ser irrelevante a qualificação jurídica da conduta precedente criadora de perigo. Para variar, a jurisprudência nacional, pouco atenta à dogmática da omissão imprópria, já chegou a considerar a conduta de certo sujeito que recebia caçadores em sua casa e guardava seus armamentos, como realização direta do tipo do art. 29, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, pela via omissiva imprópria, tanto por infração a dever legal de agir como por ingerência (Apelação Criminal n. 2003.70.08.000804-8/PR, TRF 4ª Região, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, *DJU* de 11.10.2006). Argumentou-se, para tanto, que “o artigo 29 da Lei 9.605/98 admite a consumação (*sic*) tanto na modalidade comissiva quanto omissiva” e que “ao receber os caçadores e guardar o armamento para os mesmos, em evidente omissão no cumprimento de seu dever de cidadão, o acusado [...] corroborava para o surgimento de um risco real de perseguição dos resultados prejudiciais à fauna local”. A decisão parte de uma interpretação distorcida do art. 225, *caput*, CF, para equiparar uma conduta de simples participação em delito comissivo, por meio de uma via argumentativa tortuosa e pouco coerente, em realização típica omissiva imprópria direta, ignorando que a mera violação de um dever – se é que existente, pois tal interpretação conduziria a entender todo e qualquer cidadão um guardião incessante do meio ambiente, sob pena de responder por violações ao mesmo – é condição necessária, mas não suficiente para a concretização de uma omissão imprópria. Além disso, o recurso final a uma suposta ingerência ignora completamente os pressupostos básicos para sua configuração.

79 Tavares (1996, p. 71) com base em Rudolphi.

80 JESCHECK, 1993, p. 568. WESSELS; BEULKE, 2002, p. 251. No Brasil, CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209 e BIERRENBACH, 2002, p. 84.

81 Cirino dos Santos (2006, p. 210) alegando ser minoritária a doutrina que não exige a antijuridicidade da conduta. Mais referências à posição que se contenta com qualquer ação criadora de perigo para a geração da posição de garantia podem ser encontradas em Jescheck (1993, p. 568, nota 47).

Assim, só responderia por omissão de socorro, prevista no art. 304 da Lei n. 9.503/1997, o motorista que dirige segundo as normas de tráfego e segurança viária e é surpreendido por pedestre que se atira sob seu veículo, fugindo do local sem prestar socorro à vítima para evitar prisão em flagrante por crime que não cometeu⁸². Por outro lado, aquele que empurra de maneira imprudente um sujeito em um tanque de água, com o risco de se afogar, terá o dever de agir para evitar tal resultado, sob pena de responsabilização por homicídio⁸³.

Entendendo que a exigência da violação de dever pela conduta anterior restringiria demasiadamente o dever de agir por ingerência, Jakobs sustenta que, de fato, de uma conduta anterior antijurídica sempre derivaria um dever de salvaguarda.

No entanto, também de ações prévias dentro do risco permitido – entendido, no caso, como conduta “com maior risco que o existente no comportamento cotidiano comum” (risco especial ou *Sonderrisiko*)⁸⁴ – gerariam dever de agir. Refere-se o autor aos casos de uso permitido da liberdade especial de ação, que ultrapassa os limites da liberdade geral e que não exonera o destinatário da liberdade do empenho em limitar suas consequências por tão só situar-se dentro do risco permitido⁸⁵.

Destarte, em alguns casos, uma ação anterior dentro do risco permitido poderia dar ensejo à posição de garantia, nos casos de risco especial⁸⁶, algo criticado por parte de doutrina⁸⁷.

82 O exemplo encontra-se em BIERRENBACH, 2002, p. 84-85.

83 JAKOBS, 1995, p. 984. Há quem possa vislumbrar, em tal caso, uma verdadeira comissão imprudente.

84 JAKOBS, 1995, p. 984. Também em JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000, p. 139 e ss.

85 JAKOBS, 1995, p. 982.

86 BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 556.

87 Segundo Köhler, pelo fato de a ideia aproximar a sociedade da família. Para Frisch, por angariar considerações civilistas diversas das determinantes para a fundamen-

No caso de condutas prévias justificadas, há certo consenso, embora existam opiniões discrepantes, de que não surgiria o dever de garantia para aquele que age sob manto de causa de exclusão da antijuridicidade em relação ao que suporta a ação, seja, e.g., em legítima defesa, seja em estado de necessidade, subsistindo o dever geral de assistência⁸⁸.

Assim, aquele que se defende dentro dos limites do art. 25 do Código Penal, disparando contra o agressor, o qual vem a falecer posteriormente em razão de hemorragia provocada pelo tiro, não será responsabilizado pelo homicídio por omissão imprópria, mas poderá o ser, de acordo com essa linha majoritária, por omissão de socorro, desde que verificados os pressupostos do art. 135 do Código Penal.

Outra exigência relativamente à ação precedente consiste na necessária criação de um perigo idôneo à produção do dano. Deve haver uma relação de adequação da magnitude do perigo criado para a produção do resultado lesivo, devendo este afigurar-se objetivamente reconhecível⁸⁹. Exemplificativamente, acender uma fogueira na floresta gera o dever de controle dos perigos daí advindos, mas não a hipótese incerta de que um cavalo se assuste, causando um acidente⁹⁰.

Há quem elenque ainda que a conduta contrária ao dever viole norma orientada à proteção do bem jurídico⁹¹. Saliente-se, embora

tação de um dever penal. Para Roxin, por não requerer um domínio efetivo (das causas essenciais da produção do resultado, nos termos da concepção de Schünemann), sendo insuficiente a alusão à tradição ou ao sentimento jurídico. Todos em ROXIN et al., 2000, p. 197 e ss.

88 Nesse sentido, JESCHECK, 1993, p. 569. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 556-557. CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 210. Há quem sustente que a ação precedente justificada em caso de estado de necessidade agressivo geraria a situação de garantia, cf. JAKOBS, 1995, p. 985.

89 JESCHECK, 1993, p. 568. CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209. BIERRENBACH, 2002, p. 85.

90 O exemplo é de Stratenwerth em BIERRENBACH, 2002, p. 85.

91 JESCHECK, 1993, p. 569.

seja elementar diante das considerações expostas, que, na ingerência, a conduta anterior não causa de imediato o resultado de lesão (como um atropelamento que causa imediatamente a morte), mas somente cria o perigo de sua ocorrência⁹².

Cumprir mencionar ainda a posição de Roxin, que sustenta ser necessária, para a configuração da ingerência, a possibilidade de imputação objetiva do comportamento precedente causador do perigo⁹³, derivando daí que não se origina a posição de garantia se: a) o comportamento precedente não cria um risco juridicamente relevante para a vítima ou caso se mantenha dentro do risco permitido⁹⁴; b) se não há nexos do fim de proteção da norma entre a conduta anterior e o resultado próximo⁹⁵; c) se o perigo provocado pelo comportamento precedente permanece unicamente no âmbito de responsabilidade da pessoa colocada em perigo; d) se a criação de perigo está justificada por legítima defesa.

O texto da alínea *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal, em sua literalidade, aparenta converter em garante aquele que pratica qualquer comportamento anterior perigoso, independentemente de quaisquer delimitações.

No entanto, parece adequado interpretar a norma para restringir as hipóteses de ingerência, exigindo-se da conduta anterior a violação ao dever de cuidado e a idoneidade de produção do resultado de lesão, que deve situar-se dentro do âmbito de proteção

92 BIERRENBACH, 2002, p. 85.

93 O pensamento de Roxin encontra-se em Carvalho (2007, p. 53), o qual indica que, para o penalista alemão, surgiria a posição de garantia no caso de justificção do comportamento anterior por estado de necessidade ou no caso de deixarem de existir os pressupostos de justificção em caso de delito permanente justificdo.

94 Segundo Greco (2005, p. 25 e ss.), há criação de risco quando, segundo um observador objetivo, considerando os fatos conhecidos por um homem prudente e dotado dos conhecimentos especiais do autor no momento da ação, é verificada a possibilidade real de que se lesione um bem jurídico. Sobre a desaprovção jurídica do risco, v. ROXIN, 1997, p. 371.

95 A respeito, cf. GRECO, 2005, p. 95 e ss. e ROXIN, 1997, p. 377 e ss.

da norma e, pois, ser objetivamente reconhecível *ex ante*, segundo a explanação feita acima.

Especificamente no ordenamento jurídico-penal brasileiro há duas hipóteses legais que devem ser analisadas em conjunto com a previsão do dever de garantia por ingerência. Trata-se dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, ambos do Código Penal, que dispõem (grifo nosso):

Art. 121. [...]

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou *se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge* para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Art. 129. [...]

§ 7º Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

Certo setor da doutrina argumenta que, diante da especialidade das causas de aumento de pena em caso de conduta anterior com violação de dever de cuidado que cria perigo para os bens jurídicos vida, integridade corporal ou saúde de outrem, não se poderia falar, em tais casos, em configuração de situação de garantia por ingerência⁹⁶.

É preciso atentar para o fato de que a incidência dos dispositivos só se daria em casos que, se porventura não existissem os artigos citados, configurariam ingerência por uma conduta negligente anterior, geradora de perigo para os bens jurídicos vida e integridade corporal, com a superveniência do resultado lesivo por não

⁹⁶ BIERRENBACH, 2002, p. 87. BITENCOURT, 2006, p. 300. TAVARES, 1996, p. 71.

ter o agente prestado imediato socorro à vítima ou ter fugido para evitar flagrante – deixando, igualmente, de prestar imediato auxílio. Nessas hipóteses, poder-se-ia afirmar que o agente responderia pelos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, por especialidade, na espécie, em relação ao art. 13, § 2º, *c*, todos do Código Penal.

Contudo, no caso de conduta anterior culposa com a posterior prestação de auxílio pelo ingerente que, no entanto, atua erroneamente na escolha das alternativas de salvamento, vindo a vítima a falecer, a posição de Bierrenbach e outros não se sustenta. Isso porquanto se trata de hipótese não abarcada pelo texto dos dispositivos citados pelos autores para fundamentarem seu raciocínio, sendo um claro caso de ingerência, respondendo o sujeito (no exemplo referido) por homicídio culposo por omissão imprópria, com base no art. 121, § 3º, combinado com o art. 13, § 2º, alínea *c*, todos do Código Penal.

Assim também no caso de conduta anterior negligente criadora de risco, com ulterior resolução dolosa do ingerente de não realizar uma prestação positiva de salvaguarda do bem jurídico, com a superveniência de um resultado de lesão.

Dessa forma, mesmo diante da particularidade dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, no caso brasileiro, é equivocado entender como vazia de aplicabilidade a alínea *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal⁹⁷, uma vez que os mencionados dispositivos não abarcam significativas hipóteses que caracterizam situações de ingerência, como as indicadas anteriormente. E isso mesmo desconsiderando a posição defensável de que condutas anteriores dentro do risco permitido são aptas, em certos casos, a gerarem dever de garantia e o fato de o dever de agir não se restringir à tutela unicamente da integridade física e da vida. Trata-se apenas de uma matização que não pode ser generalizada ao extremo, sob pena de grave equívoco.

97 Como o faz Bierrenbach (2002, p. 89), que chega ao exagero de considerar banida de nosso ordenamento a ingerência. Dando razão à autora, sem maiores considerações, Tavares, 1996, p. 71.

3 Conclusões

A posição de garantidor consiste em elemento integrador do tipo objetivo das omissões impróprias, existente em razão da vinculação especial de certos sujeitos com determinados bens jurídicos, fator este que limita o âmbito de possíveis autores, ou melhor, omitentes impróprios.

As críticas ao rol do § 2º do art. 13 do CP, influenciado pela teoria formal ou clássica das fontes da posição de garantia, cingem-se basicamente à pouca definição que fornece ao conteúdo do dever de agir. A censura parece encontrar resposta se na interpretação conjunta e limitativa do poder punitivo referenciada à teoria material, aliada ao elenco taxativo das alíneas *a a c* do art. 13, § 2º, do CP.

A posição de garantia fundada na obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância encontra substrato necessariamente em lei em sentido estrito (CF, art. 59, III), de natureza penal ou extrapenal.

Outra fonte do dever de agir consiste na hipótese de assunção fática da responsabilidade pela proteção de um determinado bem jurídico. Sua origem não se reduz à mera relação contratual, pouco importando a eventual invalidade civil de suas cláusulas quando existente. A extensão da assunção fática se delimita pelo âmbito de compromisso real e concludente do garante, em razão da ideia de controle de riscos aparentada para os demais sujeitos e para os potencialmente afetados, que, por tal razão, prescindem de outros meios de contenção de riscos.

Finalmente, a hipótese de ingerência caracteriza-se pela imposição do dever legal de garantia para aquele que cria o risco para um determinado bem jurídico com seu comportamento anterior, devendo agir para evitar que este se converta em resultado de lesão. Refere-se, assim, à vigilância de perigos gerados pelo próprio âmbito de organização das atividades do sujeito, havendo grandes contravérsias quanto aos requisitos da conduta precedente, prevalecendo

a necessidade de que viole o dever de cuidado e seja idônea para a produção do resultado, que deve situar-se dentro do âmbito de proteção da norma e, pois, ser objetivamente reconhecível *ex ante*.

Em relação à problemática específica do art. 121, § 4º, e do art. 129, § 7º, ambos do CP, em que a especialidade das causas de aumento de pena em caso de conduta anterior com violação de dever de cuidado supostamente tornaria inaplicável a ingerência no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que tais dispositivos não abarcam significativas hipóteses que caracterizam situações de ingerência, como naquelas em que ocorre prestação posterior de auxílio com violação do dever de cuidado e superveniência do resultado, além do âmbito de extensão das omissões impróprias não se limitar à vida e à integridade corporal.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Edward Rocha de. *Estudo sistemático dos crimes omissivos*. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

CHORRES, Heshbert Benavente. *La imputación objetiva en la comisión por omisión*. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte geral*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução: Joaquín Cuello Contrera. José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comanares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007a.

———. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007b.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus *et al.* *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607–630.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciário*. Madrid, n. 38, p. 367–404, 1989.

———. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: alguns aspectos jurídico-penais, *Revista dos Tribunais*, v. 863, p. 425–434, set. 2007.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TROVATO, Gustavo Fabian. Incorporación legislativa de la comisión por omisión: ¿Más costos que beneficios? (A propósito del análisis de Jesús M. Silva Sánchez al art. 11 CPen. español). *Revista de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires, n. 15, p. 1699-1711, nov. 2005.

VITALE, Gustavo L. Estado constitucional de derecho y derecho penal. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 71-130, 1998.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht allgemeiner teil*. 32. ed. rev. Heidelberg: C.F. Müller, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.